

Thèse délivrée par  
L'Université Lille 2 – Droit et Santé



Université Lille 2  
Droit et Santé

N° attribué par la  
bibliothèque

\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|  
\_|

## THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit  
Présentée et soutenue publiquement par

**Antoine STATHOULIAS**

Le 23 novembre 2015

### DE L'ÉQUILIBRE

*Contribution à l'étude du droit d'auteur*

Tome 1

### JURY

**Directeur de thèse :**

**Madame Édith BLARY-CLÉMENT**, Professeur à l'Université de Lille 2

**Membres du jury:**

**Madame Mireille BUYDENS**, Professeur à l'Université catholique de Louvain (Rapporteur) ;

**Monsieur Louis de CARBONNIERES**, Professeur à l'Université de Lille 2 ;

**Monsieur André LUCAS**, Professeur à l'Université de Nantes ;

**Monsieur Fabrice SIIRIAINEN**, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis  
(Rapporteur).



L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse qui doivent être considérées comme propres à leur auteur.



# REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à Madame Blary-Clément pour sa confiance, sa disponibilité et ses encouragements.

Ensuite je tiens à remercier M. Chantepie pour son écoute et ses conseils.

Rien n'aurait pu être achevé sans Hélène. 5351 « merci » ne suffiraient pas à lui exprimer ma reconnaissance.

Ce travail aurait sans doute été plus laborieux sans le soutien de Marie-Hélène cette dernière année. Je la remercie également pour sa relecture attentive.

Il est des endroits où l'on se sent comme chez soi. La BDE en fait partie, je remercie Edith d'y avoir accueilli le « chercheur fou ».

Mes remerciements s'adressent à mes amis dont l'espoir de proches retrouvailles a toujours constitué un puissant motif.

J'en profite enfin pour remercier le SCD (et notamment Marine) ainsi que l'école doctorale et particulièrement Sophie Ranchy.



# **SOMMAIRE**

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **ANALYSE DES DISCOURS DE L'ÉQUILIBRE EN DROIT**

#### **TITRE I – LE DISCOURS ANCIEN DE L'ÉQUILIBRE**

Chapitre 1 – Les racines du discours : la philosophie d'Aristote

Chapitre 2 – Le discours de l'équilibre à Rome

Chapitre 3 – Les fruits du discours (aequitas, equity, équité)

#### **TITRE II – LE DISCOURS MODERNE DE L'ÉQUILIBRE**

Chapitre 1 – Les racines du discours : la philosophie de Bentham

Chapitre 2 – Le discours de l'équilibre au XIXe siècle

Chapitre 3 – Les fruits du discours (balance des intérêts, proportionnalité)

## **DEUXIÈME PARTIE**

### **ANALYSE DES DISCOURS DE L'ÉQUILIBRE EN DROIT D'AUTEUR**

#### **TITRE I: APPROCHE DIACHRONIQUE : LA STABILITE DES USAGES DE L'ÉQUILIBRE**

Chapitre 1 – Le discours de l'équilibre des juristes

Chapitre 2 – Le discours de l'équilibre des acteurs du droit

#### **TITRE II – APPROCHE SYNCHRONIQUE : L'INSTABILITE DES USAGES DOCTRINAUX DE L'ÉQUILIBRE**

Chapitre 1 – Les deux discours concurrents de l'équilibre

Chapitre 2 – L'« équilibre » : remède aux crises du droit d'auteur ?



## PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
Anc.	Ancien
Arch. Phil. Dr :	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation : Chambres civiles
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. 1 <sup>re</sup> civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 <sup>e</sup> civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3 <sup>e</sup> civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. Ass. Plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm. com. électr.	Communication Commerce Electronique
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Contraire
Contrats, conc., consom.	Contrats Concurrence Consommation
Crit.	Critique
D.	Recueil Dalloz
D. Actualités	Dalloz Actualités
D. aff.	Dalloz Affaires
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)
D. S	Recueil Dalloz Sirey
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrines
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz

	(avant 1941)
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Éd.	Édition(s)
Essent. droit contrats	L'Essentiel droit des contrats
Fasc.	Fascicule
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GP	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
In	Dans
Infra	Ci-dessous
I.R.	Informations rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP éd. N	Juris-Classeur périodique, édition notariale
JCP éd. G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP éd. E	Juris-Classeur périodique , édition entreprise et affaires
JDI	Journal du droit international
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
JORF	Journal officiel de la République française
Loc. cit	Loco citao (à l'endroit cité précédemment)
LPA	Les petites affiches
M	Monsieur
MM	Messieurs
Mme	Madame
n°	numéro
Obs.	Observation
Op. cit.	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
p./pp.	page/pages
Panor.	Panorama
PIBD	Propriété intellectuelle, bulletin documentaire
Préc.	Précité
Propr. ind.	Revue Propriété industrielle
PI	Propriétés Intellectuelles
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats
Rec.	Recueil des décisions
Rép. Civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. commercial Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rev. crit DIP	Revue critique de droit international privé
RIDA	Revue internationale de droit d'auteur
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RID éco	Revue Internationale de droit économique
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLDConc	Revue Lamy Droit de la concurrence
RLDI	Revue Lamy Droit de l'immatériel

RRJ	Revue de la recherche juridique
RSC	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey (jusqu'en 1965)
s.	suivant
somm.	Sommaire
sp.	Spécialement
supra	Ci-dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib.	Tribunal
V.	Voir
Vol.	Volume



« Quand, moi, j'emploie un mot, déclara Humpty Dumpty, d'un ton assez dédaigneux, il veut dire exactement ce qu'il me plaît qu'il veuille dire... ni plus ni moins.

- La question est de savoir si vous pouvez obliger les mots à vouloir dire des choses différentes, répondit Alice. »

Lewis Carroll, *De l'autre côté du miroir*, 1871.



# INTRODUCTION

**L'équilibre : sophisme politique, sophisme juridique ?** La jeune députée européenne Julia Reda, membre du Parti Pirate<sup>1</sup>, fut désignée par le Parlement européen en 2014 pour préparer un rapport concernant la mise en œuvre de la directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information du 22 mai 2001 (directive DADVSI). Ce rapport rendu le 15 janvier 2015, propose quelques pistes destinées à améliorer le dispositif juridique à l'échelle communautaire. Dans ce rapport il est écrit :

« l'utilisation généralisée de l'internet dans toute l'Union a créé une situation où pratiquement tout le monde s'engage dans des activités pertinentes pour la législation relative au droit d'auteur. Cette dernière joue dès lors un rôle central dans la vie quotidienne de la majorité des citoyens européens et devrait, en tant que tel, être mise à jour pour refléter les besoins de tous les groupes d'utilisateurs. Un nouvel équilibre doit être trouvé entre les intérêts des titulaires de droits et la capacité des personnes ordinaires à s'engager dans des activités qui sont déterminantes pour leur vie sociale, culturelle et économique, mais qui ne relevaient pas du champ d'application de la législation sur le droit d'auteur dans le contexte technologique passé<sup>2</sup> ».

Parmi les moyens proposés pour parvenir à ce « nouvel équilibre », il est question de rendre obligatoire des exceptions –la plupart des exceptions prévues par la directive était facultative - ou encore d'habiliter le juge, par le truchement d'une norme souple, à étendre les exceptions au droit d'auteur.

Quelques semaines plus tôt, le 18 novembre 2014 exactement, lors de la séance plénière du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), Fleur Pellerin, ministre de la Culture et de la Communication, avait exprimé, sinon ses doutes, du moins son étonnement

---

<sup>1</sup> Pour une réaction amusée, V. CARON Ch., « A l'abordage ! », Comm. com. électr., n° 3, mars 2015, repère 3 ;

<sup>2</sup> *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256 (INI), 15 janvier 2015, p. 12.

quant à la nomination de Madame Reda pour porter la mission confiée par le Parlement<sup>3</sup>. Sur la question du droit d'auteur à proprement parlé, la ministre était également favorable à l'idée de trouver un équilibre :

« Il faut aussi ouvrir le débat de la lutte contre le piratage et de la mise en œuvre des droits, en impliquant, ici encore, tous les acteurs, des ayants droit aux hébergeurs, des moteurs de recherche aux fournisseurs de solution de paiement ou aux professionnels de la publicité. C'est seulement si l'on traite tous ces aspects que l'on pourra trouver des solutions efficaces et équilibrées : l'objectif ne doit pas être de donner quelques coups de canifs au dispositif européen en matière de droit d'auteur, mais bien plutôt de prendre un peu de recul et d'en consolider la structure en posant toutes les questions qui le méritent au regard des évolutions économiques et technologiques<sup>4</sup> ».

Ces solutions dites « équilibrées » renvoient-elles à l'« équilibre » dont parle Mme Reda ? Rien n'est moins sûr...La séance plénière de l'organe consultatif chargé de conseiller le ministère de la culture et de la communication fut également l'occasion d'évoquer le « rapport Sirinelli » sur lequel la ministre s'est appuyée<sup>5</sup>. Ce rapport dirigé par le Professeur Sirinelli a pour objet la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Pour la députée Julia Reda, ce rapport dont elle remet en cause l'indépendance, est « clairement déséquilibré » et « illustre le triste état du débat sur la réforme du droit d'auteur et des droits voisins dans l'UE<sup>6</sup> ». Dans ledit rapport, il est pourtant grandement question d'équilibre, le terme apparaît d'ailleurs à vingt-sept reprises...

---

<sup>3</sup> « Je relève à ce titre que le Parlement européen a confié, parmi ses 751 membres, à la seule élue du Parti pirate, Mme Julia Reda, la responsabilité d'un rapport sur le sujet. Je ne suis pas certaine que ce soit le meilleur moyen de favoriser une réflexion sereine... » (Discours de Fleur Pellerin, ministre de la Culture et de la Communication, prononcé devant le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, à Paris, le 18 novembre 2014, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Discours/Discours-de-Fleur-Pellerin-prononce-devant-le-Conseil-superieur-de-la-proprieté-litteraire-et-artistique>)

<sup>4</sup> Discours de Fleur Pellerin, ministre de la Culture et de la Communication, prononcé devant le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, à Paris, le 18 novembre 2014, disponible sur <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Discours/Discours-de-Fleur-Pellerin-prononce-devant-le-Conseil-superieur-de-la-proprieté-litteraire-et-artistique>. Nous soulignons.

<sup>5</sup> SIRINELLI P. (dir.), *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, décembre 2014.

<sup>6</sup> REDA J., « Par une radieuse journée au milieu de la nuit... : Réactions à mon rapport d'évaluation sur le droit d'auteur et les droits voisins », 29 janvier 2015, disponible sur <https://juliareda.eu/2015/01/reactions-a-mon-rapport-sur-le-droit-dauteur/> : « Qu'un tel document, aussi clairement déséquilibré, puisse être présenté comme

Ces quelques propos recueillis permettent de relever, de manière plus ou moins évidente, plusieurs enseignements : l'actualité du droit d'auteur est « chaude », l'idée d'équilibre semble attachée au droit d'auteur, et, ce qui paraît significatif à la lecture de ces quelques extraits, l'idée est suffisamment équivoque ou large pour être employée en vue d'objectifs contraires. On a, en ce sens, pu parler de la *rhétorique de l'équilibre*<sup>7</sup>.

En réalité, ces déclarations politiques mettant en avant l'équilibre, quelques unes parmi tant d'autres<sup>8</sup>, rendent compte d'un phénomène très récent dans la manière de penser le droit d'auteur. Recourir à l'équilibre est devenu aujourd'hui incontournable dans l'exposition de cette branche du droit ce qui étonnerait certainement Desbois, le grand promoteur de la doctrine personnaliste, qui estimait, il n'y a pas si longtemps, que le droit d'auteur était avant tout, le droit des auteurs. Il faut bien mesurer le caractère particulièrement récent de ce phénomène dont on peut déjà rendre compte en relevant le nombre d'occurrences dans les ouvrages de doctrine du terme « équilibre ». Dans la doctrine du XIXe siècle, le terme était très rarement utilisé. On ne le trouve pas chez Calmels<sup>9</sup>, Gastambide<sup>10</sup> ou Huard<sup>11</sup>, à une seule

---

*une étude indépendante illustre le triste état du débat sur la réforme du droit d'auteur et des droits voisins dans l'UE* ».

<sup>7</sup> (dans le cadre des négociations à l'OMC et à l'UNESCO), AZZARIA G., « Culture et commerce : la rhétorique de l'équilibre » in, GAGNE G. (dir.), *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective?*, Montréal : Éditions Fides, 2005, p. 69 : « lorsque les locuteurs ne logent pas à la même enseigne, il devient aisé de discuter simultanément sur l'importance du libre-échange et de la souveraineté culturelle. Sans chercher harmoniser leurs perspectives et en usant à répétition du vocable de 'l'équilibre', les Etats projettent l'image d'un schizophrène, d'un esprit divisé et fragmenté où entrent en conflit la vie émotive –prenant les traits de l'identité culturelle – et le rapport au monde extérieur, représenté ici par les ententes internationales sur le commerce. Le doublet UNESCO/OMC ne dissipe pas le malaise, car chaque instance peut tenir un propos où prédomine sa spécificité. Ce n'est pas l'équilibre ou la complémentarité entre la culture et le commerce qui en ressort, mais bien l'inéluctable conflit entre les deux notions ».

<sup>8</sup> Evoquons également les déclarations du ministre de la Culture R. Donnedieu de Vabres lors de la discussion de la loi DADVSI qui faisaient état du « point d'équilibre » trouvé par le Gouvernement suite à la concertation de tous les intéressés, v. DONNEDIEU de VABRES R., Discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Sénat, séance du 4 mai 2006, JO 05/05/2006, p. 3577 ; un député s'était d'ailleurs amusé à comptabiliser le nombre de fois que le ministre avait utilisé le terme (148 fois au dernier décompte), v. P. BLOCHE P., Discussion du projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, Assemblée nationale, deuxième séance du jeudi 16 mars 2006, JO 17/03/2006, p. 1989. Pour une interprétation de la formule « point d'équilibre », v. LAPOUSTERLE J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. GAUTIER P.-Y., Paris : Dalloz, 2009, n° 208 ; LAHARY D., « Les bibliothèques et la loi DADVSI : survivre dans un débat fracassant », in, *Droits d'auteur, loi DADVSI : les conséquences pour les bibliothèques*, Actes de la journée d'étude du 20 juin 2006 organisée par l'enssib, p. 20, disponible sur : <<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notice-1150>>

<sup>9</sup> CALMELS E., *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris : Cosse, 1856.

<sup>10</sup> GASTAMBIDE A., *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tout genre*, Paris : Legrand et Descauriet, 1837.

<sup>11</sup> HUARD G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris : Marchal et Billard, 1903, t. 1.

reprise chez Pouillet<sup>12</sup> et quatre fois chez Renouard<sup>13</sup>. Au XXe siècle, quoiqu'encore chichement, le terme est légèrement plus usité. Desbois le mentionne à cinq reprises dans son traité de 1966<sup>14</sup>, M. Colombet trois fois dans son ouvrage paru en 1986<sup>15</sup> et M. Edelman en 1993 l'utilise à quinze reprises<sup>16</sup>. Nous constatons ensuite une forte augmentation de l'utilisation du mot au XXIe siècle. Dans leur seconde édition parue en 2001, MM. Lucas mentionnent le terme à vingt sept reprises<sup>17</sup>, la même année M. Gautier l'utilise neuf fois<sup>18</sup>. Pour apprécier la tendance, nous pouvons comparer les éditions du même ouvrage. Ainsi celui de MM. Vivant et Bruguière comportait trente-huit mentions du terme lors de la première publication en 2009 et cinquante-deux dans la seconde en 2012<sup>19</sup>. En 1999, l'ouvrage de M. Bertrand le mentionnait huit fois puis dix-huit fois en 2010<sup>20</sup>. L'augmentation des occurrences est encore plus patente dans les éditions du Code de propriété intellectuelle. Dans le Code commenté et publié aux éditions Dalloz, la mention d'« équilibre », qui apparaissait six fois en 1997, intervient à cinquante-huit reprises en 2010, puis soixante-dix neuf-fois en 2014.

Aujourd'hui, il est rare de lire un article sur le droit d'auteur qui ne mentionne par le terme «équilibre<sup>21</sup> » et les récentes thèses consacrent généralement au thème des développements substantiels. Cette augmentation de l'usage du terme s'explique pour plusieurs raisons. D'une part, la doctrine est plus soucieuse de la question des rapports entre l'auteur et les utilisateurs<sup>22</sup>, d'autre part, le XXIe siècle est témoin du phénomène de fondamentalisation des droits ce qui pousse les juges à employer des techniques de conciliation de normes parfois exprimées au travers du « juste équilibre<sup>23</sup> », enfin, parce que le terme est mentionné par des textes de droit comme la directive DADVSI (considérant 31) ou les Traités OMPI (préambule).

---

<sup>12</sup> POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris : Marchal Billard et cie, 1879.

<sup>13</sup> RENOARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, 2 t., Paris : Jules Renouard et Cie, 1938-9, 480 p. et 500 p.

<sup>14</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 1966.

<sup>15</sup> COLOMBET Cl., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1986.

<sup>16</sup> EDELMAN B., *Droits d'auteur, droits voisins : Droit d'auteur et marché*, Paris : Dalloz, 1993.

<sup>17</sup> LUCAS A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2001.

<sup>18</sup> GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 2001,

<sup>19</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012.

<sup>20</sup> BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010.

<sup>21</sup> Parmi des centaines (des milliers ?) de références : CHARDEAUX M.-A., « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Comm. com. électr.*, mai 2011, p. 14 : « *Cohabitent donc au sein du droit d'auteur deux impératifs : d'une part, un impératif de protection de l'auteur et, d'autre part, un impératif de diffusion de l'œuvre. Toute la philosophie du droit d'auteur repose sur cet équilibre délicat entre les deux impératifs* ».

<sup>22</sup> CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl., Montpellier I : 2004.

<sup>23</sup> MARINO L., « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP*, n° 30, p. 829 et s.

Toujours est-il que cet engouement pour l'idée d'équilibre devrait susciter une approbation unanime dans la mesure où elle évoque la raison, la modération, le « juste milieu ». Le problème est que le mot ne semble pas désigner pour tout le monde la même chose ainsi que nous avons déjà pu le constater en comparant les propos de Mme Reda et ceux de Mme Pellerin. Cette équivocité n'a toujours pas été résolue. En 2004, M. Geiger constatait le peu d'analyses sur la balance des intérêts au sein du droit d'auteur<sup>24</sup>. Un peu plus de dix ans plus tard, le constat est presque similaire<sup>25</sup>.

## A propos du sujet

**De l'équilibre en général.** Le terme « équilibre » vient du latin *aequilibrium* qui se traduit par « exactitude des balances », le mot *aequus* signifiant « égal » et *libra* « balance ». Au XVIIe siècle, le mot « équilibre » est employé pour signifier l'égalité de poids, et devient un terme scientifique sous l'influence de Pascal<sup>26</sup>. Parallèlement, le terme est usité dans le domaine artistique et désigne un agencement harmonieux de la composition. L'emploi de ce terme dans ces domaines distincts, sinon opposés, la science et l'art, donnera les deux définitions générales de l'équilibre : d'une part, l'équilibre signifie l'« attitude ou position stable d'un corps ou d'un objet dont le poids est partagé également des deux côtés d'un point d'appui, de sorte que ce corps ou cet objet ne bascule ni d'un côté ni de l'autre » ; d'autre part, l'équilibre désigne « le juste rapport, la proportion harmonieuse entre des éléments opposés ou la convenable pondération des parties d'un ensemble » et « par métonymie », il désigne l'« état de stabilité qui en résulte<sup>27</sup> ».

De ces définitions du mot « équilibre » qui recouvre d'une part, un état particulier (la stabilité) et d'autre part, un rapport particulier (juste, proportionné), résultent une large et

---

<sup>24</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, n° 74.

<sup>25</sup> V. toutefois, ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 2, pp. 423-445 ; GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, préf. SIRINELLI P., Paris : LexisNexis, 2012.

<sup>26</sup> C'est en 1663 que Pascal l'emploie à des fins scientifiques pour désigner « le fait, pour plusieurs forces agissant simultanément sur un système matériel, de ne pas modifier son état de repos ou de mouvement, d'où par métonymie, l'état d'un tel système » (REY A., *Dictionnaire historique de langue française*, v. Equilibre).

<sup>27</sup> Définitions du Centre national de ressources textuelles et lexicales, disponible sur <http://www.cnrtl.fr/>

riche utilisation du terme. « Il n'est pas de régions d'objectivité où elle ne se retrouve » affirme Alain Delaunay<sup>28</sup>. La notion d'équilibre ajoute-t-il constitue « l'objet propre, tant des savoirs portant sur les normes (...) que de ceux portant sur les valeurs (...) Il s'agit donc d'une notion à vocation transdisciplinaire. Elle semble subsumer sous un même idéal d'intelligibilité des recherches qui vont de l'étude des systèmes aux déterminismes les plus rigoureux — et, à la limite, des systèmes formels eux-mêmes — jusqu'aux approches des ensembles flous de préceptes des conduites humaines<sup>29</sup> ».

**Justifications des limites externes du sujet. Le droit d'auteur et non la propriété intellectuelle.** Nous nous sommes bornés au sujet de l'équilibre en *droit d'auteur*. Ce travail relatif aurait pu, en théorie, s'étendre à la propriété intellectuelle dans son ensemble. Le droit d'auteur et la propriété industrielle, en dépit de leurs différences, connaissent des problématiques analogues en raison de l'identité de leur structure<sup>30</sup>. Le droit de l'auteur et le droit du titulaire du brevet s'analysent, en effet, en termes d'objet, de conditions de protection, de durée et de limitations, et chacun de ces quatre éléments comporte une problématique interne souvent posée sous la forme d'un équilibre à rechercher entre les intérêts des titulaires de droits et les intérêts des tiers ou de la société. En outre, la propriété industrielle, comme le droit d'auteur, subit un vent de contestations. Les critiques mettent souvent en lumière le déséquilibre produit par la propriété intellectuelle telle qu'elle est conçue aujourd'hui notamment en raison de l'extension du champ d'appropriation, de l'extension de la durée des droits, etc. En conséquence le sujet aurait pu s'élargir à la propriété intellectuelle dans son ensemble.

Pour autant, nous avons préféré nous concentrer sur le droit d'auteur en raison d'un caractère qui, a priori, lui était propre, à savoir le postulat selon lequel le droit d'auteur n'est pas construit sur un équilibre entre l'auteur et les utilisateurs. Pour les mêmes raisons, nous ne nous intéresserons pas, sauf à titre illustratif, aux droits voisins.

---

<sup>28</sup> DELAUNAY A., « Equilibre », Encyclopaedia Universalis.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Pour une analyse en termes de structure, on se reportera sur l'analyse économique de la propriété intellectuelle, v. MACKAAYE E., ROUSSEAU S., Analyse économique du droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 1015 et s.

# A propos de l'objet d'étude

**Circonscription de l'objet d'étude aux rapports entre auteur et utilisateurs des œuvres de l'esprit.** Le droit d'auteur encadre, de manière générale, deux types de rapports. Les rapports entre les titulaires de droits et le public d'une part, les rapports entre l'auteur et son éditeur ou cessionnaire d'autre part. Ce travail se propose d'étudier l'équilibre dans le cadre de la relation entre les titulaires de droits (et par simplification l'« auteur ») et les utilisateurs des œuvres de l'esprit, donc, à l'exclusion des relations contractuelles entre l'auteur et son cessionnaire. Cette exclusion se justifie en raison de la différence de nature qui existe entre ces deux types de rapport et partant d'équilibre. Les rapports entre l'auteur et son cocontractant relèvent du droit des obligations et plus exactement du droit des contrats<sup>31</sup> alors que les rapports entre l'auteur et les utilisateurs relèveraient davantage du droit des biens. Dans le cadre des premiers, l'équilibre en question est de nature contractuel et désignerait le « juste » dans l'échange, alors que l'équilibre, dans le cadre des seconds, désignerait le « juste » dans la répartition des biens. Nous avons décidé d'avoir pour objectif final, l'étude des rapports entre l'auteur et les utilisateurs.

## A propos de la méthode

**Les trois types de méthodes envisageables pour étudier l'équilibre.** Trois méthodes relativement distinctes pourraient être mises en œuvre pour étudier l'équilibre en droit d'auteur.

**Méthode essentialiste.** La première est la méthode essentialiste ou idéaliste. Selon cette méthode, l'équilibre est réputé être un idéal transcendant auquel il convient de tendre ou de se conformer. Une telle méthode a toutefois un inconvénient de taille : comment connaître cet

---

<sup>31</sup> V. KHALVADJIAN B., *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation : pour l'équilibre des droits dans le temps*, Aix-en-Provence : PUAM, 2008 ; BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat : étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. GAUTIER P.-Y., Aix-en-Provence : PUAM, 2003 ; NOEL S., *Les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur)*, th. dactyl., Panthéon-Assas : 2012.

idéal et comment s'assurer de la validité des connaissances produites sur son compte ? Cette méthode encourt finalement le risque de laisser libre cours à la subjectivité du chercheur.

**Méthode conceptualiste.** La seconde méthode est la méthode conceptualiste. Elle ressemble à la première à une différence près : le chercheur ne prétend pas que l'équilibre existe et revendique le caractère artificiel du concept, simple construction abstraite de l'esprit. En ce sens le concept d'équilibre n'a pas besoin d'être « vrai », il a seulement besoin d'être correctement défini afin de pouvoir être employé pour tenir un discours normatif ou descriptif sur le droit. Cette méthode présente également un inconvénient : étant une construction artificielle, le concept est nécessairement subjectif. En conséquence, il pourrait y avoir autant de chercheurs que de concepts d'équilibre.

Ces deux méthodes présentent donc le même désavantage : elles dépendent trop du sujet pour être objectives. Ce sont pourtant ces méthodes qui ont la préférence des juristes. Lorsque M. Vivant dit que « *ceux qui s'intéressent à la propriété intellectuelle sont en quelque sorte devenus les aventuriers de l'équilibre perdu...* »<sup>32</sup>, il suggère l'existence de cet équilibre idéal ou du moins du concept d'équilibre.

La dernière méthode, qui sera la nôtre, est la méthode analytique. Elle ne s'intéresse ni à l'idéal, ni au conceptuel, mais simplement aux énoncés ou plus largement aux discours des juristes (doctrine) et des acteurs du droit (législateur, juges). Cette méthode a pour elle d'être relativement simple : elle prend acte que le droit est un phénomène linguistique<sup>33</sup> et s'intéresse exclusivement aux énoncés juridiques. Relativement à notre recherche, cette méthode se traduit simplement : si le mot « équilibre » est utilisé, il y a un « discours de l'équilibre ». Si, au contraire, le mot n'est pas employé, il n'y a pas de discours de l'équilibre. L'usage de cette méthode induit une certaine manière d'envisager le droit. En l'occurrence, le droit serait « une activité essentiellement linguistique, consistant en discours proférés par des êtres humains mus par leurs passions et leurs intérêts, et à travers lesquels s'exerce la direction des conduites humaines, c'est-à-dire un pouvoir<sup>34</sup> ». Cette conception invite à s'intéresser à « s'orienter vers une approche de type analytique - car centrée sur la dimension

---

<sup>32</sup> VIVANT M., « Synthèse des débats », in, Cycle de conférences de la cour de cassation - droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique, Revue Lamy de la concurrence, avril/juin 2007, n° 11, p. 222, n° 3.

<sup>33</sup> JESTAZ Ph., Le droit, Paris : Dalloz, 2014, p. 7.

<sup>34</sup> TUSSEAU G., « Critique d'une métonymie fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », RFDA, 2009, p. 641 et s., spec. n° 32.

langagière - et stratégique - car centrée sur la dimension humaine - des phénomènes juridiques<sup>35</sup> ».

La mise en œuvre de la méthode analytique emporte comme conséquence de devoir connaître l'évolution des usages des termes afin de répertorier leurs significations. Dès lors, nous serons amené à embrasser la méthode historique afin d'étudier l'un après l'autre chacun des usages de la notion d' « équilibre ».

**Questions de vocabulaire.** Dans le cadre de cette étude nous utiliserons aussi bien le mot « terme » que celui de « notion » sans qu'il ne faille y voir entre eux une réelle distinction lors de l'étude de la doctrine. Par contre, dans le cadre de l'étude du droit, le mot « notion » sera préféré pour se référer aux mots composant la langue du législateur ou du juge.

Notre approche se voulant non-conceptuelle, nous n'utiliserons pas l'instrument du concept lorsqu'il s'agira d'étudier le discours des juristes et le discours des acteurs du droit puisque ce seront les mots employés par ceux-ci qui constituent notre objet d'étude. Toutefois, le recours au concept sera utile voire nécessaire pour rendre compte de la pensée des auteurs ayant porté un discours sur le droit à partir d'un point de vue externe et dont le contenu aura une forte influence sur les juristes. Le recours au concept ne constitue toutefois pas un désaveu de la méthode car il portera exclusivement sur les idées développées par des auteurs situés en dehors du cercle de la doctrine. Bien que leurs travaux portent sur le droit, ces auteurs ne peuvent être considérés comme membres de la doctrine (anciennement jurisprudence).

Notons enfin que nous étendons notre recherche au terme « balance » en raison de sa proximité sémantique avec le terme « équilibre ».

---

<sup>35</sup> Ibidem.

# A propos des enjeux

**L'intérêt d'une thèse sur l'équilibre pour le droit d'auteur.** Une thèse sur l'équilibre en droit d'auteur limité aux rapports entre l'auteur et les utilisateurs, peut sembler a priori peu novatrice. Qui dit « équilibre » entre auteurs et utilisateurs, dit intérêt (du) public, exceptions, limites aux droits, etc. Dès lors nous échouons sur les thématiques traitées en long, en large et en travers par la doctrine. Un nombre relativement important de thèses récentes se sont penchées sur les rapports entre l'auteur et les utilisateurs. Sans exhaustivité, citons la thèse de Christophe Geiger relative au droit du public à l'information<sup>36</sup>, la thèse de Séverine Dusollier sur les mesures techniques de protection<sup>37</sup>, celle de Stéphanie Carré sur l'intérêt du public en droit d'auteur<sup>38</sup>, celle de Benoît Galopin sur les exceptions à usage public<sup>39</sup>, de Caroline Colin sur le droit d'utilisation des œuvres<sup>40</sup>, celle d'Alexandre Zollinger sur les droits d'auteur et les droits de l'homme<sup>41</sup> et enfin la thèse de Justine Lesueur sur les conflits de droits<sup>42</sup>. La quantité et surtout la qualité de ces travaux devraient décourager toute nouvelle entreprise dans cette direction. Leurs travaux captent les bouleversements que la matière subie depuis deux décennies. Ils mettent ainsi en lumière les différents phénomènes comme la protection des mesures techniques, la fondamentalisation du droit d'auteur, les conflits de droits, l'éclatement des sources, l'extension du champ de protection, les revendications des utilisateurs, la crise de légitimité de la matière, etc.

Non seulement ces diverses études traitent des différents rapports qui peuvent s'établir entre l'auteur et les utilisateurs mais encore font largement appel au concept d'équilibre pour traiter ces questions<sup>43</sup> si bien qu'il pourrait sembler à nouveau superflu de réitérer une étude sur le

---

<sup>36</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004.

<sup>37</sup> DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005.

<sup>38</sup> CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl., Montpellier I : 2004.

<sup>39</sup> GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, préf. SIRINELLI P., Paris : LexisNexis, 2012.

<sup>40</sup> COLIN C., *Droits d'utilisation des œuvres*, préf. SIRINELLI P., Bruxelles : Larcier, 2012.

<sup>41</sup> ZOLLINGER A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, préf. GAUDRAT Ph., Poitiers : LGDJ, 2008.

<sup>42</sup> LESUEUR J., *Conflits de droits – illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2009.

<sup>43</sup> Mme Lesueur consacre une section à « la recherche d'un équilibre, outil accessoire de la résolution » dans la seconde partie consacrée aux traitements légal et judiciaire des conflits de droits (LESUEUR J., th. préc.).

La seconde partie de la thèse de M. Geiger relative aux conséquences du conflit entre droit d'auteur et droit du public à l'information se structure comme suit : Titre I. La prise en compte du droit du public à l'information :

thème de l'équilibre en droit d'auteur, même si celui-ci n'a jamais été examiné frontalement. Toutefois, comme nous avons pu le noter, ce n'est pas sous l'angle conceptuel que nous souhaitons aborder la question. A vrai dire, ce qui nous intéressera davantage est de déterminer ce que signifie le mot « équilibre » lorsque ces auteurs l'utilisent à titre conceptuel.

**Les résultats auxquels nous ne prétendons pas.** La déception étant proportionnelle au degré d'espérance, profitons de cette introduction pour indiquer dès à présent ce à quoi nous ne parviendrons pas. Aucune définition de la notion d'équilibre, que ce soit en droit ou en droit d'auteur, ne sera dégagée. La multitude des usages du terme, des acteurs qui l'ont employé et des contextes dans lesquels ses usages s'inscrivent conduit à abandonner toute idée d'unicité de la notion et corrélativement toute tentative de définition. En revanche, nous préciserons les différentes acceptions que le terme comporte au regard des fonctions qui lui sont assignées.

Autre résultat auquel il ne faut pas s'attendre : la détermination des conditions d'équilibre du droit d'auteur. Nous ne chercherons pas les moyens de recouvrer l'« équilibre perdu » et nous ne nous adresserons ni au juge ni au législateur pour enjoindre à l'un ou à l'autre comment maintenir ou trouver l'équilibre entre les intérêts de l'auteur et ceux des utilisateurs. Faut-il renforcer les droits de l'auteur ? Allonger la liste des exceptions aux droits ? Faire du triple test une voie à double sens ? etc. Aucune réponse à ces questions ne sera ici proposée. En résumé, à l'issue de ce travail, il n'y aura pas, au plan théorique, de définition de la notion d'équilibre, ni, au plan pratique, de solution concrète pour atteindre l'équilibre entre les intérêts concurrents en droit d'auteur.

**Les résultats auxquels nous prétendons.** Notre ambition est de clarifier les significations du mot « équilibre » lorsqu'il est employé par les acteurs du droit et les juristes pour désigner plus ou moins médiatement la nature des rapports entre l'auteur et les utilisateurs.

---

l'équilibre réalisé par les limites de la protection ; Titre II. La prise en compte insuffisante du droit du public à l'information : la remise en cause de l'équilibre réalisé par les limites de la protection (GEIGER Ch., th. préc.).

M. Galopin consacre sa première partie à la balance des intérêts législative qu'il structure de la sorte : Partie I : La création des exceptions : La balance des intérêts législative : Titre 1. Le principe d'une balance des intérêts générale ; Titre II. L'exercice d'une balance des intérêts particulière. (GALOPIN B., th. préc.)

Mme Carré consacre un titre aux *exceptions au droit justifiée par l'intérêt du public* qu'elle structure ainsi : Chapitre I *Les exceptions d'usage privé* : Section 1 Un équilibre obtenu dans l'environnement analogique ; Section 2 Un équilibre maintenu dans l'environnement numérique ; Chapitre II- *Les exceptions d'usage public* Section 1 L'équilibre obtenu dans la société industrielle ; Section 2 L'équilibre menacé dans la société de l'information. (CARRE St.,th. préc.).

Déterminées par les usages du terme, les significations du mot « équilibre », une fois celles-ci analysées et exposées, devraient nous apporter quelques éclairages sur le droit d'auteur, notamment, la manière dont il évolue (sous l'influence de la CJUE) et la manière dont il est représenté par la doctrine. Le terme apparaissant davantage sous la plume des juristes qu'il n'est prononcé par le juge ou exprimé par le législateur, une étude attachée à l'emploi du terme « équilibre » conduit logiquement à porter notre attention davantage sur la doctrine que sur les textes positifs ou les décisions de jurisprudence.

**L'intérêt d'une thèse sur l'équilibre pour le droit.** L'emploi du terme « équilibre » n'est pas propre au droit d'auteur. L'équilibre est au cœur de la question prégnante de l'« équilibre contractuel » en droit des contrats privés<sup>44</sup> et demeure également un sujet de préoccupations en droit administratif<sup>45</sup>. Probablement en raison de la fondamentalisation des droits, la notion est de plus en plus employée dans toutes les branches du droit. Alors que la nécessité est d'autant plus pressente, le terme n'est pas plus clair. Occasionnellement, certains efforts sont déployés pour tenter d'en faciliter la compréhension, mais ceux-ci ont finalement pour effet de soulever plus de questions que de régler la question. Prenons à titre d'exemple un article du Professeur Guinchard relatif à la l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile en France<sup>46</sup>. Dans cet article, M. Guinchard traite du droit au procès équitable et tente de rendre compte de cette notion.

« La Commission et la Cour se livrent en effet à une approche globale du procès équitable, ne se contentant jamais d'un seul stade de la procédure. Il faut soupeser l'ensemble du procès, rejoignant ainsi l'étymologie du mot équité, equus, signifiant équilibre, un peu comme la pesée des âmes dans la mythologie égyptienne. Avec de telles méthodes d'interprétation, on est loin du raisonnement juridique traditionnel français, qui ne se satisfait guère de pesées ! Nous sommes dans une autre logique, celle des concepts flous ou 'logique de gradation' comme le relevait un auteur. C'est une démarche pragmatique, anglo-saxonne certainement, à laquelle nous devons nous habituer. Est-ce cette difficulté à adopter cette logique qui explique les

---

<sup>44</sup> FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, préf. THIEBERGE C., Paris : LGDJ, 2002.

<sup>45</sup> VIDAL L., *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles : Bruylant, 2005.

<sup>46</sup> GUINCHARD S., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », LPA, 12 avril 1999, n° 72, p. 4 et s..

réticences des juridictions françaises, et singulièrement de la Cour de cassation française, à appliquer la garantie d'un procès équitable ?<sup>47</sup>»

Cet extrait destiné à donner des premiers éléments de signification à la notion de « procès équitable » est particulièrement riche de références : « équité », « [a]equus », « équilibre », « pesée des âmes », « concepts flous », « logique de gradation », « démarche pragmatique anglo-saxonne ». A ces références pour le moins hétéroclites et dont il est difficile de trouver un lien quelconque, s'ajoute l'idée que la « pesée » ne correspondrait pas aux méthodes d'interprétation traditionnelles françaises.

Plus loin, l'auteur poursuit son analyse de la notion de « procès équitable » ce qui l'amène à la célèbre équité de nos anciens Parlements et aux réactions qu'elle a suscitées :

« Dans l'expression 'procès équitable', avant équitable il y a procès. Pourtant, on chercherait vainement l'expression dans les anciens codes de procédure, notamment de procédure civile. Le mot qui était davantage utilisé sous l'empire des grandes ordonnances royales, civile et criminelle, de 1667 et 1670, était celui d'équité, celle de nos Parlements bien sûr, dont Dieu devait nous garder, ... à côté de leur arbitraire. Le concept n'était pas formalisé et avait mauvaise réputation, ce qui explique sans doute que nous l'ayons enfoui au plus profond de nos institutions judiciaires ; on parlait plutôt d'une 'équité arbitraire', que d'un procès équitable ! Curieux glissement du vocabulaire juridique qui doit nous inciter à la prudence dans l'utilisation de cette expression et à rechercher le sens exact de l'équité pour mieux approcher l'équitable<sup>48</sup> ».

M. Guinchard se propose, en conséquence, de s'astreindre à la difficile tâche de définir l'« équité » :

« Dans le dictionnaire historique de la langue française l'équité est d'abord définie comme un emprunt savant au latin *aequitas* : égalité, équilibre moral, esprit de justice, dérivé de *aequus*, égal, d'où impartial. On retrouve cette notion d'égalité dans le dictionnaire anglais Collins.

---

<sup>47</sup> GUINCHARD S., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », art. préc., n° 10.

<sup>48</sup> GUINCHARD S., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », art. préc., n° 20.

C'est donc la racine *aequus*, l'idée d'équilibre, qu'il faut retenir pour comprendre ce que peut représenter aujourd'hui un procès équitable ; l'idée d'assurer à tout justiciable un tel procès se rattache à la notion très générale et générique de garanties fondamentales d'une bonne justice, dont on trouve des illustrations dans le caractère public des audiences, dans l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial, ou d'un délai raisonnable, etc. Ce sont ces garanties qui assurent à chacun, dans un Etat de droit, le droit à un procès équilibré, loyal, tant il est vrai que l'on oublie trop facilement que, dans la version anglaise de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'équivalent du mot français « équitablement », ce n'est pas 'equity', mais 'fair', ce qui, au moins pour un esprit continental, fait penser au légendaire fair-play britannique ; en outre, dans le 14<sup>e</sup> amendement à la Constitution américaine, figure l'exigence d'un procès loyal. Et l'*equity*, dans la langue anglaise, c'est d'abord la qualité d'être loyal (*fair*) et raisonnable dans une voie qui donne un traitement égal à chacun.

Il faut donc ici dissiper toute ambiguïté, l'équité dont il est question n'est pas celle qui s'oppose au droit ; ce n'est pas le dépassement du droit au nom de principes supérieurs. Le mot 'équité' vient du latin *aequus*, qui signifie équilibre ; les deux termes sont équipollents<sup>49</sup> ».

A nouveau, de nombreuses questions se posent : il y aurait plusieurs « équités », l'une qui désigne la correction de la loi, l'autre qui désigne l'équilibre ou l'égalité ? Autrement dit, l'équité pourrait-elle signifier l'équilibre ? Est-ce que les « principes supérieurs » évoqués par M. Guinchard ne renvoient-ils pas à l'équilibre désigné par *aequus* ? Est-ce que l'équité-équilibre est la même équité que celle des Parlements dont parlait M. Guinchard ? L'*equity* renvoie-t-elle à la première ou à la seconde acception de l'équité ?

En réalité, nous pourrions tourner longtemps dans le cercle du langage tant que nous n'aurons pas accepté l'idée que la signification des mots dépend de leurs usages. Cette démarche est d'autant plus nécessaire que le droit est essentiellement un phénomène linguistique. Ce n'est seulement qu'à la condition d'examiner les mots à partir de la fonction qui leur est assignée qu'il sera possible de comprendre les rapports entre les mots aussi vagues que sont « équilibre », « équité », « equity », « *aequum* »...

Afin d'étudier le discours de l'équilibre en droit d'auteur nous serons amené à rechercher en dehors de la matière les moyens de tenir notre propre discours sur « le discours de l'équilibre ». Pour ce faire, il sera nécessaire de démêler la signification de tous ces termes plus ou moins proches qui ont pour certains plus de vingt-cinq siècles... Les résultats auxquels

---

<sup>49</sup> Ibid.

nous prétendons ont vocation à rendre beaucoup plus clairs les significations des termes évoqués par M. Guichard.

## **Problématique**

A partir de leurs usages par les acteurs du droit (législateur, juge) et par les juristes, cette étude a vocation à déterminer quelles sont les significations des termes « équilibre » et de « balance », dans le champ du droit d'auteur et plus précisément dans le cadre des rapports entre l'auteur et les utilisateurs. Il s'agit, autrement dit, de s'interroger sur les fonctions de ces notions lorsqu'elles portent sur les relations entre l'auteur et les utilisateurs.

## **Annnonce de plan**

Afin de découvrir et de définir la justice, Socrate avait débuté ses investigations dans la cité plutôt que dans l'individu car « dans un cadre plus grand, la justice sera-t-elle plus grande et plus facile à étudier<sup>50</sup> ». Nous opterons pour la même méthode en commençant par examiner les discours de l'équilibre en droit (Partie I). Les résultats obtenus à l'issue de cette étude nous fourniront une base solide afin d'examiner les discours de l'équilibre en droit d'auteur (Partie II)

Le choix de traiter, dans une première partie, les discours de l'équilibre en droit en général répond à la nécessité, à notre avis, d'obtenir une grille de lecture de ces discours grâce à laquelle, l'analyse du droit d'auteur pourra être réalisée objectivement.

---

<sup>50</sup> PLATON, La République, trad. BACCOU R., Paris : Garnier Flammarion, 1966, 369 a.



# Partie une : Analyse des discours de l'équilibre en droit

« Songez aux outils d'une boîte à outils : il y a là un marteau, des tenailles une scie, un tournevis, un mètre, un pot de colle, de la colle, des clous et des vis. Autant les fonctions de ces objets sont différentes, autant le sont les fonctions des mots<sup>51</sup> ».

L. Wittgenstein

Il s'agit, dans cette première partie, de rechercher quelles fonctions le mot « équilibre » remplit lorsqu'il est employé par les juristes et les acteurs du droit (juge et législateur). Dans la théorie classique des sources du droit, on présente traditionnellement ces trois organes en fonction de la valeur normative des actes qu'ils sont habilités à produire. Le législateur prime sur le juge qui prime à son tour sur la doctrine. Nous optons pour une présentation inverse pour la simple et bonne raison que le discours de l'équilibre est originellement un discours doctrinal qui puise ses racines dans un savoir externe au droit.

Le champ d'étude étant vaste et peu exploré, il a nécessairement fallu restreindre l'examen à une portion congrue avec l'espoir que les résultats soient suffisamment généralisables et exploitables dans d'autres champs du droit. La finalité de l'exercice est d'obtenir des éléments de connaissances sur le mot « équilibre » afin de les mobiliser pour notre étude relative au droit d'auteur. Cette finalité étant posée, il nous semble néanmoins important de ne pas étudier l'« équilibre » en droit dans la mesure de son utilité a priori pour notre étude du droit d'auteur. Ecarter ce qui nous semblerait inapproprié pour le droit d'auteur serait une démarche peu rigoureuse dans la mesure où elle traduirait des préjugés. Au contraire, la

---

<sup>51</sup> WITTGENSTEIN L., Investigations philosophiques, in, Tractatus logico-philosophicus, intro. RUSSELL B., Paris : Gallimard, 1961, p. 120.

neutralité qui préside à notre démarche nous impose de ne rien écarter sur une base spéculative. Cette première partie sera donc sciemment déconnectée du droit d'auteur.

Pour augmenter nos chances d'obtenir des résultats exploitables en droit d'auteur, nous avons décidé d'examiner deux terrains (l'antiquité et l'époque moderne) afin précisément de recueillir, après distillation, les données les moins contingentes possibles. En outre, il a fallu recourir à la méthode analytique standard consistant à distinguer les discours. Le langage du droit doit être distingué du langage du juriste (ou métalangage). Lorsque le juriste ou le juge emploie le terme d'« équilibre », nous présumons que leurs intentions et la fonction assignée par chacun au terme sont distinctes.

Pour donner un premier aperçu des discours de l'équilibre, nous pouvons tenter de les situer ou d'identifier les moments où ils sont émis ou les occasions qui suscitent leur formation. Pour ce faire, il est intéressant de recourir à la grille d'analyse exposée dans la sociologie juridique de Weber<sup>52</sup> et plus précisément à sa distinction entre rationalités matérielle et formelle.

**Les « moments » du discours de l'équilibre. Rationalité matérielle versus rationalité formelle.** Dans *Sociologie du droit*, Max Weber porte son intérêt sur ce qu'il appelle la création du droit et la découverte du droit. La création du droit désigne l'édiction de normes générales et la découverte, leur application aux cas particuliers. Selon Weber, « la création du droit et la découverte du droit peuvent être ou bien rationnelles ou bien irrationnelles<sup>53</sup> ». En fonction des critères matériel et formel, Weber rend compte des différences qui séparent le mode de formation du droit rationnel du mode irrationnel. Le mode est irrationnel :

« quand (...) sont employés des moyens qui ne peuvent pas être contrôlés par la raison tels la consultation d'oracles ou leur succédanés. [la création du droit et la découverte du droit] sont irrationnelles au point de vue matériel dans la mesure où ce ne sont pas des normes générales mais des évaluations très concrètes du cas particulier – qu'elles soient éthiques, sentimentales ou politiques – qui déterminent la décision<sup>54</sup> ».

---

<sup>52</sup> WEBER M., *Sociologie du droit*, préf. Ph. RAYNAUD, introd. et trad. J. GROSCLAUDE, Paris : PUF, 1986.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>54</sup> Ibid.

La création et l'application du droit sont qualifiés de rationnelles dès lors que le critère formel est rempli :

« Tout droit formel est pour le moins au point de vue formel relativement rationnel. Un droit n'est cependant « formel » que dans la mesure où, tant au point de vue processuel que matériel, des caractéristiques générales et univoques relatives à la situation de fait sont prises en considération et ce de façon exclusive<sup>55</sup> ».

Le caractère formel du droit dépend alors, d'une part, du formalisme des règles ou formalisme extrinsèque<sup>56</sup>, qui désigne les conditions formelles d'existence des actes juridiques: « le fait de se conformer à ces caractéristiques par exemple prononcer un certain mot donner une signature, accomplir un certain acte dont la signification symbolique a été établie une fois pour toutes, figure la norme la plus stricte du formalisme<sup>57</sup> ». Ce type de formalisme correspond à l'idée que la production d'effets de droit est déterminée par exemple par une série d'extériorisation de la volonté d'une ou des parties conforme aux exigences prévues par la règle<sup>58</sup>.

Le caractère formel dépend, d'autre part, du caractère général des règles, qu'il s'agisse de règles de fond ou de règles de procédures, ainsi que du caractère logique de leur mode d'application aux faits d'espèce. Ce type de formalisme correspond à l'idée que la production d'effets de droit est déterminée par le procédé logique grâce auquel une situation de fait est subsumée, par le truchement de catégories juridiques, sous la règle de droit applicable. Ce type de formalisme dit « logique<sup>59</sup> » renvoie au syllogisme, aux abstractions et autres concepts formels destinés à la généralisation des règles<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> WEBER M., op. cit., p. 42.

<sup>56</sup> GROSCLAUDE J., « Introduction », in, WEBER M., op. cit., p. 21.

<sup>57</sup> WEBER M., op. cit., p. 42.

<sup>58</sup> Ainsi, la reconnaissance de dette est conditionnée à certaines formalités pour produire des effets de droit : art. 1326 du Code civil : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ».

<sup>59</sup> GROSCLAUDE J., loc. cit.

<sup>60</sup> WEBER M., op. cit., p. 42 : « les caractéristiques juridiquement importantes sont mises en lumière par des interprétations logiques signifiantes et conformément à cela des concepts juridiques fermes sont formulés et appliqués sous la forme de règles abstraites ».

A côté de l'aspect formel, le droit est également rationnel s'il répond au critère matériel :

« [la rationalité matérielle] signifie précisément que des normes qualitativement différentes de celles obtenues par la généralisation logique d'interprétation abstraites significatives doivent influencer sur le règlement des problèmes juridiques<sup>61</sup> »

Il s'agit de principes extra-juridiques et substantiels comme des normes issues de l'éthique, de l'économie, de l'utilité, etc....

Dans le cadre de l'exposé de ces différents types de droit<sup>62</sup>, Weber établit les différents rapports qui peuvent s'établir entre les types de rationalité et au sein de chacun d'entre eux. Il indique ainsi qu'avec la « rationalité logique la rigueur du formalisme concret est affaiblie étant donné que la signification de la caractéristique extérieure disparaît<sup>63</sup> ». Autrement dit, le formalisme logique remplace le formalisme extrinsèque. On pourrait citer en exemple le principe du consensualisme qui tend à réduire le formalisme dans la formation des contrats. Il existe également, note Weber, des conflits plus sévères comme lorsque le formalisme logique est confronté à la rationalité matérielle, c'est-à-dire aux « impératifs éthiques » ou à « des règles utilitaires », des « règles d'opportunité » ou des « maximes politiques ». Ces normes substantielles écrit Weber « brisent le formalisme de la caractéristique extérieure comme celle de l'abstraction logique<sup>64</sup> ».

C'est précisément à cette étape, à notre avis, que le discours de l'équilibre est exprimé. La confrontation entre la rationalité formelle (principalement le formalisme logique) et la rationalité matérielle conduit les juristes défendant les considérations morales, éthiques,

---

<sup>61</sup> WEBER M., Sociologie du droit, pp. 42-43.

<sup>62</sup> Par souci de clarté, nous pouvons emprunter la synthèse de M. Grosclaude :

« Le droit peut être :

- 1) Irrationnel
  - a. Matériellement : des valeurs concrètes tenant au cas particulier au lieu de normes générales sont déterminantes
  - b. Formellement : on emploie des moyens qui ne peuvent être contrôlés par la raison (...)
- 2) Rationnel : on emploie des règles générales
  - a. Matériellement : on emploie des principes fournis par une idéologie de nature éthique, politique, religieuse ;
  - b. Formellement
    1. Extrinsèque : on attribue une signification juridique à des actes concrets (...)
    2. Logique : le droit s'exprime sous forme de règles au moyen de concepts abstraits créés par la pensée juridique elle-même. »

(GROSCLAUDE J., « Introduction », in, WEBER M., op. cit., pp. 21-22)

<sup>63</sup> WEBER M., op. cit., p. 42.

<sup>64</sup> WEBER M., op. cit., p. 43.

utilitaires ou économiques à élaborer un discours capable de dépasser celui de leurs contradicteurs, dont l'assise repose sur des principes ancrés et acceptés, ainsi que sur le formalisme juridique grâce auquel les applications concrètes des principes se déduisent, et enfin sur les bienfaits que le formalisme produit (à savoir la sécurité juridique). Lorsque les juristes veulent faire pénétrer des considérations « matérielles » dans le droit et que celles-ci ne trouvent pas à s'exprimer selon le langage ordinaire du droit ou qu'elles n'entrent dans aucune catégorie connue, les juristes n'ont d'autre choix que de recourir à un langage étranger susceptible d'exprimer ces principes matériels. Le terme d'« équilibre » vise à remplir cet office. Cela implique que l'apparition dans le discours juridique du terme d'équilibre est contingente, que le terme survient à l'occasion du conflit entre rationalités formelle et matérielle.

Le discours de l'équilibre se rencontre également lorsqu'il y a une lutte entre deux exigences opposées propre au droit. Comme l'indiquait Roscoe Pound, « le droit doit être stable et pourtant il ne peut rester immobile. De là vient que toute pensée à son sujet a lutté pour concilier les exigences opposées du besoin de stabilité et de celui du changement <sup>65</sup> ». Lorsque la nécessité de changement se fait plus pressente mais qu'elle se voit opposer des forces conservatrices, les juristes ont tendance à exprimer leurs idées à l'aide du terme « équilibre » et celui d'« intérêt » tandis qu'on leur oppose le respect de la loi ou de la volonté du souverain, la sécurité juridique, le respect de la logique formelle, la tradition, etc.

Ces quelques éléments donnent une première approximation du discours de l'équilibre. Désormais, il s'agit de traiter le sujet de front. Trois « équilibres » ont retenu notre attention, toutefois seuls deux d'entre eux méritent qu'on s'y attarde longuement. A titre liminaire, nous évoquerons une première forme de « discours » de l'équilibre à travers le symbole de la balance pour représenter la justice. Ensuite nous étudierons, dans un premier titre, le discours ancien de l'équilibre (Titre 1) et dans un second titre le discours moderne de l'équilibre (Titre 2).

---

<sup>65</sup> POUND R., *Interpretations of legal history*, cité par FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> ed., Paris : LGDJ, 1965, p. 35.



# Titre préliminaire : le symbole de la balance

Ce titre préliminaire a vocation à présenter les premiers modes d'expression connus de l'idée d'équilibre dans le champ de la justice et du droit (lato sensu). Bien que notre étude ait répudié toute ambition de découvrir un idéal (platonicien) d'équilibre, et ce, au profit d'une analyse des discours et de leurs effets, le terme « discours » ne semble pas particulièrement approprié pour désigner le simple usage d'un symbole. L'étude du discours de l'équilibre fera ici place à l'étude du symbole de la justice. Toujours est-il qu'un symbole est un signe, comme un mot, auquel on attribue une signification, laquelle change en fonction des usages du signe en question. Tout symbole étant un construit et non un donné, l'étude du symbole de la justice ne suppose aucune remise en cause de la méthode choisie et n'implique aucune reconnaissance d'un idéal d'équilibre. L'un des symboles de la justice est la balance à deux plateaux, laquelle évoque nécessairement l'idée d'équilibre. Nous nous proposons ici d'étudier ce symbolisme. Au-delà de l'aspect introductif de l'exercice et du caractère quelque peu ésotérique du thème, le retour sur cet antique symbolisme présente un double intérêt pour notre étude.

**L'examen du symbole de la balance présage de l'étude des discours de l'équilibre.** En premier lieu, l'étude succincte du symbole de la balance rend compte de certains phénomènes que nous aurons l'occasion de constater plus tard : la balance en tant que symbole, au même titre que les mots qui désignent l'idée d'équilibre (« isonomie », « aequum », « équilibre », « balance ») est de nature à frapper les esprits et d'être parfaitement clair en dépit de la difficulté d'en expliquer les raisons. La conséquence directe de ce caractère est qu'une fois introduit, le symbole de la balance, comme les termes qui désignent l'idée d'équilibre, a tendance à se diffuser rapidement et largement. Nous aurons, plus tard, l'occasion de constater ce phénomène tant avec la notion d'« équilibre » employé dans le discours des juristes (par exemple en Europe et aux Etats-Unis au XIXe siècle) qu'avec -ce que nous appellerons- les fruits du discours de l'équilibre (c'est-à-dire les instruments d'« équité », de « balance des intérêts » ou de « proportionnalité »). Comme ces dernières notions, le symbole de la balance est entouré de mystères. Leurs origines et leurs significations sont

toujours l'objet de spéculations. Le symbole de la balance, les notions d'« équité », d'« équilibre », de « proportionnalité », etc., en raison de leur indéfinition, contribuent à alimenter la croyance en l'existence d'un idéal de justice et incitent à la quête de celui-ci. Cela explique le caractère insoluble, de toute recherche de définition, comme par exemple, celle de l'équité et facilite, dans le même temps, l'usage des termes ou du symbole à des fins rhétoriques. En effet, une fois que le symbole ou que les termes d'« équilibre » ou de « balance » sont bien établis dans le langage et inscrits dans les esprits, il est très simple, en raison de leur contenu flou, de les employer au soutien d'un propos qui sera, en conséquence, difficilement contestable. En d'autres termes, ces notions, comme ce symbolisme, s'exposent au risque d'être instrumentalisées.

**Equilibre et loi des trois états d'Auguste Comte.** En second lieu, cette présentation liminaire permettrait, à titre accessoire, de donner crédit à la loi des trois états d'Auguste Comte. Pour le père du positivisme (scientifique) « cette loi consiste en ce que chacune de nos conceptions principales, chaque branche de nos connaissances, passe successivement par trois états théoriques différents : *l'état théologique ou fictif, l'état métaphysique ou abstrait, l'état scientifique ou positif*<sup>66</sup> ». Notre étude générale relative à l'équilibre peut être découpée en trois périodes correspondant aux trois états de la loi de Comte. Notons bien ici qu'il ne s'agit pas tant de chercher à valider la théorie comtienne mais simplement de souligner que la manière dont nos résultats peuvent être exposés correspond à la tripartition de cette théorie de l'histoire de la connaissance.

**Equilibre et état théologique.** « Dans l'état théologique », écrit Comte

« l'esprit humain dirigeant essentiellement ses recherches vers la nature intime des êtres, les causes premières et finales de tous les effets qui le frappent, en un mot, vers les connaissances absolues, se représente les phénomènes comme produits par l'action directe et continue d'agents surnaturels plus ou moins nombreux, dont l'intervention arbitraire explique toutes les anomalies apparentes de l'univers<sup>67</sup> ».

---

<sup>66</sup> COMTE A., Cours, 1<sup>ère</sup> Leçon, in, *Œuvres choisies*, intro. GOUHIER H., Paris : Aubier, 1943, p. 59.

<sup>67</sup> Ibid., p. 60.

Ce premier état correspond, comme nous allons le constater immédiatement, à la période égyptienne et grecque où la justice était représentée par la balance et conçue comme une opération essentiellement divine. La balance est tenue par les Dieux et la connaissance de la justice est une connaissance de nature théologique. Les Dieux président aux destins des mortels et rendent justice durant leur vie voire dans l'au-delà en pesant les bonnes et les mauvaises actions. Selon une approche conceptuelle, on pourrait désigner cette première manifestation de l'idée d'équilibre, d'« équilibre théologique ».

**Equilibre et état métaphysique.** « Dans l'état métaphysique », indique Comte

« qui n'est au fond qu'une simple modification générale du premier, les agents surnaturels sont remplacés par des forces abstraites, véritables entités (abstractions personnifiées) inhérentes aux divers êtres du monde, et conçues comme capables d'engendrer par elles-mêmes tous les phénomènes observés, dont l'explication consiste alors à assigner pour chacun l'entité correspondante<sup>68</sup> ».

Relativement à l'expression de l'équilibre, cet état correspond à la période de l'antiquité et du Moyen-âge. L'idée d'équilibre se manifeste sous différentes formes, lesquelles n'ont d'ailleurs pas toujours de rapport entre elles et ne doivent être comprises comme des synonymes. Nous trouvons ainsi l'idée d'équilibre exprimée sous la notion d'« isonomie » (chez les présocratiques), d'« antipeponthos » (chez les pythagoriciens), d'« aequum » (chez les Romains), cette dernière servant ensuite de support aux notions d'« aequitas », d'« équité », d'« equity »... Toutes ces notions, y compris les trois dernières, outre qu'elles présentent un lien, plus ou moins médiat, avec l'idée d'équilibre (qu'il s'agira, pour chacune d'entre elles, d'établir), ont également en commun de renvoyer, avec quelques nuances, à une conception métaphysique de la justice. Ces notions supposent l'existence d'un idéal de justice ou d'un droit idéal auquel il importe de se conformer. Ces notions impliquant une métaphysique idéaliste, permettent de nourrir, par exemple, ce type de discours : « dans le contrat de vente, de même que dans tous les contrats commutatifs » écrivait Pothier, « *l'équité veut que ce que chacune des parties donne soit l'équivalent de ce qu'elle reçoit, et que l'une des parties ne veuille pas profiter aux dépens de l'autre*<sup>69</sup> ». L'« équité » est ici employée

---

<sup>68</sup> Ibid., p. 60.

<sup>69</sup> POTHIER R.-J., Traité de la vente des retraits et du bail à rente, op. cit., p. 179.

comme si elle correspondait à une entité abstraite productrice de normes juridiques et sert à justifier ces dernières. Elle permet également de fonder un discours invalidant tout discours normatif ou doctrinal qui contredirait la règle d'équivalence énoncée.

**Equilibre et état positif.** Enfin, le dernier état, est l'état dit positif que Comte entend, à travers sa sociologie, faire advenir. « L'esprit humain » explique-t-il

« reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce à chercher l'origine et la destination de l'univers, et à connaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage bien combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude. L'explication des faits, réduite alors à ses termes réels, n'est plus désormais que la liaison établie entre les divers phénomènes particuliers et quelques faits généraux, dont les progrès de la science tendent de plus en plus à diminuer le nombre <sup>70</sup> ».

Ce dernier état, où la connaissance se borne à l'observable et au nominal, rend compte de l'actuelle (et dernière ?) expression juridique de l'équilibre : la « balance des intérêts », la « proportionnalité », le « juste équilibre ». Ces dernières formules, encore qu'elles demeurent actuellement entourées d'un certain mystère (qu'il s'agira également de lever), reflètent un mode de connaissance axé sur l'identification d'éléments concrets (les intérêts hic et nunc) et un mode d'activité reposant sur le calcul et la comparaison de ces éléments. La recherche de la règle à mettre en œuvre pour dégager une solution de droit ne consiste plus dans l'opération de déduction à partir d'une norme idéale et abstraite (réputée inconnaissable donc ineffective sinon inexistante) mais dans une opération d'induction à partir des considérations d'espèces, c'est-à-dire, des intérêts en jeu à concilier.

Cette correspondance entre les trois états comtiens (théologique, métaphysique et positif) et les trois formes d'expression de l'équilibre (symbole de la balance, « *aequum/aequitas* » et « balance des intérêts ») justifie de consacrer quelques développements sur la balance en tant que symbole de la justice. L'étude du symbole de la balance conduit à s'intéresser à son origine (chapitre 1) puis à sa diffusion (chapitre 2) et enfin à son instrumentalisation (chapitre 3).

---

<sup>70</sup> COMTE A., op. cit. pp. 60-61.

# Chapitre 1 : L'origine égyptienne du symbole

**Symbolisme et justice.** Le symbolisme en général concourt au caractère universel des phénomènes et des valeurs dont les symboles sont la représentation allégorique. Dans notre domaine, les symboles de la justice sont les « signes de pérennité du droit : ils doivent résister sans mots, là où la verbalisation pourrait corrompre les idées universelles et pérennes (ils renferment pour préserver) ; *ils sont tenus d'être présents et de parler visuellement à tous, initiés et profanes, dans une communion vitale pour la solidification des valeurs collectives*<sup>71</sup> ». Le symbolisme serait une sorte de palliatif aux manquements inhérents au discours verbal.

**Les attributs secondaires de la justice : glaive et bandeau.** Depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, la justice en Occident est communément symbolisée par une femme dont les yeux sont recouverts d'un bandeau, et qui tient dans une main, un glaive, et brandit dans l'autre, une balance. Balance, glaive et bandeau constituent traditionnellement les attributs de la Justice<sup>72</sup>.

Le glaive symbolise la force, celle qui s'exerce contre ceux qui le méritent, et représente par extension les pouvoirs temporels : « *ce n'est pas pour rien que l'autorité porte le glaive* » écrivait l'apôtre Paul, « elle est un instrument de Dieu pour faire justice et châtier qui fait le mal<sup>73</sup> ». Cependant, le glaive apparaît surtout comme l'accessoire ou la dépendance de la justice. Il permet en effet de rendre a posteriori la justice mais n'aide pas a priori à la découvrir. L'association de la force à la justice est finalement un phénomène moderne explicable par la prégnance d'une nouvelle forme et d'organisation des pouvoirs politiques. En effet, jusqu'à la fin du Moyen-âge, le glaive apparaît rarement dans les représentations de la Justice. L'intégration progressive d'un tel attribut à partir de la fin du XV<sup>e</sup> siècle témoigne, note M. Robert, de la montée en puissance de la figure de l'Etat : « le monopole de la violence au profit de l'Etat, la verticalité hiérarchique et souveraine ainsi qu'une nouvelle transcendance exigent une symbolique armée, donc la Justice est dotée pour des siècles ;

---

<sup>71</sup> FERREIRA DA CUNHA P., « La balance, le glaive et le bandeau – Essai de symbologie juridique », Arch. phil. droit., n° 40, 1995, p. 108.

<sup>72</sup> V. ROBERT Ch.-N., « Bandeau, glaive et balance », in CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004 ; FERREIRA DA CUNHA P., « La balance, le glaive et le bandeau – Essai de symbologie juridique », art. préc., pp. 106-120.

<sup>73</sup> ROMAINS (13, 5) cité par ROBERT Ch.-N., « Bandeau, glaive et balance », art. préc., p. 121.

elle se doit de recevoir le symbole le plus fort : *la royauté et l'Empire reposent sur le glaive, de même la république reposera sur le glaive imposé à la Justice* »<sup>74</sup>.

Quant au bandeau, celui-ci apparaît de manière conséquente dans les gravures à la fin du XVe siècle<sup>75</sup>, même si on trouve déjà à Rome des pièces de monnaie frappées à l'effigie de la déesse Iustitia (la Thémis romaine) revêtue d'un bandeau. Ce symbole représente l'impartialité et l'objectivité nécessaires à toute activité de justice. Une fois encore, le bandeau ne représente pas la justice en tant que telle, mais une condition négative de celle-ci (l'absence de parti-pris).

**Le symbole de la balance.** Si le glaive et le bandeau sont des symboles incontestables de la justice, ils ne délivrent pas à eux-seuls une représentation précise ni positive de celle-ci. C'est la balance, attribut « le plus ancien, le plus constant »<sup>76</sup> de la justice qui remplit cette office. La balance à deux plateaux représente l'action de juger, c'est-à-dire la pesée des arguments, des intérêts, des droits avant de donner raison à ceux dont le poids est le plus important ; la balance suggère en outre les idées de mesure, de rapport et de relativité. Plus que les symboles du glaive et du bandeau, la balance présente une correspondance très étroite avec l'activité qu'elle symbolise ; elle est en ce sens « le vrai symbole réel (et non un symbole vicair – marque, signe, chiffre, etc.) du droit et de la justice<sup>77</sup> ». Ce symbole est en outre particulièrement parlant en raison de sa simplicité. Toutefois, cette simplicité affirme M. Jacob, « est même déroutante. Elle masque une complexité sans fin des rapports sociaux et des constructions juridiques qu'elle a fonction de ramener à l'unité symbolique »<sup>78</sup>.

Historiquement, la représentation de la justice au travers de la balance remonte à la mythologie de l'Égypte ancienne.

**L'origine Égyptienne.** C'est en Égypte pré-pharaonique (vers 7000 avant J-C) que l'on aurait découvert les traces les plus anciennes de la représentation de la justice au travers de la

---

<sup>74</sup> ROBERT Ch.-N., « Bandeau, glaive et balance », art. préc., p. 122.

<sup>75</sup> M. Robert mentionne néanmoins un récit de Diodore de Sicile relatant qu'en Égypte, certains juges étaient représentés les yeux fermés, v. ROBERT Ch.-N., « Bandeau, glaive et balance », art. préc., p. 123.

<sup>76</sup> ROBERT Ch.-N., « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 53 ; BENOIST L., *Signes symboles et mythes*, 10<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2009, p. 42 et s.

<sup>77</sup> FERREIRA DA CUNHA P., « La balance, le glaive et le bandeau – Essai de symbolologie juridique », art. préc., p. 106.

<sup>78</sup> JACOB R., *Images de la justice*, préf. P. Truche et M. Ezratty, Paris : Le Léopard d'Or, 1994, p. 219.

balance. La balance aurait pour origine le joug, un instrument de portage humain qui, par métaphore, « est une contrainte matérielle ou morale pesant lourdement sur celui qui la subit et entrave ou aliène sa liberté <sup>79</sup> ». C'est au cours du nouvel empire égyptien (dès 1500 avant J.-C.), que la balance à deux plateaux apparaît clairement. Dans le Livre des morts, elle intervient au cours de la procédure de la pesée des âmes ou psychostasie <sup>80</sup> qu'il convient ici de décrire et dont il faut présenter les acteurs.

**La déesse Maât.** Dans la mythologie, Maât, « gracieuse petite déesse égyptienne <sup>81</sup> » et fille de Rê le souverain solaire <sup>82</sup>, représentée le plus souvent assise et coiffée d'une plume d'autruche, symbolise l'ordre, la justice, la vérité, l'abondance et la victoire sur l'adversité <sup>83</sup>. Représentant, « l'ordre immuable du monde auquel tous doivent se conformer » <sup>84</sup> Maât est la « *maîtresse de l'équilibre cosmique et de la justice des hommes* » <sup>85</sup>. Concept divinisé antagonique de l'ifset qui désigne le chaos, l'injustice, le mensonge, la misère et les ennemis <sup>86</sup>, Maât constitue une entité duelle : elle personnifie à la fois l'ordre politico-religieux qui reflète l'harmonie cosmique soumise à la suprématie solaire, et la voie juste que doit suivre tout individu pour son bonheur personnel, social et post-mortem. Dans cette seconde acception, plus terrestre que cosmique, Maât renvoie à l'exigence de cohésion sociale <sup>87</sup>, raison pour laquelle, Gurvitch a pu la qualifier de « déesse spéciale de la justice

---

<sup>79</sup> ROBERT Ch.-N., « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 54.

<sup>80</sup> Du grec « psukhê », l'âme, et « stasis », pesage.

<sup>81</sup> KOENIG Y., « Maât », *Encyclopaedia universalis*.

<sup>82</sup> TRAUNECKER Cl., *Les dieux de l'Égypte*, Paris : PUF, 2012, p. 105.

<sup>83</sup> MENU B., « Égypte antique », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004.

<sup>84</sup> KOENIG Y., « Maât », *Encyclopaedia universalis*.

<sup>85</sup> JACOB R., *Images de la justice*, préf. TRUCHE P. et EZRATTY M., Paris : Le Léopard d'Or, 1994, p. 222.

<sup>86</sup> MENU B., « Égypte antique », art. préc., p. 89.

<sup>87</sup> Selon J. Assman, cité par TRAUNECKER Cl., *Les dieux de l'Égypte*, Paris : PUF, 2012, p. 105 ; la Maât en tant que concept désignant l'ordre du monde, est selon les mythes, garanti par les Égyptiens. Le reste des populations représente le chaos, l'univers hostile : « *l'ennemi, c'est l'étranger. Parce qu'il est différent, il doit être anéanti et totalement soumis* » (DESPLANCQES S., *L'Égypte ancienne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2010, p. 16).

civile »<sup>88</sup>. Maât demeure, en conséquence, foncièrement au centre de l'activité judiciaire<sup>89</sup> et constitue la divinité qui guide les juges dans leurs décisions<sup>90</sup>.

**La psychostasie.** Maât représente une justice transcendante et essentiellement rétributive. En effet, « chacun devait se conformer à un certain nombre de règles éthiques, individuelles, rituelles, sociales et professionnelles, dont le respect entraînait par le fait même la récompense, tandis que leur transgression était nécessairement punie, *ici-bas ou dans l'au-delà*<sup>91</sup> ». La justice égyptienne présente ce trait particulier : elle ne s'épuise pas dans le monde terrestre. Selon les mythes, l'âme, après le décès de son hôte et avant d'atteindre le lieu du jugement « accomplit un long voyage, à travers des contrées étranges, dont la carte est parfois dessinée sur le sarcophage »<sup>92</sup>. Dans certains exemplaires du Livre des morts, le jugement ou psychostasie se présente ainsi<sup>93</sup> : Osiris, grand juge entouré de son assesseur Anubis et de son greffier Thôt<sup>94</sup>, préside la cérémonie. Anubis ou Thôt, conduit le défunt et procède à la pesée. Thôt énonce la liste des péchés et s'apprête à inscrire la sentence solennelle tandis qu'Ammout, la dévoreuse, attend l'éventuelle condamnation. Dans le premier plateau de la balance est placé le cœur du défunt, tandis que dans le second se trouve une plume symbolisant Maât : si les plateaux de la balance demeure en équilibre, le défunt se

---

<sup>88</sup> GURVITCH G., *Éléments de sociologie juridique*, Paris : Dalloz, 2012, p. 221

<sup>89</sup> M. Jacob rapporte la manière dont Maât était 'introduite' dans les cours de justice : « La Maât judiciaire est celle dont le président des juges d'Héliopolis portait une figurine au pendentif. Au rapport de Diodore en Sicile (...), il posait cette figurine, au terme de chaque procès, sur le libelle de la partie qui lui paraissait avoir pour elle le bon droit. Elle règne aussi sur un temple thébain de la rive gauche du Nil, que ses épithètes désignent comme 'le Lieu de la Vérité' et à la porte duquel on rendait la justice, sous une effigie de la déesse. La décoration de ce temple comporte la rare représentation, d'époque ptolémaïque, de la pesée du cœur d'un pharaon défunt » (JACOB R., op. cit., p. 222).

<sup>90</sup> MENU B., « Égypte antique », art. préc., p. 89.

<sup>91</sup> MENU B., « Égypte antique », art. préc., p. 90.

<sup>92</sup> MINOIS G., *Histoire de l'enfer*, Paris : PUF, 1994, p. 18. Dans le sarcophage, le défunt est accompagné de ces mauvaises actions inscrites sur un liste. Un tel rituel est « typique d'une société dont le bon fonctionnement repose sur le respect des règles des travaux agricoles d'irrigation, des limites de propriété, des tâches serviles, du culte des dieux et des morts » (Ibidem) ; si sous l'Ancien Empire ce rituel est réservé au roi, il bénéficie lors du Nouvel Empire, à tous.

<sup>93</sup> V. égal. MAURY A., *Recherches sur l'origine des représentations figurées de la psychostasie*, Paris : Leleux, 1844, p. 15 et s.

<sup>94</sup> VOLOKHINE Y., « Le dieu Thot et la parole », *Revue de l'histoire des religions*, t. 221, n° 2, 2004, pp. 131-133 : « Au sein du panthéon égyptien, Thot se présente d'abord comme le dieu écrivain, le patron des scribes et des lettrés, le secrétaire par excellence. La tradition égyptienne lui attribue la rédaction de décrets, de lettre, ainsi que de livres. Il est notamment un spécialiste patenté de l'écriture des textes funéraires : quelques chapitres du « Livre des Morts » mentionnent leur invention par Thot en personne (chap. 30 b, 64, 137 a, 148) et relatent leur découverte fortuite (...) Dieu, magicien, il., est celui qui connaît la formule exacte. Palette de scribe à la main, sa présence est requise lors qu'il s'agit de consigner des sentences : derrière le défunt de la scène de la psychostasie, auprès du roi pour noter les actes assurant la pérennité de la royauté » ; importé dans le monde gréco-romain, Thôt se présentera sous la figure d'Hermès puis de Mercure.

trouve justifié, « triomphant, sincère par la voix<sup>95</sup> ». En revanche, si le plateau sur lequel repose le cœur s'incline, le défunt sera condamné aux enfers pour les fautes de sa vie terrestre. Un auteur décrit l'une de ces funestes scènes : conduit à grands coups de verges par des cynocéphales, emblèmes de la justice céleste, « le coupable est sous la forme d'une énorme truie, au-dessus de laquelle on a gravé en grands caractères : Gourmandise ou gloutonnerie; sans doute le péché capital du délinquant, quelque glouton de l'époque<sup>96</sup> ».

---

<sup>95</sup> ROBERT Ch.-N., Naissance d'une image : la balance de l'équité, *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 54.

<sup>96</sup> MAURY A., *Recherches sur l'origine des représentations figurées de la psychostasie*, Paris : Leleux, 1844, p. 16.

## Chapitre 2 : La diffusion du symbole

Bien qu'elle était principalement, pour les Egyptiens, un dogme et faisait l'objet d'une croyance véritable<sup>97</sup>, la psychostasie se diffuse et s'intègre dans de nombreux mythes. On la retrouve en Iran au sein de la religion mazdéenne<sup>98</sup>, dans le bouddhisme<sup>99</sup>, et dans l'Inde ancienne où d'ailleurs elle se concrétise sous la forme bien réelle d'une ordalie<sup>100</sup>.

**La balance et les religions monothéistes.** Par la suite, la psychostasie, toujours représentée par l'action de peser les âmes à l'aide d'une balance à deux plateaux, apparaît dans les anciens et nouveaux testaments ainsi que dans le Coran. Dans le livre de Job, l'on peut lire « *qu'il me pèse sur une balance exacte : lui, Dieu, reconnaîtra mon intégrité !* <sup>101</sup> », et dans celui d'Esdras : « maintenant pèse donc nos iniquités dans la balance<sup>102</sup> ». La balance apparaît encore dans le livre de Daniel. Ce dernier est dépêché auprès du richissime roi Balthazar afin d'interpréter un message envoyé par Dieu :

« L'écriture tracée » dit Daniel au roi, « c'est : Mené, Tequel, et Parsîn. Voici l'interprétation de ces mots : Mené : Dieu a mesuré ton royaume et l'a livré ; Tequel : tu as été pesé dans la balance et ton poids se trouve en défaut ; Parsîn : ton royaume a été divisé et donné aux Mèdes et aux Perses. »<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> « Si nous portons nos regards vers l'Orient, nous verrons que la psychostasie ne prenait pas seulement sa source dans l'emploi de toutes ces métaphores; là nous trouvons, comme au moyen âge, une croyance sérieuse à un pèsoement. En Egypte l'existence de ce dogme nous est attestée par la plupart des rituels funéraires, par nombre de peintures qu'offrent les hypogées et les cercueils des momies. » (MAURY A., *Recherches sur l'origine des représentations figurées de la psychostasie*, Paris : Leleux, 1844, p. 15).

<sup>98</sup> Le mazdéisme désigne la religion traditionnelle de l'Iran ancien, le terme fait directement référence au nom que les fidèles donnent à leur dieu : Ahura Mazdâ (le Seigneur Sage). Comme dans une prière il est mentionné : zarathushtrish (« Je suis un disciple de Zarathushtra (Zoroastre) »), on désigne également cette religion par le terme zoroastrisme, v. VARENNE J., « Mazdéisme », *Encyclopaedia universalis*.

<sup>99</sup> V. MAURY A., op. cit., pp. 17-18.

<sup>100</sup> V. JACOB R., op. cit., p. 221, note infrapaginale n° 3.

<sup>101</sup> JOB, XXXI, 6 in, La Bible, Paris : Editions du Cerf, 1998, p. 822.

<sup>102</sup> ESDRAS, III, 36 cité par MAURY A., op. cit., p. 11.

<sup>103</sup> DANIEL, V, 25-28, in, La Bible, op. cit., p. 1523.

Dans l'Apocalypse de Saint Jean, l'un des quatre cavaliers annonçant le Jugement dernier, tient en sa main une balance<sup>104</sup>. Bien plus tard, dans le Coran, l'on trouvera également cette représentation :

« Lorsque la trompette sonnera, les liens de parenté n'existeront plus pour les hommes. On ne se demandera plus d'assistance ; ceux dont la balance penchera jouiront de la félicité ; ceux pour qui la balance sera légère, seront les hommes qui se sont perdus eux-mêmes, et ils demeureront éternellement dans la géhenne<sup>105</sup> ».

Plus loin, on peut également trouver : « *celui donc les œuvres seront de poids dans la balance, aura pour demeure le fossé*<sup>106</sup> ». Selon un auteur « toutes ces croyances sont évidemment écloses dans le même berceau<sup>107</sup> », à savoir l'Égypte ancienne. Néanmoins il repère deux différences (que l'on retrouvera également en Occident) entre la psychostasie égyptienne et celle biblique et coranique. Ces différences portent sur le moment et la finalité de la pesée. Chez les Égyptiens, la mise en balance de l'âme s'opère après la mort et vise à déterminer le lieu vers lequel l'âme sera dirigée ; alors que dans les religions juive, chrétienne et musulmane, le pesage des actions ou de l'âme, s'opère le plus souvent au cours de la vie terrestre ou lors du Jugement dernier. « Pour les Israélites » par exemple, rapporte M. Maury, « la psychostasie ne peut (...) *se passer qu'ici-bas*, elle règle nos actions présentes, notre fortune, mais non notre sort futur, notre fortune ou notre misère éternelle »<sup>108</sup> et conclut, qu'à l'instar des Grecs, et contrairement aux Égyptiens, les Israélites ne pèsent pas à proprement parler l'âme, mais la destinée<sup>109</sup>, même s'il reconnaît cependant un rapport certain entre la pesée de l'âme et la pesée de la destinée<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> « *Lorsqu'il ouvrit le troisième sceau, j'entendis le troisième Vivant crier « Viens ! » Et voici qu'apparaît à mes yeux un cheval noir ; celui qui le montait tenait à la main une balance* » (Apocalypse, VI, 5, in, La Bible, p. 2070).

<sup>105</sup> Coran, ch. XXIII, 103 et s., tr. KASIMIRSKI, cité par MAURY A., op. cit., p. 23.

<sup>106</sup> Coran, Ch. CII, 5-6 cité par MAURY A., loc. cit.

<sup>107</sup> MAURY A., op. cit., p. 23.

<sup>108</sup> MAURY A., « Remarques sur la psychostasie », Revue archéologique, 1846, Année II, partie 2, p. 713.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> MAURY A., « Remarques sur la psychostasie », art. préc., p. 711 : « *Peser les âmes, c'était donc peser leurs destinées, et peser leurs destinées, c'est-à-dire les divinités de leur destinée, c'était peser les âmes elles-mêmes. Ainsi, la psychostasie exprimait l'idée d'un dieu qui réglait, par la balance, le sort de nos âmes* ».

**La balance dans la mythologie grecque.** La psychostasie se retrouve également, avec quelque fortune, chez les Grecs « eux dont la religion n'était qu'un syncrétisme du culte grossier des Pélasges et des mythes asiatiques<sup>111</sup> ». Les Grecs adaptent la psychostasie « suivant leur habitude de mêler davantage les actes des dieux à la vie des mortels » et ont « déplacé la scène et fait peser, de leur vivant, les âmes que les rituels funéraires ne faisaient peser qu'après leur mort<sup>112</sup> ». Dans *l'Illiade*, Homère présente à deux reprises, l'emploi par Zeus déterminant de balances afin de déterminer l'issue des batailles<sup>113</sup>, notamment celle opposant Achille à Hector :

« quand, pour la quatrième fois, ils arrivèrent aux fontaines, alors le Père étendit ses balances d'or. Il y plaça deux sorts de la mort qui couche l'homme, celui d'Achille, et celui d'Hector dompteur de chevaux. Il souleva le fléau par le milieu ; alors s'abaissa le jour fatal d'Hector : il allait chez Hadès, et Phébus Apollon l'abandonna<sup>114</sup> »

Cet affrontement aurait également fait l'objet d'une pièce d'Eschyle aujourd'hui perdue intitulée *psychostasia*<sup>115</sup>. Incontestablement, les Grecs se distinguent des Egyptiens puisque ce ne sont plus les âmes qui sont pesées mais « les divinités qui président à la destinée de chacun de ses héros<sup>116</sup> », en l'occurrence, Apollon pour Hector, et Athénè pour Achille. En outre, la représentation tient désormais de l'allégorie, tandis que chez les Egyptiens la psychostasie demeurait l'objet d'une croyance véritable. Ce caractère allégorique se constate également dans les pièces de théâtre, à l'instar des *Suppliantes* d'Eschyle, où la mise en balance des destinées par Zeus confère en outre une force dramatique à la tragédie : « *Mais c'est toi*

---

<sup>111</sup> MAURY A., op. cit., pp. 18-19, il poursuit : « ils la reçurent sans doute des Égyptiens, auxquels Hérodote nous dit qu'ils avaient emprunté leurs dieux. C'est en effet sur les bords du Nil que ce dogme paraît avoir été le plus répandu, le plus populaire. Ce sont les poètes, les théologiens du paganisme qui ont apporté le pèsement des âmes chez les Grecs, dans les écrits desquels nous voyons figurer de bonne heure la *psychostasia* » ; ROBERT Ch.-N., « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 55.

<sup>112</sup> MAURY A., « Remarques sur la psychostasie », art. préc., p. 712.

<sup>113</sup> HOMÈRE, *Illiade*, trad. E. Lasserre, présent. J. Métayer, Paris : Flammarion, 2000, ch. VIII, 68-75. « Tant que dura l'aurore et que grandit le jour sacré, des deux côtés les traits portèrent, et les troupes tombaient. Mais, quand le soleil fut arrivé au milieu du ciel, le père des dieux étendit ses balances d'or. Il y plaça deux sorts de la mort qui couche l'homme, celui des Troyens dompteurs de chevaux, celui des Achéens, vêtus de bronze. Il souleva le fléau par le milieu ; alors s'abaissa le jour fatal des Achéens ; le sort des Achéens, vers la terre nourricière, descendit, celui des Troyens s'éleva vers le vaste ciel. »

<sup>114</sup> HOMÈRE, op. cit. ch. XXII, v. 210-214, p. 368.

<sup>115</sup> MAURY A., *Recherches sur l'origine des représentations figurées de la psychostasie*, Paris : Leleux, 1844, p. 21 ; selon Plutarque, Eschyle « avait représenté près des balances de Jupiter, d'un côté Thétis, de l'autre l'Aurore qui suppliaient le maître des Dieux en faveur de leurs fils, pendant qu'ils combattaient. », cité par DE WITTE J., « Scènes de la psychostasie homérique », *Revue Archéologique*, 15 janv. 1845, pp. 5-6.

<sup>116</sup> MAURY A., op. cit., p. 19.

[Zeus] seul qui tiens le plateau de la balance. Qu'est-ce que les mortels peuvent accomplir sans toi ?<sup>117</sup> ». Cette idée se retrouve de nouveau dans les Perses du même auteur, où la balance entre Grecs et Perses, au moment des guerres médiques, penchait en faveur de ces derniers :

« Quant au nombre des vaisseaux, sois sûr que les Barbares l'emportaient de beaucoup. Les Grecs avaient au plus trois cents navires; encore dix de ces navires formaient-ils une réserve. Xerxès, j'en suis garant, conduisait mille vaisseaux, sans compter ses fins voiliers au nombre de deux cent sept. Voilà la vérité. Notre flotte, comme tu vois, était loin d'être inférieure en forces. Mais un dieu a mis le poids de nos destins et des leurs sur une balance inégale, et c'est ainsi que notre armée a dû périr<sup>118</sup> ».

Pour un auteur, le lien entre la psychostasie égyptienne et la psychostasie grecque serait moins certain qu'il n'y paraît, en raison de l'absence du caractère rétributif dans la mise en balance grecque<sup>119</sup>. Au contraire, a-t-on dit, cet attribut est bien présent en Grèce, simplement sous une forme plus concrète : « les récompenses et les peines que méritent nos actions, rémunération, c'est de notre vivant qu'elle a lieu surtout, pour les Grecs ; c'est en prolongeant ou raccourcissant notre vie que les dieux reconnaissent les actes vertueux ou châtent les actions coupables<sup>120</sup> ».

A la même époque, la balance apparaît également dans certains rituels judiciaires indépendants de la mise en balance des destinées. Dans l'Iliade Homère décrit un conflit auquel il est demandé aux anciens de trouver une solution<sup>121</sup> : « au milieu étaient déposés deux talents d'or, pour celui qui, entre eux, prononcerait le jugement le plus droit<sup>122</sup> ». M.

---

<sup>117</sup> ESCHYLE, Les suppliantes, 826 ; on trouve plus avant une nouvelle référence à la balance : « Zeus, de qui nous descendons, vous et nous, contemple notre débat avec impartialité, lui qui met naturellement l'injustice au coeur des méchants et la piété au coeur de ceux qui observent la loi. S'il tient ainsi la balance égale, pourquoi aurais-tu regret de faire ce qui est juste ? » ( cité par MAURY A., op. cit., p. 21).

<sup>118</sup> ESCHYLE, Les perses, 335-350 cité par MAURY A., Remarques sur la psychostasie, Revue archéologique, 1846, Année II, partie 2, p. 711.

<sup>119</sup> DE WITTE J., Scènes de la psychostasie homérique, Revue archéologique, 15 janv. 1845, pp. 1-12.

<sup>120</sup> MAURY A., « Remarques sur la psychostasie », Revue archéologique, 1846, Année II, partie 2, p. 712.

<sup>121</sup> HOMERE, Iliade, ch. XVIII, 497-505, p. 319 : « La foule, sur la place publique, était rassemblée. Une querelle s'y était élevée. Deux hommes se querellaient pour le prix d'un meurtre. L'un affirmait avoir tout donné, et le déclarait devant le peuple, l'autre niait avoir rien reçu. Tous deux s'élançaient vers un témoin, pour en finir. La foule criait, partie pour l'un, partie pour l'autre, soutenant l'un ou l'autre ; des hérauts contenaient la foule. – Les anciens étaient assis sur des pierres polies, dans le cercle sacré. Leurs sceptres étaient aux mains des hérauts dont la voile ébranle l'air. Ils les prenaient ensuite, s'élançaient, donnaient leur avis à tour de rôle ».

<sup>122</sup> HOMERE, op. cit., p. 319.

Jacob éclaire notre lanterne sur le sens de cette phrase : « une mauvaise interprétation a longtemps fait croire que le droit archaïque gratifiait ainsi le juge le plus sage. Mais on *admet aujourd'hui que les deux talanta du vers homérique sont en fait les plateaux d'une balance d'or servant à désigner l'auteur du jugement*<sup>123</sup> ». L'instrument de la balance servant à désigner la justice peut expliquer l'origine du proverbe grec, *plus juste qu'une balance*<sup>124</sup>. S'il s'agit, ici, d'une justice proprement humaine, c'est-à-dire rendue par les hommes et destinée à ordonner leurs rapports interindividuels et plus largement à assurer la cohésion sociale<sup>125</sup>, elle n'en demeure pas moins symbolisée par une divinité, en l'occurrence Diké<sup>126</sup>.

Concernant les rapports entre d'un côté Diké et les tenants d'or, et de l'autre, la psychostasie et la balance des destinées, il règne, selon l'historiographie, une certaine incertitude. Si M. Jacob constate qu'en Grèce, la balance à deux plateaux n'est jamais « *devenue l'attribut emblématique d'une représentation stéréotypée de la justice*<sup>127</sup> », il reconnaît néanmoins que l'« on peut aussi tenter de rapprocher la balance de la Justice de celle que tient le Zeus de *l'Iliade ou le Jupiter de l'Enéide lorsqu'il lui faut trancher le sort des batailles*<sup>128</sup> ». Pour un autre auteur, il ne fait pas de doute que les balances d'or de Zeus sont celles que l'antiquité donnait à Diké<sup>129</sup> et qui se retrouveront à Rome, notamment sur les pièces de monnaie, pour symboliser l'Aequitas. Par là s'établirait le lien entre la psychostasie égyptienne, la psychostasie grecque puis la symbolique de la justice à travers la balance en Grèce puis à Rome.

### Chapitre 3 : L'instrumentalisation du symbole

Le symbole de la balance de la justice a pu faire l'objet d'instrumentalisation pour défendre certaines opinions comme le caractère légitime de la stricte égalité notamment en matière pénale et que l'on connaît plus communément sous le nom de loi du Talion. Cet usage du

---

<sup>123</sup> JACOB R., *Images de la justice*, préf. P. Truche et M. Ezratty, Paris : Le Léopard d'Or, 1994, p. 221.

<sup>124</sup> Cité par DE WITTE J., « Scènes de la psychostasie homérique », *Revue Archéologique*, 15 janv. 1845, p. 1.

<sup>125</sup> Dans l'extrait précité de l'Iliade, la nécessité d'une juste décision de la part des « anciens » présentés comme des juges, est d'autant plus prégnante que « la foule » s'empportait et se divisait.

<sup>126</sup> JACOB R., *Images de la justice*, préf. P. Truche et M. Ezratty, Paris : Le Léopard d'Or, 1994, p. 220.

<sup>127</sup> Ibid..

<sup>128</sup> Id., p. 221.

<sup>129</sup> MAURY A., op. cit., pp. 19-20.

symbole pour défendre l'égalité entre le crime et le châtement a été facilité par la correspondance évidente entre le Talion et l'idée d'équilibre.

**Le Talion, une règle archaïque.** Cette loi consistant en l'égalité du délit et de la sanction et que l'on connaît généralement par la formule « *œil pour œil, dent pour dent*<sup>130</sup> » constitue un « lieu commun à nombre systèmes répressifs, de l'Antiquité jusqu'au Moyen-âge<sup>131</sup> ». La plupart des législateurs, déplorait Robert Badinter dans son célèbre plaidoyer contre la peine de mort, s'étaient égarés en suivant cette idée simpliste<sup>132</sup>. En effet, et aussi loin que l'on puisse remonter le fil de l'histoire du droit, nous retrouvons le Talion. Dès le XVIIIe siècle avant notre ère, la règle de stricte rétribution apparaît à Babylone où elle est inscrite dans le Code d'Hammourabi<sup>133</sup>. Avant d'être répudié par Jésus<sup>134</sup>, le principe du Talion se trouve régulièrement évoqué dans l'ancien testament comme règle de châtement<sup>135</sup>.

**Définition du talion.** Il est difficile de définir précisément le talion car plusieurs caractères, parfois contradictoires, sont relevés pour le décrire. On a pu dire, au fond, que le Talion consiste en une vengeance<sup>136</sup>. Sous ce seul aspect, la vengeance familiale des Germains, les guerres privées du Moyen-âge ou encore la vendetta en Corse jusqu'au XIXe siècle peuvent être considérées comme des manifestations du Talion<sup>137</sup>. Mais la particularité du Talion est son caractère formel et l'intervention d'un tiers : le Talion consiste en la stricte égalité du crime et du châtement, prescrite et contrôlée par une institution publique. Par cette intervention d'une tierce partie, ce qui n'était qu'une vengeance devient punition et s'inscrit dans une justice rétributive. Le Talion peut donc se définir comme la règle sociale destinée à confiner les excès de la vengeance privée. La fonction rétributive du Talion s'accompagne également d'une finalité pacificatrice. Ainsi, dans la loi des XII tables, où la règle trouve par

---

<sup>130</sup> « vie pour vie, œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, meurtrissure pour meurtrissure, plaie pour plaie » (Exode 21-23-Deuteronomie 19-21)

<sup>131</sup> SERIAUX A., « Loi du talio », in, CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, p. 837.

<sup>132</sup> BADINTER R., *L'abolition de la peine de mort*, Paris : Dalloz, 2007, p. 50 : « Loi fatale du talion, c'est toi qui as égaré presque tous les législateurs, c'est à toi qu'on doit imputer la peine de mort ! »

<sup>133</sup> V. LEVY J.-P., CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2002, , p. 913.

<sup>134</sup> MATTHIEU 5-38, in, La Bible, Paris : Editions du Cerf, 1998 : « Vous avez appris qu'il a été dit "OEil pour œil, dent pour dent". Eh bien moi je vous dis de ne pas tenir tête au méchant : au contraire, quelqu'un te donne-t-il un soufflet sur la joue droite, tends-lui encore l'autre... ».

<sup>135</sup> Par ex. Exode 21 : 23-25 ; Lévitique 24 : 19-20 in, La Bible, Paris : Editions du Cerf, 1998.

<sup>136</sup> LEVY J.-P., CASTALDO A., op. cit., p. 913.

<sup>137</sup> Ibid.

ailleurs sa dénomination (Talion vient du latin talio<sup>138</sup>), le talion n'est qu'un moyen subsidiaire de compenser un dommage très spécifique (l'amputation d'un membre<sup>139</sup>). A défaut de composition volontaire, le Talion s'applique strictement : la victime est habilitée à reproduire sur l'auteur le dommage qu'elle a subi en raison et dans la mesure de celui-ci. Or, « en se montrant draconien sur les limites du talion, le pouvoir central amène indirectement la partie lésée à se contenter d'une composition pécuniaire<sup>140</sup> ». En ce sens, le Talion, bien qu'il soit un « procédé évidemment très primitif, représente tout de même un progrès par rapport au simple droit, vague, de vengeance, qui permettrait de se venger sans aucune limite : car le talion limite la vengeance, exactement au dommage causé<sup>141</sup> ». En outre, la répression revêt un caractère individuel<sup>142</sup> et non plus collectif comme auparavant où chacun des clans auquel appartenaient auteur et victime, était dans leur ensemble engagé. Enfin, le dernier avantage du Talion au regard de la paix social qu'il engendre résulte de sa simplicité : « *Œil pour œil*, dent pour dent, etc. L'intelligence la plus imparfaite est capable de lier ces idées<sup>143</sup> ». Compréhensible par tous, il produit facilement des effets dissuasifs<sup>144</sup>. Le Talion est donc cette règle destinée à prémunir l'ordre social contre les troubles occasionnés par les cycles continus de vengeances et qui entend protéger l'auteur du dommage contre une peine disproportionnée<sup>145</sup>.

<sup>138</sup> Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto, cité par DRAÏ R., *Œil pour œil – le mythe de la loi du talion*, Paris : Joseph Clims, 1986, p. 49.

<sup>139</sup> Si la victime décède, l'action membrum ruptum s'éteint et ne passe pas aux héritiers. Le talion ne s'applique alors pas (Gaius, 4, 112), LEVY J.-P., CASTALDO A., op. cit., pp. 917-918.

<sup>140</sup> BOULOC B., *Droit pénal général*, 22<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2011, n° 63, p. 52.

<sup>141</sup> LEVY J.-P., CASTALDO A., op. cit., pp. 917-918 ; Le talion constitue l'un des moyens destinés à délimiter le degré de vengeance légalement autorisé, (BOULOC B., *Droit pénal général*, 22<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2011, n° 62) ; DURIF J., *Le talion et le début de la justice publique*, Lyon : Bosc, 1937, p. 8 : « le talion est une vengeance déjà très évoluée, il représente un idéal beaucoup plus élevé, répondant au désir d'infliger une juste expiation à celui qui a commis un délit ou un crime et en même temps d'assurer le bon ordre social. (...) Le souci d'une juste punition, d'une exacte rétribution d'un acte mauvais est la grande pensée qui domine le talion et le différencie de la pure vengeance privée, vengeance désordonnée, sans mesure, obéissant au seul ressentiment de la victime ».

<sup>142</sup> DURIF J., *Le talion et le début de la justice publique*, Lyon : Bosc, 1937, p. 73.

<sup>143</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A., DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, 2010, p. 318.

<sup>144</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., trad. E. Dumont, Paris : Bossange, 1818, p. 74 : « *Tout vaste qu'est ce plan, il entre tout à la fois dans l'intelligence la plus bornée ; il se fixe dans la mémoire la plus faible : et de plus, l'analogie est si parfaite que l'idée du délit réveille immédiatement l'idée de la peine.* »

<sup>145</sup> C'est la loi du Talion qui est censée avoir opéré le passage historique de la vengeance à la loi criminelle en introduisant un principe de proportionnalité dans les châtements, v. THERY R., « Punition et vengeance », in, PUIGELIER C., TERRE Fr. (dir.), *La vengeance*, Paris : Panthéon-Assas éd., 2011, p. 190 ; RISTROPH A., « Proportionality as a principle of limited government », *Duke Law Journal*, n° 55, 2005, p. 280. Comme l'indique M. Balmer, certains criminels anglais du XVIII<sup>e</sup> siècle auraient très certainement préféré subir la loi du Talion plutôt que la loi pénale anglaise. En effet, le droit anglais de cette époque prescrivait la peine de mort pour plus de 160 crimes, comme le meurtre, ou le crime de chasser sur des territoires prohibés ou celui de cueillir des fruits sur certains arbres, v. BALMER Th. A., « Some Thoughts on proportionality », *Oregon Law Review*, vol. 87, 2008, p. 787.

**Talion et « équilibre ».** Consistant en la stricte égalité entre le crime et le châtement, la loi du talion exprime des idées de réciprocité, de symétrie<sup>146</sup>, et partant, d'équilibre<sup>147</sup>. Néanmoins, on a tôt fait de douter de la possibilité d'atteindre un tel équilibre. Engagé dans une controverse avec Sextus Cécillus, le philosophe Favorinus, rapporte Aulu-Gelle dans ses Nuits attiques, souligne les difficultés pratiques que soulève l'application de la loi du Talion contenue dans les XII tables :

« Enfin j'ai dit que quelquefois la loi était inapplicable. Je citerai celle du talion, qui est ainsi conçue, si j'ai bonne mémoire : 'Si l'on a brisé un membre, et qu'il n'y ait pas eu transaction avec le blessé, il y aura talion'. Sans relever l'atrocité de la vengeance, je demande comment on pourra exécuter la loi à la lettre. Je suppose que celui dont le membre a été brisé veuille user de représailles, comment s'y prendra-t-il pour mettre en équilibre [aequilibrium] l'offense et la peine ? Première difficulté insoluble mais que sera-ce, si la fracture a été faite involontairement ? Il faudra, pour qu'il y ait talion, rendre un mal involontaire pour un mal involontaire : car enfin, un coup fortuit et un coup prémédité ne sont pas talion. Mais, comment, pour se venger d'un acte involontaire, reproduire le même acte sans intervention de la volonté ? Et quand l'offenseur aurait agi volontairement, il ne permettra pas à l'offensé de lui faire une blessure plus large ou plus profonde ; or, de poids et de mesure pour régler cela, je n'en vois pas. Ce n'est pas tout : si la blessure rendue excède ou varie, le ridicule se mêlera à l'atroce ; car le talion naîtra du talion, et cela indéfiniment<sup>148</sup> »

---

<sup>146</sup> QUEZEL-AMBRUNAZ Ch., Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, préf. Ph. Brun, Paris : Dalloz, 2010, p. 525 : « Le talion, en quelque sorte, est l'apogée de la causalité : la sanction est la symétrie exacte de l'atteinte, l'une détermine entièrement l'autre. Ce que l'un a causé, il doit le subir ; ce que l'autre a subi, il doit le causer ».

<sup>147</sup> Le Talion est « le symbole archaïque de l'équilibre mythique et quasi-religieux ainsi rétabli entre la victime et le responsable » (LAMBERT-FAIVRE Y., PORCHY-SIMON St., Droit du dommage corporel, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, pp. 10-11) ; SCELLE G., Précis de droit des gens, Paris : Dalloz, 2008, p. 20 : « *Nous répudions aujourd'hui, par sentiment de justice, la sanction aveugle, ou sanction d'équilibre matériel qui, dans les sociétés primitives, faisait beaucoup moins de place à l'imputabilité qu'au rétablissement de l'équilibre social compromis, et se traduisait par la vengeance, notamment par la vengeance collective* » ; NIETZSCHE Fr., Le voyageur et son ombre, Paris : Denöel/Gonthier, 1975, n° 22, p. 26- 27 « une notion très importante pour les *anciens principes de justice et de morale ; l'équilibre est la base de la justice. Si, aux époques barbares, celle-ci dit « œil pour œil, dent pour dent », elle considère l'équilibre comme atteint et veut conserver cet équilibre au moyen de cette faculté de rendre la pareille : de telle sorte que, si l'un commet un délit au détriment de l'autre, l'autre ne pourra plus exercer sa vengeance avec une colère aveugle. Grâce à la loi du talion l'équilibre entre les puissances, qui avait été détruit, est rétabli : car un œil, un bras de plus, dans ces conditions primitives, c'est une somme de pouvoir, un poids de plus* » ; sur la conception de la justice de Nietzsche, V. WOTLING P., « Quand la puissance fait preuve d'esprit – Origine et logique de la justice selon Nietzsche », in, WOTLING P. (dir.), La justice, Paris : Vrin, 2007, pp. 113-140.

<sup>148</sup> AULU-GELLE, Les Nuits attiques, XX, 1, 14-18, trad. M. CHARPENTIER - M. BLANCHET, Oeuvres complètes d'Aulu-Gelle, Deux tomes. Paris, Garnier, 1927.

**Talion et balance de la justice.** Depuis, beaucoup se sont opposés à cette règle de justice tel Blackstone<sup>149</sup> ou Bentham en raison notamment de son caractère impraticable. Du strict point de vue rationnel, le Talion trouve toutefois des défenseurs. Rigoureusement égalitaire au regard de la balance de la justice, la loi du talion appliquée par le juge, remplit toutes les conditions de l'impératif catégorique de Kant :

« Mais quel est le mode et quel est le degré du châtement que la justice publique doit adopter comme principe et mesure? Il n'en est point d'autre que le principe de l'égalité (figuré par la position de l'aiguille dans la balance de la justice), et qui consiste à ne pas se pencher d'un côté plus que de l'autre. Ainsi le mal immérité que tu infliges à un autre dans le peuple, tu le fais à toi-même. Si tu l'outrages, c'est toi-même que tu outrages; si tu le voles, tu te voles toi-même; si tu le frappes, tu te frappes toi-même; si tu le tues, tu te tues toi-même. Seule la loi du talion (*ius talionis*), mais bien entendu à la barre du tribunal (et non dans un jugement privé), peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine; toutes les autres sont chancelantes et ne peuvent, en raison des considérations étrangères qui s'y mêlent, s'accorder avec la sentence de la pure et stricte justice<sup>150</sup> ».

Comme nous le constatons Kant utilise le symbole de la justice ou, ce qui revient au même, la métaphore de la balance afin de donner une idée plus acceptable voire légitime à la règle du Talion. Nous rencontrerons régulièrement ce procédé rhétorique consistant pour les auteurs à employer un symbole ou un terme flou bien établi quoique mal défini pour nourrir leur propos. Le terme d'« équilibre » par son caractère indéfini, est presque prédisposé à remplir ce genre de fonction rhétorique.

---

<sup>149</sup> BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, 1763, p. 13 cité par BALMER Th. A., « Some Thoughts on proportionality », *Oregon Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 785 note 6. « [T]here are very many crimes, that will in no shape admit of these penalties, without manifest absurdity and wickedness. Theft cannot be punished by theft, defamation by defamation, forgery by forgery, adultery by adultery, and the like ».

<sup>150</sup> KANT E., *Métaphysique des mœurs Doctrine du droit*, Vrin, p.215. Traduction A. Philonenko ; V. RISTROPH A., « Proportionality as a principle of limited government », *Duke Law Journal*, n° 55, 2005, p. 280 et s.

# Titre 1 : Le discours ancien de l'équilibre

« ...je ne conçois pas la justice comme une créature éthérée qui rêverait dans sa tour d'ivoire à je ne sais quoi d'incorporel ; je vois une femme bien en chair, qui a les pieds sur terre et les yeux constamment fixés sur l'utilité, parce que sa tâche est justement d'arbitrer des utilités<sup>151</sup> ».

M. Villey

Le discours de l'équilibre répond au besoin de dépasser le formalisme juridique. Nous constaterons ce phénomène en droit romain (Chapitre 2). Toutefois, pour parvenir à formuler un tel discours, les juristes puisent à d'autres sources que le seul droit. Ce regard porté en dehors du droit est nécessaire pour que les juristes puissent écarter par une autre exigence le formalisme. En l'occurrence, c'est dans la philosophie d'Aristote que les juristes sont allés puiser leurs idées (Chapitre 1). Une fois formulé, le discours juridique de l'équilibre produit des effets sur les juges lesquels peuvent se saisir de l'opportunité de transformer le discours de l'équilibre en méthode d'adjudication afin de s'affranchir du formalisme (Chapitre 3).

---

<sup>151</sup> VILLEY M., « une définition du droit », Arch. phil. droit, n° 4, 1959, p. 59.

# Chapitre 1 : Les racines du discours : la philosophie juridique d'Aristote

**Notion d'« équilibre » et droit naturel. Exclusion du jusnaturalisme moderne.** Lorsque l'on s'interroge de manière générale, sur la notion d'« équilibre » en droit, tôt ou tard, on est ramené au droit naturel. De manière large, le droit naturel est « *le résultat de l'effort de la raison pour découvrir le fondement objectif de la distinction entre le bien et le mal, le juste et l'injuste, le droit et le tortu*<sup>152</sup> ». La substance éthique<sup>153</sup> du droit naturel implique un objet qui transcende les frontières des savoirs philosophique et juridique. Circonscrit à la philosophie du droit, le jusnaturalisme fait partie des doctrines de type idéaliste, par opposition au positivisme<sup>154</sup> et se définit comme le droit supérieur aux volontés et aux lois humaines, invariable dans le temps et l'espace, issu d'une recherche rationnelle du Bien et du Juste<sup>155</sup>.

Variant au cours du temps<sup>156</sup>, les doctrines de droit naturel sont ordinairement regroupées autour de trois périodes, l'Antiquité, le Moyen-âge et les XVIIe et XVIIIe siècle<sup>157</sup>. Les doctrines antique et moyenâgeuse entretiennent un lien certain – l'idée d'un droit d'origine cosmologique ou théologique – qui justifie leur réunion sous la bannière du « droit naturel classique<sup>158</sup> ». Les doctrines modernes, parce qu'elles postulent une source anthropologique du droit, rompent l'unité des doctrines jusnaturalistes<sup>159</sup>. Au paradigme de la nature cosmique ou divine se substitue celui de la nature humaine :

---

<sup>152</sup> SERIAUX A., *Le droit naturel*, Paris : PUF : 1999, p. 7.

<sup>153</sup> MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, n° 115.

<sup>154</sup> TERRE F., *Introduction générale au droit*, Paris : Dalloz, 2009, n° 183 et s.

<sup>155</sup> MORVAN P., *op. cit.*, n° 114-115.

<sup>156</sup> Une quinzaine de doctrines jusnaturaliste existerait, v. DUFOUR A., « Droit naturel/droit positif », *Arch. phil. Dr.*, n° 35, 1990, pp. 59-79.

<sup>157</sup> Les doctrines sociologiques du XIXe siècle sont parfois considérées comme appartenant au droit naturel. Il s'agit plutôt d'une forme d'idéalisme greffé au positivisme scientifique. Pour les raisons de l'exclusion, v. VILLEY M., « François Génys et la renaissance du droit naturel », in, *Le centenaire du doyen François Génys*, recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris : Dalloz, 1963, pp. 39-56.

<sup>158</sup> V. STRAUSS L., *Droit naturel et histoire*, Paris : Flammarion, 1986, p. 115.

<sup>159</sup> Cette rupture dans la pensée du droit naturel, dont les prémices datent du Moyen-âge, est véritablement consommée avec John Locke : « De tous les théoriciens modernes du droit naturel le plus célèbre et le plus écouté fut sans doute John Locke. Mais il nous est particulièrement difficile de discerner à quel point il est moderne, et dans quelle mesure il s'écarte de la tradition ancienne (...) Sa référence suprême semble être Richard Hooker (...) Or en matière de droit naturel, les vues de Hooker sont celles de saint Thomas ; celles-ci viennent à leur tour des Pères de l'Eglise, qui s'étaient mis à l'école des Stoïciens, eux-mêmes disciples des disciples de Socrate. Nous voilà apparemment devant une tradition ininterrompue de parfaite respectabilité qui

« Au sens classique la nature est cosmique, dynamique et eudémonique », alors qu'« au sens moderne, la nature est individualiste, immuable et neutre. Cela nous donne un droit naturel classique qui est lui-même cosmique, ou fait d'équilibres, dynamique, ou fait de vivants, eudémonique, ou fixé quand le bien des vivants est atteint. Et ceci donne un droit naturel moderne de même individualiste, immuable et neutre<sup>160</sup> ».

Aux idéaux classiques d'harmonie, d'équilibre, de proportion, auraient succédés les idéaux modernes de liberté, de propriété et d'égalité. Les modernes, en délaissant « *l'harmonie ontologique d'un cosmos hiérarchisé et finalisé*<sup>161</sup> », afin de placer l'homme au centre du système des normes<sup>162</sup>, auraient ainsi abandonné le modèle à partir duquel les classiques concevaient les rapports entre citoyens. Pour les anciens, le droit présupposait nécessairement un rapport qu'il fallait ordonner ; pour les modernes, rompus au nominalisme, le rapport, en tant que simple projection de l'esprit, ne représente plus l'objet principal du droit et partant, l'idée d'équilibre ne permet plus de définir (ou de finaliser) le droit.

Pour s'en convaincre, il suffit de prendre connaissance des grandes œuvres constitutives des doctrines du droit naturel moderne pour constater que le mot « équilibre » brille par son absence. Bien au contraire, nous constaterons plus tard que l'« équilibre » servira justement à lutter contre les dérives des droits subjectifs rendues possibles par l'absolutisme induit par le droit naturel moderne. Toujours est-il que la présente étude ne s'intéresse donc pas au droit naturel en général, mais uniquement au droit naturel ancien.

---

*court de Socrate à Locke. Mais dès que nous prenons la peine de confronter l'ensemble de la doctrine de Locke à l'ensemble de l'enseignement de Hooker, nous nous rendons compte qu'en dépit d'un certain accord entre les deux hommes leurs conceptions du droit naturel sont fondamentalement différentes. De Hooker à Locke la notion de droit naturel subit une transformation complète. Une rupture de la tradition s'est produite en chemin »* (STRAUSS L., op. cit., pp. 152-153.)

<sup>160</sup> VALLANÇON F., « Loi naturelle et droit naturel », in, Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, p. 72.

<sup>161</sup> GOYARD-FABRE S., « Jusnaturalisme », Encyclopaedia universalis.

<sup>162</sup> PICARD E., « Le ou les jusnaturalismes ? », in, Rousseau D., Viala A. (dir.), Le droit, de quelle nature ?, actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 à Montpellier (C.E.R.C.O.P.), Paris : Montchrestien, 2010, p. 45 : « là où les doctrines classiques s'appuyaient sur l'objectivité de la Nature, du Cosmos, de la Création et de leurs lois, selon une approche très holiste du monde, pour en déduire les règles qui doivent suivre les sujets du droit, les doctrines du droit naturel s'élaboreront toutes à partir de la subjectivité des sujets, entendus non plus en tant qu'assujettis à un ordre qui leur serait imposé objectivement, mais, tout au contraire, en tant que sujets du verbe, maîtres de la pensée et donc également maîtres de l'action et par conséquent maîtres du droit, dont les sujets pourront enfin, sur la base de leur subjectivité, arraisonner l'objectivité (...) dans certains cas, c'est le pouvoir qui en sortira renforcé, alors que dans d'autres il finira par se voir subordonné à ces sujets qui deviendront sujets-acteurs du droit pour cette raison qu'ils se seront conçus comme étant par essence des sujets de droits ».

**Pensée grecque et « équilibre ».** Quel que soit l'ouvrage d'histoire ou de philosophie du droit, nous trouverons toujours la philosophie du droit grecque décrite et exposée au travers de la notion d'« équilibre ». Il suffit de lire Villey pour s'en convaincre. Selon l'auteur la pensée antique grecque

« présuppose la croyance qu'il existe un ordre, une harmonie dans la nature. La nature a donné un ordre, lequel pourrait être exprimé selon des lois mathématiques, aux rapports sociaux. Il n'est que de le respecter, et de restaurer l'équilibre chaque fois qu'un désordre l'a troublé ; de rétablir les proportions. C'est cela la justice. Si les Grecs n'avaient pas conçu cette notion d'ailleurs contestable, nous n'aurions pas l'idée de droit<sup>163</sup> ».

**Lexicologie.** Les fondements, définitions et finalités de la justice et des lois constituent l'objet de la philosophie du droit grecque. D'un point de vue lexical, les Grecs, à l'Antiquité, n'ont pas de mot pour désigner ce que l'on entend aujourd'hui par le « droit »<sup>164</sup>, c'est-à-dire comme l'ensemble des règles contraignantes émises par une autorité compétente et destinées à ordonner les rapports entre les hommes. Mais ils emploient notamment, « Dikè », la Justice<sup>165</sup>, « dikaiosunê », la vertu de justice, « dikaion » pour ce qui est juste et « nomos<sup>166</sup> » pour les lois. Les significations recouvrent le champ sémantique correspondant au « droit ».

---

<sup>163</sup> VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, p. 28.

<sup>164</sup> VILLEY M., « Logique d'Aristote et droit romain », *Revue historique de droit français et étranger*, 1951, pp. 318-319 ; toutefois pour désigner ce qui est droit, c'est-à-dire ce qui se dirige vers une cible, ou ce qui ne dévie ni à droite ni à gauche, ils employaient *orthos*, et les Romains, *directum*, VALLANÇON F., « Loi naturelle et droit naturel », art. préc., p. 72.

<sup>165</sup> La Justice est personnifiée sous les traits d'une divinité. Fruit de l'union de Zeus et de Thémis, Dikè est la déesse des jugements, sœur d'Aletheia, déesse de la vérité. Contrairement à sa sœur et à sa mère, Dikè s'intéresse davantage aux querelles des hommes qu'aux certitudes des dieux. En raison de cet attrait pour les conflits, on lui attribue en premier lieu la fonction de conciliation lorsqu'éclatent des différends et la fonction de sanction lorsque la médiation échoue. En ce sens, Dikè représente « le caractère implacable d'une correction ou d'une punition infligée à ce qui dépasse la mesure et perturbe le rapport entre les éléments du monde » (CANTO-SPERBER M., « Éthique », in, *Le savoir grec*, Paris : Flammarion, 1996, p. 137 ; BERTRAND J.-M., « Dikè », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004 ; v. égal. GOYARD-FABRE S., « La justice – Une problématique embarrassante », *Philopsis*, 10 juillet 2011, n° 2, disponible sur [http://www.philopsis.fr/IMG/pdf\\_justice-goyard-fabre.pdf](http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-goyard-fabre.pdf), p. 2.

Pour MM. Terré et Sève, *dikè* signifie à l'origine « usage, manière d'être », puis « justice (humaine), procès, poursuite, châtement ». Le terme relève du lexique juridique grec comprenant entre autres *dikazô* « juger », *dikastès* « juge, juré », *dikanikos* « chicanerie » (TERRE Fr., SEVE R., « Droit », *Arch. phil. droit.*, n° 35, 1990, p. 43) ; le mot dériverait de la même racine que le verbe *deiknumi* qui signifie « montrer » : la justice est d'abord ce que l'on montre et qui, partant, fait norme, BALAUDE J.-F., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Paris : Nathan, 1996, p. 7 ; v. TRIGEAUD J.-M., *Métaphysique et éthique au fondement du droit*, Bordeaux : Bière, 1995, p. 243.

Le mot « équilibre <sup>167</sup> » tel qu'on le conçoit aujourd'hui, c'est-à-dire, comme un terme polysémique ne semble pas, a priori, avoir d'équivalent en grec ancien. *L'idée* d'équilibre semble néanmoins exprimée par au moins trois termes. En mécanique, les Grecs employaient isorropos <sup>168</sup> qui signifie « l'équilibré », « l'égal en poids » <sup>169</sup> obtenu, notamment, par la balance à deux plateaux <sup>170</sup>. Au sens figuré, la métaphore de la balance est employée pour signifier l'existence d'un équilibre en tant qu'avantage. C'est par ce terme qu'Aristote rend compte des bienfaits de la cité qui repose sur la classe moyenne, car cette dernière permet de maintenir l'équilibre de la cité, contrairement à la classe des aristocrates et à la classe des pauvres <sup>171</sup>. C'est également sous ce terme que Polybe rend compte de l'intérêt de la

---

<sup>166</sup> Le terme nomoi ou son pluriel nomos avant d'être essentiellement politique s'employait dans de nombreux domaines : le chant, la musique, la religion, la morale...et « désigne, en fait, toute espèce de règle en toute espèce de domaines » (DE ROMMILLY J., *La loi dans la pensée grecque*, Paris : Les belles lettres, 2002, p. 14) ; étymologiquement, Nomos (νομός) qui proprement signifie « distribution » (HUVELIN P., « Les tablettes magiques et le droit romain », in, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, Paris : Sirey, 1929, p. 224 note 2) provient du verbe nemein (νέμειν) qui signifie « répartir », « posséder » (ce qui est réparti), « résider », et exprime « le partage que nous pressentons exister au sein du Cosmos, et des communautés humaines » (VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 228). Nomos et Nemesis ont donc la même racine : nemein. L'idée de nomos à l'origine s'identifierait à l'idée de frontière, de limite, de mesure (ARENDE H., *Condition de l'homme moderne*, Paris : Calmann-Lévy, 1983, p. 104). Employé en physique, nomos désignerait l'ordre du monde, (DUCOS M., *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, préf. MAGDELAIN A., Paris : PUF, 1978, p. 74) ; le terme dérivait en numina en latin.

Historiquement, Nomos dans le sens de « loi (dictée) par la politique » remplace progressivement au long du Ve siècle av. J.-C. les termes de themis (la prescription du roi prêtre, la sentence oraculaire) et thesmos (règles dans les rapports entre les familles, puis justice) dont la désuétude s'amplifie avec la montée des revendications égalitaires. Durant les réformes de Clisthène, nomos est consacré dans le langage politique et porte un sens chargé d'idéologie, « il désigne sans équivoque un paradigme de souveraineté », SCHIAVONE A., *Ius l'invention du droit en occident*, trad. G. et J. BOUFFARTIGUE, Paris : Belin, 2008, p. 101 ; en ce sens, DE ROMMILLY J., op. cit., p. 17 : « on peut donc avec certitude dater l'emploi nouveau de la fin du Ve siècle. Et le fait que thesmos disparaisse d'un coup à la même époque autorise à penser que la vague soudaine de nomos est liée à l'avènement de la démocratie ».

<sup>167</sup> Pour rappel, équilibre vient du latin aequilibrium. Composé d'aequs, « égal » et de libra, « balance », aequilibrium signifie l'exactitude des balances, REY A., *Dictionnaire historique de langue française*, 1998, v. « équilibre ».

<sup>168</sup> ἰσοροπός

<sup>169</sup> CHANTRAINE P., *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris : Klincksieck, 1968, V. Iso. Au sens propre isorropos, l'égalité des poids en dynamique, fut utilisé par Archimède et aurait inspiré Galilée au XVIIe, GANDT F. DE, *Galilée et la naissance de la dynamique : recherches de P. Galluzzi sur le terme « momento »*, *Revue d'histoire des sciences*. 1983, Tome 36, n°3-4, p. 320.

<sup>170</sup> DAREMBERG C, SAGLIO E. (ss la dir.), *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, Paris : Hachette, 1873, V. Libra, p. 1222 et s., disponible en ligne sur : <http://dagr.univ-tlse2.fr/sdx/dagr/index.xsp>

<sup>171</sup> ARISTOTE, *Les Politiques*, trad. PELLEGRIN P., Paris : Flammarion, 1990, IV, 11, 1295-b 35-39 : « Il est donc clair aussi que la meilleure communauté politique est celle qui est constituée par des gens moyens, et que les cités qui peuvent être bien gouvernées sont celles dans lesquelles la classe moyenne est nombreuse et au mieux plus forte que les deux autres, ou au moins que l'une des deux, car son concours fait pencher la balance [isorropos] et empêche les excès contraires ».

séparation des pouvoirs politiques dans la cité de Sparte<sup>172</sup>. Mis à part ces deux exemples, le terme ne semble pas particulièrement employé par les philosophes anciens.

Les deux autres termes exprimant également l'idée d'équilibre sont isonomia et antipeponthos. Contrairement à isorropos, ces deux termes sont employés d'après leur signification propre et non comme des métaphores. En outre, isonomia et antipeponthos entretiennent chacun à leur manière, et là encore à rebours du terme isorropos, des rapports étroits avec l'idée de justice. Nous étudierons ces questions sous peu.

**Aristote, droit et « équilibre ».** Parmi les auteurs grecs, Aristote est celui qui attire le plus l'attention des juristes car il aurait, plus que n'importe quel philosophe grec, identifié le droit (le juste rapport entre citoyens relativement aux choses extérieures) à partir de sa méthode consistant à rechercher en toute chose « le juste milieu ». Naturellement, le terme « équilibre » est très utilisé lorsqu'il s'agit de faire une exégèse de la pensée du Stagirite. Toutefois, il est surprenant a priori de constater qu'Aristote utilise assez peu les termes que nous avons identifiés comme étant les signifiants de l'idée *d'équilibre*. Cela s'explique simplement par le fait que les termes d'isonomie et antipeponthos sont respectivement porteurs de significations propres à la philosophie présocratique et à la philosophie pythagoricienne. Autrement dit, Aristote ne disposait pas de termes disponibles pour exprimer sa pensée tournée vers l'idée d'équilibre. L'identification de l'idée d'équilibre devra donc se poursuivre selon une méthode conceptuelle.

Pour appréhender la pensée d'Aristote et saisir les rapports qu'elle entretient avec l'idée d'équilibre (Section 2), il convient d'emblée de présenter les philosophies qui l'ont précédé (Section 1) et auxquelles Aristote s'est opposé.

---

<sup>172</sup> Polybe décrit ainsi la république de Lycurgue : « Dans sa république, la force de l'un tient toujours la force de l'autre en respect : aucun d'eux n'emporte la balance ; ils se tiennent tous mutuellement dans l'équilibre [isorropein], c'est comme un vaisseau que les vents poussent de tous côtés. La crainte du peuple, qui avait sa part dans le gouvernement, empêchait les rois d'abuser de leur pouvoir ; d'un autre côté, le peuple était retenu dans le respect dû aux rois par la crainte du sénat, qui, composé de citoyens choisis, ne devait pas manquer de se ranger du côté de la justice : de là il arrivait que le parti le plus faible, mais qui avait le bon droit pour lui, devenait le plus fort, par le poids que lui donnait le sénat » (POLYBE, Histoire générale, trad. THUILLIER D., in, Bibliothèque historique et militaire dédiée à l'armée et à la garde nationale, T.2, Paris Librairie De L'art Militaire, 1836, VI, 3, disponible en ligne sur <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/polybe/index.htm> ; v. égal. CAMBIANO G., Polis - *histoire d'un modèle politique*, trad. S. Fermigier, Paris : Aubier, 2003, p. 272.

## Section 1 : Les préalables à la pensée d'Aristote

Aristote s'oppose à Platon qui lui-même réagit contre les présocratiques. Pour comprendre cette réaction en chaîne, il convient d'exposer la pensée des premiers philosophes, laquelle était non seulement tournée vers l'idée d'équilibre, mais encore exprimée à l'aide de la notion d'« isonomie » signifiant, entre autres choses, l'« équilibre ». Les présocratiques peuvent ainsi être considérés comme les tenants d'une des premières formes du discours philosophique de *l'équilibre* (I). Contre cet équilibre qui correspond finalement à *l'égalité*, Platon, inspiré par les pythagoriciens, va réintroduire l'idée de hiérarchie que *l'isonomie* était censée combattre (II).

### I) Le discours de l'« isonomie »

La culture grecque se distingue des autres civilisations occidentales à l'époque dite archaïque grâce à l'institution de la cité et au développement d'une pensée rationnelle par les premiers physiciens<sup>173</sup>. A cette révolution intellectuelle correspond un bouleversement dans la conception de la politique et de l'ordre social, qui débouchera sur l'apparition de la démocratie et la naissance de la philosophie. Ces nouveaux modes de pensée et d'organisation sociale sont loin d'être indépendants<sup>174</sup>. On constate au cœur de ces deux phénomènes la récurrence d'un concept, *l'égalité* (ison), et de ses avatars : la réciprocité, la symétrie, le

---

<sup>173</sup> La pensée grecque explique M. Balaudé « *tient à la conviction que l'on peut rendre raison des choses existantes à partir d'elles-mêmes, en d'autres termes à partir des indications que l'observation permet de saisir. Il s'ensuit une autonomisation de la réflexion à l'égard de la théologie traditionnelle. C'est une véritable mutation pour la pensée, qui conduit à un véritable changement de paradigme : de la théogonie à ce qui va finalement s'unifier sous le chef 'd'enquête sur la nature', phusiologia.* » (BALAUDE J.-F., op. cit., p. 29). Pour une tentative d'analyse sociologique de la naissance de la pensée grecque, v. HUBERT R., « Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion de droit naturel », Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, n° 3-4, 1933, pp. 91-159.

<sup>174</sup> De manière plus précise, plusieurs facteurs sociaux déterminent la naissance de la philosophie grecque. L'organisation sociale sous forme de cité et l'exercice de la politique impliquent la parole, instrument privilégié tant pour la conquête que l'exercice du pouvoir. En outre explique un auteur « la logique, la dialectique et la rhétorique trouvaient au sein de cette 'civilisation de la parole' un terrain privilégié de leur développement » (CHENIQUE F., *Éléments de logique classique*, Paris : L'Harmattan, 2006, p. 8). En outre la langue grecque se prêtait particulièrement à la philosophie et aux sciences puisqu'elle permettait facilement d'exprimer des concepts tels le Juste, le Beau, le Bien... Par ailleurs, Vernant envisage la cité comme modèle de pensée : « en fournissant aux citoyens le cadre dans lequel ils concevaient leurs rapports réciproques, la pensée politique a-t-elle du même coup orienté et façonné les démarches de leur esprit dans d'autres domaines » (VERNANT J.-P., *Les origines de la pensée grecque*, Paris : PUF, 1981, p. 132).

cercle<sup>175</sup>, l'équilibre<sup>176</sup>. Cette connexion résulte de l'influence réciproque des politiciens sur les « physiciens<sup>177</sup> ». En effet les hommes qui font la politique s'imprègnent des nouvelles idées des physiciens<sup>178</sup> lesquels s'inspirent également pour leur recherche des résultats concrets qu'ils observent dans la cité. En ce sens, la raison, écrit M. Vernant, « est fille de la cité<sup>179</sup> ».

Concernant les sciences, l'un des grands apports des physiciens est d'avoir abandonné les mythes au profit d'une description logique et séculaire de l'univers à laquelle renvoie la notion de cosmos<sup>180</sup>. Le modèle hiérarchique qu'élaborait la théogonie<sup>181</sup> écrit M. Balaudé est « peu à peu supplanté par un modèle général démocratique, plus précisément isonomique<sup>182</sup> ». Dans le giron de ce bouleversement conceptuel du monde, la représentation de la justice se détache de la divinisation au profit de la naturalisation<sup>183</sup>. De source cosmique,

---

<sup>175</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., p. 12 « *La figure du cercle se retrouve de manière récurrente dans l'ensemble des cosmologies présocratiques. Figure parfaite (...), le cercle représente un état d'équilibre absolu, il est la forme qui nécessairement s'accorde à ce qu'est l'Être considéré dans sa plénitude* ». En outre, le cercle ne correspond pas uniquement à la forme d'un espace mais également à la nature cyclique du temps à partir de laquelle équilibre et déséquilibre se succèdent infiniment : « par le cycle, le temps apparaît moins comme dispersant que comme rassemblant, unifiant. De telle sorte que les déséquilibres qui semblent se manifester dans le devenir temporel sont promis à un rééquilibrage, une compensation, grâce précisément au cycle. L'idée de cerce et de cycle débouche sur l'idée générale d'égalité, mais la formule du cycle temporel nous rappelle que l'égalité géométrique, qui ordonne et équilibre proportionnellement toutes les parties constitutives du Tout, n'est pas figée à jamais ; tout au contraire, elle est en définitive soumise à l'égalité dans le temps, qui renverse les équilibres hiérarchiques d'un temps donné. », (Ibid., p. 13) ; des études mettent en lumière les liens étroits entre géométrie, espace et pouvoir politique dans la Grèce archaïque et antique, V. LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., 163 p., spec. pp. 77-90, 109-122 ; sur les notions de cercle et de centralité, V. DETIENNE M., « En Grèce archaïque : géométrie, politique et société », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 20, n° 3, 1965, pp. 425-441.

<sup>176</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 7 ; BALAUDE J.-F., op. cit., p. 22.

<sup>177</sup> On dit aussi « physiologues », c'est-à-dire, ceux qui mènent « une réflexion sur la totalité (to pan) perçue comme un ordre (kosmos), unifié par un concept intégratif, qui est la phusis » (VERNANT J.-P., op. cit., p. 106).

<sup>178</sup> « La nouvelle compréhension du tout comme ensemble ordonné et géométriquement structuré a contribué à modifier la compréhension de la réalité politique (le statut du pouvoir, la forme de la représentation et de la délibération politique, l'organisation de l'espace politique). », BALAUDE J.-F., op. cit., p. 22.

<sup>179</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 133.

<sup>180</sup> Le cosmos ne désigne que tardivement la notion d'univers organisé selon certaines lois. M. Alaux indique que le terme à l'origine exprimait l'idée d'ordre, d'arrangement, de parure et d'ornement (ALAUX J., « Ordre et désordre en territoire grec VIII-IVe siècles av. J.C. », in, *Désordre(s)*, Paris : PUF, 1997, p. 18).

<sup>181</sup> Vernant isole trois traits caractéristiques des anciennes théogonies afin de rendre compte de la rupture causée par les cosmogonies des physiciens. Premièrement, l'univers est une hiérarchie de puissances de différents agents. Cette hiérarchie s'exprime moins en termes géométriques qu'en termes de rang, de fonction et de valeur. Deuxièmement, cet ordre n'est pas la conséquence d'une lutte, d'une dynamique de forces contraires, mais de l'exploit d'un seul. Enfin, cet ordre est assuré par ce dernier agent qui s'est élevé au dessus des autres. Dans la théogonie, c'est la monarchia qui maintient l'équilibre des puissances (v. VERNANT J.-P., op. cit., p. 114).

<sup>182</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., 28.

<sup>183</sup> VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, 2006, p. 61 : « les philosophes physiciens de l'ancienne Grèce laïcisent la notion de justice, en élaborant la notion d'ordre naturel : c'est le même type d'ordre objectif que leur philosophie discerne dans l'univers des astronomes, le corps étudié par les médecins et le groupe de la cité ».

la justice se réalise dans la cité et devient dépendante de *l'isonomie* dans son acception politique.

L'isonomie (*isonomia*) est un terme ambigu<sup>184</sup> issu de la vie politique grecque, dont le sens fluctue au cours de l'antiquité, et se traduit de nos jours ordinairement par « égalité<sup>185</sup> », « égalité devant la loi<sup>186</sup> », « égalité dans le partage<sup>187</sup> » voire par « démocratie<sup>188</sup> ». Le

---

<sup>184</sup> LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 133, note 6. Du reste, cette ambiguïté est peut-être la conséquence des nombreuses études menées sur ce terme : l'isonomie est « une notion dont la simplicité littérale s'est brouillée dans de très modernes controverses » (GODEFRIDI D., « Arbitraire et droit dans l'Athènes antique » *Folia Electronica Classica*, n° 19, 1, janvier-juin 2010, disponible sur <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/FE/19/athenes.pdf>, p. 2).

<sup>185</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., p. 22. A vrai dire, l'égalité au sens strict correspond au terme grec *isotês* (ἰσότης). Mais il est indéniable qu'isonomie recouvre durant son histoire sémantique, comme nous le verrons, ce sens.

<sup>186</sup> V. TRIANTAPHYLLOPOULOS J., « Aristotle's equity », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 12 ; il s'agit de la traduction la plus proche du mot *isonomia* (ἰσονομία) qui est composé d'*iso* (ἴσο) signifiant « égal » et *nomia* (νομία) « loi » ; on peut en ce sens également parler d'« égalité des droits ».

<sup>187</sup> *Nomia*, venant de *nemein*, désigne originellement le fait de partager, de distribuer. Ceci explique les différentes traductions de l'isonomie : égalité devant la loi ou égalité dans le partage, v. VLASTOS G., « *Isonomia* », *The American journal of Philology*, Vol. 74, n° 4, 1953, 347 et s. ; FOUCHARD A., *Aristocratie et démocratie*, Besançon : Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997, p. 214. Mais, la particularité de l'isonomie au sens moderne -c'est-à-dire avec Clysthène- demeure son caractère politique : « une étude même sommaire du vocabulaire politique grec suffit à montrer qu'il [le mot *isonomie*] apporte aussi quelque chose de profondément nouveau. L'isonomie est une notion purement politique, distincte, en ce sens de *isonomia* c'est-à-dire du partage des terres que revendiquent les paysans au temps de Solon et que, celui-ci refuse de leur accorder (...) Historiquement, l'idéal d'isonomie correspond au moment où plus d'une cité grecque (...) s'efforce de résoudre ses problèmes non plus en faisant appel à un arbitre, à un législateur étranger ou à un tyran, mais par le fonctionnement même de ses institutions, par son *nomos* » (LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 32).

<sup>188</sup> La confusion entre « *isonomie* » et « *démocratie* » est causée par l'identité, à des époques distinctes, de leur définition. Avant que l'isonomie constitue « *l'égalité devant la loi* », elle a pu désigner « le gouvernement du peuple ». *Isonomie* et *démocratie* correspondent donc à l'exercice du pouvoir par le peuple, mais le mot « *isonomie* » est antérieur à celui de « *démocratie* » et suggère plus qu'il ne définit un régime politique, v. LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 28. La confusion apparaît notamment aux yeux des historiens avec l'Enquête d'Hérodote. Celui-ci rapporte la discussion relative au meilleur régime politique entre les Perses Mégabyze, Darius et Otanès, suite aux massacres des Mages qu'ils ont ourdis. Ce passage est connu comme présentant la toute première classification des régimes politiques. Sont distinguées : l'oligarchie, la monarchie et enfin l'isonomie : le gouvernement du peuple (HERODOTE, *L'enquête*, III, 80-82, trad. BARGUET A., Paris : Gallimard, 1990). Mais l'« *isonomie* » est parfois traduit par « *démocratie* », ou encore « *égalité* » or le terme employé par Hérodote est bien *ἰσονομία*, v. LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 28 ; VLASTOS G., op. cit., p. 361 ; FOUCHARD A., « Des 'citoyens égaux' en Grèce ancienne », *Dialogues d'histoire ancienne*, Vol. 12, 1986, p. 156.

Pour Hanna Arendt, l'isonomie et la démocratie ne se confondent pas. Alors que l'isonomie est fondée sur la liberté, la démocratie est, quant à elle, fondée sur le pouvoir. La liberté dit-elle, « a été conçue en tant qu'organisation politique dans laquelle les citoyens vivaient ensemble en dehors de l'autorité, sans division entre gouvernés et gouvernants. Cette notion de non-autorité s'exprimait par le mot d'isonomie, caractérisée parmi les formes de gouvernements énumérées par les Anciens, définie justement par ceci que la notion d'autorité (l'«-archie» d'ἄρχειν dans monarchie et oligarchie, ou la «-cratie» d'ἄρχαιεν (autorité) dans démocratie) en était absolument absente. La polis était censée être une « *isonomie* », non une *démocratie*. Le mot « *démocratie* » exprimait même alors la domination de la majorité, le règne du nombre, qui avait été inventé précisément par ceux qui s'opposaient à l'isonomie et qui voulait dire : ce que vous appelez l'autorité de la personne n'est en fait qu'une autre domination, la pire des gouvernements, *Demos au pouvoir* » (ARENDE H., *Essai sur la révolution*, trad. CHRESTIEN M., Paris : Gallimard, 1985, p. 39).

politique et la pensée scientifique s'étant mutuellement influencés, l'isonomie fut exportée dans les sciences, au sein desquelles, elle désigne l'idée d'équilibre<sup>189</sup>. Il s'agit ici d'analyser le discours de l'isonomie dans ces deux contextes : scientifique (B), puis politique (A).

#### A) *L'acceptation scientifique de l'isonomie*

A l'époque des présocratiques<sup>190</sup>, le terme « isonomie » désigne, notamment, une norme structurant les rapports entre éléments opposés constitutifs d'un ensemble. Cette norme n'a pas seulement pour fonction de répartir les éléments, mais également de rétablir leur position pour garantir la stabilité de la structure. On étudiera ces aspects dans la pensée d'Alcméon de Croton (2) et d'Anaximandre de Milet<sup>191</sup> (1).

##### 1) Isonomie et cosmologie chez Anaximandre de Milet

---

<sup>189</sup> « Le terme : ἰσωνομία désigne l'équilibre en général, avant de signifier l'égalité des droits » (DUMONT J.-P., Les Présocratiques, Paris : la Pléiade, 1988, p. 1259, note 3, à propos du texte d'Aétius sur Alcméon). Cicéron à propos de la philosophie épicurienne, traduit « isonomie » (isonomian) par « équilibre » (aequilibratam) : « Il y a, dis-tu, une infinité d'atomes. En suit-il que toutes choses sont éternelles ? Tu cherches recours dans la loi d'équilibre (c'est ainsi que nous traduirons, si tu le veux bien, ce terme d'isonomie) et tu prétends que, l'existence d'une nature mortelle étant donnée, il doit y en avoir une immortelle. » (CICÉRON, De la nature des Dieux, trad. APPUHN C., Paris, Garnier, 1935, II, XXIX). Dans leur dictionnaire grec-anglais, Liddell et Scott, traduisent également isonomia par « equilibrium », ainsi que « balance », LIDDELL H. G., SCOTT R., A Greek-English Lexicon, révisé et augmenté par Sir H. S. Jones et R. McKenzie, Oxford : Clarendon Press, 1940, V. ἰσωνομία, disponible sur : <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>

<sup>190</sup> Sur les présocratiques, V. BALAUDE J.-Fr., Le vocabulaire des Présocratiques, Paris : Ellipses, 2002 ; DUMONT J.-P., Les Présocratiques, Paris : La Pléiade, 1988. Sur leur « pensée juridique » en général, V. ROCHER J.-C., *Aux sources de l'Ethique Juridique – les présocratiques*, Paris : Fac 2000 ; PRADEAU J.-F., Les présocratiques, in, CADIEU L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004, p. 1019 et s.

<sup>191</sup> D'autres philosophes sont également rattachés à l'isonomie ou au concept isonomique. Bien qu'aucune occurrence du terme ne fût pour l'instant décelée, le concept d'isonomie apparaît au cœur de la philosophie atomiste de Leucippe et Démocrite, ainsi que celle, plus tard, d'Epicure. V. notamment : MUGLER C., « L'isonomie des atomistes », *Revue de philologie*, n° 30, 1956, pp. 231-250, cité par FOUCHARD A., *Aristocratie et démocratie*, Besançon, Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997, p. 217 : « L'isonomie des atomes, la distribution égale du droit à l'existence à toutes les formes et à toutes les grandeurs, est absolue chez Démocrite (...) A cette isonomie statique s'associait, dans la pensée des fondateurs de l'école, une isonomie dynamique accordant le droit à l'existence à tous les états de mouvement(...) Ces lois de distribution constitueront le principe même de l'isonomie épicurienne ». La différence entre les deux philosophies atomistes est résumée ainsi : « l'isonomie des Epicuriens est distributive, par opposition à celle des atomistes qui est ontologique, c'est-à-dire qu'Epicure postule une distribution homogène des phénomènes déjà existants dans l'espace et dans le temps, alors que Leucippe et Démocrite conçoivent un univers où les phénomènes sont variés à l'infini » (LUCIANI S., *L'éclair immobile dans la plaine, philosophie et politique du temps chez Lucrèce*, Louvain, Peeters, 2000, p. 70). La notion d'isonomie tient également une place spécifique en architecture. V. aussi : CHARLES D., « Architecture (thèmes généraux), architecture et philosophie », *Encyclopaedia Universalis* ; MASSA-PAIRAULT, « Etrusques », *Encyclopaedia Universalis* ; PAYOT D., *Le philosophe et l'architecte*, Paris : Aubier Montaigne, 1982, p. 60 et s.

L'âge d'or de la pensée grecque est tributaire au plan scientifique<sup>192</sup> comme au plan philosophique, d'Anaximandre de Milet (env. 610-540)<sup>193</sup> qui va marquer, avec les milésiens<sup>194</sup>, une rupture essentielle dans l'histoire de la conceptualisation du monde<sup>195</sup>. C'est à partir d'un obscur fragment, objet de nombreuses interprétations, que l'on a accès à sa pensée :

« L'illimité est le principe des choses qui sont [...] Ce dont la génération procède pour les choses qui sont, est aussi ce vers quoi elles retournent sous l'effet de la corruption, selon la nécessité ; car elles se rendent mutuellement justice et réparent leurs injustices selon l'ordre du temps »<sup>196</sup>.

**Source de sa cosmologie.** Anaximandre explique la naissance et le fonctionnement de l'univers, non plus par le mythe mais en ayant recours à la raison. Le monde est représenté comme un ensemble composé d'éléments occupant tour à tour, suivant le cycle vie/mort, les positions dominantes et dominées, ainsi que l'explique M. Balaudé :

« la justification de cette nouvelle représentation du monde du Tout tient avant tout dans le fait que son principe ordonnateur ne lèse rien ni personne, étant tel qu'il accorde sa part à chaque chose, sans en léser une seule. L'égalité de chaque chose se marque dans le fait que toutes choses existent tour à tour. (...) Cela étant, les déséquilibres mêmes, en un temps donné, au profit de tel élément, sont proportionnés, et ne se font pas au détriment de l'équilibre total ; au contraire, ils ne sont possibles que dans le respect principal de cet équilibre géométrique d'ensemble<sup>197</sup>. »

---

<sup>192</sup> La cause naturelle des phénomènes météorologiques ; la circularité du mouvement des astres ; l'origine commune des animaux et des hommes sont quelques exemples des découvertes d'Anaximandre. Il aurait également réalisé la première carte géographique du monde connu. Pour un ouvrage récent traite de l'apport du milésien, v. ROVELLI C., *Anaximandre et la naissance de la pensée scientifique*, Paris : Dunod, 2009.

<sup>193</sup> ANAXIMANDRE, *Fragments et témoignages*, traduction, introduction et commentaire de Conche M., Paris : PUF, 1991.

<sup>194</sup> Sur la définition des Milésiens, v. RAMNOUX C., « Ioniens, philosophie », *Encyclopaedia Universalis* : « on nomme Milésiens Thalès, Anaximandre, Anaximène, et l'Éphésien Héraclite. À cette liste, il conviendrait de joindre quelques sages, comme Bias de Priène, et quelques historiens ou géographes, comme Hécatée, sans oublier les chefs de file des écoles dites 'italiennes', nés en Asie ou dans les îles du bassin oriental de la Méditerranée, comme Xénophane et Pythagore ».

<sup>195</sup> C'est chez lui, enfin, qu'on trouve exprimé avec le plus de rigueur le nouveau schéma cosmologique qui marquera de façon profonde et durable la conception grecque de l'univers, v. en ce sens : VERNANT J.-P., *Les origines de la pensée grecque*, Paris : PUF, 1981, p. 119.

<sup>196</sup> SIMPLICIUS, « Commentaire sur la Physique d'Aristote », in, DUMONT J.-P., *Les Présocratiques*, Paris : La Pléiade, 1988, Anaximandre, B, I, p. 39. La pensée d'Anaximandre nous est principalement connue grâce aux références que l'on a recensées dans les ouvrages grecs.

<sup>197</sup> BALAUDE J.-F., *Le vocabulaire des Présocratiques*, Paris : Ellipses, 2002, p. 23.

Dès lors, à la place des divinités traditionnelles et de leur ordre hiérarchique, ce sont « l'égalité et la symétrie des diverses puissances constituant le cosmos qui caractérisent le nouvel ordre de la nature<sup>198</sup> ». Autrement dit, « à la monarchia, un régime d'isonomia s'est substitué dans la nature comme dans la cité<sup>199</sup> ». M. Vernant, suggère qu'Anaximandre, pour découvrir la règle première et originelle du cosmos fut inspiré par le jeu des forces constitutif de l'équilibre de la cité<sup>200</sup>. La politique aurait donc ici inspiré le philosophe.

**Principe fondateur.** La particularité de la pensée d'Anaximandre est de ne pas attribuer à l'un des quatre éléments (eau, terre, feu, air) comme d'autres présocratiques la priorité sur le tout. Au contraire, il érige en « principe » (archè<sup>201</sup>), l'Infini (apeiron<sup>202</sup>) qui génère et

---

<sup>198</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 122 ; v. aussi, pp. 120-121 : « cette géométrisation de l'univers physique entraîne une refonte générale des perspectives cosmologiques ; elle consacre l'avènement d'une forme de pensée et d'un système d'explication sans analogie avec le mythe (...) Anaximandre situe donc le cosmos dans un espace mathématisé constitué par des relations purement géométriques. Par là se trouve effacée l'image mythique d'un monde à étages, où le haut et le bas dans leur opposition absolue, marquent des niveaux cosmiques différenciant des Puissances divines et où les directions de l'espace ont des significations religieuses opposées ».

<sup>199</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 122.

<sup>200</sup> Ce « jeu des forces » dans la Cité comme dans le cosmos implique une vision dynamique de l'équilibre comme le souligne J.-P. Vernant : « il [cet équilibre] recouvre des oppositions, il est fait de conflits. A tour de rôle chaque puissance successivement l'emporte, s'emparant du pouvoir, puis reculant pour le céder en proportion de son avance première. Dans l'univers, dans la suite des saisons, dans le corps de l'homme, un cycle régulier fait passer ainsi la suprématie de l'une à l'autre, liant ensemble, comme deux termes symétriques et réversibles, la domination et la soumission, l'extension et le retrait, la force et la faiblesse, la naissance et la mort de tous les éléments, - ces éléments qui, pour Anaximandre 'suivant l'ordre du temps se paient mutuellement réparation (tisis) et justice (dikè) pour l'adikia [injustice] qu'ils ont commise » (VERNANT J.-P., op. cit., pp. 123-124).

<sup>201</sup> Archè signifie « l'élément primordial », « le principe fondateur » ou encore « le commencement », v. en ce sens : VERNANT J.-P., op. cit., p. 119 ; BALAUDE J.-F., op. cit., p. 30 ; TZITZIS S., Introduction à la philosophie du droit, Paris : Vuibert, 2011, p. 16. L'usage du terme « principe » comme source originelle de l'existence est une innovation conceptuelle qui rompt avec les méthodes antérieures empreintes de procédés propres à la « mythologie ». La recherche du principe suppose « l'exigence de cerner l'origine radicale de tout ce qui est, de tous les étants » (v. BALAUDE J.-F., op. cit., p. 30). Anaximandre sur le plan ontologique, s'emploie ainsi pour la première fois à une recherche rationnelle de l'être, et sur le plan épistémologique, accentue l'autonomisation de la pensée et donne l'image de la raison raisonnante, avec les critiques qu'une telle révolution scientifique implique : « Avec l'apeiron est posé le problème occidental d'un possible principe premier ; première cause ; cause première ; etc... Toute la pensée occidentale sera désormais marquée par un tel référant spirituel. Pour les uns, il s'agit là d'une perversion de l'intelligence raisonnante ; pour les autres, il s'agit de la source de tous les sens possibles de l'existence ; le principe même de l'Éthique et de tous les impératifs catégoriques de la morale et du Droit ; le Droit étant, par excellence, une science morale au service de l'homme vivant en société » (v. ROCHER J.-C., *Aux sources de l'Éthique Juridique – les présocratiques*, Paris : Fac 2000, p. 24.). Sur la question ontologique, v. *La parole d'Anaximandre*, in HEIDEGGER M., *Chemins qui ne mènent nulle part*, trad. Brokmeier W., Paris : Gallimard, 1962, pp. 262-304.

<sup>202</sup> AUBENQUE P., « Antiquité, naissance de la philosophie », *Encyclopaedia Universalis* ; BALAUDE J.-F., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Paris : Nathan, 1996, p. 29. On le traduit encore par le « Non-Limité », l'In-Définissable » (v. en ce sens RAMNOUX C., « Anaximandre », *Encyclopaedia Universalis*) ; ou bien encore comme « l'indéterminé » (v. en ce sens : ROCHER J.-C., op. cit., p. 23).

gouverne toute chose dans le temps et l'espace, selon un mode compensatif similaire à celui de la justice (dikè) ou de l'isonomie<sup>203</sup>.

Selon Anaximandre, la génération et la corruption de tout être relèvent du même principe<sup>204</sup>. Les choses naissent à partir de l'apeiron et se caractérisent par leur finitude et leur dualité<sup>205</sup>.

Chaque chose a donc, dans l'univers, son contraire<sup>206</sup> : l'eau et le feu, l'air et la terre, la vie et la mort etc. Enfin, chaque être généré a pour unique destination la corruption, c'est-à-dire, le retour au principe de l'apeiron. En effet, la nature fonctionne selon un cycle infini de genèses et de corruptions qui se déroule selon l'ordre du temps.

Avec Anaximandre, cosmos, nature et justice sont interdépendants<sup>207</sup>. L'ordre n'est plus hiérarchique mais constitue un équilibre entre des êtres désormais équivalents. Si l'un d'entre eux devait obtenir sur les autres une domination effective, il entraînerait la ruine du cosmos<sup>208</sup>. C'est grâce à la fonction rétributive de la justice qui s'accomplit selon le double axe, de l'espace (statique) et du temps (dynamique) que sera rétabli l'équilibre entre les êtres. Équilibre et déséquilibre causés par la justice et l'injustice sont les états successifs qui ordonnent et bouleversent les rapports entre les êtres au cours du temps infini<sup>209</sup>.

---

<sup>203</sup> AUBENQUE P., « Antiquité, naissance de la philosophie », Encyclopaedia Universalis : L'apeiron « s'exerce dans le sens de la justice, c'est-à-dire de l'équilibre (ou isonomie) entre éléments antagonistes qui, soumis à une loi commune, tournent à l'avantage du Tout ce qui eût été sans cela affrontement destructeur ».

<sup>204</sup> Pseudo-PLUTARQUE, Stromates, 2, in, DUMONT J.-P., Les Présocratiques, Paris : La Pléiade, 1988, Anaximandre, A, X, p. 28 : « *L'illimité est la cause universelle de toute génération et corruption, dont se sont, dit-il [Anaximandre], discriminés les cieux et généralement tous les mondes, qui sont limités* ». V. aussi BALAUDE J.-F., op. cit., p. 31 : « *la dépendance des choses devenues à l'égard du principe est nécessaire : ce qui est devient à partir du principe et se résout dans le principe* ».

<sup>205</sup> SIMPLICIUS, *Commentaire sur la Physique d'Aristote*, in, DUMONT J.-P., Les Présocratiques, Paris : La Pléiade, 1988, Anaximandre, A, IX p. 26 : « Il [Anaximandre] ne pense pas que la génération se produit par altération élémentaire mais à l'opposé par dissociation des contraires sous l'effet du mouvement éternel ».

<sup>206</sup> Cette conception lui permet, sur le plan de la cosmologie, de décrire la position géocentrée de la terre par rapport aux astres. Cette parfaite symétrie des astres et de la terre explique l'attitude immobile de celle-ci et son absence de support. V. VERNANT J.-P., op. cit., p. 121.

<sup>207</sup> On attribue au milésien l'origine de la conception cosmique de la justice, v. BALAUDE J.-F., op. cit., p. 31. Dans la même idée, Vlastos parle de « naturalisation de la justice » (v. VLASTOS G., « Equality and Justice in Early Greek Cosmologies », *Classical Philology*, vol. 42, n° 3, juillet 1947, p. 174) ; M. Tzitzis de « droit naturel ontologique », (v. TZITZIS S., op. cit., p. 17). Toujours est-il qu'Anaximandre, observe le Professeur Aubenque, « rend déjà compte de la vision grecque du monde, développée par les philosophes ultérieurs : *« l'idée que le monde est un Tout à la fois un et multiple, où la pluralité des éléments et des puissances est dominée et compensée par une loi abstraite d'équilibre et d'harmonie ; analogie constamment affirmée entre cette loi d'harmonie et la justice qui doit régir les rapports humains ; conception purement rationnelle de cette justice »* (v. AUBENQUE P., « Antiquité, naissance de la philosophie », Encyclopaedia Universalis.

<sup>208</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., p. 33 : « *il n'est ainsi de cosmos que dans un état d'équilibre : cet équilibre résulte du processus de dikè, qui impose aux parties constituant cet ensemble d'échanger leur place avec d'autres au bout d'un temps. Ainsi le principe de séparation s'applique-t-il parfaitement et de façon constante, opérant à partir d'une structure géométrique, et permutant ou renouvelant les éléments composant cet ensemble* ».

<sup>209</sup> BALAUDE J.-F., id., p. 32 : « la justice se réalise dans le temps puisque tout ne peut pas être en même temps ». Dès lors, les cycles tels les saisons, tels ceux de la vie et de la mort sont des manifestations de la justice : « la justice vaut pour le tout ; les parties qui le composent participent de cette justice pour autant qu'elles entrent

## 2) Isonomie et médecine chez Alcméon de Croton

**La santé est un équilibre.** La médecine développée par les Ioniens et notamment Hippocrate, se caractérise par une perception globale et non locale, dynamique et non ontologique, de la maladie<sup>210</sup>. La maladie (eklos – qui désigne également l'injustice) résulte de l'ébranlement de l'harmonie du corps<sup>211</sup>.

En ce domaine, Alcméon de Croton<sup>212</sup> (Ve s. av. J.-C.) associe la santé à l'image d'un régime politique<sup>213</sup>. Ainsi la santé c'est l'isonomie : le mélange équilibré des puissances contraires (isonomia ton dynameon), tels l'humide et le sec, le froid et le chaud, l'amer et le doux<sup>214</sup>. A contrario, lorsqu'une puissance prédomine sur une autre, un déséquilibre survient et constitue la maladie représentée par la monarchia.

---

*dans l'équilibre général du tout. Mais du point de vue du particulier, chacune des choses devenues est injuste, car l'existence de chacune est gagnée sur celle d'un autre : être, c'est être plutôt qu'un autre, et c'est cela qui est 'injuste'», BALAUDE J.-F., Ibid. V. aussi : TZITIS S., La philosophie pénale, Paris : PUF, 1996, p. 34-35 : « Le temps devient alors le messager du drame cosmique et de la destinée humaine ».*

<sup>210</sup> CANGUILHEM G., Le normal et le pathologique, Paris : PUF, 2003, p. 12 : « La médecine grecque offre à considérer, dans les écrits et les pratiques hippocratiques, une conception non plus ontologique mais dynamique de la maladie, non plus localisationniste mais totalisante. La nature (*physis*), en l'homme comme hors de lui, est harmonie et équilibre. Le trouble de cet équilibre, de cette harmonie, c'est la maladie. Dans ce cas, la maladie n'est pas quelque part dans l'homme. Elle est en tout l'homme et elle est tout entière de lui ». Sur la médecine hippocratique, v. MEYER Ph., TRIADOU P., Leçons d'histoire de la pensée médicale, Paris : Odile Jacob, 1996, pp. 25-40.

<sup>211</sup> TRIGEAUD J.-M., Humanisme de la liberté et philosophie de la justice, Bordeaux : Biere, 1985, t. 1, p. 48.

<sup>212</sup> Alcméon de Croton est par certains qualifié de Pythagoricien. Aristote cependant le distingue de ce groupe, v. ARISTOTE, Métaphysiques, I, V, trad. PIERRON A. et ZEVORT C., Paris : Ebrad, 1840.

<sup>213</sup> Est-ce la politique qui a influencé la médecine ou l'inverse ? Pour certains, le médecin a filé « la métaphore politique » (v. GAILLE-NIKODIMOV M., « A la recherche d'une définition des institutions de la liberté. La médecine, langage du politique chez Machiavel », Revue de philosophie, histoire des idées, pensée politique, juin 2003, n° 1, p. 72) ; pour d'autres, c'est la médecine qui a exporté ses concepts au politique (v. en ce sens : CANGUILHEM G. op. cit., p. 194).

Toujours est-il que cette antique conception connût au siècle dernier une résurgence : « Un biologiste contemporain, Cannon, a recueilli comme un écho de l'assimilation des concepts juridiques aux concepts médicaux dans la pensée grecque archaïque, lorsqu'il a intitulé La sagesse du corps [1932] l'ouvrage dans lequel il expose la théorie des régulations organiques, de l'homéostasie. Parler de sagesse du corps, c'est donner à entendre que le corps vivant est en état permanent d'équilibre contrôlé, de déséquilibre contrarié aussitôt qu'amorcé, de stabilité maintenue contre les influences perturbatrices d'origine externe, bref c'est dire que la vie organique est un ordre de fonctions précaires et menacées, mais constamment rétablies par un système de régulations », v. CANGUILHEM G., op. cit., p. 194.

<sup>214</sup> AËTIUS, Opinions, V, xxx, 1, in, DUMONT J.-P., Les Présocratiques, Paris : La Pléiade, 1988, Alcméon, B, II p. 226. V. également : CASSIN B., « Alcméon de Croton », Encyclopaedia universalis ; LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op.cit., p. 30 ; VERNANT J.-P., op. cit., p. 125 ; GAILLE-NIKODIMOV M., op. cit., p. 72.

**La médecine est un rétablissement de l'équilibre rompu.** L'équilibre des puissances gouvernant la santé à l'instar du régime isonomique s'appréhende moins comme une égalité quantitative qu'une opposition de forces ou de fonctions contraires<sup>215</sup>. Cette saine opposition lorsqu'elle cesse pour cause de dominance d'une force sur les autres (monarchia), provoque une perte de l'état d'équilibre qu'il faut impérativement rétablir, sous peine de maladie/tyrannie<sup>216</sup>. C'est alors au rôle de la médecine de remédier au mal et de rétablir l'équilibre, de même qu'il appartient à l'isonomie – à travers la justice- de rééquilibrer les forces opposées au sein de la cité : « *l'isonomie est thérapeutique* : elle entend rétablir un juste partage de la parole et des droits. Elle a donc une valeur hippocratique, et par extension éthique<sup>217</sup>. » Médecine et isonomie présentent alors une fonction identique : la thérapie ou la rétribution au sein des corps humain et politique, c'est-à-dire le rétablissement de l'équilibre rompu<sup>218</sup>.

#### B) *L'acceptation politique de l'isonomie*

Le terme « isonomie » est à l'origine un terme aristocratique destiné à exprimer une réaction contre le système monarchique. Repris par les démocrates, le terme sera ensuite confondu avec le régime populaire.

---

<sup>215</sup> CAMBIANO G., « Pathologie et analogie politique », in, *Formes de pensée dans la collection hippocratique*, actes du 4ème colloque international hippocratique de Lausanne, Genève : Droz, 1983, p. 446 : « Elle [la santé] est la situation dans laquelle un opposé ne prévaut pas sur l'autre. (...) Chacun des opposés est doué d'un pouvoir 'égal' à celui de l'autre, quand il est intégré dans un mélange qui assigne à chacun des deux un rôle proportionné à celui de l'autre. Cela ne veut pas dire que les deux opposés soient nécessairement égaux sur le plan de la quantité. L'égalité dont il s'agit ici est une égalité de fonction, et la marque certaine de cette égalité est l'absence de toute prépondérance sur une fonction et sur ce qui l'exerce ».

<sup>216</sup> CAMBIANO G., « Pathologie et analogie politique », in, *Formes de pensée dans la collection hippocratique*, actes du 4ème colloque international hippocratique de Lausanne, 1981, Genève : Droz, 1983, p. 446 : « La prépondérance d'une fonction entraîne l'anéantissement de la fonction opposée, c'est-à-dire la maladie. (...) c'est grâce à l'opposition que l'égalité entre les opposés se maintient. Si la perte de l'égalité équivaut à la disparition de l'opposition, le manque d'opposition entraîne la perte de l'égalité. Dans ce cas, la dynamique des opposés fait place à l'immobilisme de la monarchie, qui a supprimé toute opposition et qui peut conduire à la mort. D'après Alcméon, la maladie n'est donc pas le conflit entre pouvoirs antagonistes à l'intérieur du corps, mais la domination d'un seul pouvoir, qui anéantit en même temps l'opposition et l'égalité ».

<sup>217</sup> BILLIER J.-C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, p. 23.

<sup>218</sup> BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 22 : « on saisit directement la relation du juridique et de l'éthique dans la pensée grecque : ce sont les deux faces d'une même médecine destinée à restituer le juste équilibre naturel. Le même mot, eklos, désignera la maladie et l'injustice : un déséquilibre, du corps et de l'âme individuels, et un déséquilibre du corps politique. La médecine ionienne ou hippocratique tentera de rétablir la loi d'équilibre naturel du corps, l'éthique s'attachera à l'être tout entier – n'est-elle pas essentiellement une médecine chez les Grecs ? -, le politique devra, via la position d'un ordre juridique, poursuivre la même visée d'harmonie universelle parce que naturelle. [La notion d'isonomie] a pour signification politique et juridique la participation à la vie publique des membres de la cité à titres égaux : c'est l'exercice commun, partagé, équilibré de la souveraineté sur le mode grec » (le mot est souligné par les auteurs).

## 1) Le sens originel

Si l'on trouve avec certitude le terme *isonomia* au VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère<sup>219</sup>, son origine demeure encore mystérieuse. Deux propositions sont ordinairement avancées.

**L'hypothèse de l'origine militaire de l'isonomie.** J.-P. Vernant situe *l'idéal* d'isonomie au moment de la nouvelle stratégie militaire et de la démocratisation de la fonction guerrière au VII<sup>e</sup> siècle<sup>220</sup>, autrement dit, lors du passage du héros homérique à la phalange composée, de soldat-citoyens, les hoplites<sup>221</sup>. Cette nouvelle organisation subordonnant le succès militaire à la cohésion du groupe aurait pu insuffler l'idée de revendications égalitaristes dans la cité<sup>222</sup>, puisque cette cohésion était elle-même conditionnée par l'égalité de traitement de chaque membre.

---

<sup>219</sup> Selon les historiens, les deux premières traces du mot *isonomie* se trouvent dans des fragments datant de la fin du VI<sup>e</sup> siècle av. J.-C. Le premier, vraisemblablement le plus ancien, est le « scolion des Tyrannoctones » qui exalte le pouvoir du peuple, le second est un fragment du médecin Alcmeon de Crotoné que nous avons évoqué, v. LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 30 ; VLASTOS G., art. préc., p. 339 et s.

<sup>220</sup> Alors que traditionnellement les batailles opposaient des guerriers comptant sur leur force et celle de leur monture, la formation tactique du système hoplite apparaît comme une innovation dans l'art de la guerre. La phalange est composée de soldats citoyens égaux. Sa valeur repose non plus sur le courage individuel, mais sur le courage collectif qui anime l'ensemble des hoplites, soudés par un entraînement intensif et nécessairement solidaires, puisque le bouclier d'un membre constitue la seule protection du membre voisin ; v. DELMAS J., « Armée, Doctrines et tactiques », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>221</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 59 : « *la phalange fait de l'hoplite, comme la cité du citoyen, une unité interchangeable, un élément semblable à tous les autres, et dont l'aresteia, la valeur individuelle, ne doit plus jamais se manifester que dans le cadre imposé par la manœuvre d'ensemble, la cohésion du groupe, l'effet de masse, nouveaux instrument de la victoire* ».

<sup>222</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 57 : « *Si l'exigence d'isonomia a pu acquérir à la fin du VI<sup>e</sup> siècle une telle force, si elle a pu justifier la revendication populaire d'un libre accès du dèmos à toutes les magistratures, c'est sans doute qu'elle s'enracinait dans une tradition égalitaire très ancienne, qu'elle répondait même à certaines attitudes psychologiques des hippeis. C'est en effet, cette noblesse militaire qui établit pour la première fois, entre la qualification guerrière et le droit de participer aux affaires publiques, une équivalence qui ne sera plus mise en question. Dans la polis l'état de soldat coïncide avec celui de citoyen : qui a sa place dans la formation militaire de la cité l'a du même coup dans son organisation politique* ». L'origine militaire de l'idéal d'isonomie se trouve également défendue par M. Detienne : « Dans la mesure où l'idéal d'isonomie se révèle solidaire, dès le moment de son apparition, des concepts de similitude et de centralité, il est virtuellement présent dans les institutions et dans les comportements caractéristiques du groupe des guerriers. Il est en germe dans un plan de pensée que tout nous autorise à qualifier de pré-politique. C'est en effet dans les délibérations de la classe guerrière que nous trouvons l'opposition, capitale dans le vocabulaire des assemblées politiques, entre les intérêts collectifs et les intérêts personnels », DETIENNE M., « En Grèce archaïque : géométrie, politique et société », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 20, n° 3, 1965, p. 439. V. également GERNET L., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris : Sirey, 1955, p. 15 et s. L'auteur met en lumière au sein des relations entre les héros homériques, l'existence d'un « pré-droit », en vertu duquel se résolvait notamment les litiges concernant l'attribution et la répartition du butin.

**L'hypothèse de l'origine aristocratique (et antimonarchique) de l'isonomie.** L'isonomie, avant de désigner une revendication populaire, aurait exprimée la réaction de l'aristocratie contre la tyrannie à l'époque où démocrates et aristocrates ne se distinguaient guère<sup>223</sup>. A ce titre, il est souligné que dans le témoignage d'Hérodote<sup>224</sup>, le défenseur du régime isonomique (Otanès) ne s'oppose qu'à la tyrannie, comme s'il « *parlait en représentant d'une époque où la distinction entre oligarchie et démocratie n'était pas encore faite*<sup>225</sup> ». La lutte contre la tyrannie aurait produit une dissension au sein des aristocrates qui se séparèrent en deux factions. L'une favorable pour maintenir l'égalité des droits de l'ensemble du groupe, l'autre encline à accroître les différences avec les autres et à accaparer le pouvoir<sup>226</sup>. « *L'égalité des aristocrates*<sup>227</sup> » ou isonomie serait donc à l'origine un régime oligarchique où le pouvoir réservé à un petit nombre à l'exclusion de la masse, serait partagé de façon égale entre tous les membres de cette élite<sup>228</sup> et représenterait l'harmonie contre le pouvoir personnel (monarchia)<sup>229</sup>.

**Le combat pour le mot « isonomie ».** Au VI<sup>e</sup> siècle, l'« isonomie » en tant que terme, est revendiquée concurremment par les aristocrates et par le peuple contre la monarchie. Cette lutte, remportée par le dèmos, permit à celui-ci de s'approprier le terme, et partant de l'opposer non seulement aux tyrans, mais également aux aristocrates<sup>230</sup>.

Au demeurant harmonie contre le gouvernement d'un seul invoquée par l'aristocratie, l'« isonomie » devint le chant du dèmos, un slogan promouvant l'égalité, le gouvernement du peuple, au point qu'il finira par rendre intégralement compte de la démocratie.

---

<sup>223</sup> LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., pp. 30-31.

<sup>224</sup> HERODOTE, op. cit., III, 80-82.

<sup>225</sup> LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 28.

<sup>226</sup> BIEZUNSKA-MALOWIST I., LEVEQUE P., « Eunomie et isonomie : Włodzimierz Lengauer, Pojecie równości w greckich koncepcjach politycznych od Homera, do końca V w. p. n. e. [La notion d'égalité dans la pensée politique grecque d'Homère au Ve s. av.n.è.] », Dialogues d'histoire ancienne, vol. 15, n°2, 1989, p. 476.

<sup>227</sup> VLASTOS G., « Isonomia », The American journal of Philology, vol. 74, n° 4, 1953, p. 344 : « equality of noblemen ».

<sup>228</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 57.

<sup>229</sup> BIEZUNSKA-MALOWIST I., LEVEQUE P., art. précit., p. 476.

<sup>230</sup> FOUCHARD A., Aristocratie et démocratie, Besançon : Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997, p. 219 : « *La notion d'isonomia fut un enjeu. Le dèmos réussit à s'en emparer : ainsi dans la lutte civile de Corcyre (Thuc., III, 82, 8) ou à Syracuse (Thuc., VI, 38, 5) (...) l'utilisation de cette notion était doublement profitable au dèmos. D'une part elle reportait sur la démocratie le bénéfice de l'opposition à la tyrannie, d'autre part elle permettait au dèmos de réunir dans un même opprobre les deux régimes qui lui étaient hostiles et de présenter l'oligarchie comme une atteinte à l'isonomia* ».

**2500 ans plus tard...** Nous devons à ce stade souligner à quel point cet incident (la lutte pour le mot d'« isonomie ») est révélateur de la nature des enjeux suscités par une notion qui exprime l'idée floue *d'équilibre*. Plus de vingt-cinq siècles plus tard, dans le champ du droit d'auteur, nous sommes témoin d'une confrontation analogue à celle des aristocrates et des démocrates en vue de s'accaparer le mot « isonomie ». De nos jours, cette volonté d'appropriation n'est pas aussi marquée, mais nous pouvons distinguer ceux qui militent pour un « équilibre des intérêts » et ceux qui souhaitent le maintien des « équilibres du droit d'auteur ».

Néanmoins, la route entre ces deux époques sera longue et le terme « équilibre » va se parer d'une multitude de significations qu'il conviendra d'identifier afin de démêler les différents discours

## 2) Le sens moderne

**La notion d'« isonomie » associée aux réformes de Clisthène.** A Athènes, à la suite de la tyrannie, le progressiste Clisthène en 507 av. J.-C.<sup>231</sup>, dans le sillon creusé par Solon<sup>232</sup>, adopte une série de réformes drastiques tant au plan administratif<sup>233</sup> qu'au plan politique. Ces

---

<sup>231</sup> GLOTZ G., *La cité grecque*, Paris : Albin Michel, 1988, p. 134 et s.

<sup>232</sup> A la fin du VIII<sup>e</sup> siècle av. J.-C., Athènes connaît une grave crise économique, politique et sociale, d'origine agraire. La pauvreté oblige les petits propriétaires à mettre en gage leurs récoltes futures, puis leurs terres, enfin leur corps, les réduisant ainsi au rang de métayer et d'esclave. Une fracture se crée alors entre les riches et les pauvres, soumis au bon vouloir des premiers. Solon, élu archonte par les Athéniens pour gérer cette crise, prescrit un remède radical : l'annulation des dettes, le rachat des esclaves et l'interdiction de mettre son corps en gage, néanmoins il s'oppose à la redistribution des terres et n'établit pas de loi agraire. Au plan politique, il permet l'accès à l'Assemblée par tous les citoyens, répartis en quatre classes censitaires qui proportionnent charges et droits aux revenus fonciers. Ce faisant, Solon donne à la cité sa constitution démocratique ; v. DELORME J., « Solon », *Encyclopaedia Universalis*. Egalement philosophe et poète, Solon conféra à sa législation une essence éthique. La mesure et l'équilibre doivent pour Solon se substituer à l'excès et Rien de trop devient la règle d'or qui détermine ses lois ; v. TZITZIS, op. cit., p. 27. V. égal. DE CHAMPS E., « La déontologie politique », Genève-Paris : Droz, 2008, p. 10.

<sup>233</sup> La structure ancienne de la société reposait sur les clans. Les réformes de Clisthène « mettent sur pied une organisation politique d'ensemble qui par sa cohérence, la netteté de ses traits, son esprit pleinement positif, se présente comme la solution d'un problème : quelle loi doit ordonner la Cité pour qu'elle soit dans la multiplicité de ses citoyens, pour qu'ils soient égaux dans leur nécessaire diversité ? » (VERNANT J.-P., op. cit., p. 96). Afin de briser les groupements et les factions locales qui se disputaient le pouvoir, Clisthène institue une organisation reposant sur des critères territoriaux et non plus familiaux. Le territoire attique se compose de dix tribus, dirigés par des chefs –les phylarques– qui regroupent trente trypties rassemblant à leur tour une centaine de communes (dèmes). Dans chaque tribu, sont réunies des dèmes du district urbain, de la côte, et des terres. La structure ancienne fondée sur les clans, est substituée par une organisation administrative et géométrique à trois niveaux « dont la pondération complexe assure l'équilibre social du corps civique » (HOLTZMANN B., « Instauration de la démocratie à Athènes », *Encyclopaedia Universalis*). V. égal., HERODOTE, *L'enquête*, trad. BARGUET A., Paris : Folio Classique, 1990, p. 468, note 85.

réformes ont en commun d'être fondées sur les idées d'égalité, de symétrie, de réciprocité, ou encore de circularité, lesquelles trouvent à s'exprimer par la notion d'isonomie<sup>234</sup>.

**La signification classique de l'isonomie : l'égalité.** A la suite de ces réformes radicales, au sens le plus moderne, l'« isonomie » désigne spécialement l'égalité des droits des citoyens et l'égalité de la répartition du pouvoir. Cela se traduit, dans le domaine public, par une égalité d'accès à la vie politique de la cité<sup>235</sup> et, dans le domaine privé, dans l'égalité des citoyens dans leurs rapports réciproques. En assurant l'égalité de tous les citoyens, par nature inégaux<sup>236</sup>, l'isonomie garantit la liberté de chacun<sup>237</sup>. Couplée avec la liberté de parole, c'est-à-dire,

---

<sup>234</sup> VERNANT J.-P., op. cit., p. 99 : « Avec Clisthène, l'idéal égalitaire, en même temps qu'il s'exprime dans le concept abstrait d'isonomia, est directement lié à la réalité politique ; il inspire une refonte des institutions. Le monde des relations sociales forme alors un système cohérent, réglé par des rapports et des correspondances numériques permettant aux citoyens de s'affirmer ' identiques ', d'entrer les uns avec les autres dans des relations d'égalité, de symétrie, de réciprocité, de composer ensemble un cosmos uni. La Polis se présente comme un univers homogène, sans hiérarchie, sans étage, sans différenciation (...) Suivant un cycle réglé, la souveraineté passe d'un groupe à un autre, d'un individu à un autre, de telle sorte que commander et obéir, au lieu de s'opposer comme deux absolus, deviennent les deux termes inséparables d'un même rapport réversible. Sous la loi d'isonomia, le monde social prend la forme d'un cosmos circulaire et centré, où chaque citoyen, parce qu'il est semblable à tous les autres, aura à parcourir l'ensemble du circuit, occupant et cédant successivement, suivant l'ordre du temps, toutes les positions symétriques qui composent l'espace civique ».

<sup>235</sup> Dans le domaine public, l'isonomie selon une conception négative, correspond « à tout ce qui empêche un citoyen de l'emporter sur les autres dans l'exercice d'un pouvoir », (v. FOUCHARD A., op. cit., p. 153). De manière positive, chaque citoyen a le droit de participer au gouvernement de la cité et de recevoir les honneurs et les biens, en fonction de son mérite. « S'agit-il de ce qui revient à chacun ? » demande Périclès, « la loi, elle, fait à tous, pour leurs différends privés, la part égale, tandis que pour les titres, si l'on se distingue en quelque domaine, ce n'est pas l'appartenance à une catégorie, mais le mérite, qui vous fait accéder aux honneurs ; inversement, la pauvreté n'a pas pour effet qu'un homme, pourtant capable de rendre service à l'Etat, en soit empêché par l'obscurité de sa situation » ( v. THUCYDIDE, La guerre du Péloponèse, trad. DE ROMILLY J., Paris : Les Belles lettres, 1962, II, § 36). Participer aux affaires publiques constitue non seulement un droit mais également, un devoir, y compris pour l'homme pauvre, car se désintéresser de la vie de la cité est mal perçu : « une même personne peut à la fois s'occuper de ses affaires et celles de l'Etat ; et, quand des occupations diverses retiennent des gens divers, ils peuvent pourtant juger des affaires publiques sans rien qui laisse à désirer. Seuls, en effet, nous considérons l'homme qui n'y prend aucune part comme un citoyen non pas tranquille, mais inutile » (v. THUCYDIDE, op. cit., § 40). La mise en œuvre de cette égalité repose sur l'alternance : « pas de distinction permanente entre les gouvernements et les gouvernés, chacun sera gouvernant et gouverné à son tour. Cette alternance est un des traits fondamentaux de la démocratie » (v. LESCUYER G., Histoire des idées politiques, Paris : Dalloz, 2001, p. 41). En conclusion, « la liberté pour tous signifie donc nécessairement l'égalité de distribution du pouvoir, qui empêche l'un d'être plus fort que les autres et de leur commander comme un maître à des esclaves. On conçoit donc que, pour celui qui raisonne concrètement, c'est-à-dire en termes de pouvoir, l'idée de liberté soit exprimée par la notion d'égalité (de pouvoir, de parole, d'état civil, de vote, etc.) ou, si l'on préfère, de citoyenneté à part entière » (v. FOUCHARD A., op. cit., p. 154).

<sup>236</sup> L'égalité sous-entendue par le terme d'isonomie, précise Hannah Arendt « n'était pas une égalité de condition (...) mais l'égalité de ceux qui forment un corps de pairs. L'isonomie garantissait l'ἰσότης, l'égalité, non point parce que tous les hommes sont nés ou créés égaux, mais, au contraire, parce que les hommes par nature (φύσει), ne sont pas égaux et qu'ils ont besoin d'une institution artificielle, la polis, qui par la vertu de sa νομοίς les rend égaux. L'égalité n'existerait que dans ce domaine spécifiquement politique, où les hommes se rencontrent les uns les autres en tant que citoyens et non comme personnes privées » (ARENDR H., Essai sur la révolution, trad. CHRESTIEN M., Paris : Gallimard, 1985, pp. 39-40).

<sup>237</sup> ARENDT H., Condition de l'homme moderne, Paris : Calmann-Lévy, 1983, p. 70 : « être libre, cela signifiait qu'on était affranchi des nécessités de la vie et des ordres d'autrui, et aussi que l'on était soi-même exempt de commandement. Il s'agissait de n'être ni sujet, ni chef. (...) Certes, cette égalité était fort différente de celle que

l'iségorie<sup>238</sup>, l'isonomie constitue le socle du régime démocratique athénien auquel elle est d'ailleurs assimilée.

A la suite des réformes de Clisthène, l'« isonomie » est devenue un terme essentiellement politique qui exprime l'idée d'égalité. Cette égalité est de type arithmétique et implique dans la cité, le partage égal des droits et des charges entre les citoyens. Dans cette conception, l'harmonie de la cité est subordonnée à la stricte égalité dans les rapports juridiques des citoyens et dans les rapports entre eux et l'Etat. Cette conception se verra fermement critiquée par Platon qui souhaite restaurer un ordre hiérarchique fondé non sur l'égalité stricte, mais sur la proportionnalité.

## II) La réaction platonicienne au discours isonomique

**Recours au concept d'« équilibre platonicien ».** Pour contrer la doctrine de l'isonomie, Platon développe, à partir des travaux des pythagoriciens, une pensée visant à restaurer l'idée de hiérarchie tout en faisant passer cet ordre inégalitaire pour une harmonie. De fait, la pensée de Platon est souvent expliquée par les commentateurs au travers de la notion d'« équilibre ». Toutefois, à notre connaissance, nous ne trouvons pas chez Platon de terme qui servirait à exprimer, à l'instar d'« isonomie », l'idée d'équilibre métaphysique ou cosmique. Pourtant, cette idée se dégage de ses écrits grâce aux notions d'« égalité géométrique », de « proportions », de « cosmos », d'« harmonie », d'« ordre », etc. Nous ne pouvons donc pas

---

*nous concevons aujourd'hui : elle voulait dire que le citoyen vivait au milieu de ses pairs et n'avait à traiter qu'avec eux ; elle supposait l'existence d'hommes « inégaux » qui, en fait, constituaient toujours la majorité de la population d'une cité. Par conséquent, l'égalité loin d'être liée à la justice, comme aux temps modernes, était l'essence même de la liberté : on était libre si l'on échappait à l'inégalité inhérente au pouvoir, si l'on se mouvait dans une sphère où n'existait ni commandement ni soumission ».*

<sup>238</sup> L'iségorie est le droit pour tout citoyen d'exprimer son opinion sur les affaires publiques, que ce soit à l'Agora ou à l'Ecclésia. La parole « devient l'outil politique par excellence, la clé de toute autorité dans l'Etat, le moyen de commandement et de domination sur autrui » (VERNANT J.-P., op. cit., p. 44). L'auteur ajoute : « la parole n'est plus le mot rituel, la formule juste, mais le débat contradictoire, la discussion, l'argumentation », idem, p. 45.). La parole a pour vertu d'éclairer les esprits comme l'a affirmé Périclès « la parole n'est pas à nos yeux un obstacle à l'action : c'en est un, au contraire, de ne pas s'être d'abord éclairé par la parole avant d'aborder l'action à mener » (v. THUCYDIDE, op. cit., § 40). Au contraire, l'orthodoxie, le dogme sont considérés comme nuisibles (v. LESCUYER G., op. cit., n° 24). En revanche, chez Platon, lequel se méfiait de la rhétorique, la parole politique est suspecte car elle peut se retourner contre les idéaux de liberté et d'égalité.

dire que Platon a tenu un discours de l'équilibre, mais simplement parler de manière conceptuelle d'« équilibre platonicien ».

Avant d'étudier la pensée de Platon destinée à dépasser au plan politique la thèse isonomique (B), il importe de retourner aux fondements de celle-ci et d'exposer la pensée pythagoricienne essentiellement tournée vers l'idée de proportion (A)

#### *A) Source de la pensée de Platon : le pythagorisme*

Le pythagorisme s'étend à une grande diversité d'objets dont le droit (B). La particularité de cette philosophie réside dans ses postulats mathématiques (A).

##### 1) Une philosophie du nombre

**Présentation du pythagorisme.** Pythagore de Samos (VI<sup>e</sup> siècle av. J.-C.), auquel est attribuée la paternité du terme « philosophe<sup>239</sup> » est né en Asie mineure, où il fut certainement en contact avec la pensée d'Anaximandre et des autres milésiens<sup>240</sup>. Sa philosophie apparaît aujourd'hui assez singulière, car de nature religieuse<sup>241</sup>, elle a une visée essentiellement pratique<sup>242</sup>. Surtout, ce qui la caractérise particulièrement est le recours systématique aux mathématiques<sup>243</sup>. La souveraineté du nombre a cela d'étonnant qu'elle découle,

---

<sup>239</sup> Sur cette question, v. MALLAN C., « Il était une fois la philosophie », Archives de Philosophie, 2005/1, tome 68, pp. 107-126.

<sup>240</sup> Malgré quelques influences certaines, les pensées pythagoricienne et ionienne ne se confondent pas. La distinction d'ordre épistémologique concerne le mode de connaissance de la nature et de ses lois. Pour les milésiens, la nature constitue un substrat matériel dont la connaissance s'acquiert par un savoir spéculatif, tandis que la vision pythagoricienne postule l'intelligibilité du tout par le nombre. V. COULOUBARITSIS L., op. cit., p. 91 : « le glissement par rapport à la pensée ionienne est subtil : le fond divin du réel ne se dérobe plus au savoir – ce qui nécessitait sa prise en considération comme un Tout -, il constitue un fond, qui tout en étant voilé, se signifie par l'observation et peut être dévoilé par la pensée (noô). Une voie nouvelle s'ouvre à la pensée humaine, que nous ne cesserons d'emprunter ». V. égal. ARISTOTE, Métaphysiques, trad. PIERRON A. et ZEVORT C., Paris : Ebrad, 1840, p. 29, note 3.

<sup>241</sup> COULOUBARITSIS L., op. cit., p. 92 : « Pour le pythagorisme, le sens qu'il convient d'accorder à la vie consiste principalement dans le salut de l'âme, conçu à partir d'une doctrine de sa transmigration dans d'autres êtres vivants. Rejoignant par là les références des religions du salut, ce courant associe philosophie et religion, qui se découvrent par là une connivence secrète qui ne cessera de subvertir la réflexion philosophique ».

<sup>242</sup> DETIENNE M., SAINTILLAN D., « Pythagore et pythagorisme », Encyclopaedia Universalis : « Il ne s'agit pas tant pour lui [Pythagore] d'affranchir l'individu de son existence terrestre que de réaliser un lien entre l'homme et le divin et, sur la base de ce lien, de transformer la cité ».

<sup>243</sup> ARISTOTE, Métaphysiques, I, V, trad. PIERRON A. et ZEVORT C., Paris : Ebrad, 1840 (désormais ARISTOTE, Métaphysiques) : « ceux qu'on nomme Pythagoriciens s'appliquèrent d'abord aux mathématiques, et firent avancer cette science. Nourris dans cette étude, ils pensèrent que les principes des mathématiques étaient les

contrairement à notre époque, autant du mysticisme que de la logique<sup>244</sup>. Cette apparente contradiction entre ces modes antagonistes de connaissances demeure l'un des attraits fondamentaux du pythagorisme, « indissolublement mystique et rationnel, scientifique et religieux, théorique et expérimental<sup>245</sup> ». L'autre objet d'étonnement est l'étendue de son champ d'étude. Philosophie, musicologie, mathématiques, politique, religion, astronomie, diététique constituent les savoirs majeurs auxquels les pythagoriciens ont contribué et dont l'unité et la cohérence sont assurées par les mathématiques<sup>246</sup>.

**Mathématisation de la nature.** En application de la science du nombre, les pythagoriciens décrivent la composition et la structure de tout ensemble<sup>247</sup> et constate que la nature est ordonnée. L'ordre du monde (cosmos<sup>248</sup>) est harmonie<sup>249</sup> au sens musical<sup>250</sup> et donc mathématique<sup>251</sup>. Les astres, par leur mouvement régulier et circulaire que la géométrie

---

principes de tous les êtres. Les nombres sont de leurs nature antérieurs aux choses ; et les Pythagoriciens croyaient apercevoir dans les nombres plutôt que dans le feu, la terre et l'eau, une foule d'analogies avec ce qui est et ce qui se produit ».

<sup>244</sup> Même si, comme l'énonce M. Mattéi, les historiens ont tendance « à évacuer l'inspiration mystique des pythagoriciens et à reconstituer leur système en le purifiant de ses scories symboliques » (MATTEI J.-F., op. cit., p. 56).

<sup>245</sup> MATTEI J.-F., op. cit., p. 57.

<sup>246</sup> V. MATTEI J.-F., op. cit., p. 56.

<sup>247</sup> Les mathématiques devaient « fournir à la fois un accès au divin et le modèle de l'ordre à réaliser par les lois de la cité (...) Sa véritable originalité [de Pythagore] fut plutôt d'envisager le nombre dans une perspective religieuse et mystique ; et c'est la religion qui, libérant la mathématique de sa visée utilitaire, ouvrit ici la voie à la spéculation abstraite » (DETIENNE M., SAINTILLAN D., loc. cit.). V. égal. MATTEI J.-F., op. cit., p. 55.

<sup>248</sup> V. CORNIL G., Ancien droit romain, Bruxelles : A. Vandeveld, 1930, p. 1 : « les Pythagoriciens en employant le mot *kóσμoς* (ordre) pour désigner l'univers, affirmaient par là que l'univers se conçoit comme un ordre ou état d'équilibre d'éléments divers ».

<sup>249</sup> MATTEI J.-F., op. cit., p. 80 : « cette conception cosmique de l'harmonie était fondée sur les calculs numériques complexes qui permettaient d'unifier les forces à l'œuvre dans l'univers ». Sur la question V. BRUN J., Les présocratiques, Paris : PUF, 2007, p. 30 et s.

<sup>250</sup> COULOUBARITSIS L., op. cit., p. 101 : « selon la légende, l'origine de cette conception du monde s'enracine dans la découverte des intervalles musicaux, que les Pythagoriciens auraient traduits en nombre entiers, rationnels (rapport = logos), concevant la possibilité d'un rapport entre quantité et qualité. C'est en généralisant ce point de vue qu'ils auraient affirmé que le nombre rationnel exprime l'harmonie de tout l'univers ».

<sup>251</sup> GUILLERME J., BOUDON P., « Proportion », Encyclopaedia Universalis : « l'axiome primordial de la doctrine pythagoricienne : 'Tout est arrangé selon le nombre' profère une norme dont la compétence étendue à l'univers en règle le mode de composition ; l'essence de la réalité physique s'identifie au nombre rationnel et la beauté comporte des clefs arithmétiques. Cette conviction s'appuyait sur la découverte capitale que les rapports numériques simples expriment les intervalles musicaux d'octave, de quinte et de quarte. La nature paraissait répondre à la pensée mathématique et la beauté à toutes deux (...) Une fois formulées les lois numériques de la beauté acoustique, elles furent généralisées à toutes les représentation ».

permet de décrire<sup>252</sup>, rendent compte de cette harmonie de l'univers, « *l'ordre sacré de la justice cosmique*<sup>253</sup> ».

## 2) Prodromes d'une philosophie du droit

La conception de la justice pythagoricienne a pendant longtemps été connue uniquement grâce aux quelques développements qu'Aristote lui a consacrés. Selon le Stagirite, la pensée pythagoricienne conçoit la justice essentiellement comme la stricte égalité. De nouvelles recherches ont permis de préciser davantage le contenu de la justice telle qu'elle était envisagée par les Pythagoriciens. La proportionnalité ainsi que la notion *d'antipeponthos* (réciprocité/équilibre) y apparaissent comme des critères privilégiés de la justice.

### a) Le critère de l'antipeponthos dans les échanges et les rétributions

**Le critère d'antipeponthos.** Conduite dans chaque domaine, la recherche de l'harmonie lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre de la cité<sup>254</sup> amène les pythagoriciens à s'interroger sur la justice, dont ils seraient les premiers à définir la notion<sup>255</sup>. De manière générale, selon eux, la justice s'exprime par la Loi<sup>256</sup> et correspond à l'égalité, « la correspondance entre des termes

---

<sup>252</sup> COULOUBARITSIS L., op. cit., p. 95 : « le cercle et la sphère deviennent les figures de référence de cette cosmologie (*l'univers et la terre sont sphériques, et les mouvements des astres sont circulaires*) parce qu'ils expriment, en tant que figures homogènes (du centre à la périphérie la distance est toujours la même), la perfection même ».

<sup>253</sup> MATTEI J.-F., op. cit., p. 116 « *le mouvement cyclique des corps célestes manifeste la présence d'âmes intelligentes qui président au cours de tout ce qui vit comme au processus de la connaissance : celle-ci est alors un retour au monde dont l'âme est issue afin de retrouver l'ordre sacré de la justice cosmique* ». Socrate rappellera l'ordre du cosmos réglé par la géométrie dans le Gorgias, v. infra.

<sup>254</sup> Dans l'un de ses discours, Pythagore enjoint ses auditeurs de dresser un temple aux Muses, afin d'obtenir la conservation de la concorde civique car celles-ci « *forment un chœur indissoluble, dont l'influence s'étend à tout ce qui constitue et conserve l'accord des esprits, la symphonie, l'harmonie, le rythme, etc. Ce sont elles aussi qui produisent "l'harmonie" de l'Univers* » (v. DELATTE A., op. cit., p. 40). Pour Armand Delatte cette comparaison de la concorde civique avec l'« harmonie » universelle intègre un système de théorie politique qui représente l'organisation d'une cité comme une imitation de la constitution de l'Univers et qui en tire tous les corollaires que comporte ce parallèle (v. DELATTE A., loc. cit) – conception dont on constate l'influence chez Platon.

<sup>255</sup> Ils seraient ainsi les premiers fondateurs de la philosophie du droit, v. en ce sens : DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 36 ; VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, p. 28.

<sup>256</sup> Pythagore aurait affirmé que le règne de la Justice s'étend à tout le kosmos : chez les dieux elle est représentée par Thémis, dans les Enfers par Diké, chez les hommes par la Loi (v. DELATTE A., *Essai sur la politique pythagoricienne*, Paris : Edouard Champion, 1922, p. 40 et 42). Aristoxène attribue aux pythagoriciens le précepte suivant : « *porter secours à la Loi, combatte l'illégalité* » (v. DELATTE A., op. cit. p. 49).

opposés<sup>257</sup> ». Plus précisément, dans l’Ethique à Nicomaque, Aristote rapporte que les Pythagoriciens définissent la justice par le terme antipeponthos<sup>258</sup>. Terme à nouveau mystérieux et traduit diversement par « échange<sup>259</sup> », « talion<sup>260</sup> », « réciprocité<sup>261</sup> », « compensation<sup>262</sup> » ou encore « équilibre<sup>263</sup> ». Assimilable à la justice rétributive, l’antipeponthos désigne selon M. Tzitzis, « l’idée de compensation tant au niveau du cosmos qu’en matière d’échanges sociopolitiques de la cité<sup>264</sup> ».

Les pythagoriciens identifient donc la justice à la réciprocité dans les rapports privés entre citoyens et au Talion en matière répressive<sup>265</sup>, ce qu’Aristote critique faute de correspondre ni

<sup>257</sup> V. DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 36. V. aussi : VILLEY M., *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, p. 27 : « la justice cherche l’égalité. Il semble qu’Aristote ait suivi la doctrine de Pythagore – le mathématicien philosophe – sans doute le premier inventeur de cette définition étroite ».

<sup>258</sup> τὸ ἀντιπεπονθός, ARISTOTE, *l’Ethique à Nicomaque*, 1132 b 21 ; Antipeponthos provient du verbe paskein, lequel à l’origine traduit l’idée d’éprouver un sentiment.

<sup>259</sup> DEL VECCHIO G., op. cit., p. 37.

<sup>260</sup> V. THUROT F., « La morale » in, ARISTOTE, La morale et la politique, trad. Thurot F., Paris : Firmin-Didot, 1823-1824, note 17, disponible en ligne sur <http://remacle.org/bloodwolf/philosophes/Aristote/morale5.htm#17a> : « il n’y a point de terme, en français, qui corresponde à l’expression τὸ ἀντιπεπονθός dont Aristote se sert ici. C’est proprement la loi ou peine du Talion, en vertu de laquelle l’auteur d’un délit ou d’un dommage doit souffrir exactement la même espèce et le même degré de mal qu’il a fait à un autre » ; v. aussi : GROTIUS H., Le droit de la guerre et de la paix, trad. PRADIER-FODERE P., Paris : PUF, 1999, II, chap. XX, § XXXII, p. 484 : « il faut savoir que ce que disaient les pythagoriciens, que la justice consiste dans le talion, c’est-à-dire à faire souffrir dans les peines un dommage égal à celui qu’on a causé ».

<sup>261</sup> V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, chap. V, § 1, trad. Barthélémy Saint-Hilaire J., révisée par GOMEZ-MULLER A., Paris : Librairie Générale Française, 1992, p. 207 : « la réciprocité, le talion paraît à quelque personnes être le juste absolu. C’est la doctrine des Pythagoriciens, qui ont défini le juste en disant : *Que c’est rendre exactement à autrui ce qu’on en a reçu* ».

<sup>262</sup> V. DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 51 : « le même auteur [Saint Thomas d’Aquin] affirme d’ailleurs clairement que le « contrapassum » (ἀντιπεπονθός) appartient au concept de la justice commutative » ; cf. SAINT THOMAS D’AQUIN, *Somme Théologique*, II-IIae, quest 61, art 4, disponible sur : [http://docteurangelique.free.fr/saint\\_thomas\\_d\\_aquin.html](http://docteurangelique.free.fr/saint_thomas_d_aquin.html)

<sup>263</sup> Avec l’influence des Pythagoriciens, « de nouvelles images font leur apparition, celle de la balance, celle de l’équilibre (τὸ ἀντιπεπονθός), celle surtout de la proportion, arithmétique, géométrique et harmonique » (LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., *Clisthène l’Athénien*, Paris : Les Belles Lettres, 1964, p. 132 et s.)

<sup>264</sup> TZITZIS S., Introduction à la philosophie du droit, Paris : Vuibert, 2011, p. 23. L’auteur ajoute : « La loi de l’antipeponthos, fait écho à la génération et à la perte des éléments cosmiques sanctionnés par la justice rétributive mise en route, lorsqu’il y a un dérangement interprété comme un déséquilibre des nombres » (TZITZIS S., loc. cit.). Selon le même auteur, l’antipeponthos « implique la nécessité de punir comme exigence de l’harmonie dérangée, celle du cosmos et celle de l’âme (car l’âme est un miroir microcosmique de l’image de l’univers). En effet, l’hybris [l’excès], ayant dérangé l’équilibre des éléments et des forces qui régissent l’être et ses étants, entraîne impérativement le châtement. Or la Némésis, remplissant cette exigence, rétablit tout ordre ; elle némei : elle fait le juste partage et la répartition équitable, selon la progression du devenir » (TZITZIS S., *La philosophie pénale*, Paris : PUF, 1996, p. 33-34 et TZITZIS S., *Les grandes questions de la philosophie pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Buenos Books International, 2007, p. 39).

<sup>265</sup> V. TZITZIS S., Introduction à la philosophie du droit, p. 23 : « au niveau de la cité, la rétribution traduit la souffrance (pathos) qui doit subir l’homme fautif en contrepartie (anti) d’une faute, un mal ou un crime, ressentis comme désordres ontologiques. La justice rétributive des pythagoriciens, qui exprime le droit naturel,

à la justice distributive, ni à la justice correctrice. En effet dit-il, on ne saurait appliquer la règle de la réciprocité en matière criminelle, sans tenir compte de l'intention de l'auteur du délit<sup>266</sup>. En matière d'échange, si Aristote concède que la réciprocité s'apparente au juste, il précise qu'elle ne saurait se fonder sur l'égalité matérielle<sup>267</sup> mais sur la proportion<sup>268</sup>, autrement dit, sur une correspondance de valeur.

b) Le critère de la proportion pour les distributions

**Réhabilitation de la pensée pythagoricienne.** Del Vecchio met en cause Aristote quand celui-ci tout en rapportant de manière critique la philosophie pythagoricienne, s'inscrit dans leur sillage en explicitant ce qui devait être, chez eux, implicite<sup>269</sup>. Ainsi, la question de la proportionnalité a été développée par les pythagoriciens, que ce soit dans les rapports réciproques ou dans la répartition des biens entre citoyens. Selon Del Vecchio, il est difficilement concevable que les pythagoriciens, ayant découvert et appliqué la notion plurale de proportionnalité<sup>270</sup> définissent la justice dans les échanges par la simple égalité matérielle<sup>271</sup>, c'est-à-dire, l'échange de choses identiques. D'après l'auteur italien, au contraire, ils auraient posé comme point de départ des échanges, un critère d'appréciation ou

---

relève elle aussi de la *philosophie de l'Être, celle qui vise au bon déroulement des choses de la nature* ; elle est *loin, comme les autres présocratiques, de donner la priorité de l'existence de l'individu* ».

<sup>266</sup> Autrement dit, il est nécessaire de distinguer entre les actes volontaires et les actes involontaires, ARISTOTE, op. cit., V, chap. 8, § 1.

<sup>267</sup> τὸ ἀντιπεπονθὸς κατ' ἰσότητα.

<sup>268</sup> τὸ ἀντιπεπονθὸς κατ' ἀναλογίαν.

<sup>269</sup> V. DEL VECCHIO G., op. cit., p. 37 : « *Aristote greffa sa théorie sur celle de Pythagore, mais non avec l'esprit de sympathie intellectuelle qu'employa, par exemple, Platon à l'égard de Socrate.* Il ne fait allusion à la théorie pythagoricienne que presque uniquement pour la critiquer ; et il y a de fortes raisons de douter que, à travers la critique, ladite théorie soit exposée dans la vraie lumière ».

<sup>270</sup> Pour les pythagoriciens, la proportionnalité est la transcription numérique du concept d'ordre (v. GUILLERME J., BOUDON P., « Proportion », Encyclopaedia Universalis). Ils ont découvert trois types de proportionnalité : arithmétique, géométrique et harmonique. La proportionnalité arithmétique est celle qui régit des termes situés dans un rapport analogue d'excédent. C'est-à-dire lorsque une même quantité différencie les termes successifs : c'est par exemple la suite 1, 2, 3, 4, 5. La proportionnalité géométrique est celle selon laquelle le premier terme est au second, ce que le second est au troisième, etc. C'est par exemple la suite 1, 2, 4, 8, 16. 1 est à 2, ce que 2 est à 4. La proportionnalité géométrique porte également le nom d'analogie. Enfin la proportionnalité subcontraire ou harmonique existe lorsque le premier terme surpasse le second d'une fraction identique à la fraction de lui-même dont le troisième est surpassé par le second. C'est le cas de la suite, 6, 4, 3. Jean Bodin tenta de restaurer la proportionnalité harmonique comme principe ordonnateur de l'organisation politique.

<sup>271</sup> DEL VECCHIO G., op. cit., p. 37 : « *L'hypothèse d'un échange de choses identiques, échange qui n'aurait aucune fonction économique, semble presque absurde dès l'abord. Et si l'échange opère, comme cela doit être, entre choses différentes, il est tout aussi absurde de supposer qu'il intervient pour ainsi dire à l'aveuglette, c'est-à-dire sans tenir compte de la réelle diversité* ».

d'estimation implicite inclus dans l'idée d'*antipeponthos* permettant de mesurer l'équivalence des choses ou des services échangés<sup>272</sup>. Aristote aurait distingué la réciprocité égalitaire de la réciprocité proportionnelle pour critiquer le caractère systématique de la première qu'il attribue aux pythagoriciens afin d'employer la seconde dans le cadre de sa distinction des rapports de justice<sup>273</sup>.

**Les prodromes de la justice distributive.** Par ailleurs, les pythagoriciens eurent conscience également de ce qu'Aristote nomme la justice distributive. Pythagore aurait envisagé une communauté fondée sur le critérium rigoureux du mérite propre de chacun<sup>274</sup>. Vraisemblablement, l'« urbaniste politique<sup>275</sup> » Hippodamos de Milet développa un projet de cité idéale dont l'harmonie était réalisée par la division systématique de chaque domaine en trois unités<sup>276</sup> (notamment en politique où il préconise l'idée -promise à un grand succès<sup>277</sup> - d'un régime mixte mêlant royauté, aristocratie et démocratie). Pour assurer l'harmonie de la cité, son projet prévoyait l'attribution des charges publiques et des honneurs en fonction de la classe des citoyens répartis selon leur qualité<sup>278</sup> et leur mérite personnel<sup>279</sup>. Enfin, un autre

---

<sup>272</sup> Ibid.

<sup>273</sup> DEL VECCHIO G., op. cit., p. 41 : « En vérité, Aristote entend modifier le principe pythagoricien, pour l'appliquer ensuite, ainsi modifié, à sa doctrine de la justice, suivant la bipartition fondamentale proposée par lui ».

<sup>274</sup> DEL VECCHIO G., op. cit., p. 38.

<sup>275</sup> LESCUYER G., op. cit., p. 35. Hippodamos de Milet fut aussi appelé le « philosophe-architecte » (v. LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., op. cit., p. 128) ou « l'architecte-sociologue » (v. GLOTZ G., La cité grecque, Paris : Albin Michel, 1988, p. 34).

<sup>276</sup> Au plan urbain, le territoire est aménager pour que coexistent les espaces public, privé sacré. Cette division « reflète l'avènement d'un espace social entièrement nouveau. Les constructions urbaines ne sont plus, en effet, groupées comme auparavant autour d'un palais royal, cerné de fortifications. La ville est maintenant centrée sur l'Agora, espace commun, siège de la Hestia Koiné, espace public où sont débattus les problèmes d'intérêt général. (...) Ce cadre urbain définit en fait un espace mental ; il découvre un nouvel horizon spirituel. Dès qu'elle se centre sur la place publique, la ville est déjà, au plein sens du terme, une polis » (VERNANT J.-P., op. cit., p. 43).

Au plan juridique, le philosophe regroupe les lois sous trois catégories, présages des futures classifications : les lois contre l'ambition, les lois contre les dommages causés, et les lois contre le meurtre, v. LESCUYER G., op. cit., p. 38.

<sup>277</sup> A propos de l'influence de la pensée pythagoricienne sur le concept de séparation des pouvoirs, V. DELATTE A., La Constitution des États-Unis et les pythagoriciens, Paris : Les belles lettres, 1948.

<sup>278</sup> Les hommes d'élites sont chargés d'administrer la cité, les hommes robustes de défendre la cité, et les hommes laborieux de produire les biens nécessaires à la cité, v. LESCUYER G., op. cit., p. 37.

<sup>279</sup> Hippodamos avait prévu une loi assurant des honneurs à ceux qui auraient avantagé la cité, v. DEL VECCHIO G., op. cit., p. 38.

pythagoricien, Archytas<sup>280</sup>, distinguait les régimes en fonction du type de proportion gouvernant les répartitions des biens<sup>281</sup>.

**De l'égalité stricte à l'égalité proportionnelle : l'évolution probable de la pensée pythagoricienne.** Dès lors, si elle se fonde bien sur l'égalité, la justice pythagoricienne ne néglige pas, contrairement aux dires d'Aristote<sup>282</sup>, l'égalité des rapports, c'est-à-dire la proportionnalité<sup>283</sup>. Cette justice vise à établir dans la cité une harmonie mathématiquement traduisible, au travers de la répartition des biens en proportion de la qualité des personnes. Toutefois, une évolution de la pensée pythagoricienne, relative au caractère égal ou proportionnel assigné à la justice, n'est pas à exclure. En effet, pour cette philosophie arithmologique, la justice était symbolisée au demeurant par le chiffre quatre, correspondant à une double égalité<sup>284</sup>. Cette égalité arithmétique, considérée comme la forme primitive de la justice pythagoricienne<sup>285</sup> rend compte de la réciprocité et de l'équivalence dans l'échange et du talion, mais non de la nature distributive de la justice. Or, il a également été rapporté que les pythagoriciens associaient à la justice le chiffre cinq « du fait de ses propriétés de partage *et de répartition égale dans l'univers*<sup>286</sup> ». Le chiffre cinq - et sa forme géométrique la pentade rattachée à Némésis, la « déesse du don de ce qui est dû » - symbolise l'harmonie car

---

<sup>280</sup> Contemporain et ami de Platon, Archytas fut gouverneur de Tarente. Disciple des pythagoriciens, il démontre que les chiffres sont le développement de tout phénomène et élabore à partir de cette réflexion des théories en mathématique, en musique et en politique.

<sup>281</sup> V. DELATTE A., *Essai sur la politique pythagoricienne*, Paris : Edouard Champion, 1922, p. 95.

<sup>282</sup> V. DEL VECCHIO G., op. cit., p. 39 « *l'objection* soulevée par Aristote contre cette école paraît manifestement *infondée, objection qui portait sur le fait que cette école n'avait pas pu tirer de sa notion de proportion ou d'échange un critérium approprié pour les deux espèces de justice* ».

<sup>283</sup> V. WINKEL L., « L'histoire du droit, exemple d'une science interdisciplinaire », in, *La frontière des origines à nos jours, actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Bayonne, les 15, 16, 17 mai 1997*, Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 1998, p. 130 : « pour les Pythagoriciens la proportionnalité est le noyau de la conception de la justice ».

<sup>284</sup> Quatre est le seul nombre dont la somme et le produit résultent des mêmes chiffres ( $2 + 2 ; 2 \times 2$ ), il présuppose à la fois l'égalité et la réciprocité.

A. Delatte propose une explication alternative. Le carré, figure géométrique représentant le chiffre quatre, est la seule figure dont l'aire ( $2 \times 2$ ) est égale au périmètre ( $1+1+1+1$ ) or, si le périmètre correspond à la valeur du citoyen, et l'aire, ses droits politiques, alors la justice consiste « *en ce qu'un citoyen n'ait ni plus ni moins de droits que n'en comporte sa valeur. Est injuste celui qui, comme le carré dont la surface est supérieure au périmètre jouit de plus de droits politiques que n'en méritent ses capacités et ses services. De même, subit une injustice celui qui, comme le carré dont l'aire est inférieure au périmètre, est privé des droits que son mérite devrait lui conférer* », DELATTE A., *Essai sur la politique pythagoricienne*, Paris : Edouard Champion, 1922, p. 67.

<sup>285</sup> Selon Del Vecchio, le concept du nombre carré, qui définit la justice, « est sûrement le noyau originaire de toute la conception philosophique de Pythagore » (DEL VECCHIO G., op. cit., p. 40).

<sup>286</sup> V. MATTEI J.-F., op. cit., p. 116.

il s'agit du seul chiffre capable d'établir l'équilibre parmi les autres au sein de l'ennéade<sup>287</sup>. Ce symbolisme ancien révélerait les origines du droit proportionnel développé par les pythagoriciens. Enfin, diverses définitions de la justice rattachées aux pythagoriciens emportent la conviction d'un droit fondé notamment sur la proportion. Archytas, contemporain de Platon, aurait affirmé que la loi doit être conforme à la nature et l'assimile à « ce qui revient à chacun selon sa dignité<sup>288</sup> ». Est également attribuée aux pythagoriciens la célèbre définition de la justice selon laquelle, elle est la « vertu qui attribue ce qui est égal et ce qui revient à chacun<sup>289</sup> ».

Les pythagoriciens, en employant comme critères de justice l'égalité et la proportionnalité posèrent les premières bases de la philosophie du droit sur lesquels se construiront notamment les théories de Platon, d'Aristote puis celles de Cicéron<sup>290</sup>.

S'il y a une continuité de pensée indubitable entre les présocratiques et les philosophes majeurs de l'Antiquité, le déclin de la démocratie athénienne a été l'un des événements déterminant la philosophie du droit de Platon et d'Aristote<sup>291</sup>. Malgré la quête constante d'une harmonie au cœur de l'homme comme au sein de la cité poursuivie par Platon et Aristote, on constate chez ces derniers les rejets au plan politique de la démocratie, au plan juridique de

---

<sup>287</sup> V. MATTEI J.-F., op. cit., p. 116 : « comparons en effet l'ennéade aux plateaux d'une balance : les quatre premiers nombres correspondant au plateau le plus léger (1+2+3+4), les quatre derniers au plateau le plus lourd (6+7+8+9) ; au centre le 5, glaive ou fléau immobile de la justice, rétablit l'équilibre en soustrayant aux nombres les plus grands sa propre puissance et en distribuant le reste, en proportion de leur force, aux plus petits nombres : 9 - 5 = 4, attribué à 1 ; 8 - 5 = 3, attribué à 2 ; 7 - 5 = 2, attribué à 3 ; 6 - 5 = 1, attribué à 4, ce qui redonne à chaque opération la moyenne 5 ». V. égal. : DELATTE A., Essai sur la politique pythagoricienne, Paris : Edouard Champion, 1922, p. 98 et s.

<sup>288</sup> DELATTE A., op. cit., p. 91. L'auteur souligne : « la nature dont il est question ici et qui est gouvernée selon la proportion mathématique (...) est évidemment la nature de l'Univers. En donnant pour modèle au droit humain une loi universelle, l'auteur se rapproche d'Héraclite ; mais il s'en écarte, en faisant consister ce principe, non dans la Raison suprême, terme d'ailleurs bien vague, mais dans une loi des mathématiques. Cette doctrine est intimement liée à la théorie fondamentale du Pythagorisme, qui considère l'univers comme formé de nombres ou de rapports numériques et qui explique le monde moral par des analogies avec le monde physique », DELATTE A., op. cit., p. 92.

<sup>289</sup> Attribuée à Jamblique (v. DELATTE A., op. cit., p. 99).

<sup>290</sup> V. WINKEL L., op. cit., p. 128 et s. ; V. DUCOS M., Les Romains et la loi, Paris : Les belles lettres, 1984, p. 200.

<sup>291</sup> V. FRIEDMANN W., Théorie générale du droit, Paris : LGDJ, 1965, p. 8. : « C'est le déclin ultérieur de la démocratie athénienne, pendant et après la guerre du Péloponnèse, qui fournit son cadre à la préoccupation de justice qui domine la philosophie du droit de Platon et d'Aristote. Comme à notre époque, la baisse du niveau du gouvernement et de la société stimule le désir de justice. En face de la désinvolture de la société athénienne, et de la dislocation des valeurs et des réalisations vantées par Périclès, tous deux consacrèrent une part considérable de leur œuvre à une définition plus concrète de la justice et au rapport entre la justice et le droit positif ».

l'isonomie et au plan philosophique du droit naturel égalitaire, car chacune d'entre elles induit la stricte égalité<sup>292</sup>.

B) *L'équilibre platonicien fondé sur l'égalité géométrique*

Héritier des Pythagoriciens<sup>293</sup> et « venu en fait à la philosophie que par la politique et pour la politique<sup>294</sup> » Platon (428-347 av. J.-C.) a pour ambition de réaliser le meilleur régime politique pour la cité et d'offrir au citoyen le meilleur genre de vie possible<sup>295</sup>. Pour ce faire, les fondements de l'isonomie doivent être sapés.

**Ordre hiérarchique contre isonomie.** Témoin du dysfonctionnement du régime démocratique<sup>296</sup>, il rejette les postulats égalitaristes des démocrates et des présocratiques et le relativisme des sophistes<sup>297</sup> pour réintroduire le principe d'un ordre hiérarchique<sup>298</sup> d'origine cosmique<sup>299</sup>, destiné à servir de modèle à l'« équilibre » du citoyen et à celui de la cité<sup>300</sup>.

---

<sup>292</sup> V. STRAUSS L., op. cit., p. 112. V. aussi MAZIERE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, p. 28 : on peut « observer dans le jusnaturalisme antique une véritable aversion envers l'égalité ».

<sup>293</sup> Il est considéré comme le plus important des disciples des pythagoriciens, v. en ce sens : COULOUBARITSIS L., *Aux origines de la philosophie européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles : De Boeck, 2003, p. 91.

<sup>294</sup> Formule d'Auguste Diès dans sa préface à la République, trad. CHAMBREY E., Paris : Les Belles Lettres, 1959, cité par VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, 2003, p. 65.

<sup>295</sup> V. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, p. 57 : « l'ambition est spectaculaire : par 'meilleur' il ne faut pas entendre ici une simple optimisation éthique et politique, mais bien la visée de la seule et unique voie de la Vérité et du Bien ».

<sup>296</sup> V. STRAUSS L., *Droit naturel et histoire*, Paris : Flammarion, 1986, p. 114. L'évènement majeur pour Platon est la condamnation et la mise à mort de son maître Socrate en l'an 399 av. J.-C, par le tribunal athénien ; « je fus indigné et me détournai des misères de cette époque » écrit-il (PLATON, lettre VII, cité par DE ROMMILLY J., *La loi dans la pensée grecque*, Paris : Les belles lettres, 2002, p. 137). Plus jeune, il fut également témoin de la Tyrannie des Trente. Ces deux évènements peuvent partiellement expliqués son radicalisme, v. DE ROMMILLY J., op. cit., p. 180 et s. ; BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 59.

<sup>297</sup> Platon rompt « non plus seulement avec la politique active, mais avec la cité, sa structure et ses normes (...) le grand mal à ses yeux était cet immoralisme dont les sophistes avaient été, directement ou indirectement, les promoteurs (...) Mais il ne pouvait le combattre que par un long détour, en inventant une nouvelle raison de vivre, une nouvelle justice, une nouvelle cité. On ne saurait s'étonner, après cela, que, partis d'attaque sur la loi, le Gorgias ou la République aient répondu en termes de justice plutôt que de loi » (DE ROMMILLY J., op. cit., p. 182).

<sup>298</sup> BALAUDE J.-F., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Paris : Nathan, 1996, p. 77.

<sup>299</sup> TZITZIS S., *Introduction à la philosophie du droit*, Paris : Vuibert, 2011, p. 46 : « Le droit naturel [de Platon] provient d'un ordre cosmique ordonné de façon architectonique, où les Formes parfaites (Essence) sont en rapport d'équilibre et d'harmonie et ne nuisent point les unes aux autres. Le droit naturel est donc l'objet qui sert d'imitation au législateur pour réaliser dans le monde des mortels un idéal modèle d'harmonie pour toutes les affaires politiques, sans rompre pour autant avec ses racines ontologiques ». V. aussi : ATIAS Ch., *Philosophie du droit*, Paris : PUF, 2012, p. 67.

<sup>300</sup> V. VILLEY M., op. cit., p. 69 : « le même équilibre intérieur qui constitue la justice dans l'individu (soumission des instincts sensuels au cœur, et de celui-ci à la raison) fait la justice dans la cité (subordination

Cependant, cet équilibre ne résulte pas de l'isonomie<sup>301</sup>, dont l'idéal constate Alain Fouchard, « *trop récupéré par la propagande démocratique, exprimait (...) fondamentalement les notions de liberté, de réciprocité, d'équivalence, voire d'équilibre de forces contraires. Or ce n'était pas à partir de tels concepts que Platon imaginait la cité idéale*<sup>302</sup> ».

Etrangère à toute convention, transaction ou compromis entre les uns et les autres, la cité selon Platon est idéale : elle a pour modèle l'harmonie cosmique<sup>303</sup> et pour garante la justice conçue comme principe régulateur de toutes les activités sociales et individuelles<sup>304</sup>. L'ordre platonicien, qu'il gouverne la cité ou l'homme, ne résulte pas de l'opposition d'une force avec une autre qui lui serait équivalente, il ne correspond pas à l'effet d'un conflit entre l'aristocratie et le peuple, ni entre la raison et la passion ; en revanche, il réalise l'harmonie c'est-à-dire qu'il positionne chacun des éléments en fonction de ce que leur nature peut offrir à l'ensemble. Au contraire de l'isonomie où chaque élément est placé a priori sur un pied d'égalité, la cité platonicienne procède d'une inégalité idéale<sup>305</sup>.

**Concept d'« équilibre platonicien ».** Si l'on traduit ces différences en termes d'« équilibre », il s'ensuit une conception toute différente de part et d'autre : dans l'idéal isonomique

---

hiérarchique des classes laborieuses aux guerriers et de ces derniers aux philosophes) » ; CANTO-SPERBER M., « Justice de l'homme, justice dans la cité, Réflexions sur la justice selon Socrate et Platon », in, *Ethiques grecques*, Paris : PUF, 2001, p. 243 : « Platon fait de la justice dans la Cité et de la justice dans *l'homme* deux réalités totalement commensurables ».

<sup>301</sup> Le terme *d'isonomie* n'apparaît pas chez Platon, mais on retrouve à plusieurs reprises des références à l'isonomie au sens de démocratie (v. HAYEK F. A., *La constitution de la liberté*, trad. AUDOUIN R., GARELLO J., Paris : Litec, 1994, p. 163). Platon brosse ainsi le portrait de *l'homme isonomique* comme un dilettante : « Il vit donc, repris-je, au jour le jour et s'abandonne au désir qui se présente. Aujourd'hui il s'enivre au son de la flûte, demain il boira de l'eau claire et jeûnera ; tantôt il s'exerce au gymnase, tantôt il est oisif et n'a souci de rien, tantôt il semble plongé dans la philosophie. Souvent, il s'occupe de politique et, bondissant à la tribune, il dit et il fait ce qui lui passe par l'esprit : lui arrive-t-il d'envier les gens de guerre ? le voilà devenu guerrier ; les hommes d'affaires ? le voilà qui se lance dans le négoce. Sa vie ne connaît ni ordre ni nécessité, mais il l'appelle agréable, libre, heureuse, et lui reste fidèle. », PLATON, *La République*, trad. BACCOU R., Paris : Garnier Flammarion, 1966, p. 321 (561b).

<sup>302</sup> FOUCHARD A., Des « citoyens égaux » en Grèce ancienne, *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 12, 1986, p. 160.

<sup>303</sup> FOUCHARD A., Des « citoyens égaux » en Grèce ancienne, *Dialogues d'histoire ancienne*, vol. 12, 1986, p. 161 : « La cité qu'il [Platon] fonde est un monde bien différent de la cité isonomique. Sa législation n'est en effet pas issue de son histoire, de ses luttes aboutissant à des compromis : elle est au contraire fondée sur une science du législateur organisant un kosmos, notion permettant de faire prévaloir les concepts de devoirs, d'obéissance et de discipline sur celui d'égalité de distribution. Grâce à cette notion, la loi ou la constitution sont considérées non comme une convention, mais comme le résultat d'une spéculation sur le bon ordre selon la nature, et la participation au pouvoir est tenue non plus pour un avantage, mais pour une fonction, un métier attribués selon la compétence ou selon la nature ».

<sup>304</sup> DEL VECCHIO G., *La justice – la vérité*, Paris : Dalloz, 1955, p. 19.

<sup>305</sup> BODEÛS R., « Figures du politique », in, *Le savoir grec*, p. 178.

transposé à la cité, l'idée d'équilibre implique l'égalité arithmétique ; chez Platon, au contraire, l'« équilibre » reposerait sur la proportionnalité ou l'égalité géométrique. L'idée d'équilibre s'exprimant cependant de manière privilégiée au travers de l'« isonomie », on ne trouvera pas chez Platon de terme équivalent dans le domaine politique. La Cité idéale de Platon est harmonieuse et c'est au travers des notions d'*unité*, d'ordre, d'égalité géométrique qu'il est possible de spéculer sur l'« équilibre platonicien ».

Pour justifier l'ordre hiérarchique, Platon se tourne vers le cosmos pour en retirer le principe de l'égalité géométrique (A). Pour appliquer l'ordre hiérarchique et réaliser l'équilibre dans la cité et dans le citoyen, Platon a recours à la justice (B).

- 1) Le principe d'égalité géométrique comme fondement de  
« l'équilibre platonicien »

**La nature cosmique de l'égalité géométrique.** La cosmologie naissante de Platon, fortement empreinte de pythagorisme, fait l'objet du dialogue du *Timée*. L'univers, la cité, les hommes, ne dérivent pas comme chez Anaximandre et les autres milésiens d'un principe unique<sup>306</sup>, mais sont les produits d'un Dieu-artisan, fabriquant le monde sensible d'après un modèle, le monde des Essences, lieu idéal où règne l'harmonie comme composante cosmique. Lorsque le démiurge se retire pour vaquer à ses occupations, l'âme du monde (psukhê) dotée d'une structure mathématique prend le relais<sup>307</sup>. Cette structure gouverne de telle sorte que les mouvements de l'univers présentent une permanence et une régularité génératrices d'un ordre global<sup>308</sup>, objet de connaissance du philosophe. Dans le dialogue du *Gorgias*, Socrate explique à Calliclès que cette structure mathématique instaurant l'ordre du monde se traduit par l'égalité géométrique :

« Certains sages disent, Calliclès, que le ciel, la terre, les dieux et les hommes forment ensemble une communauté, qu'ils sont liés par l'amitié, l'amour de l'ordre, le respect de la tempérance et le sens de la justice. C'est pourquoi le tout du monde, ces sages, mon camarade,

---

<sup>306</sup> Selon Thalès, l'élément génétique du monde est l'eau, pour Anaximène, c'est l'air, etc, v. ROCHER J.-C., *Aux sources de l'Éthique Juridique – les présocratiques*, Paris : Fac 2000, p. 17 et p. 28.

<sup>307</sup> V. BRISSON L., PRADEAU J.-F., *Le vocabulaire de Platon*, Paris : Ellipses, 1998, p. 30 : « chez Platon, les mathématiques jouent deux rôles décisifs. Elles fournissent un *modèle au raisonnement et à l'argumentation* philosophiques, et elles permettent de proposer une explication de la nature parfaitement originale, dont *l'économie est d'autant plus efficace qu'elle ne passe plus par le langage ordinaire* ».

<sup>308</sup> V. BRISSON L., PRADEAU J.-F., *Le vocabulaire de Platon*, Paris : Ellipses, 1998, p. 38.

l'appellent kosmos ou ordre du monde et non pas désordre ou dérèglement. Mais toi, tu as beau être savant, tu ne me sembles pas faire très attention à ce genre de choses. Au contraire tu n'as pas vu que l'égalité géométrique est toute puissante chez les dieux comme chez les hommes, et tu penses qu'il faut s'exercer à avoir plus que les autres ! en fait, tu ne fais pas attention à la géométrie<sup>309</sup>».

Cette conception issue de la tradition pythagoricienne<sup>310</sup> s'oppose, souligne M. Balaudé, à la conception isonomique du cosmos : « alors que, chez eux [les présocratiques], le cosmos tirait sa rationalité du modèle isonomique, faisant valoir l'égalité absolue des éléments les uns par rapport aux autres, toujours rétablie par un principe de réparation dans le temps, Platon pense le cosmos comme hiérarchie, et lui reconnaît un type d'égalité qui ne nécessite pas une telle réparation<sup>311</sup> ».

**L'égalité géométrique (cosmique) traduite en ordre (politique) hiérarchique.** La cosmologie permet de dégager les principes gouvernant la cité<sup>312</sup>. La cité pour Platon doit être l'unité d'une multiplicité d'hommes de nature, de puissances et de fonctions distinctes vivant en commun<sup>313</sup>. Si plusieurs réponses furent données de la République aux Lois en passant par le Politique, le problème auquel est confronté Platon fut de déterminer les conditions d'unification de cette multiplicité. Ayant découvert que « la nature est essentiellement ordre, un ordre qui repose sur l'égalité géométrique<sup>314</sup> », Platon considère que la réalisation de la

---

<sup>309</sup> PLATON, Gorgias, trad. Canto-Sperber M., Paris : Garnier Flammarion, 2007, p. 274 (508 a).

<sup>310</sup> V. SENN F., De la justice et du droit, Paris : Sirey, 1927, p. 60 note 1 ; DELATTE A., Essai sur la politique pythagoricienne, Paris : Edouard Champion, 1922, p. 100.

<sup>311</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., pp. 77-78. Dans les Lois, Platon redéfinit l'origine de sa cosmologie, sans remettre en cause l'égalité géométrique. Il abandonne l'idée d'un monde, œuvre du démiurge, et conçoit rationnellement l'origine de l'univers. Il infère du mouvement des astres un intellect, une raison, appartenant nécessairement à une âme qui doit alors être considérée « comme le principe ultime, la véritable nature, la réalité première qui explique l'origine, le développement et l'état présent de l'univers, de l'homme et de la société », v. BRISSON L., PRADEAU J.-F., op. cit., p. 39.

<sup>312</sup> V. BRISSON L., PRADEAU J.-F., op. cit., p. 34 : « tel est le but de Platon lorsqu'il expose sa cosmologie : assurer au monde une régularité et une permanence de fait, qui expliquent qu'il puisse être connu et que l'on puisse tenir sur son compte un discours vraisemblable. Mieux encore, que les valeurs dont toute éthique et toute politique ont besoin, puissent être d'une certaine manière déduites de l'observation de son ordre. En ce sens, on peut voir en Platon le précurseur de l'idée de « droit naturel ». M. Villey concède que la pensée de Platon relève d'une certaine manière du droit naturel, dans la mesure où la méthode de recherche platonicienne est cosmique, néanmoins, il nuance ses propos en arguant du fait que le droit « suprême », n'est pas tant naturel qu'idéal, car l'observation de la nature doit amener aux Idées, aux Essences (v. VILLEY M., La formation de la pensée juridique moderne, Paris : PUF, 2003, p. 73).

<sup>313</sup> BRISSON L., PRADEAU J.-F., op. cit., p. 15.

<sup>314</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., p. 77.

cité ideale est conditionnée par l'ordonnement hiérarchique de ses éléments constitutifs selon la même structure que celle du kosmos.

2) La justice constitutive de l'ordre hiérarchique de la cité

Le passage de l'ordre cosmique à celui de l'ordre politique va être réalisé par le truchement de la justice. La justice sert en effet à Platon à instituer, maintenir et rétablir l'«  quilibre » de la cité conformément au kosmos, c'est-à-dire, à l'égalité géométrique<sup>315</sup>.

**Découverte et consistance de la justice.** Afin de découvrir et de définir la justice, Platon à travers Socrate, se propose de mener son enquête dans la cité plutôt que dans l'individu car « dans un cadre plus grand, la justice sera-t-elle plus grande et plus facile à étudier<sup>316</sup> ». Dans le même souci de faciliter son analyse, il mène son investigation à la naissance de la cité<sup>317</sup>.

Pour Platon, les fondements de la cité sont les besoins des hommes<sup>318</sup> : nourriture, logement, vêtements. La nécessité d'assouvir leurs besoins et la rareté des ressources les amènent à se réunir. De ces causes naturelles naquit la Cité. Si la Cité se forme par la réunion des intérêts individuels, elle ne peut exister durablement que si les intérêts privés se fondent bon gré mal gré dans *l'intérêt public*<sup>319</sup>, c'est-à-dire l'intérêt propre et distinct de la Cité.

L'intérêt public implique, en premier lieu, une coordination des intérêts individuels. Cette coordination ne nécessite pas de réelle intervention politique, puisqu'elle s'opère naturellement. En effet, la nature a réparti de manière inégalitaire les aptitudes entre les

---

<sup>315</sup> Par analogie, l'ensemble harmonieux des diverses parties de l' me, ordonné conformément aux ordres social et cosmique, est dépendant de la vertu de justice. La justice « tant celle de la cité que celle inhérente à l'individu, représente un état d'équilibre entre plusieurs parties en rapport dialectique », TZITZIS S., op. cit., p. 53.

<sup>316</sup> PLATON, La République, 369 a.

<sup>317</sup> Ce procédé est non seulement méthodologique mais également épistémologique : « on constate ainsi que la présence du phénomène politique, qui semble au départ un élément d'ordre méthodologique, devient au fil de l'argumentation une nécessité, lorsque, partant d'un mythe d'origine de la cité archaïque, Socrate poursuit sa démarche en relevant la complexification de la société plus évoluée. Retrouver l'équilibre dans une société complexe consiste à rendre plus explicite la justice implicite propre au monde archaïque », COULOUBARITSIS L., Aux origines de la philosophie européenne, Bruxelles : De Boeck, 2003, 4  éd., p. 324.

<sup>318</sup> PLATON, La République, 369 b. : « ce qui donne naissance à une Cité, repris-je, c'est, je crois, l'impuissance où se trouve, chaque individu de se suffire à lui-même, et le besoin qu'il éprouve d'une foule de choses ».

<sup>319</sup> Sur l'intérêt public dans la cité de Platon, v. RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G. VEDEL, Paris : Economica, 1986, p. 43 et s.

hommes<sup>320</sup>, il est donc plus utile, constate Platon, que chacun fasse le métier pour lequel il possède quelques compétences et savoir-faire et ce, de manière exclusive<sup>321</sup>, au lieu de consacrer ses ressources limitées à des fins illimitées. Une telle répartition des tâches est favorable, quantitativement et qualitativement, à la production des choses. Une telle production pourvoira tous les hommes quant à leurs besoins les plus élémentaires. « Ce principe de spécialisation » relève le Professeur Balaudé, « *est le moteur de l'organisation sociale : opérant spontanément, c'est lui qui est au fondement de la cité parfaite : c'est par lui que l'on pourra penser la justice*<sup>322</sup> ». En effet, cette répartition des tâches provoque des relations entre les hommes, qui sont l'un des « lieux » de la justice et de l'injustice<sup>323</sup> ; mais Platon ne s'arrête pas à ce lieu commun, car plus fondamentalement, ce principe révèle la nécessité, et partant, le contenu de la justice. En effet, la spécialisation implique l'attribution de fonctions entre les citoyens et la délimitation du champ de compétence de chacun. Or Platon ne définit pas la justice autrement. C'est à ce stade, que l'intérêt commun exige une subordination des intérêts individuels, laquelle ne peut être effective que grâce à la justice.

**Portée de la justice.** Platon définit la justice, au demeurant, de la même manière que les pythagoriciens c'est-à-dire comme la vertu *d'attribuer à chacun ce qui lui revient*<sup>324</sup>, c'est-à-dire de répartir les choses de manière proportionnelle, donc inégale (au sens moderne du terme). Toutefois, transcrit au niveau de la cité, la justice étend son champ bien au-delà du cadre traditionnel des distributions et des rétributions. « Platon néglige ou bien répudie », analyse Del Vecchio, « toutes les conceptions qui tendaient à lui assigner une fonction *spécifique ou une sphère particulière d'application*<sup>325</sup> ». Dans la cité idéale, la portée de la

<sup>320</sup> PLATON, La République, 370 b. : « *la nature n'a pas fait chacun de nous semblable à chacun, mais différent d'aptitudes, et propre à telle ou telle fonction* ».

<sup>321</sup> PLATON, op. cit., 370 c. : « par conséquent on produit toutes choses en plus grand nombre, mieux et plus facilement, lorsque chacun, selon ses aptitudes et dans le temps convenable, se livre à un seul travail, étant dispensé de tous les autres ».

<sup>322</sup> BALAUDE J.-F., op. cit., p. 85. Pour Platon, « justice veut dire ordre, efficacité et rationalité » (CHATELET F., La philosophie, t. 1 : De Platon à Saint Thomas, Paris : Hachette, 1972, 1979, p. 49, cité par ATIAS Ch., op. cit., p. 70). L'idée de division du travail sera restaurée par Adam Smith dans la Richesse des Nations, cf. Livre I, 1 « de la division du travail », et, selon une perspective sociologique, par Auguste Comte et Emile Durkheim, v. infra.

<sup>323</sup> PLATON, La République, 371 e : « ou y trouverons-nous la justice et l'injustice ? Avec lequel des éléments que nous avons examinés ont-elles pris naissance ? –Pour moi, répondit-il, je ne le vois pas, Socrate, à moins que ce ne soit dans les relations mutuelles des citoyens ».

<sup>324</sup> VILLEY M., La formation de la pensée juridique moderne, Paris : PUF, 2003, p. 69 : « Platon consacre tout le traité de la République à *l'étude de la justice* : pour lui aussi, comme il est dit dans les premières pages de *l'ouvrage, la justice est cette vertu qui attribue à chacun sa part* : suum cuique tribuere ».

<sup>325</sup> DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 19. V. aussi : CASTORIADIS C., Sur le Politique de Platon, Paris : Seuil, 1999, p. 22 : « Platon renverse complètement la conception grecque de la

justice doit couvrir la totalité de celle-ci, c'est-à-dire chaque individu, dans chaque sphère de sa vie. L'une des vertus, de ce que l'on a légitimement nommé un totalitarisme, concerne le refus chez Platon de sacrifier les intérêts des uns sur l'autel des autres. La cité idéale de Platon, constate M. Rangeon, « *n'est pas conçue pour satisfaire la majorité, mais la totalité des citoyens quels qu'ils soient*<sup>326</sup> ».

**La justice : principe constitutif de la cité idéale.** La justice est l'instrument d'un ordre total : donner à chacun ce qui lui revient signifie pour Platon donner à chaque élément constitutif de la cité les moyens d'exercer pleinement mais uniquement sa fonction en vue de l'harmonie d'ensemble<sup>327</sup>. Or, la fonction propre de chaque individu étant déterminée par sa nature propre<sup>328</sup>, la cité qui réalise la justice est celle qui attribue à chaque individu la fonction qui lui revient<sup>329</sup> et qui garantit cette répartition des tâches<sup>330</sup>. C'est à partir de cette conception extensive de la justice que Platon bâtit l'état totalitaire<sup>331</sup> qu'est sa République<sup>332</sup>.

---

justice comme question constamment ouverte dans la cité : qui doit donner quoi, et qui doit avoir quoi ? ce qui pose constamment le problème de la distribution entre les citoyens et en même temps ouvre ainsi la voie à une interrogation. Il renverse donc cette définition et fait de la justice ce qu'on pourrait appeler et qu'on a d'ailleurs appelé dans les Temps modernes une propriété holiste, ou holistique, une propriété du tout ». En dépit du champ d'application extensif de la justice, sa définition demeure intacte comme l'avait déjà noté Nietzsche, « dans l'essence de la justice également, on voit la portée de la définition attribuer à chacun le sien, le dépouiller de ce qui ne lui appartient pas » (v. NIETZSCHE Fr., *Introduction à l'étude des dialogues de Platon*, trad. O. SEYDEN, Paris : Editions de l'éclat, 2005, p. 126).

<sup>326</sup> RANGEON F., op. cit., p. 44.

<sup>327</sup> La justice consiste dit-il « à ne détenir que les biens qui nous appartiennent en propre et à n'exercer que notre propre fonction », PLATON, *La République*, 433 e.

<sup>328</sup> PLATON, *La République*, trad. BACCOU R., Paris : Garnier Flammarion, 1966, 587 a : « ce qu'il y a de meilleur dans chaque chose (est) aussi ce qui lui est le plus propre ».

<sup>329</sup> TZITZIS S., « De la justice hellénique aux Droits de l'Homme de la révolution française », *Arch. phil. droit.*, n° 36, 1991, p. 244 : « le philosophe fait de l'idée du juste, une archè, un principe supérieur qui se reflète en forme d'harmonie aussi bien dans l'univers que dans l'homme. La justice représente alors la juste répartition des choses d'après le mérite, ou le bon accomplissement de la fonction propre à chaque être ou à chaque partie des êtres ».

<sup>330</sup> PLATON, *La République*, 433 b. : « la justice consiste à faire son propre travail et à ne point se mêler de celui d'autrui ». V. aussi : STRAUSS L., CROUSEY J., *Histoire de la philosophie politique*, Paris : PUF, 1999, p. 50.

<sup>331</sup> CANTO-SPERBER M., « Platon », in, RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 1996 : « l'Etat platonicien de La République, serait non seulement autoritaire, mais aussi 'totalitaire', car il force le consensus, supprime les conflits et ne laisse substituer aucun opinion, pensée et désirs privés ».

<sup>332</sup> Dans la suite de son exposé, Platon décrit la cité atteinte d'inflammation. En vertu du principe de spécialisation, il faut beaucoup plus de producteurs : des marchands qui assurent le commerce extérieur, des commerçants pour le commerce intérieur, et enfin des salariés. La cité en conséquence s'accroît : les besoins conduisent à une telle multiplicité des biens et des professions que les ressources nécessaires de la cité sont insuffisantes pour les satisfaire, ce qui conduit les hommes à empiéter sur le territoire des cités voisines et, in fine, à la guerre, qui nécessite en plus des producteurs, des guerriers et des dirigeants, dont un philosophe-roi, seul apte à se remémorer les Essences (v. PLATON, *La République*, 370 e – 374 a). V. aussi : COULOUBARITSIS L., *Aux origines de la philosophie européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles : De Boeck, 2003, p. 324-325 : « dès lors, si pour suppléer au déséquilibre qui émerge dans toute société qui se complexifie, une cité doit s'engager dans la

Sa cité est composée de trois classes d'individus –producteurs, guerriers, dirigeants<sup>333</sup> - qui exercent chacun la fonction correspondant à leur nature. La justice constitue un principe qui ordonne de manière hiérarchique<sup>334</sup> ces classes au regard de l'importance des postes à attribuer et des vertus qu'il est nécessaire de posséder pour les occuper<sup>335</sup>.

## Conclusion de la section une

Si Platon n'a pas eu recours à une notion désignant spécifiquement l'idée d'« équilibre », sa pensée, et particulièrement sa pensée politique, est marqué par la volonté de réaliser dans la cité un équilibre idéal fondé sur l'égalité géométrique. Cet équilibre platonicien s'oppose donc fondamentalement à l'isonomie fondée sur l'égalité stricte. A partir de ces deux versions de l'« équilibre » destiné à organiser la cité, Aristote propose une sorte de synthèse.

---

*guerre pour acquérir ailleurs ce qu'elle ne peut plus trouver chez elle est aussitôt confrontée à un problème redoutable : le pouvoir croissant de la fonction guerrière ».*

<sup>333</sup> Dans la République, la cité est gouvernée par le Philosophe-Roi, puis dans Les Lois, par la loi elle-même : « la loi, en effet, devient l'intermédiaire entre le monde des idées et celui des humains : à défaut de l'état politique idéal, elle représente ce qui en approche le plus – à condition toutefois qu'elle soit établie à cet effet » (DE ROMMILLY J., op. cit., p. 195).

<sup>334</sup> BALAUDE J.-F., Instituer le bien, in, La justice, Paris : Vrin, 2007, p. 16 : « telle une pyramide, la structure sociale de la cité parfaite consiste dans l'étagement hiérarchisé d'une vaste classe de producteurs, d'une classe plus restreinte de gardiens auxiliaires, et enfin d'une classe très étroite de gouvernants ». V. aussi en ce sens : STRAUSS L., CROUSEY J., Histoire de la philosophie politique, Paris : PUF, 1999, p. 47.

<sup>335</sup> V. DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 19 : « la justice, ainsi entendue, signifie donc la vertu qui régit et harmonise l'action tant des particuliers que des multitudes assemblées, en assignant à chaque faculté ou énergie la direction et les tâches qui lui sont propres. Elle vit donc dans la proportion entre les différentes parties qui composent un tout organique : chacun d'elles peut bien posséder une vertu qui lui est particulière (comme la sagesse, la force, la tempérance), mais elle n'en reste pas moins subordonnée au principe formel qui réunit entre elles tant les diverses parties, que leurs vertus mêmes ».

## Section 2 : L'équilibre dans la pensée juridique d'Aristote

Si les commentaires de la pensée aristotélicienne sont prolixes en termes d'« équilibre », nous ne trouvons pas chez Aristote de notion récurrente qui désignerait expressément l'idée d'équilibre. Il convient de recourir au concept *d'équilibre* pour identifier dans la pensée du Stagirite ce qui pourrait nourrir cette idée ; tâche facilitée par l'identification de nombreux termes qui ramènent spontanément à l'idée d'équilibre tels que l'« égalité » (ison), le « juste milieu » (mésotès), la « proportion » (analogon) ou encore l'« égalité géométrique » (ison analogon).

**Platon et Aristote.** Ancien disciple de Platon, Aristote (384-322 avant J.-C.) s'éloigne des enseignements de son maître. « *Amoureux de l'absolu*<sup>336</sup> » Platon élabore une science spéculative d'après un modèle parfait – le monde des Essences, tandis qu'Aristote, suivant une méthode empirique, aboutit à des résultats relatifs. « Platon a les yeux tournés vers le ciel, le prétendu ciel des idées, Aristote regarde la terre et réhabilite l'expérience sensible » écrivait Michel Villey<sup>337</sup>. A l'idéalisme de Platon, s'opposerait le réalisme d'Aristote<sup>338</sup>. Afin d'appréhender correctement la pensée juridique d'Aristote et notamment la nature de l'équilibre qui s'en dégage, il sera utile, à titre liminaire, de mettre en lumière quelques points de comparaison avec Platon.

**Intérêt de la cité et intérêts individuels chez Aristote et Platon.** Relativement au monde sensible ou sublunaire, tous deux reconnaissent que la cité est naturelle et qu'elle est le lieu

---

<sup>336</sup> TZITZIS S., op. cit., p. 45.

<sup>337</sup> VILLEY M., La formation de la pensée juridique moderne, Paris : PUF, 2003, p. 78. A ce titre, Villey nous invite à revoir la célèbre fresque de Raphaël, *l'école d'Athènes*, dans laquelle Platon et Aristote, côte à côte et au centre, sont entourés d'une vingtaine de philosophes. Symbolisant la philosophie de chacun, la fresque représente Platon, le doigt pointé vers le Ciel, tandis qu'Aristote le pointe vers la terre.

<sup>338</sup> Contre cette vision « trompeuse », v. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 61. V. égal. : DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2004, p. 45 : « sur les questions principales de la philosophie, il s'éloigne peu de son maître et c'est une erreur, souvent commise, de les représenter comme adversaires et antagonistes. Aristote, il est vrai, réfute expressément certaines théories de Platon : souvent il a été questions de discordes personnelles qui auraient surgi entre le maître et disciple ; mais probablement a-t-on exagéré sur ce point et des légendes se sont-elles formées. Il ne faut pas oublier qu'Aristote fut lui aussi souvent, quant aux principes de son système, essentiellement métaphysique et idéaliste ». Relativement au monde des Idées, Aristote ne réfutait pas tant le dualisme entre monde intelligible et monde réel, qu'il intégrait au sein du tout (v. en ce sens : AUBENQUE P., « Aristote », Encyclopaedia universalis). V. égal. : MARTIN R., « Les mots du droit et les choses d'ailleurs », D. 1999, p. 231 et s., spéc. note 10 : pour cet auteur Platon est réaliste, et Aristote, nominaliste.

approprié aux aspirations des hommes<sup>339</sup>. Toutefois les conditions d'existence de la bonne cité ne sont pas identiques chez les deux philosophes. M. Rangeon distingue à ce titre, l'intérêt public de Platon qui symbolise l'*unité*, et l'*intérêt* commun d'Aristote, qui symbolise l'équilibre de la cité.

La cité étant chez Platon une unité séparée des membres qui la composent, les intérêts de ceux-ci ne sauraient se confondre, même agrégés, à l'intérêt propre de celle-là. Seule l'unification de l'ensemble des intérêts, non seulement politiques, mais aussi familiaux, économiques et sociaux de tous les membres de la cité pourra satisfaire l'intérêt public. En d'autres termes, les intérêts privés sont impérativement subordonnés à l'intérêt de l'organisation unique, centralisée, omnisciente que constitue la cité idéale platonicienne.

« *A l'intérêt public, unité indifférenciée, Aristote oppose l'intérêt commun, fondé sur un système d'équilibres*<sup>340</sup> ». La cité, pour Aristote, ne peut et ne doit être distinguée des membres qui la constituent ; c'est un assemblage de communautés (famille, corporation, classes) dont les intérêts respectifs et parfois concurrents participent à l'intérêt commun de la cité. Malgré ces oppositions fondamentales, il existe une continuité incontestable entre les deux philosophes : la suprématie de l'intérêt de la société sur les intérêts privés demeure le principe. L'intérêt public et l'intérêt commun constituent « la valeur suprême, la finalité idéale de la politique<sup>341</sup> ». En conséquence « les gouvernés comme les gouvernants, sont *tenus d'adapter leur comportement à la poursuite de l'intérêt commun*<sup>342</sup> ». Cette soumission de l'individu à la poursuite d'un intérêt social idéal sera remise en cause par les courants épicurien et stoïcien, dont les tenants s'emploieront à rechercher la prévalence de la cité sur les individus dans la mesure de *l'utilité*<sup>343</sup>.

---

<sup>339</sup> V. PLATON, Protagoras, 351 b, ; ARISTOTE, Politiques I, 2, 9. V. aussi : DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2004, p. 45 qui nous explique que, pour les deux philosophes, la cité est « une union organique parfaite, ayant pour fin la vertu et le bonheur de tous : *c'est une communion nécessaire pour atteindre la perfection de la vie* ».

<sup>340</sup> RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. VEDEL G., Paris : Economica, 1986, p. 52.

<sup>341</sup> RANGEON F., op. cit., p. 52.

<sup>342</sup> RANGEON F., op. cit., p. 52.

<sup>343</sup> Concept qui aura bonne fortune, puisque les Romains s'approprièrent sous la forme d'*utilitas publica* et d'*utilitas communis*, et régnera ensuite sur les Lumières écossaises, avant de constituer le cœur de la philosophie de Bentham, v. RANGEON F., op. cit., p. 53.

**Différences quant à la conception de la justice.** Concernant la justice, l'Athénien et le Stagiritte s'accordent également pour la ranger, au niveau individuel, parmi les vertus<sup>344</sup>, lesquelles relèvent du bien et concourent au bonheur<sup>345</sup>. Au niveau politique, la justice contribue également au bien de la cité. Mais le mode de connaissance de la justice employé par chacun des deux philosophes devait les conduire à la définir différemment<sup>346</sup>. Parce qu'il se méfie des apparences, Platon tire connaissance de la justice par l'inspiration et lui reconnaît une source idéale. Partant d'une observation objective de l'« animal politique par nature<sup>347</sup> » qu'est l'homme, de son langage<sup>348</sup> et des rapports qu'il entretient avec ses congénères dans la cité, Aristote reconnaît à la justice, une source réelle. Fondamentalement inscrite dans la réalité des rapports entre les hommes, la justice se dédouble<sup>349</sup> en fonction de la nature des rapports entre les individus : dans les rapports entre les hommes, la justice relève de la morale et dans les rapports entre les citoyens, elle relève de la politique<sup>350</sup>.

<sup>344</sup> Au début du livre V de l'éthique à Nicomaque, Aristote prend le soin de distinguer et de définir les différentes acceptions de la justice et de l'injustice. Il distingue la justice générale qui relève de la morale, de la justice particulière qui relève du droit. La première, la vertu de justice explique Villey « est toujours une activité au service de l'ordre : l'ordre paraissant constituer pour les Grecs une valeur suprême coïncidant avec le beau, avec l'harmonie. Ils ont coutume d'appeler 'juste', en un premier sens, l'homme qui tend à s'accorder à l'ordre cosmique universel ; l'homme juste occupe au sein du monde la place propre qui lui revient, et sur le théâtre de la vie joue bien son rôle. Dans la République de Platon, l'esclave est juste qui se conforme à bien faire son travail d'esclave ; juste, le guerrier courageux et fort qui tient sa fonction de militaire ; ou le gouvernement qui gouverne etc. » (VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris : PUF, 2008, pp. 41-42).

<sup>345</sup> V. DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004 p. 45 : « pour Aristote, comme pour Platon, le souverain bien est le bonheur, fruit de la vertu ».

<sup>346</sup> V. KELSEN, « the metamorphoses of the idea of justice », in, *Interpretations of modern Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, SAYRE (P.) éd., New York, Oxford University Press, 1947, p. 398 et s., cité par FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, Paris : LGDJ, 1965, p. 8-9 : « Platon veut faire dériver de l'inspiration sa conception de la justice ; Aristote la tire d'une analyse scientifique des principes rationnels développés à partir des collectivités politiques et de lois existant alors. Le lien entre ces deux points de vue est le concept de vertu (*ἀρετή*), cette idée qui embrasse tout et dont la justice est une composante et un aspect nécessaires. De là découle la conception de l'équilibre et de l'harmonie comme signes distinctifs d'une communauté juste et d'un individu juste. Mais ici les chemins s'écartent. Pour Platon l'harmonie est un état d'équilibre intérieur de l'esprit qui n'est pas susceptible d'une analyse rationnelle. Pour Aristote, c'est la moyenne (*μεσότης*) ».

<sup>347</sup> ARISTOTE, *Politiques*, I, 2, 1253a2

<sup>348</sup> Platon et Aristote n'adoptent pas du tout la même perspective par rapport au langage : « le premier doute du lexique populaire et tente de remédier à ses lacunes par une reformulation, alors que le second, recherche à partir du discours, le sens véritable des mots et la nature des choses » (STROWEL A., « Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart », in, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 320).

<sup>349</sup> TRIGEAUD J.-M., *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux : Biere, 1985, t. 1, p. 51. Plus que la question du réalisme, celle de la nature double de la justice et de l'autonomie du droit par rapport à la morale, constitue l'apport décisif de la philosophie juridique d'Aristote.

<sup>350</sup> VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris : Dalloz, 1976, p. 259 : « il ne peut être trouvé de droit que dans la société politique, par l'observation de la cité, parce que le droit est lui-même rapport social, un rapport entre individus ; et les solutions de procès sont toujours fonction de l'ensemble, et de l'état de chaque société. Quand pour notre part nous avons fait l'étude de la Politique, à laquelle j'ai donc consacré un ouvrage de quelque importance, j'ai dit moi-même que le droit était politique » ; GOYARD-FABRE S., *La justice – Une problématique embarrassante*, Philopsis, 10 juillet 2011, n° 2, disponible sur

Au travers de certains caractères, cette opposition, qui renvoie à l'idéalisme de l'un et au réalisme de l'autre, s'avère insurmontable. Emprunte d'une esthétique métaphysique<sup>351</sup>, la justice de Platon constitue un principe transcendant et totalisant<sup>352</sup> ayant vocation à garantir l'ordre hiérarchique sur le modèle du cosmos, tandis qu'Aristote, délaissant la justice cosmique pour les seuls rapports naturels entre citoyens<sup>353</sup> consacre un principe de justice, qui s'exprime dans le juste milieu immanent à la nature des choses<sup>354</sup> et finalisé par l'harmonie de la cité<sup>355</sup>.

Ces différences produisent également leurs effets sur le champ du droit : « on trouve chez Platon » indique M. Raynaud « *tous les éléments d'une conception alternativement "royale" et "légaliste" de l'activité politique, là où la réflexion aristotélicienne ouvre au contraire la voie à une certaine autonomie du "droit", assez clairement distingué de la "loi"* »<sup>356</sup>. En effet, chez Platon, le droit ne procède que d'en haut, soit du philosophe-roi dans la République, soit de la loi, dans le bien nommé, Les Lois. Pour Aristote, le droit procède également des lois, mais sans que celles-ci exercent un monopole sur l'activité juridique. Le droit émane également de la pratique des juges et des relations entre les hommes, lesquels peuvent à eux seuls réalisaient dans leurs échanges mutuels, la justice.

**Différences quant à la conception de l'équilibre.** Il faut rappeler l'absence, chez Platon et Aristote, d'un terme susceptible d'exprimer à lui seul l'idée d'équilibre aussi significativement que le mot « isonomie<sup>357</sup> ». Pour penser l'équilibre chez Platon comme

---

[http://www.philopsis.fr/IMG/pdf\\_justice-goyard-fabre.pdf](http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-goyard-fabre.pdf) : l'essence de la justice aristotélicienne « *n'est pas un absolu pur et désincarné mais s'inscrit nécessairement dans l'ordre social et politique* ».

<sup>351</sup> TZITZIS S., op. cit., p. 62.

<sup>352</sup> VILLEY M., op. cit., p. 70.

<sup>353</sup> STRAUSS L., CROSEY J., Histoire de la philosophie politique, Paris : PUF, 1999.

<sup>354</sup> AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », Arch. phil. droit, n° 25, 1980, pp. 147-157 : « *rien ne s'oppose à ce que l'on parle de droit naturel chez Aristote, si l'on entend par là, non pas une transcendance séparée, mais une norme immanente inspirant dans leur diversité la réalité des droits positifs* ».

<sup>355</sup> GOYARD-FABRE S., « La justice – Une problématique embarrassante », Philopsis, 10 juillet 2011, disponible sur : [http://www.philopsis.fr/IMG/pdf\\_justice-goyard-fabre.pdf](http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-goyard-fabre.pdf), p. 13 : « le droit naturel, qui fait partie intégrante de la justice, est en elle l'expression de l'ordre finalisé et hiérarchisé du monde ». Pour VILLEY M., « Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité », Revue d'histoire du droit français et étranger, 1953, p. 480 : « *l'une des notions fondamentale de ce qu'on a nommé le « système » d'Aristote est bien la notion de nature ; et, précise –t'il, d'une nature artiste, c'est-à-dire d'une harmonie qui régit non seulement les saisons et les climats et la physique proprement dite, non seulement la vie animale et végétale, mais encore – tout au moins dans une certaine mesure- les institutions sociales* ».

<sup>356</sup> RAYNAUD P., « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, 2001, p. 5.

<sup>357</sup> L'absence de terme susceptible d'exprimer l'idée d'équilibre chez Aristote comme chez Platon, supposons-nous, pourrait s'expliquer simplement par l'indisponibilité des mots : *l'isonomie*, slogan politique synonyme de démocratie, n'est plus, à l'époque d'Aristote, approprié à son propos puisqu'elle suppose la stricte égalité de tous

Aristote, il faut adopter une démarche conceptuelle et non linguistique et concevoir l'« équilibre » à partir des éléments propres de la pensée de chacun. En l'occurrence, en ce qui concerne Aristote, c'est notamment grâce aux fréquents usages du « juste milieu » (mésotès) et de l'« égalité » (ison) au sens d'égalité géométrique, qu'il sera possible d'envisager l'« équilibre aristotélicien ».

A l'instar de la justice, les différences entre Platon et Aristote quant à la conception de l'équilibre sont déterminées par le mode de connaissance opté par chacun. Pour Platon, l'équilibre se dégagerait par la spéculation et désignerait le mode d'organisation de tout ensemble (l'homme, la cité) et constituerait la structure hiérarchique parfaite des différentes parties d'un tout, conformément à l'égalité géométrique présidant au cosmos. Dans la cité idéale, l'équilibre serait réalisé par la subordination de la multiplicité à l'unité. Dans ce Tout ordonné, chacune des parties, en demeurant à sa place, satisfait *l'intérêt public* de la cité et tout « bouleversement » constitue une injustice, facteur de « déséquilibre », qui appelle l'intervention de la justice en tant qu'elle seule peut rétablir, sous la forme de rétribution, l'ordre de la cité.

La démarche d'Aristote se veut plus empiriste. L'équilibre ressortirait de l'observation des choses, de la nature, des différentes cités, des hommes...L'équilibre serait le résultat de ce qu'Aristote désigne le « juste milieu », c'est-à-dire, la qualité de modération d'un être, d'une activité, d'une science<sup>358</sup>. C'est par le truchement du juste milieu (en tant que méthode dialectique) qu'Aristote examine notamment la politique et la morale. Ainsi, la cité la meilleure est celle qui parviendra, non pas à « l'unité » sous la forme d'une hiérarchie entre les hommes, mais à réunir les conditions de coexistence de la pluralité et de la diversité des

---

les citoyens. *L'antipeponthos*, la réciprocité des Pythagoriciens implique, selon Aristote, la stricte égalité du crime et du châtement, ou des objets échangés, et ne peut être employé pour désigner l'équilibre, sauf à préciser qu'il s'agit d'une « réciprocité fondée sur la proportion » comme le fait Aristote. Néanmoins, elle serait inappropriée à désigner l'équilibre entre citoyens résultant de la justice distributive, puisqu'il n'est pas question, ici, de réciprocité. En outre, le terme isorrepein employé métaphoriquement par Aristote désigne bien l'idée d'équilibre mais il s'agit d'un équilibre mécanique, ce qui n'est pas propice à correspondre à la nature essentialiste de la justice. Enfin, il reste l'égalité (ison) qui semble être le terme employé par Aristote qui tend à exprimer le mieux l'idée d'équilibre : « il [le droit] est cela que cherche à découvrir et formuler le juge : la part qui revient à chacun des biens ou charges extérieurs discutés entre les plaideurs ; le partage lui-même, cette juste proportion (to analogon) entre ce qui revient X et ce qui revient à Y ; *qu'exprime le mot ison* – égalité proportionnelle ou juste équilibre » (VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 390).

<sup>358</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. Barthelemy Saint-Hilaire J., Paris : Librairie Générale Française, 1992, II, 6, § 9 : « *c'est grâce à cette sage modération que toute science accomplit son objet propre, ne perdant jamais de vue ce milieu, et ramenant toutes ses œuvres à ce point unique* ». Quant à l'origine de la théorie dite du « juste milieu », elle pourrait provenir de la philosophie pythagoricienne, v. WINKEL L., « L'histoire du droit, exemple d'une science interdisciplinaire », in, *La frontière des origines à nos jours, actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Bayonne, les 15, 16, 17 mai 1997*, Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 1998, p. 129.

membres qui la composent<sup>359</sup>, afin d'atteindre une certaine égalité (ison) entre eux. Pareillement, la vertu, « disposition acquise volontairement », est le milieu entre le « ni plus » et le « ni moins<sup>360</sup> ».

**Equilibre et justice chez Aristote.** C'est dans le livre V de l'éthique à Nicomaque qu'Aristote étudie la justice. En partant des lieux communs, il isole la justice particulière de la justice générale. Cette dernière relève de la morale et s'apparente à une disposition à faire ce qui est bien. La justice particulière quant à elle, est plus précise : il s'agit de la disposition par laquelle l'individu respecte l'égalité et la légalité. Qu'elle soit particulière ou générale, la justice est en grec exprimée par *Dikaïosuné*. Michel Villey a constaté qu'Aristote employait également dans son exposé le terme *dikaion*, substantif neutre que l'on a pu traduire comme « ce qui est juste » ou « le juste ». Apparaissant dans l'exposé de la justice et principalement dans les développements consacrés à la justice particulière, le *dikaion* désigne l'élément de justice extérieur à l'homme, indépendant de la vertu, qui réside dans les choses. Selon Villey, Aristote envisage proprement par cette dénomination le droit. Le *dikaion*, contrairement à la justice, ne relève pas de la morale ou de la vertu, il est objectif et non subjectif<sup>361</sup>. C'est le juste milieu dans un objet extérieur aux hommes : le rapport. Relativement à l'étude de la justice aristotélicienne, c'est principalement vis-vis du droit ou du juste (*dikaion*), que l'équilibre prendrait tout son sens<sup>362</sup>. Comme nous tenterons de le montrer, l'équilibre, sans qu'il soit expressément formulé dans le langage d'Aristote, pourrait s'identifier à la finalité du *dikaion*, du juste.

---

<sup>359</sup> V. RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. Vedel G., Paris : Economica, 1986, p. 47.

<sup>360</sup> ARISTOTE, *Ethique de Nicomaque*, II, chap. 9, § 1, trad. Voilquin J., Paris : GF, 1992, p. 68 : « ainsi donc la vertu morale est une moyenne : elle est un milieu entre deux défauts, l'un par excès, l'autre par manque ; sa nature provient du fait qu'elle vise à l'équilibre aussi bien dans les passions que dans les actions ». Le milieu (mésotès) que représente la vertu, parce qu'il est difficile à atteindre est aussi qualifié par Aristote, de sommet et par M. Villey d'équilibre (v. VILLEY M., *Les Carnets*, Paris : PUF, 1995, XXV-1). N'importe quelle vertu est donc un point d'équilibre entre deux vices. Ainsi, le courage est le point d'équilibre entre la lâcheté et la témérité.

<sup>361</sup> DABIN J., *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, 1969, n° 309 : « *L'équilibre de la justice a son principe et sa règle, qui est l'égalité : il s'agit d'attribuer à chacun des intérêts en présence exactement ce qui lui revient, ni plus ni moins. En cela consiste le 'juste milieu' propre à la vertu de justice : ce juste milieu est objectif (medium rei secundum se), pris du côté d'autrui et de son droit objectif, tandis que le juste milieu des autres vertus réside dans le sujet lui-même et se détermine de façon purement rationnelle* ».

<sup>362</sup> SHAKANKIRI M., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américain de Bentham à Hart », *Arch. phil. droit.*, n° 15, 1970, p. 116 : « le droit signifie pour Aristote le juste. Au point de vue linguistique, le juste est un adjectif : c'est le signe ou le symbole d'un certain équilibre dans une situation ou dans un rapport extérieur quelconque ». Selon VALLANÇON F., « Loi naturelle et droit naturel », in, Michel Villey *le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, p. 73 : « la nature classique étant cosmique, équilibre entre les parties et le tout, comme entre les parties elles-mêmes, on appelle *dikaion* (...) ce point où deux hommes au moins s'équilibrent, sans que l'un veuille prendre la place de l'autre, sans que l'un veuille toutes les places ».

**Champ de recherche.** Aristote est considéré comme le véritable penseur du politique<sup>363</sup>. Que ce soit en procédant à l'examen des vertus telle la justice dans *l'éthique à Nicomaque* ou en décrivant les diverses constitutions des cités grecques dans les *Politiques*, Aristote recherche pratiquement les conditions de la bonne polis, seul lieu de réalisation de l'homme. Ces conditions, qu'Aristote découvre au gré de ces études, sont caractérisées par leur relativité<sup>364</sup> et leur connexité comme le montre la dépendance, du moins l'interdépendance, de l'ordre juridique au régime politique<sup>365</sup>. Perméables au fond, les champs de la justice et de la politique s'étudient de manière similaire. En effet, l'examen de l'un et de l'autre, bien que distinctes par leur objet, renvoie à la science pratique, et de fait, à la méthode dialectique. En conséquence, les problématiques soulevées dans chaque champ se font mutuellement écho et trouvent via la recherche du juste milieu (et non par la logique syllogistique) des éléments communs de réponses.

En raison de la cohérence des analyses d'Aristote et de l'inscription du droit dans la science architectonique qu'est la politique<sup>366</sup>, il s'avère indispensable de consacrer quelques paragraphes liminaires à la science du politique afin de montrer que l'équilibre, tel qu'il se

---

<sup>363</sup> PELLEGRIN P., *Le vocabulaire d'Aristote*, Paris : Ellipses, 2001, p. 18 : « Aristote adopte une position qui fait de lui le premier, et sans doute le dernier, véritable penseur du politique : ce bien vivre ne peut advenir aux hommes que dans le cadre d'une cité bien gouvernée (...) la cité, qui permet la réalisation complète de l'humanité des hommes, est la fin de toutes les autres associations humaines. Fin qui ne devient consciente d'elle-même qu'après sa réalisation ».

<sup>364</sup> GURVITCH G., *Éléments de sociologie juridique*, préf. TERRE Fr., Paris : Dalloz, 2012, p. 39 : « Dans l'État, il a distingué la communauté politique en elle-même (coïnonia politikè) et sa superstructure organisée — la forme du gouvernement (Pol. 1276e). Toutes les constitutions sont relativement bonnes dans la mesure où elles sont adaptées à l'infrastructure variable de la communauté politique, où entrent en considération la densité démographique, les différentes industries et activités économiques, les rapports entre les classes sociales et leur nombre (12896, 1294-1326a et s.). Les équilibres entre ces facteurs étant extrêmement mobiles, la relativité des formes gouvernementales est très grande, et Aristote se voit amené à rechercher des sous-types très nuancés de constitutions pour tenir compte de la variété de leurs infrastructures sociales ». Dans le même sens, Del Vecchio constate que dans les *Politiques*, « Aristote y recherche de préférence la liaison entre les institutions politiques et les conditions historiques et naturelles, non, par conséquent, le bien absolu, mais le bien relatif : quels sont les gouvernements les mieux adaptés aux diverses conditions de faits » (DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 49).

<sup>365</sup> RAYNAUD P., « L'équité dans la philosophie politique », in, *Egalité et équité – Antagonisme ou complémentarité ?*, actes du colloque organisé par le CERAP le 13 novembre 1997 à Paris : Paris : Economica, 1999, p. 7 : « cette position somme toute subordonnée du juge vient de ce que, pour Aristote lui-même, le droit est lui-même d'une certaine manière subordonné à la politique. Le juge est investi du pouvoir de dire le droit dans les litiges en particuliers, mais il n'a pas celui de déterminer le régime de la communauté, parce qu'il joue un rôle très limité dans la définition des règles de justice qui définissent l'ordre politique. Le rôle principal du juge, en effet, est de « rétablir l'égalité » par la justice corrective ; la solution du problème de la justice distributive dans la cité, qui passe par la définition des critères grâce auxquels on détermine les mérites ou les besoins de chacun, relève au contraire de l'institution globale de la cité, dont les magistrats sont les agents ». V. aussi : PARIS C. C., « Le juste, le juge et l'arbitre dans la philosophie politique aristotélicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, pp. 11-32.

<sup>366</sup> V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, livre I, chap. I.

dégage du domaine juridique renvoie, sans se confondre, à l'équilibre politique. En effet, si la finalité du droit est l'équilibre entre les citoyens, cet équilibre participe plus globalement à l'équilibre général ou à l'harmonie de la cité. Afin de mettre en lumière cette corrélation, la concordance entre les ordres juridique et politique sera observée à partir du problème de l'inégalité dans la répartition des choses publiques.

Les parties principales de notre exposé auront pour objet l'étude de la justice aristotélicienne du livre V de l'*Ethique à Nicomaque*. Plus précisément, la première partie sera consacrée à l'identification de l'équilibre, à l'aide d'un examen étiologique de la justice (I), tandis que la seconde aura pour but d'éprouver la signification retenue dans le cadre classique de l'exposé d'Aristote et plus exactement au regard de l'articulation entre justice distributive et justice commutative (II). Si ces différents types de justice décrits par Aristote ne paraissent pas explicitement gouvernés par un principe unique<sup>367</sup>, il est envisageable de considérer l'équilibre en tant que finalité du droit (*dikaion*), comme le lien par lequel sont attachées les différentes justices entre elles.

**L'inégalité, versant politique.** La mission de la politique selon Aristote est la recherche du bonheur ou du « bien vivre ». La cité doit promouvoir pour cela l'excellence éthique des citoyens<sup>368</sup>. Or, à cette fin, la première exigence à laquelle la cité doit répondre est celle de sa propre harmonie. A partir d'une analyse descriptive des différentes cités dont il a connaissance, Aristote dans *Les Politiques* tente de découvrir les causes d'harmonie et de disharmonie des cités afin de dégager, dans un but prescriptif<sup>369</sup>, les conditions politiques de possibilité et de pérennité de la cité. L'une des plus fondamentales a trait à la répartition des richesses et des pouvoirs dans la cité. Selon Aristote, il faut rechercher, pour obtenir ou préserver au sein des membres de la cité une certaine harmonie, les moyens de favoriser l'égalité (*ison*)<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> DEL VECCHIO G., *La justice – la vérité*, Paris : Dalloz, 1955, p. 45. « on peut encore observer que les différentes espèces de justice, formulées par Aristote, ne sont pas, ou tout au moins, ne semblent pas, déduites rigoureusement d'un seul principe, suivant une nécessité logique propre : mais qu'elles sont successivement décrites sans que leur lien intime et leur référence à une unité substantielle soit démontrés ».

<sup>368</sup> V. EUVRAD J.-L., « Aristote », in, CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004.

<sup>369</sup> PELLEGRIN P., loc. cit. : « pour Aristote ce savoir objectif sur les sociétés humaines est ordonné à une *entreprise normative, dont l'objectif rejoint celui de l'entreprise platonicienne* : établir une société humaine satisfaisante ».

<sup>370</sup> VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 81. Pour Aristote, c'est l'égalité qui sauve les cités, en tant que condition du juste et de l'amitié. Il s'agit, d'une façon générale, de l'égalité par réciprocité, fondée sur la proportion, v. FOUCHARD A., op. cit., p. 161.

A ce stade, Aristote tire profit de l'erreur de Platon. Si les deux philosophes ont bien conscience que la cité est composée d'une multitude de citoyens hétérogènes<sup>371</sup>, leur position respective se démarque lorsqu'il s'agit d'administrer cette diversité. Alors que Platon veut fondre totalement la cité en une seule unité<sup>372</sup>, Aristote souhaite au contraire concilier unité et diversité<sup>373</sup>. Selon lui, les citoyens appartiennent nécessairement à l'un des trois groupes irréductibles que sont les riches, la classe moyenne et les pauvres. Ces groupes ont des intérêts relativement opposés et chacun d'entre eux aspire à être gouverné par un régime politique susceptible a priori de satisfaire ses intérêts. De manière corrélative, chaque groupe est légitime lorsqu'il se plaint du régime qui lui est défavorable<sup>374</sup>. Si le rôle de la constitution (*politeia*<sup>375</sup>) est d'organiser la répartition des pouvoirs et des ressources de la cité en fonction soit, de la puissance de ceux qui y participent, soit, d'une certaine égalité commune<sup>376</sup>, son

<sup>371</sup> ARISTOTE, Les Politiques, II, 1261 a, 18 : « *la Cité est composé d'hommes qui non seulement sont plus nombreux (...), mais aussi qui diffèrent spécifiquement entre eux* ».

<sup>372</sup> Dans le chapitre intitulé « Critique du communisme de la République : l'unité mène la cité à sa perte », Aristote considère que l'unité, pour la Cité, n'est pas naturelle : « Je veux parler de la thèse selon laquelle le fait pour une cité d'être une le plus qu'il lui est possible est pour elle la meilleure des choses : c'est là en effet la thèse de base de Socrate. Mais il est manifeste que si elle s'avance trop sur la voie de l'unité, une cité ne sera plus une, car la cité a dans sa nature d'être une sorte de multiplicité, et si elle devient trop une, de cité elle retourne à l'état de famille, et de famille à celui d'individu » (ARISTOTE, Les Politiques, II, 2, 1261-a) ; plus loin, il emploie une métaphore musicale pour illustrer le danger de l'unicité de la cité : « *il faut en effet que d'une certaine façon la famille et la Cité soient unes, mais pas totalement. Car il y a, dans la marche vers l'unité, un point passé lequel il n'y aura plus de Cité [...] comme si quelqu'un voulait faire d'une symphonie une homophonie, ou un rythme avec un seul pied* » (ARISTOTE, id., II, 5, 1263 b 31-35). Aristote se réfère à la République de Platon, dans laquelle, la famille et la propriété privée sont supprimées, ce qu'il conteste vigoureusement remarque Del Vecchio : « *l'abolition, conçue par Platon, de la famille et de la propriété rencontre chez son disciple une opposition et une réfutation très vives. Contraste qui fait bien ressortir le tempérament différent des deux philosophes. A l'idéalisme absolu, purement spéculatif de l'un, s'oppose l'esprit observateur de l'autre, lequel dans les mêmes faits cherche leur raison particulière et les étapes successives de leur développement* » (DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2004, p. 48. V. égal. ROMEYER-DHERBEY G., « L'un et l'autre dans la cité d'Aristote », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2005/2, t. 130, n° 1, p. 196 et s.).

<sup>373</sup> L'éducation joue ici un rôle déterminant dans le mélange entre unité et communauté, v. ARISTOTE, op. cit., 1263-b 36.

<sup>374</sup> V. FOUCHARD A., op. cit., p. 163 : « chaque groupe, dit [Aristote], a en un sens raison : les riches, par exemple, ont raison de faire valoir leur richesse, et les régimes démagogiques ont tout à fait tort de brimer les riches dont la richesse est des plus utiles à la cité. Mais les riches auraient complètement raison si la cité était une sorte de sociétés par actions, car alors il serait parfaitement inique que celui qui apporte cent fois moins qu'un autre retire de la communauté les mêmes bénéfices que lui ».

<sup>375</sup> « La Constitution » pour Aristote « est une certaine mise en ordre de ceux qui habitent la Cité » (ARISTOTE, Les Politiques, III, 1, 1274 b 38) ; la notion de « constitution », en tant que traduction de « *politeia* », se définit selon Strauss, comme la répartition réelle du pouvoir à l'intérieur d'une communauté plutôt que comme prescriptions de la loi constitutionnelle, v. STRAUSS L., Droit naturel et histoire, Paris : Flammarion, 1986, p. 128. Le mot *politeia* a de nombreuses acceptions : organisation politique, démocratie, pouvoir politique, gouvernement, droit de cité, droits politique du citoyen... « il est cependant possible de ramener le champ sémantique du terme à une définition globale parce que fondamentale : *la politeia c'est la question même du droit, puisqu'elle commande celle des institutions et du droit de cité* » (BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 46). V. égal. JOBART J.-C., « La notion de Constitution chez Aristote », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/1 n° 65, p. 104.

<sup>376</sup> ARISTOTE, id., IV, 1290-a, 6-13.

maintien est subordonné à l'existence d'une relative harmonie entre les groupes opposés<sup>377</sup>. Or, la disharmonie constate Aristote, survient à cause de revendications égalitaires pour les uns et inégalitaires pour les autres : « *si l'élite s'insurge contre l'égalité des honneurs, la masse se révolte à cause de l'inégalité des propriétés*<sup>378</sup> ».

A défaut de satisfaire et les uns et les autres, il faut, prescrit Aristote, quelle que soit la nature de la constitution, veiller à ne pas excessivement desservir dans la répartition du pouvoir et des biens, le groupe le moins politiquement favorisé<sup>379</sup>. Néanmoins, la cité susceptible de réaliser au mieux l'harmonie entre les hommes, est encore celle qui repose sur la classe moyenne, ce qui correspond, au niveau des classes sociales, au juste milieu. Parce que la classe moyenne est modérée dans ses aspirations politiques et dans ses propriétés, elle contrebalance alternativement le poids des revendications aristocratiques et démocratiques. Au final, elle assure, dit Aristote, *l'équilibre* [isorropein] dans la cité<sup>380</sup>. Cet équilibre n'est pas un idéal mais davantage une métaphore mécaniste<sup>381</sup> pour rendre compte du caractère éminemment relatif et empirique du résultat auquel le philosophe aboutit. Au contraire, la recherche du juste est la poursuite d'un idéal, quoique immanent aux choses (d'où sa source réelle). Aristote ne fait d'ailleurs jamais référence, dans ses développements sur la justice, au terme d'« équilibre » (isorropein).

---

<sup>377</sup> PELLEGRIN P., loc. cit. : « une constitution est excellente quand elle 'fonctionne bien' (IV, 14, 1). Cela veut dire, la plupart du temps, qu'elle parvient à un équilibre entre des intérêts divergents en ne brimant aucun des groupes de citoyens qui la composent. Cette constitution manifesterait son excellence par la durée ».

<sup>378</sup> ARISTOTE, Les Politiques, II, 1266-b 38 – 1267-a 1. V. sur ce point : FOUCHARD A., op. cit., p. 162.

<sup>379</sup> Concernant l'oligarchie, Aristote écrit : « la règle cardinale dans toute constitution c'est qu'elle soit organisée, tant du point de vue des lois que de celui de n'importe quelle administration, de telle manière que les magistratures ne soient pas source de profit, et c'est surtout dans les oligarchies qu'il faut s'y efforcer. Car ce n'est pas tant d'être écartés du pouvoir qui irrite la majorité des gens (au contraire, ils sont contents si on leur permet de s'occuper à loisir de leurs affaires personnelles), que de penser que les magistrats pillent le bien public ; alors deux choses les vexent : n'avoir point part aux honneurs publics et aux gains » (ARISTOTE, Les Politiques, V, 1308-b 32-37). Concernant les démocraties, il préconise de « traiter les gens aisés avec modération, en ne procédant pas à un nouveau partage non seulement des propriétés, mais même des produits qui en proviennent, ce qui, dans certaines constitutions, se passe subrepticement » (ARISTOTE, id., V, 1309-a 15-17).

<sup>380</sup> ARISTOTE, Les Politiques, IV, 9, § 8 (1295 b 34-39) : « il est évident que l'association politique est surtout la meilleure, quand elle est formée par des citoyens de fortune moyenne; les États bien administrés sont ceux où la classe moyenne est plus nombreuse et plus puissante que les deux autres réunies, ou du moins que chacune d'elles séparément. En se rangeant de l'un ou de l'autre côté, elle rétablit l'équilibre et empêche qu'aucune prépondérance excessive ne se forme. C'est donc un grand bonheur que les citoyens aient une fortune médiocre, mais suffisante à tous leurs besoins ». Il s'agit ici du concept de balance ou d'équilibre, possiblement d'origine Pythagoricienne (v. DELATTE A., Essai sur la politique pythagoricienne, Paris : Edouard Champion, 1922, p. 113) qui fut reprise par Polybe (v. supra) puis au XVII<sup>e</sup> siècle, par James Harrington, v. infra.

<sup>381</sup> Le mot était utilisé notamment par Archimède (v. GANDT F. DE, « Galilée et la naissance de la dynamique : recherches de P. Galluzzi sur le terme 'momento' », Revue d'histoire des sciences, 1983, tome 36, n°3-4, p. 320. V. égal. CAPECCHI D., History of Virtual Work Laws: A History of Mechanics Prospective, Milan: Springer-Verlag, 2012, p. 38.

La même question relative, cette fois, à la répartition des ressources, des pouvoirs et des charges publiques trouve son pendant juridique dans *l'Ethique à Nicomaque*. Ce point étant détaillé ultérieurement, nous nous contenterons de souligner la corrélation entre la solution juridique et la solution politique, c'est-à-dire, entre la répartition des biens publics et l'équilibre dans la cité.

**L'inégalité, versant juridique.** Dans le chapitre V réservé à la justice, Aristote observe que la répartition des biens de la Cité, quel que soit le régime politique, est source de contestations des citoyens : « les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales<sup>382</sup> ». Cette intersubjectivité<sup>383</sup>, consistant à mesurer sa part à celle des autres en considération de leur personne, permet de révéler la justice ou l'injustice. Précisons qu'Aristote ne s'interroge pas ici sur ce qui est politiquement souhaitable ou acceptable pour les citoyens, mais recherche ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. A l'instar des pythagoriciens<sup>384</sup>, Aristote recherche dans l'ensemble des rapports sociaux ceux susceptibles d'être justes ou injustes et en découvre deux types : les relations issues d'un partage et les relations d'échange<sup>385</sup>. Ces objets étant de nature différente, il recherche par des méthodes différentes, le juste milieu et découvre la « justice distributive » reposant sur le mérite des citoyens et sa dépendance, la « justice commutative<sup>386</sup> ».

**Spécificité du droit sur la politique : le caractère formel du droit.** Notons que la justice distributive, puisqu'elle consiste à répartir les biens publics entre les citoyens pourrait être

---

<sup>382</sup> V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE J., Paris : Librairie Générale Française, 1992, livre V, chap 6.

<sup>383</sup> L'intersubjectivité est définie comme « une situation de communication entre deux sujets ». (Dictionnaire Robert, 2005). On attribue à Fichte l'introduction de l'idée en droit. Selon l'auteur allemand, « le concept de droit est le concept d'une relation entre les êtres raisonnables. Il n'existe par conséquent qu'à la condition que de tels êtres soient pensés en relation les uns avec les autres », FICHTE J. G., *Fondement du droit naturel*, trad. et comm. RENAULT A., Paris : PUF, 1984, I, section 1, cité par SOURIOUX J.-L., « Le concept d'intersubjectivité au prisme du vocabulaire juridique », in, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel - Le droit entre autonomie et ouverture*, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 470.

<sup>384</sup> V. VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris : PUF, 2008, p. 50 : « mettant à profit la doctrine pythagoricienne, Aristote tente d'analyser ces rapports dont est formé le droit ».

<sup>385</sup> Par « échange » traduction de sunnallagma, nous entendons à ce stade à la fois les échanges volontaires et les échanges involontaires, v. VILLEY M., id., p. 51.

<sup>386</sup> V. VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n°42 : « deux traductions erronées. L'objet de la justice n'est pas de distribuer, encore moins de faire des échanges : ce sont les commerçants qui font les échanges. Le juge vérifie leur rectitude. Le texte d'Aristote parle beaucoup moins de justices 'distributive' ou 'commutative', que de deux types de droits : dikaia, deux 'égalités' ».

confondue avec une exigence d'ordre essentiellement politique. La spécificité du droit dans la pensée d'Aristote doit toutefois être soulignée. Celle-ci se constate à travers le critère du mérite grâce auquel les biens publics sont répartis en proportion entre les citoyens. Ce critère matériel fixé par les gouvernants ne constitue juridiquement qu'un critère formel de répartition. Ce n'est pas au droit de résoudre la question du choix de la clé de répartition des biens publics. Si « Aristote ne fait aucun effort pour résoudre ici ces controverses fondamentales<sup>387</sup> », c'est bien parce qu'il s'agit d'une « affaire de régime de gouvernement<sup>388</sup> » et qu'elles ne relèvent pas du champ du droit<sup>389</sup>. Le droit s'avère irréductible et autonome à la politique en raison de son caractère exclusivement « formel ».

A ce titre, l'équilibre poursuivi par le droit est essentiellement un équilibre formel destiné à l'harmonie de la cité et l'étude de la justice consiste pour Aristote à dégager les conditions formelles du partage et de l'échange, en vue de parvenir systématiquement (dans chaque type de cité) à *l'équilibre* dans les rapports entre citoyens.

Il s'agit désormais de rechercher exclusivement dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque* consacré à la justice et au droit ce que signifierait *l'équilibre* dans la pensée d'Aristote. Nous procéderons à cette recherche à partir de la méthode scientifique d'Aristote (I). Une fois les résultats obtenus, il s'agira de les confronter à l'exposé traditionnel des justices aristotéliennes (justice distributive, justice commutative) (II).

## I) L'identification de l'équilibre par l'étiologie du droit

**Juste milieu et équilibre.** La notion d'« équilibre », si elle n'apparaît pas en tant que telle dans le livre V de *l'Ethique à Nicomaque*, n'exprime pas une idée exogène à la philosophie antique en général, ni, a fortiori, à celle d'Aristote en particulier, tournée vers la recherche du juste milieu. Le juste milieu désigne une certaine quantité entre l'excès et le défaut et est, à notre avis, finalisé par l'équilibre du rapport entre plusieurs termes. Ainsi, relativement au

---

<sup>387</sup> STRAUSS L., CROPSY J., *Histoire de la philosophie politique*, Paris : PUF, 1999, p. 139.

<sup>388</sup> TRIGEAUD J.-M., *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux : Biere, 1985, t. 1, p. 53.

<sup>389</sup> RAYNAUD Ph., « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, 2001, p. 15 : « il distingue clairement la logique propre du politique de celle du juridique ».

droit, c'est en découvrant le juste milieu situé « entre les choses à répartir<sup>390</sup> » parmi les citoyens qu'advientra l'équilibre dans leurs relations respectives. La recherche du juste milieu constitue une méthode, un instrument, destiné à réaliser l'équilibre entre les parties d'un ensemble. Nous allons tenter de démontrer cette assertion à travers l'identification de l'équilibre dans la philosophie du droit d'Aristote en employant sa méthode scientifique d'étude des causes exploitée dans sa Physique.

**L'étiologie.** Afin d'identifier l'équilibre, nous procéderons à l'analyse du dikaion selon la méthode de l'étiologie aristotélicienne<sup>391</sup> qui vise à définir toute chose par ses causes. Propre à la physique, l'étiologie ne fut pas utilisée par Aristote pour décrire la justice, celle-ci relevant de l'éthique. Toutefois, sa méthode scientifique constitue une grille d'analyse adaptée à sa pensée juridique à laquelle a d'ailleurs eu recours Michel Villey ou Pierre Aubenque<sup>392</sup>.

L'exposé à venir a pour objet d'analyser le juste ou le droit (dikaion) suivant les quatre causes que sont la cause motrice (A), la cause matérielle (B), la cause formelle (C) et la cause finale (D) afin de montrer que l'équilibre correspond à la cause finale du droit.

#### *A) La cause motrice : le législateur et le juge*

---

<sup>390</sup> V. KAYSER P., « La justice selon Aristote », RRJ, 1996-2, p. 316 : « [ce milieu] se situe entre les choses à répartir et il est relatif aux personnes ».

<sup>391</sup> L'étiologie aristotélicienne est « la recherche de ce qui est responsable, d'une chose, d'une propriété, d'un état de fait, etc. La connaissance de la cause est l'une des caractéristiques fondamentales de la science : avoir un savoir scientifique d'un objet, c'est en connaître la cause », PELLEGRIN P., *Le vocabulaire d'Aristote*, Paris : Ellipses, 2001, p. 12. Aristote n'a pas découvert ces quatre causes, mais il a réuni de manière synthétique les différents apports de ses prédécesseurs qui avaient étudié l'une ou l'autre. Ainsi, les milésiens s'intéressèrent à la cause matérielle, Pythagore à la cause formelle et Anaxagore à la cause efficiente. La cause finale serait propre à Aristote (v. AUBENQUE P., « Aristote », *Encyclopaedia Universalis*).

<sup>392</sup> AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », *Arch. phil. droit*, n° 25, 1980, p. 152 : « *Il n'est pas possible de comprendre la conception aristotélicienne de la loi sans invoquer la philosophie aristotélicienne de la nature (...) Il était inévitable que cette philosophie de la nature rejaillît sur la conception que se fait d'Aristote des rapports de la nature et de la loi et conséquemment sur sa conception du fondement de la loi. Il est probable qu'Aristote n'a pas aperçu d'emblée le parti qu'il pouvait tirer de sa philosophie de la nature pour répondre à la difficulté soulevée par les sophistes* ». Notons que dans son ouvrage, *Les transformations de la responsabilité civile*, Husson propose une définition du droit, dans son acception ordinaire, à partir de deux causes aristotéliciennes : la matière et la forme. Selon l'auteur, la matière du droit se compose des intérêts divers qui s'agitent dans la vie sociale et tandis que la forme du droit consiste en ses règles, HUSSON L., *Les transformations de la responsabilité civile*, Paris : PUF, 1947. V. aussi DUMAS A., « Compte rendu », RHD, 1950, pp. 115-119.

**Cause motrice.** La cause motrice ou efficiente est ce à partir de quoi il y a changement ou repos. La cause motrice d'une statue, par exemple, est le sculpteur. Découverte par les présocratiques, la cause efficiente deviendra à partir des stoïciens et jusqu'à nos jours, la causalité par excellence<sup>393</sup>.

Le législateur, parce qu'il incite, grâce à la loi, citoyens, gouvernants et magistrats à agir suivant la vertu<sup>394</sup>, est l'une des causes efficiente du droit (dikaion). A côté de la loi, Aristote place le juge comme étant également une cause du juste<sup>395</sup>.

**La loi : cause motrice du dikaion.** La loi revêt une place centrale chez Aristote non seulement dans le cadre de la justice, mais plus généralement dans celui de l'éthique et de la politique<sup>396</sup>. Etablir des lois s'avère nécessaire pour la cité, laquelle ne saurait compter, sans compromettre son ordre, sur la bonne volonté des citoyens et les juges en raison des passions qui les animent. Au contraire, « *la loi est l'intelligence sans passion*<sup>397</sup> » qui éveille autant qu'elle révèle la vertu de justice du citoyen<sup>398</sup>.

La loi, dont le contenu a vocation à développer l'intégralité des vertus des citoyens, est une œuvre de raison et de politique qui constitue une cause motrice du dikaion en raison de son contenu<sup>399</sup>. Résultat d'une pratique vertueuse (praxis) et de la prudence (phronésis) du

---

<sup>393</sup> PELLEGRIN P., *Le vocabulaire d'Aristote*, Paris : Ellipses, 2001, p. 13.

<sup>394</sup> Aristote considère les lois comme des précisions de la constitution. Ce sont « les règles qui établissent comment les magistrats doivent gouverner » (ARISTOTE, *Les politiques*, IV, I, 9-10. V. sur ce point, GOBRY I., *Le vocabulaire grec de la philosophie*, Paris : Ellipses, 2002, p. 86.

<sup>395</sup> TZITZIS S., « Le juge dans la cité à travers la philosophie politique d'Aristote », *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, décembre 2012, n° 4, p. 19, disponible sur : <http://www.eumed.net/rev/rehipip/04/st.pdf> : « le droit (dikaion), décrit comme une acte ou un comportement juste dont disposent les lois, est prononcé par le juge comme faisant partie de la solution juste. Car les lois ne sont pas dépositaires exclusives du droit mais en représentent une partie ». V. égal. RAYNAUD P., « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, 2001, p. 12 et s.

<sup>396</sup> EUVRAD J.-L., « Aristote », in, CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004 : « tout tient au rôle central de la loi. L'excellence éthique s'acquiert par la pratique. Elle dépend de l'éducation, laquelle dépend, en dernier ressort des lois de la cité. Ces dernières sont fonction du régime politique en place (politeia, ou constitution) car il n'y a de bonnes lois que dans une politeia excellente. En fin de compte, l'excellence éthique dépend de la rectitude des lois et le nomothète tient entre ses mains le destin éthique de ses concitoyens ».

<sup>397</sup> ARISTOTE, *Les politiques*, III, 11, 1287.

<sup>398</sup> Aristote « affirme que le droit (dikaion) existe là où les relations mutuelles sont réglées par la loi (le nomos), et la loi existe parmi ceux qui seraient susceptibles de commettre une injustice » (TZITZIS S., *Les grandes questions de la philosophie pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Buenos Books International, 2007, p. 34).

<sup>399</sup> DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, p. 46 : « le contenu des lois est la justice et Aristote fait d'elle une profonde analyse ».

législateur<sup>400</sup>, elle représente, telle la vertu qu'elle promeut, un juste milieu et un sommet. La loi tente d'exprimer le juste, la correcte mesure observée dans la nature qu'elle exporte à la cité. La loi, en ce sens, n'est qu'un instrument : « *le maillon d'une chaîne qui part de l'homme comme nature et s'élève à l'homme dans sa perfection*<sup>401</sup> ».

Toutefois, et quand bien même elle indiquerait la mesure juste, la loi ne constituerait pas une cause de mouvement si elle était dépourvue d'effet. C'est parce qu'elle contribue au passage du plus grand nombre de relations désordonnées aux relations ordonnées qu'elle est un instrument du mouvement, un principe de changement<sup>402</sup>.

**Insuffisance de la loi.** Raisonnablement élaborée et fondée sur l'ordre naturel, la loi est l'instrument du législateur grâce auquel les rapports entre citoyens et entre citoyens et gouvernants s'ordonnent. Quoiqu'essentielle, la loi ne prétend pas à l'exclusivité<sup>403</sup> car elle ne pourra jamais être suffisante pour ordonner l'intégralité des rapports entre citoyens. La loi, en raison de son mode de formation, peut être défectueuse<sup>404</sup>. En outre, le législateur ne peut tout prévoir. Enfin le caractère général de la loi l'empêche d'appréhender chacun des cas d'espèces. Si le législateur peut lui-même pallier ses erreurs, il revient également au magistrat, dans le cadre de son office, de corriger et de particulariser la loi<sup>405</sup>.

---

<sup>400</sup> V. CHAZAL J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », Arch. phil. droit., n° 45, 2001, p. 331 ; PELLEGRIN P., op. cit., p. 43.

<sup>401</sup> AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », Arch. phil. droit., n° 25, 1980, p. 156.

<sup>402</sup> ARISTOTE, Rhétorique, I, 1, cité par SERIAUX A., Le droit naturel, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1999, p. 30 : « des lois bien faites doivent à la vérité déterminer elles-mêmes autant de cas qu'il se peut, en laisser le moins possible à la décision des juges, d'abord parce qu'un ou quelques hommes de saine intelligence et aptes à légiférer ou juger sont plus facile à trouver qu'un grand nombre ; ensuite parce que les lois ne se font qu'après un long examen, tandis que les jugements se prononcent séance tenante ; aussi est-il plus difficile que ceux qui sont appelés à juger décident comme il faudrait du juste et de l'utile. Mais de toute les raisons, la plus importante est que le jugement du législateur ne porte pas sur le particulier, mais sur le futur et le général, tandis que (...) le juge doit prononcer actuellement sur des cas actuels ou déterminés ».

<sup>403</sup> AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », art. préc., p. 156 : « Aristote refuse d'absolutiser le règne de la loi. La loi n'est pas une fin, mais un moyen. Prolongeant les intentions de la nature, elle a pour fin l'harmonie de la communauté politique, condition elle-même de l'accomplissement de l'homme ».

<sup>404</sup> Si la loi est ordre objectif, elle est également conventionnelle, subjective et donc imparfaite, v. AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », art. préc., p. 148.

<sup>405</sup> SERIAUX A., op. cit., pp. 70-71 : La loi constitue « une première indication sur ce qui est droit, dont le juge doit s'inspirer pour dégager la mesure exacte de l'ajustement entre les personnes en relation d'altérité. Mais, en même temps, la loi n'est pas le droit : elle le dit, ce qui est bien différent. En d'autres termes, la loi est simplement une instance du jugement sur ce qui est juste. Elle est un produit de la raison, laquelle a pour tâche de mesurer, de découvrir des rapports ou proportions entre les choses ».

**La fonction judiciaire.** « *Artiste d'équilibre du droit*<sup>406</sup> », le juge chez Aristote, se présente également comme une cause motrice de justice.

Au demeurant, selon Aristote, la tâche du juge est très pratique ; elle consiste à « décider si la chose s'est produite, si elle sera possible ou impossible ; si elle a ou n'a pas le caractère prétendu<sup>407</sup> ». A côté de cette fonction destinée à établir la vérité ou du moins la véracité des faits, le juge applique « aux litiges qui lui sont soumis les critères légaux ou coutumier sur le juste ou l'injuste<sup>408</sup> ». Si le juge est cause motrice de justice lorsqu'il exerce sa fonction de manière ordinaire, il l'est de manière encore plus déterminante, lorsqu'il poursuit la justice ou l'égalité en dehors de la loi, soit parce que celle-ci s'avère trop générale, soit parce qu'elle n'est pas adaptée à l'espèce. Dans ces cas où le juge adapte, tempère voire corrige la loi, il fait preuve de la vertu d'« *epieikeia*<sup>409</sup> », terme exprimant l'idée d'*indulgence*<sup>410</sup> malheureusement traduit par « *équité*<sup>411</sup> ».

---

<sup>406</sup> TZITZIS S., « Le juge dans la cité à travers la philosophie politique d'Aristote », art. préc., p. 23.

<sup>407</sup> V. SERIAUX A., op. cit., p. 31.

<sup>408</sup> Ibidem.

<sup>409</sup> V. TRIANTAPHYLLOPOULOS J., « Aristotle's equity », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 13.

<sup>410</sup> L'histoire de la notion d'*epieikeia* telle qu'elle est relatée par Jacqueline De Romilly dans la douceur dans la pensée grecque permettra de comprendre plus aisément son identification à l'indulgence. A l'origine, le mot *epieikeia* désignait une conduite sociale signifiant ce qui est « ressemblant », puis « convenable », « approprié », « raisonnable » et exprimait l'idée de conformité aux usages reçus et s'opposerait à la justice stricte (*dikaiès*) (DE ROMILLY J., *La douceur dans la pensée grecque*, Paris : Les belles lettres, 1979, p. 53. V. aussi : BISCARDI A., « on *aequitas* and *Epieikeia* », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 1). Chez Homère, le terme désigne la justice véritable dans le partage par opposition à la dure application des règles. Il est par la suite employé comme synonyme de modération, d'indulgence. Pour Hérodote, « une attitude *epieikès* consiste à fermer les yeux pour éviter la série des désastres qu'entraîne la rétorsion du mal entre individus » (DE ROMILLY J., op.cit., p. 55). Pour Thucydide, l'*epieikeia*, dans le contexte guerrier, est associée à la souplesse, la douceur (ibidem, p. 58). Pour Euripide, l'*epieikeia* passe avant la justice. Il dit par exemple qu'Hadès ne connaît pas l'équité mais simplement la justice pure et simple (Ibid., p. 56). Ainsi entendue, l'*epieikeia* est synonyme de tolérance : la conduite *epieikès* interdit d'aller jusqu'au bout de son droit. Chez Platon, le terme conserve cette idée de modération dans les relations humaines et d'abandon de ses propres droits au nom de la raison (v. BISCARDI A., « on *aequitas* and *Epieikeia* », art. préc., p. 2). Avec Aristote, la justice et l'équité deviennent complémentaires. Le Stagirite ne réinvente pas le mot, mais intègre les différents usages de celui-ci par ses prédécesseurs : « chacun sait que la valeur illustrée par ces divers exemples est exactement celle qui commandera la définition de la notion donnée par Aristote, et que c'est de cette perspective, très exactement, qu'il lui fera une place dans son éthique » (DE ROMILLY J., op.cit., p. 58) ; enfin, dans la Rhétorique, Aristote précise la définition de l'équité en lui adjoignant un caractère proprement humain, (Ibidem, p. 192). Sur la question, v. notamment : NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil', RIDC, vol. 16, n° 2, avril-juin 1964, p. 289. V. égal. FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 15 ; ZAKI M. S., « Définir l'équité », *Arch. phil. droit.*, n° 35, p. 89 ; MICHON C., « L'*epieikeia* aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, pp. 33-49 ; BRUNSCHWIG J., « The Aristotelian Theory of Equity », in, FREDE M. and STRIKER G., *Rationality in greek thought*, oxford : Clarendon Press, 1996, pp. 115-155.

<sup>411</sup> AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », art. préc., p. 156 : « cette traduction est gênante, dans la mesure où elle évoque l'idée d'égalité, qui est présentée plutôt par Aristote comme une caractéristique de la justice ». Le terme *équité*, provenant du latin *aequitas*, sert ainsi à désigner, depuis Saint Thomas, l'*epieikeia* (v. DUBOIS M.,

L'exercice par le juge de l'*epieikeia* constitue un mode alternatif à la loi, et proprement judiciaire, de découverte du *dikaion*. En mettant en œuvre l'*epieikeia*, le juge s'écarte de l'énoncé de la loi<sup>412</sup> et privilégie l'observation du cas d'espèce afin d'y découvrir les moyens de rétablir l'équilibre dans le rapport entre citoyens en conflit<sup>413</sup>.

L'équité/ *epieikeia* du juge se révèle être, comme la loi, un instrument de découverte du *dikaion*, finalisé par l'équilibre. Cependant, à la différence de la loi, instrument rigide destiné aux cas généraux, l'*epieikeia* du juge est un instrument souple destiné aux cas particuliers<sup>414</sup>.

*B) La cause matérielle : les rapports entre les personnes  
relatifs aux biens*

**La cause matérielle.** La cause matérielle désigne ce dont la chose est faite ; l'argile de la statue par exemple. Ici aurait pu résider la limite dans l'application de l'étiologie aristotélicienne si l'objet en question avait été la justice, immatérielle par nature. Toutefois, la lecture villeyenne du livre V qui distingue la justice (*dikaion*) de son objet -le juste (*dikaion*)- nous permet de dépasser cette difficulté.

**Caractère réel ou immanent du *dikaion*.** Ce qui caractérise la justice particulière, par rapport aux autres vertus (tempérance, courage, prudence) est le fait, d'une part qu'elle soit objective là où les autres sont subjectives<sup>415</sup>, d'autre part, qu'elle porte sur autrui<sup>416</sup>. L'*altérité*

---

« The virtue of Aequitas in the Moral Philosophy of Thomas Aquinas », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 141). Afin d'être le plus compréhensible possible, nous allons généralement conserver le terme originel d'*epieikeia* afin que l'idée qui y est attachée ne soit pas compromise par la polysémie du mot équité.

<sup>412</sup> V. TRIANTAPHYLLOPOULOS J., « Aristotle's equity », art. préc., p. 20.

<sup>413</sup> V. ALBIGES C., *L'équité en droit privé*, Paris : LGDJ, préf. CABRILLAC R., p. 13.

<sup>414</sup> Conséquence de la nature immanente du *dikaion*, notons enfin que le juste milieu peut également être trouvé spontanément par exemple dans le cadre des affaires entre deux citoyens : « *Aristote n'exclut pas, et il ne serait d'ailleurs pas raisonnable qu'il le fit, que l'exigence du juste milieu soit ou puisse être même spontanément accomplie* » (DEL VECCHIO G., *La justice – la vérité*, Paris : Dalloz, 1955, p. 51).

<sup>415</sup> DABIN J., *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, 1963, p. 357 : « la justice, rectifie, mesure, proportionne 'l'opération extérieure', c'est à dire l'agir du sujet, à un droit qui se trouve en autrui, quelque en soit d'ailleurs son objet (res, personae, opera) ».

<sup>416</sup> La justice (universelle) « *est complète parce que l'homme en possession de cette vertu est capable d'en user aussi à l'égard des autres et non seulement pour lui-même (...)* C'est encore pour cette même raison que la justice, seule de toutes les vertus, est considérée comme étant un bien étranger parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté. (...) l'homme le plus parfait n'est pas l'homme qui exerce sa vertu seulement envers lui-même, mais celui qui la pratique aussi à l'égard d'autrui, car c'est là une œuvre difficile » (ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, chap. 3).

en tant que propriété de la justice, déjà perçue par les Pythagoriciens<sup>417</sup> est récurrente dans l'exposé d'Aristote<sup>418</sup>. Lorsque l'on recherche le dikaion on ne le trouve que dans cette chose extérieure aux hommes qu'est le rapport<sup>419</sup>. Le juste constitue ainsi l'ordonnement spécifique d'une relation entre deux individus ou plus, qui se distingue des nombreux autres ordonnements<sup>420</sup>, désordonnés par l'excès ou le défaut dans la répartition des choses.

**Des choses et des hommes.** La question de la cause matérielle se transpose alors aux éléments constitutifs de cette relation, c'est-à-dire, des citoyens soumis à la loi et des choses extérieures<sup>421</sup>. La mission du juriste est de découvrir le juste qui demeure en puissance dans la matière (les rapports entre individus relatifs aux choses<sup>422</sup>) afin de l'actualiser et établir ou rétablir l'équilibre de ces rapports.

### C) La cause formelle : l'égalité

---

<sup>417</sup> DEL VECCHIO G., op. cit., p. 46 : « *qu'Aristote, sur la trace des Pythagoriciens, ait compris la signification fondamentale et spécifique de la justice, cela résulte, manifestement, surtout dans les passages où il attribue à celle-ci le caractère de l'altérité* ».

<sup>418</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, chap. 3 : « *c'est encore pour cette même raison que la justice, seule de toutes les vertus, est considérée comme étant un bien étranger parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté* ». V. aussi : BALAUDE J.-Fr., « *Instituer le bien* », in, WOTLING P. (dir.), *La justice*, Paris : Vrin, 2007, p. 22 : « *la justice considérée cette fois comme vertu éthique particulière, sera strictement cette vertu qui met en jeu des rapports interhumains de distribution ou d'échange de biens (que ce soit au plan politique ou au plan privé)* ».

<sup>419</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris : PUF, 2008, p. 48 : « *le substantif : to dikaion indique un étant (...) L'objet de la justice (particulière) est le juste partage des biens et des charges dans un groupe. Il ne s'agit pas d'une 'substance' (...), mais de cette autre espèce d'étant, une relation : le rapport le mieux ordonné, où l'on reconnaît la valeur de l'ordre dans lequel se trouvent disposées les choses réparties entre les personnes* ».

<sup>420</sup> Ce qui est juste est unique alors que ce qui est injuste est multiple : « *l'erreur est multiforme (car le mal relève de l'illimité, comme les Pythagoriciens l'ont conjecturé, et le bien, du Limité), tandis qu'on ne peut observer la droite règle que d'une seule façon* » (ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, II, chap 5).

<sup>421</sup> Si les rapports entre les personnes n'ont pour cause des choses « *qui intéressent prospérité ou adversité* », les règles qui président ceux-ci relèvent alors de l'éthique et non du droit, v. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, chap X.

<sup>422</sup> DEL VECCHIO G, *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 333 : « *le rapport juridique a toujours un substrat réel dans les choses et les personnes. Le droit ne crée pas les éléments ou les termes du rapport, mais les trouve déjà normalement constitués, et ne fait que les déterminer et les discipliner* ». V. égal. SERIAUX A., *Le droit naturel*, p. 33 : « *le droit naturel n'est rien d'autre que la mesure inhérente à l'ajustement envisagé, celle qui se dégage très objectivement de la nature même de la relation interpersonnelle au sein de laquelle on recherche le bon ajustement entre les êtres en relation. Cette mesure ne dépend pas de notre décision arbitraire. (...) La mesure naturelle est donc un donné qui tient à la nature des choses* ».

**La cause formelle.** La cause formelle renvoie à la cohérence<sup>423</sup>, à la « structure rationnelle d'une réalité<sup>424</sup> ». Il s'agit de l'essence de la chose, opposée à la matière, à l'instar de l'âme qu'Aristote oppose au corps. Pour désigner la forme, Aristote emploie plusieurs termes, morphé « forme », eidos<sup>425</sup> « essence », mais également logos : « logique », « raison », « rapport<sup>426</sup> ». Ainsi la cause formelle de l'octave est le rapport numérique de deux à un<sup>427</sup>, la cause formelle de la statue est sa forme.

La cause formelle est proche et parfois assimilée à la cause finale<sup>428</sup>, laquelle ne constitue, en effet, qu'une forme poursuivie. Pour différencier les deux, il faut recourir à la distinction entre la puissance et l'acte. Alors que la forme existe en tant que telle, la forme finale n'est qu'à l'état de puissance et peut ne jamais être actualisée<sup>429</sup>.

**La cause formelle du dikaion.** L'essence de la justice est l'égalité (ison) dans l'attribution des choses à la suite d'un partage ou d'un échange<sup>430</sup>. Pour y parvenir, le législateur ou le juge recherche, à partir de la méthode du « juste milieu » la bonne quantité de choses à répartir entre les citoyens de sorte que chacun reçoive une quantité ni trop grande, ni trop faible, par rapport à autrui ou par rapport aux autres<sup>431</sup>. Comment découvrir ce juste milieu ? Cela dépend de la nature des rapports à ordonner. Le partage et l'échange impliquent des rapports distincts entre les individus, ce qui suppose corrélativement un juste milieu spécifique à chaque type de rapport. L'égalité dans le partage résulte d'une répartition en proportion tandis

---

<sup>423</sup> V. BOUDON R., GAUTIER M., SAINT-SERNIN B., « Causalité », Encyclopaedia Universalis.

<sup>424</sup> PELLEGRIN P., *Le vocabulaire d'Aristote*, Paris : Ellipses, 2001, p. 27.

<sup>425</sup> V. GOBRY I., *Le vocabulaire grec de la philosophie*, Paris : Ellipses, 2002, p 42 et 43.

<sup>426</sup> PELLEGRIN P., op. cit., p. 13.

<sup>427</sup> Ibidem.

<sup>428</sup> VILLEY M., *Philosophie du droit*, n° 199 : « observons la prééminence, de la « cause finale », qui d'ailleurs semble se confondre avec la forme (morphé – eidos), cette forme étant la fin poursuivie. Elle est le pourquoi du mouvement des choses (dioti) » ; PELLEGRIN P., op. cit., p. 14 : « souvent les causes formelle et finale fusionnent, parce que, dans la nature finalisée d'Aristote, l'essence de quelque chose c'est sa fonction, par exemple la cause formelle du poumon rend apte à refroidir l'organisme ».

<sup>429</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 53 : « les êtres naturels du monde sublunaire, scindés entre la 'puissance' et 'acte', ne font que tendre vers leur fin, leur 'forme' parfaite. En pratique, ils en restent loin ; ils manquent le sommet, se laissent glisser sur la pente de l'un ou l'autre versant. Aussi trouve-t-on de par le monde beaucoup d'hommes lâche ou téméraire et très peu qui aient le vrai courage ».

<sup>430</sup> TRIGEAUD J.-M., *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux : Biere, 1985, t. 1, p. 52 : « l'essence de la justice du droit est l'égalité, le droit étant la chose égale ».

<sup>431</sup> DABIN J., *Théorie générale du droit*, Paris : Dalloz, 1963, p. 357 : « l'équilibre de la justice a son principe et sa règle, qui est l'égalité : il s'agit d'attribuer à chacun des intérêts en présence exactement ce qui lui revient, ni plus ni moins. En cela consiste le « juste milieu » propre à la vertu de justice ».

que l'égalité dans l'échange survient grâce à *l'équivalence* des choses échangées<sup>432</sup>. Les deux types d'égalité, et partant de justice, se distinguent par leur forme ou leur essence.

La justice revêt donc plusieurs formes<sup>433</sup> : *l'égalité de rapports* ou proportion ( $A/B = C/D$ ) constitue la cause formelle de la justice distributive tandis que *le rapport d'égalité* ou équivalence ( $E = F$ ) constitue la cause formelle de la justice corrective. Quelle que soit la forme qu'elle prend, la justice poursuit une seule fin : l'équilibre des rapports entre citoyens.

#### D) La cause finale : l'équilibre

**Télos chez Aristote.** Fondamentale dans la pensée scientifique d'Aristote<sup>434</sup>, la cause finale se définit comme la fin naturelle, le « pourquoi du mouvement des choses<sup>435</sup> ». Ce finalisme, auquel est préférée la causalité efficiente défendue par les stoïciens, sera méprisé avant d'être abandonné par les scientifiques du XVIIe siècle<sup>436</sup>. Les philosophes et les juristes, et en

---

<sup>432</sup> V. VILLEY M., Philosophie du droit, n°44.

<sup>433</sup> V. ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, 1129 a 23-26.

<sup>434</sup> La notion de cause finale est une innovation scientifique d'Aristote. Il tente de fonder, écrit M. Ruyer, « une science finaliste de la nature, en rationalisant la nature magique, en définissant des substances et des accidents classables, des changements réguliers et bien ordonnés, par passage de la puissance à l'acte, de l'inachevé à l'achevé. La finalité est alors une notion quasi scientifique qui fait comprendre toutes choses sur le modèle d'une fabrication artisanale » (RUYER R., « finalité », Encyclopaedia Universalis).

<sup>435</sup> VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 199.

<sup>436</sup> VILLEY M., id. : « des causes finales, la science moderne, à partir du XVIIe siècle, a voulu faire l'économie. Bacon les avait écartées et qualifiées de 'vierges stériles' (§ 110). Elles ne servent pas aux techniciens, dont le propos est de fabriquer des machines; il leur suffit d'étudier les causes efficientes. Avec la grande majorité des biologistes contemporains, (...) la nature, chose « matérielle », ne peut avoir de fin; il n'est que l'homme, être rationnel, qui puisse donner un sens aux choses... Autre la Physique d'Aristote. Pour lui, le dynamisme les choses ne va pas sans une fin : telos, et leur mouvement inclut un sens. Les théologiens l'expliqueront par le gouvernement de Dieu, cause première, sur la nature. Aristote se contente d'observer qu'il existe dans la nature une tendance à l'ordre ».

premier lieu Jeremy Bentham, récupéreront la notion de fin<sup>437</sup> qu'ils assimileront, selon une perspective nominaliste et subjectiviste, à la notion de mobile ou de but<sup>438</sup>.

Loin de tout subjectivisme, Aristote pense au contraire, qu'au sein de la nature, chaque chose a une fin objective vers laquelle elle tend<sup>439</sup>. Epigénétique (créatrice de forme)<sup>440</sup>, la cause finale implique une forme préconçue qui détermine l'action du moteur. La forme poursuivie est communiquée, avec plus ou moins de succès, à la matière. Cette communication ne garantit pas la réalisation effective de la forme finale, car le mouvement qu'elle suppose est généralement imparfait<sup>441</sup>.

**L'équilibre : forme finalisée du dikaion.** Science architectonique, la politique a pour objet la réalisation de « l'équilibre général » de la cité. Pour l'atteindre, l'action du législateur est dirigée vers la promotion de l'ensemble des comportements vertueux des citoyens<sup>442</sup>. L'équilibre général se compose donc d'une multitude d'équilibres particuliers. La justice particulière, promue par le législateur et le juge par la recherche du dikaion, ne vise à équilibrer qu'un certain type de rapports bien particulier : les rapports des citoyens relativement aux choses<sup>443</sup>. Une fois atteint, cet « équilibre particulier » contribue à l'« équilibre général » de la cité<sup>444</sup>.

---

<sup>437</sup> VILLEY M., op. cit., n° 111 : « les fins, échappant au domaine des sciences, vont être laissées aux philosophes. Dans le dualisme cartésien (qui met d'un côté la matière, de l'autre l'esprit), les fins n'appartiennent qu'au monde de l'esprit. Elles sont désormais subjectives. (...) Vont remplacer pour nous les fins des idéaux, que se forge l'esprit; projets que secrète l'imagination; rêveries de chacun. N'auront donc, dans un premier temps, survécu que les notions de fins subjectives et individuelles(...) Nous restons capables de concevoir des finalités intersubjectives, multisubjectives. Mais non pas ces fins authentiques, les seules à mériter ce nom, parce que réelles, extramentales, seules à constituer des valeurs authentiquement objectives; que les anciens philosophes avaient reconnues en observant des causes finales au sein de la réalité. Fins irréductibles à une idée simple, à l'intérêt particulier d'un individu ou d'un groupe, mais relationnelles : le beau, en musique relation entre plusieurs sons, en architecture harmonieuse organisation des pleins et des vides; le vrai, concordance des mots et des choses. Ou le juste, fin du droit, proportion équitable entre personnes et choses. Ainsi du moins le définit une philosophie réaliste ». L'auteur conclut : « nulle part la méconnaissance délibérée des causes finales n'a été aussi dommageable que dans la science du droit ».

<sup>438</sup> V. infra.

<sup>439</sup> VILLEY M., op. cit., n° 199 : « Aristote répète souvent que ce qui le sépare de ses prédécesseurs présocratiques, et à ce propos il cite surtout les Atomistes et Empédocle, c'est que, outre les explications que nous dirions « physico-chimiques » des phénomènes naturels qui sont évidemment valides, il faut chercher la raison dernière de ces phénomènes dans le fait qu'ils ont une cause finale, parce qu'« il y a du en vue de quelque chose parmi les choses naturelles (Physique II, 8, 199a7) ».

<sup>440</sup> RUYER R., « Finalité », Encyclopaedia Universalis : « toute action finaliste est épigénétique, c'est-à-dire créatrice de formes ».

<sup>441</sup> PELLEGRIN P., op. cit., p. 6.

<sup>442</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p.42 : « que l'ordre en tout soit réalisé, telle s'avère la finalité de la justice « générale », « totale », achevée (teleia) ».

<sup>443</sup> L'amitié a, quant à elle, pour fonction d'équilibrer à un autre niveau les rapports entre les citoyens, afin à nouveau, de contribuer à l'équilibre général : « l'amitié semble aussi constituer le lien des cités, et les

Afin de préciser davantage l'identification de l'équilibre, il sera nécessaire de l'appréhender à partir du modèle de la cité, véritable système où l'harmonie du tout est conditionnée par l'équilibre des rapports entre les parties. Etre naturelle, la cité est une structure en mouvement. L'analyse statique précédera l'analyse dynamique.

1) L'équilibre : approche statique

**Modélisation de la cité d'Aristote.** Afin d'identifier l'équilibre dans les rapports entre citoyens, il sera utile d'envisager la cité comme référentiel dans lequel chaque citoyen, partie de l'ensemble, occupe une position et se trouve en rapport avec chaque citoyen composant la cité. Le modèle isonomique, avons-nous vu, consacrait l'égalité politique et l'égalité civile. Ce modèle trouve dans le cercle et la sphère sa parfaite représentation. Platon a remis en cause l'isonomie puisque les hommes, n'étant pas égaux, ne sauraient occuper des positions identiques. Structure hiérarchique entre les classes, le modèle platonicien forme une pyramide dont le sommet est occupé par le philosophe-roi, en dessous duquel se trouvent les gardiens, puis les ouvriers. Aristote partage l'idée platonicienne que l'égalité (isonomique) provoque l'inégalité, mais rejette toute spéculation sur la cité idéale et préfère, à partir des données de nature historique, politique et économique, rechercher les causes probables de la meilleure cité. La modélisation de sa cité s'avère moins simple que les précédentes, puisqu'elle dépend de variables telles que le régime politique ou la répartition des richesses entre les groupes sociaux<sup>445</sup>. Néanmoins en corrélant les prescriptions politiques d'après lesquelles, la classe moyenne devrait prévaloir sur les autres afin d'assurer l'équilibre [isorropein] entre les classes, aux invariants formels de la justice selon lesquels les égaux reçoivent des parts égales et les inégaux des parts inégales, nous pouvons en déduire que la représentation du modèle de cité aristotélicienne serait d'une forme plus ou moins ovoïde : les citoyens de classe moyenne,

---

législateurs paraissent y attacher un plus grand prix qu'à la justice même : en effet, la concorde qui paraît bien être un sentiment voisin de l'amitié est ce que recherchent avant tout les législateurs, alors que l'esprit de faction, qui est son ennemi, est ce qu'ils pourchassent avec la plus grande énergie » (ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, VIII, 1)

<sup>444</sup> TZITZIS St., Introduction à la philosophie du droit, Paris : Vuibert, 2011, p. 244 : « *l'ordre de la nature est établi à travers la réalisation d'un juste milieu entre les excès et les défauts, l'expression de ce qui est juste* entendu, comme un droit particulier, ne pourrait que traduire un juste milieu entre un trop et un trop peu. Tout *équilibre particulier renvoie à l'équilibre général* ».

<sup>445</sup> VILLEY M., Philosophie du droit, n° 207 : « Par l'observation, avant Marx, Aristote avait reconnu que la constitution d'une cité dépend de sa structure sociale : la ' *Politie* ', au contraire de la *ploutocratie* et du gouvernement des masses, est surtout la domination politique des classes moyennes. Impossible alors de séparer le droit public du droit privé. Le voici contraint de traiter des mariages, des successions, des limitations portées au commerce, de la propriété ».

majoritaires, seraient disposés relativement à la même distance par rapport au centre, tandis que les riches et les pauvres, minoritaires, se situeraient respectivement à chaque extrémité.

La manière dont la justice garantit formellement la structure de la cité et tend à l'équilibre général de celle-ci peut se comprendre en recourant aux deux notions complémentaires proposées par Del Vecchio pour appréhender la pensée d'Aristote : la position objective de la subjectivité et la coordination intersubjective<sup>446</sup>.

**La position objective de la subjectivité.** Dans le modèle aristotélicien, il appartient à ceux qui exercent la justice dans son volet distributif, de poser a priori une condition de parité entre les citoyens, sans laquelle il serait impossible de fonder l'égalité et l'inégalité. Ce n'est seulement qu'au travers du critère objectif bien que politique du mérite, que l'Etat procède à l'évaluation des citoyens. Ainsi, aux fins de partage des biens de la cité, sont discriminés les citoyens ayant consacré leur temps à la praxis, l'activité pour le bien commun, de ceux qui exercent la poésis, l'activité productrice de biens privés. Cette discrimination aboutit à attribuer un statut propre à chacun et à définir sa place dans la cité en fonction de la fin recherchée par les gouvernants<sup>447</sup>.

Attribuer un statut à chaque sujet est l'étape première de la fonction de justice. La seconde, par ailleurs la plus essentielle en raison de l'altérité qu'elle suppose, consiste à coordonner les subjectivités entre elles.

**La coordination intersubjective.** La coordination intersubjective consiste à ordonner les rapports entre les citoyens en fonction de leur position respective. Ces rapports peuvent prendre deux formes : d'une part ils peuvent être directs comme lors d'un échange entre deux citoyens, d'autre part, ils peuvent être indirects comme lorsque plusieurs copartagés se voient attribués par les gouvernants des parts. Quand bien même, dans cette dernière hypothèse, les parties ne sont pas directement en relation, l'altérité propre à tout partage attribuant le mien et le tien produit entre tous les copartagés des rapports intersubjectifs, sources de satisfaction ou

---

<sup>446</sup> DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, p. 66.

<sup>447</sup> SERIAUX A., op. cit., p. 25 : « toute société est structurée en vue d'une fin qui constitue sa raison d'être. Par rapport à cette fin, chaque membre du corps social occupe une place plus ou moins importante : son apport personnel à la réalisation du but collectif est plus ou moins « capital » (au sens étymologique). C'est cette position (relative) de chacun par rapport à la fin commune qui constitue le mérite ».

de contestation puisque chacun évalue sa part au regard de celle des autres<sup>448</sup>. La justice distributive produit donc des rapports intersubjectifs entre les copartagés qui, à défaut d'être pleinement juridiques, sont néanmoins susceptibles d'être équilibrés et de concourir à l'équilibre général de la cité<sup>449</sup>.

Dans les échanges auxquels préside la justice corrective, les rapports entre citoyens ont une consistance plus concrète, puisque deux citoyens procèdent sans médiation au transfert de leurs biens. La coordination intersubjective signifie ici exclusivement la conservation de l'intégrité du rapport intersubjectif ou autrement dit « la préservation des positions préalablement distribuées<sup>450</sup> », et ce, au moyen de l'équivalence ou de la compensation.

## 2) L'équilibre : approche dynamique

Pour les classiques en général et Aristote en particulier, la nature est dynamique, « c'est-à-dire tendue vers son bien, sa perfection, le droit naturel est lui aussi dynamique et tendu vers la perfection, le bien et l'équilibre, le bonum et aequum des Romains, le kalon kai ison des Grecs<sup>451</sup> ». L'approche dynamique consiste à étudier le « droit dans la mobilité de l'ordre des choses<sup>452</sup> ».

**L'étude de la dynamique dans la Physique.** L'approche dynamique est propre aux sciences de la nature. De manière générale, dans sa Physique, Aristote a relevé plusieurs types de mouvement : lorsque la qualité fait l'objet de changement, il s'agit d'une altération ; si le

---

<sup>448</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, Somme Théologique, question 61, art. 4, solution 3, disponible sur : [http://docteurangelique.free.fr/saint\\_thomas\\_d\\_aquin.html](http://docteurangelique.free.fr/saint_thomas_d_aquin.html) : « la question qui se pose en justice distributive n'est pas celle de l'égalité à réaliser entre ce que quelqu'un reçoit pour ce qu'il a dépensé, mais pour ce que l'autre a reçu selon la situation des deux personnes ».

<sup>449</sup> DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, p. 46 : « ce qu'il y a d'essentielle dans toute espèce de justice c'est donc cet élément d'intersubjectivité, ou de correspondance, dans les relations entre plusieurs individus, qui se retrouve en dernière analyse, même là, où à première vue, il semble nié ».

<sup>450</sup> CHANTEPIE G., La lésion, préf. VINEY G., Paris : LGDJ, 2006, n° 42. V. aussi : DOGNIN P.-D., « La justice distributive », Revue des sciences philosophiques et théologiques, t. XXXIX, 1955, p. 29 : « la distributive grave en quelque sorte un dessin dans les choses, mais quand son modèle change, elle a le souci constant de faire changer en même temps ce dessin. Or ce n'est pas la commutative en tant que telle qui peut l'aider dans cette tâche et partager ce souci. Son rôle n'est que d'entretenir le dessin et non pas le changer. Elle est au service de l'ordre mais ne fait pas cet ordre et ne peut pas le juger. C'est la distributive qui le fait et qui s'efforce de le refaire sans cesse quand il est perturbé. C'est elle qui est vraiment l'âme de la vertu de justice. C'est elle qui donne une valeur humaine aux échanges matériels ».

<sup>451</sup> VALLANÇON F., « Loi naturelle et droit naturel », in, Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, p. 73.

<sup>452</sup> TZITZIS S., « Le juge dans la cité à travers la philosophie politique d'Aristote », art. préc., n° 4, p. 25.

changement porte sur la quantité, il s'agit soit d'une augmentation soit d'une diminution ; le changement de lieu est le transport ou la translation<sup>453</sup> ; enfin, les mouvements qui se rapportent à la matière, sont la génération ou la corruption. Bien que ce vocabulaire soit circonscrit aux sciences de la nature, nous pouvons, sans trahir la pensée d'Aristote<sup>454</sup>, l'employer afin de rendre compte des mouvements qui s'opèrent au sein de la cité, entre les citoyens<sup>455</sup>. Le partage et les échanges entre citoyens correspondent à des mouvements susceptibles de générer ou de corrompre l'équilibre général de la cité.

**Application de la dynamique à la cité.** Le partage de biens présidé par la justice distributive consiste dans le déplacement de valeurs au demeurant communes au profit des citoyens provoquant ainsi l'augmentation de leurs patrimoines. Le partage a pour effet, s'il repose sur la proportionnalité, de générer des équilibres dans les rapports interpatrimoniaux entre les citoyens. Néanmoins, soumis à la dynamique naturelle de la cité qui se manifeste par les changements provoqués par les rapports interindividuels<sup>456</sup>, ces équilibres sont instables. En effet, ces rapports interindividuels nommés *sunnallagma* ou commutations consistent en des transferts volontaires ou involontaires de valeurs. Ce sont, en d'autres termes, des déplacements de valeurs provoquant l'augmentation ou la diminution des patrimoines et susceptibles d'altérer les équilibres entre les citoyens. Les *sunnallagma* ont un caractère

---

<sup>453</sup> PELLEGRIN P., op. cit., p 15 : « ces trois changements sont des mouvements, alors que le changement selon la substance n'est pas à proprement parler un mouvement, même si, dans certains textes, Aristote, inclut ce changement selon la substance – qu'il appelle *génération et corruption*- dans les mouvements ». On pourrait toutefois concevoir que l'action de donner, lors d'un échange, ou le préjudice, génère l'exigence d'une action réciproque ou réparatrice, lesquelles, une fois exécutée mettent fin (corruption) au rapport direct entre les individus. En d'autres termes, la génération et la corruption seraient propre à se rapporter à l'existence et à l'extinction des obligations.

<sup>454</sup> TZITZIS S., « Le juge dans la cité à travers la philosophie politique d'Aristote », art. préc., p. 25, p. 14, disponible sur : <http://www.eumed.net/rev/rehipip/04/st.pdf> : « ce qui intéresse avant tout le Stagirite, ce sont les mouvements de l'ordre naturel des choses qui, dans leur mobilité, créent l'histoire et la culture, engendrent l'ordre et subissent le désordre. Celui-ci nécessite, en matière de morale sociale, un rétablissement selon les lois et le droit. Le *dikaion* (droit juste) traduit une exigence objective, la mise en ordre des relations entre citoyens, qui ont dérégulé les échanges sociaux (ceux qui ont lieu au sein de la cité) ».

<sup>455</sup> TZITZIS S., « Le juge dans la cité à travers la philosophie politique d'Aristote », art. préc., p. 25 : « le citoyen grec ne représente pas une existence ontique (individualité biologique, morale et psychologique) mais un individu en relation avec ses politiquement semblables, citoyen dynamique puisqu'il exerce des mouvements vitaux dans les relations politiques ».

<sup>456</sup> DESPOTOPOULOS C., « La notion de *synallagma* chez Aristote », Arch. phil. droit., n° 13, 1968, p. 119 : « ce qui constitue le trait commun par excellence de ces actes interhumains, lequel notamment a conduit Aristote à opérer leur unification conceptuelle, est ceci : *chacun de ces actes interhumains, qu'il soit volontaire ou involontaire, qu'il s'appelle le contrat ou délit, comporte toujours un changement essentiel dans la situation de l'une des deux personnes entre lesquelles il se produit, c'est-à-dire dans son avoir de biens conditionnant son bonheur, et en même temps un changement essentiel en sens inverse dans la situation respective de l'autre personne. C'est ainsi qu'Aristote le pense ; et, à l'appui de cette pensée, il a opéré l'unification conceptuelle de tous ces actes interhumains en faisant de ce changement à la situation de deux personnes opposées, l'élément logique sur lequel est fondée la notion large de « synallagma »* (Nous soulignons).

modificatif de l'ordre juridique déjà établi<sup>457</sup>. Les commutations, volontaires comme involontaires, constituent pour la cité une multitude de mouvements ; certains sont conformes au mouvement d'ensemble, à l'harmonie, tandis que d'autres sont désordonnés et la compromettent. L'objet de la justice corrective est alors d'assurer la rectitude de ces transmutations, afin que soient maintenus les équilibres institués par la justice distributive. Cette justice impose l'équivalence aux échanges volontaires<sup>458</sup> et la compensation suite aux échanges involontaires. C'est au juge que revient l'office de corriger les commutations inégales au travers de déplacements subséquents de valeurs.

Suite à cette identification de l'équilibre (en tant que concept) au sein de la philosophie du droit d'Aristote, nous sommes en mesure d'en proposer une définition. *L'équilibre* serait la forme finalisée du dikaiôn : il désigne l'état spécifique du rapport bilatéral, direct ou indirect, entre deux sujets, relatif à des choses, dont la répartition résulte d'un partage initial conforme à l'égalité proportionnel ou d'un échange subséquent conforme à l'égalité arithmétique, dont les modalités sont issues des prescriptions de la loi ou de celles du juge faisant preuve d'équité (epieikeia).

## II) Eprouver l'équilibre à l'aune de la justice aristotélicienne

L'équilibre ayant été identifié selon la méthode de l'étiologie, il s'agit désormais de vérifier si celui-ci s'intègre à la célèbre bipartition de la justice aristotélicienne. Dans un premier temps, nous étudierons le statut de l'équilibre dans la justice distributive (A) afin, dans un second temps, de l'étudier dans le cadre de la justice corrective (B). Puisqu'il s'agit ici de penser à l'échelle de la cité, il convient de parler d'« équilibres ».

### A) La fonction constitutive des équilibres de la justice distributive

---

<sup>457</sup> SERIAUX A., *Le droit naturel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1999, p. 27.

<sup>458</sup> CHENEDE Fr., « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative – du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 171 : « telle est, dans l'esprit du philosophe, la fin du droit des contrats : la justice commutative, c'est-à-dire le maintien des équilibres patrimoniaux ».

La justice distributive vise à constituer des équilibres, c'est-à-dire, des rapports ordonnés entre les citoyens (A). Ces équilibres sont, au moment de leur constitution, encore fictifs dans la mesure où la cité n'est pas encore en mouvement (B).

1) Les éléments constitutifs de l'équilibre poursuivi

L'équilibre des rapports entre citoyens résulte ab initio de la nature de la répartition des biens publics par l'Etat entre les citoyens<sup>459</sup>. Autrement dit, la qualité des rapports horizontaux entre citoyens dépend de la manière dont l'Etat va ordonner les rapports verticaux. Il convient de connaître la consistance de ces rapports.

**Des choses extérieures.** La justice distributive porte « sur le partageable (meriston)<sup>460</sup> ». C'est à partir du statut commun et du caractère limité<sup>461</sup> de certaines choses ayant vocation à être attribuées en propre que naît la première nécessité de justice<sup>462</sup>. Les « biens extérieures », qu'Aristote oppose aux « biens de l'âme<sup>463</sup> », sont ici des choses publiques : charges, honneurs et biens publics. Le partage ne concerne donc pas les biens acquis privativement.

---

<sup>459</sup> VILLEY M., Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Paris : Dalloz, 1976, p. 196 : « le partage tend à retrouver un équilibre naturel, se règle sur la nature des choses ». GOYARD-FABRE S., Les embarras philosophiques du droit naturel, Paris : Vrin, 2002, p. 40 : « la justice distributive qu'appelle le droit naturel répercute au monde des hommes l'harmonieux équilibre du cosmos : en répartissant les biens (richesses, honneurs, charges, prérogatives, avantages...) entre les membres de la communauté, elle établit parmi les hommes cette juste proportion ou analogia qui exprime, par un rapport géométrique, l'ordre et la hiérarchie, faits de différences et de complémentarité, qui, par la justesse de leur texture, font la beauté de la grande Nature ».

<sup>460</sup> EUVRAD J.-L., « Aristote », in, CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004.

<sup>461</sup> V. QUIVIGER P.-Y., Le secret du droit naturel ou après Villey, Paris : Garnier, 2012, p. 22.

<sup>462</sup> VILLEY M., La formation de la pensée juridique moderne, Paris : PUF, 2003, p. 81 : « l'office premier de la justice est de veiller aux distributions des biens, des honneurs, des charges publiques entre les membres de la cité. C'est par là qu'il faut commencer la mise en œuvre de la justice, c'est en cela surtout qu'elle consiste ».

<sup>463</sup> V. ROMEYER-DHERBEY G., « Chose, cause et œuvre chez Aristote », Arch. phil. droit, n° 24, 1979, pp. 127-137. V. aussi : VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 36 : « il y a toutes sortes de biens qui ne donnent pas lieu à partage, biens dits spirituels, qui sûrement sont les principaux : il peut y avoir plus de plaisir à écrire un livre qu'à percevoir des droits d'auteur. Comme la vérité ou l'amour... Chacun en a sa part et tous l'ont tout entier. ... Ainsi l'amour ne se divise pas. Ni l'amour de Dieu ni la liberté, ni le 'respect de la personne humaine'. Ce ne sont pas là des matières où s'exerce la vertu de justice non plus que le droit proprement dit ; mais d'autres vertus ou d'autres arts. Dans le langage de Gabriel Marcel, le droit ne touche guère au monde de « l'être », il a trait au monde de 'l'avoir', des choses qu'on partage. Je parle selon la philosophie d'Aristote, dans le monde moderne c'est le contraire qui est enseigné ».

**Une répartition proportionnelle.** Avant tout partage, il est nécessaire d'estimer la quantité de choses répartir et d'évaluer les citoyens. « *La valeur propre de l'homme*<sup>464</sup> » est fixée par le mérite, critère juridique formel et variable dont le contenu diffère selon le type de régime politique<sup>465</sup>. Ce « mérite de quelque sorte<sup>466</sup> » peut ainsi prendre la forme de la richesse personnelle, du rang social ou de la contribution aux charges. Donnant à la pensée pythagoricienne son expression ultime, Aristote entend donner au partage des biens entre citoyens, la forme d'une répartition proportionnelle suivant le mérite de chacun.

**Les rapports juridiques verticaux (Etat-citoyens).** La double opération de distribution/attribution modifie le statut des choses au demeurant communes en une multitude de choses privées<sup>467</sup> : des transferts de propriété autrement dit sont réalisés. Ces rapports de droit peuvent être qualifiés de verticaux du fait qu'ils lient l'ensemble et les parties. Ces rapports impliquent des devoirs réciproques. Il incombe aux gouvernants ou à l'Etat<sup>468</sup> de déterminer, en premier lieu, le critère de répartition<sup>469</sup> et, en second lieu, de répartir les choses en fonction. Réciproquement, il incombe aux citoyens, selon Saint Thomas d'Aquin, de témoigner à l'égard des dirigeants leur satisfaction<sup>470</sup>.

A ce stade, les citoyens n'ont entre eux aucun devoir réciproque.

---

<sup>464</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, livre V, chap 6.

<sup>465</sup> ARISTOTE, *ibid.* : « tous les hommes reconnaissent, en effet, que la justice dans la distribution doit se baser sur un mérite de quelque sorte, bien que tous ne désignent pas le même mérite, les démocrates le faisant *consister dans une condition libre, les partisans de l'oligarchie, soit dans la richesse, soit dans la noblesse de race, et les défenseurs de l'aristocratie, dans la vertu* ». Sur le critère du mérite, v. SERIAUX A., *op. cit.*, p. 25 ; GOYARD-FABRE S., *La justice – Une problématique embarrassante*, *Philopsis*, 10 juillet 2011, disponible sur [http://www.philopsis.fr/IMG/pdf\\_justice-goyard-fabre.pdf](http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-goyard-fabre.pdf), p. 7

<sup>466</sup> ARISTOTE, *ibid.*

<sup>467</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, IIA IIAE, Question 61, art. 1, objection 2 : « dans une *distribution, on ne rend pas à chacun ce qui était son dû, mais chacun s'approprie un bien nouveau qui était un bien commun* ».

<sup>468</sup> Aristote ne précise pas qui sont exactement les auteurs de la distribution. « On ne sait pas trop par qui », admet M. Villey, qui considère que « faire un partage à l'intérieur d'un groupe social ne peut que relever d'un organe public, du législateur ou du juge » (VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 34). Selon Saint Thomas : « procéder à la répartition des biens communs appartient à celui-là seul qui a la charge de ces biens » (SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, IIA IIAE, Question 61, art. 1, solution 3) ; selon M. Sertillanges, la justice distributive est « *exercée par les chefs, ou par les particuliers en tant qu'ils acceptent l'action des chefs ou jouent eux-mêmes, à l'égard d'un groupe enclavé dans le premier, le rôle de chefs* » (SERTILLANGES R. P., *La philosophie morale de Saint Thomas d'Aquin*, T.III, pp. 176-177, cité par VIDAL L., *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 866).

<sup>469</sup> SERIAUX A., *op. cit.*, p. 26 : « la mesure qui sert de critère à la détermination du juste est, en elle-même, *antérieure à ses distributions. S'il fallait la qualifier d'un mot nous dirions qu'elle est éminemment politique* ».

<sup>470</sup> SAINT THOMAS, *op. cit.*, 61, art 1, sol 4 : « procéder à la répartition des biens communs appartient à celui-là seul qui a la charge de ces biens. *Les sujets à qui ils sont distribués n'en ont pas moins à pratiquer la justice distributive, en se montrant satisfaits si la répartition est juste* ».

## 2) La nature de l'équilibre poursuivi

**L'équilibre interpatrimonial.** Si la justice distributive se réalise par des rapports verticaux entre l'Etat et les citoyens, elle est finalisée par l'harmonie de la cité, laquelle dépend essentiellement de la qualité des rapports dits horizontaux. Or, au stade de la distribution, constitutive de l'ordre juridique<sup>471</sup>, la question de l'existence des « rapports » entre citoyens pose problème. En effet, chronologiquement et matériellement, aucun rapport juridique ou sunnallagma ne lie les citoyens entre eux. Or, faute de rapport, point *d'équilibre...*

A défaut de rapports de droit entre citoyens, existe en revanche un rapport entre leur patrimoine ou plus exactement une fraction de leur patrimoine<sup>472</sup>. En raison de la justice distributive, il existe, au sein de n'importe quel rapport entre deux patrimoines, une commune mesure, une proportion. L'existence ou l'absence de proportion dans le partage est source de satisfaction ou de contestation, lesquelles témoignent respectivement de la justice et de l'injustice. Bien que la juridicité de ce rapport interpatrimonial – tel qu'on pourrait le considérer aujourd'hui - fasse défaut, celui-ci est sans doute considéré pour Aristote comme un rapport de justice au sens de la justice générale<sup>473</sup>.

### *B) La fonction correctrice des déséquilibres de la justice commutative*

La seconde espèce de justice, la justice correctrice, vise à conserver ou à restaurer l'équilibre que la justice distributive avait posé. Elle trouve donc dans le déséquilibre sa « condition

---

<sup>471</sup> SERIAUX A., op. cit., p. 25.

<sup>472</sup> En effet, le patrimoine se compose non seulement des biens qui ont fait l'objet de distribution, mais également des biens détenus initialement en propre et dont la répartition ne relevait pas de la justice distributive. La fraction des patrimoines sont proportionnés puisque la somme des biens communs répartis entre tous égale le total des biens partagés.

<sup>473</sup> En ce sens, selon DEL VECCHIO G., *La justice – la vérité*, Paris : Dalloz, 1955, p. 46 : « et si Aristote lui-même n'a pas poussé encore plus loin l'analyse en ce sens, laissant ainsi aux ères successives la tâche d'accomplir la détermination des caractères distinctifs de la juridicité, cela dépend, au moins en partie, du fait que, dans son esprit, était encore présent l'autre concept, plus large, de la justice comme synonyme de vertu en général ».

essentielle<sup>474</sup> ». Contrairement à la justice distributive qui n'établit d'équilibre entre les citoyens que médiatement, la justice corrective a pour objet immédiat ces rapports.

**Le domaine de la justice corrective : les sunnallagma.** La justice dite corrective<sup>475</sup>, écrit Del Vecchio, « tend à faire en sorte que chacune des deux parties qui se rencontrent dans un rapport se trouve vis-à-vis de l'autre, dans une condition de parité, de sorte qu'aucune d'elles n'ait donné ni plus ni moins qu'elle n'a reçu<sup>476</sup> ». Cette justice vise, selon Aristote, la rectitude dans les « sunnallagma », terme peu usité à l'époque<sup>477</sup>, qu'on a pu traduire par « transaction », « relation », « opération », « affaire », « rapport », « commutations » etc<sup>478</sup>. Cependant, la plus précise semble être celle léguée par M. Villey : « transmutations de valeurs de patrimoine à patrimoine<sup>479</sup> ».

Les « valeurs » dont les transferts modifient la consistance des patrimoines ont toujours pour assiette les « biens extérieurs ». Toutefois, au contraire de la justice distributive réduite aux

---

<sup>474</sup> DESPOTOPOULOS C., « La notion de synallagma chez Aristote », Arch. phil. droit., n° 13, 1968, p. 122 ; CHANTEPIE G., La lésion, préf. VINEY G., Paris : LGDJ, 2006, p. 43 : « nommées synallagmata par Aristote, ces opérations réalisent un transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, qui doit être corrigé en retour afin de rétablir la situation initiale. Le développement des échanges entre individus est rendu possible par ce biais sans pour autant remettre en cause la distribution des richesses opérée entre les individus. C'est bien un rétablissement de l'ordre, une correction qui fonde ce rapport de justice ».

<sup>475</sup> Selon Michel Villey, la justice « corrective » semble être l'expression qui convienne le mieux à la pensée d'Aristote., (v. VILLEY M., La formation de la pensée juridique moderne, Paris : PUF, 2003, p. 82. V. égal. SERIAUX A., Le droit naturel, Paris : PUF, Coll. Que sais-je ?, 1999, p. 27). Elle est également communément appelée justice commutative depuis les scolastiques, et plus rarement, parificatrice ou synallagmatique (v. DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 44).

<sup>476</sup> DEL VECCHIO G., La justice – la vérité, Paris : Dalloz, 1955, p. 44.

<sup>477</sup> GAUDEMET J., CHEVREAU E., Droit privé romain, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2009, p. 254 : « son emploi n'est attesté qu'avec le pythagoricien Archita (fin Ve-début IVe siècle), qui entend par ce terme, d'une façon large, des rapports sociaux. Démosthène l'emploie. On ne le retrouve plus après Aristote ». Le terme sunnallagma est en effet marginal, comme le montre M. Germain dans la recherche de l'origine de la notion de contrat en Grèce, qui explique qu'à l'époque homérique, trois termes désignent l'accord : rhétra (parole), harmonia et synémosyné (rapprocher, être d'accord). Toutefois l'imprécision de ce vocabulaire empêche d'y reconnaître l'origine du contrat. Plus tard, quatre termes, rendent précisément compte de la notion de contrat : homologia qui signifie « langage concordant », « être d'accord » et qui est notamment utilisé par Thucydide lorsqu'il évoque les « conventions de guerre » ; le second terme symbola vise les conventions internationales ; le troisième sygraphai désigne la convention écrite et enfin, synthèkai est le terme le plus employé pour évoquer les contrats de droit privé (v. GERMAIN L. R. F., « Les origines helléniques du contrat », in, Etudes offertes à Pierre Kayser, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, t. 1, pp. 475-477). Après Aristote, le terme sunallagma semble disparaître avant d'être restauré par le juriste romain Labéon au début du Ier siècle après J.-C. Le terme est utilisé dans le cadre de son raisonnement qui vise à fonder l'acte du contractum sur l'échange de consentement et sur la réciprocité des obligations : « le cœur du paradigme Labéonien reposait en effet sur la réciprocité de la condition qui liait les sujets du contrat (...) Et pour lui donner plus de force encore, Labéon insérait un nouvel élément : la mention du synallagma (...) Il n'est pas douteux que derrière le caractère général de la référence se cachaient des rappels bien précis, connus des lecteurs du juriste : synallagma était un terme savant, qui n'était pas d'usage courant. C'est, en particulier, un renvoi direct à Aristote, au livre V de l'Éthique à Nicomaque » (v. SCHMIDLIN B., Droit romain privé, t. 1, Genève : Bruylant, 2008, p. 341).

<sup>478</sup> CHENEDE Fr., Les commutations en droit privé, Paris : Economica, 2008, p. 2.

<sup>479</sup> VILLEY M., Le droit et les droits de l'homme, p. 51.

biens communs, la justice corrective vise l'ensemble des biens composant les patrimoines des citoyens susceptibles de passer de l'un à l'autre<sup>480</sup>.

Les transmutations de valeurs peuvent être voulues ou subies. Préfigurant la *summa divisio* au cœur de la théorie des obligations, Aristote distingue en effet les commutations volontaires (*akousia*) et les commutations involontaires (*ekousia*), c'est-à-dire, respectivement, les échanges et les dommages. La notion de *sunnallagma* est donc très générale car elle englobe les relations contractuelles et les relations de nature délictuelle. Il ne faut cependant pas assimiler les *sunnallagma* aux obligations -inconnues d'Aristote<sup>481</sup>- car les *sunnallagma* réalisent un transfert alors qu'une obligation est la garantie d'un transfert futur, un crédit auquel le droit attache au profit du créancier, un pouvoir de contrainte sur son débiteur. Les *sunnallagma* sont plus exactement les actes par lesquels naissent ou s'éteignent les obligations que les obligations elles-mêmes.

Si les délits sont systématiquement générateurs de troubles de l'équilibre, les échanges sont seulement susceptibles de l'être. En effet, un échange, malgré le consentement des parties, peut troubler l'équilibre interpatrimonial si les choses échangées ne sont pas équivalentes. Afin de maintenir l'équilibre institué, la justice corrective suppose une règle pour mesurer l'équivalence sanctionnée par le juge.

#### 1) La prévention des déséquilibres lors des échanges volontaires

« Dans les commutations volontaires (contrats) », écrit M. Sériaux, « les parties élaborent *l'ensemble, d'un commun accord*, une nouvelle répartition de leurs biens réciproques : tout contrat s'analyse en une recherche conventionnelle d'un nouvel équilibre<sup>482</sup> ».

Afin de maintenir l'équilibre institué par la justice distributive malgré ces échanges synonymes de mouvement, la justice corrective présuppose une mesure initiale, une règle d'équivalence qu'on a pu qualifier de « justice contractuelle<sup>483</sup> ».

---

<sup>480</sup> V. DESPOTOPOULOS C., « La notion de *synallagma* chez Aristote », *Arch. phil. droit*, n° 13, 1968, p. 116.

<sup>481</sup> GERMAIN L. R. F., « Les origines helléniques du contrat », art. préc., p. 478 : « Aristote est loin de toute idée d'*obligation*. Sa notion de contrat situe celui-ci non pas dans le monde des obligations mais dans celui des transactions, sans idée de contrainte ».

<sup>482</sup> SERIAUX A., op. cit., p. 27.

**Evocation des échanges dans le livre 5 de l’Ethique à Nicomaque.** Comptant parmi les *sunnallagma*, les échanges volontaires sont mentionnés dans le chapitre 5 et comprennent la vente, l’achat, le prêt de consommation, le dépôt et la location<sup>484</sup>. Dans le chapitre 7, Aristote définit le juste correctif comme la médiété entre le « gain » perçu et la « perte » subie. Il précise que ces termes sont propres au langage des échanges. Il énonce à ce propos qu’un gain signifie avoir plus que sa part, une perte, avoir moins, et lorsque les parties reçoivent l’équivalent de ce qu’elles ont donné, elles obtiennent ce qui leur revient en propre. Il indique également que les gains et les pertes se produisent « *dans l’achat, la vente et toutes autres transactions laissées par la loi à la liberté des contractants*<sup>485</sup> ». Enfin, c’est principalement dans le chapitre 8, relatif d’une part à la distinction entre la justice et la réciprocité et d’autre part à l’utilité de la monnaie, qu’Aristote explicite les conditions des échanges volontaires.

**La réciprocité : nécessaire mais insuffisante à maintenir l’équilibre.** Aristote, nous l’avons déjà indiqué, conteste par principe l’assimilation de la justice à la réciprocité, « car souvent » dit-il « elles sont en désaccord ». La réciprocité (*antipeponthos*<sup>486</sup>) exprime l’idée de reconnaissance ou de châtement : un bien pour un bien, un mal pour un mal. Dans le cadre des échanges, Aristote refuse de voir la réciprocité comme pleinement constitutive de la justice. En effet, la réciprocité dans l’échange, en tant qu’action consistant à transférer une chose d’un patrimoine à un autre succédant, précédant ou simultanément au transfert inverse, provoque, certes, matériellement, l’échange mais ne garantit pas, in fine, l’équilibre du rapport. Si l’architecte délivre au cordonnier une maison, lequel en retour lui fournit une paire de chaussures, la réciprocité du transfert de biens n’exclut pas le rapport déséquilibré. Ce

---

<sup>483</sup> La justice contractuelle exige « *que le contrat ne détruise pas l’équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l’équivalent de ce qu’elle donne* » (GHESTIN J., « L’utile et le juste dans les contrats », D. 1982, p. 5).

<sup>484</sup> V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, chap. 5 : « une vente, un achat, un prêt de consommation, une caution, un prêt à usage, un dépôt, une location (ces actes sont dits volontaires parce que le fait qui est à l’origine de ces transactions est volontaire) ».

<sup>485</sup> ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, V, 7. De cette mention, M. Berthiau en conclut qu’Aristote ne prononce pas une condamnation de principe des gains et des pertes dans les échanges volontaires : « en fait, le statut de certains contrats est différent selon qu’il y a ou non permissivité de la loi par rapport à une certaine perte ou un certain gain, comme dans le contrat de vente par exemple » (v. BERTHIAU D., *Le principe d’égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX J.-L., Paris : LGDJ, 1999, n° 312, p. 172).

<sup>486</sup> DESPOTOPOULOS C., « La notion de *synallagma* chez Aristote », *Arch. phil. droit*, n° 13, 1968, p. 117 ; Strauss et Cropsey voyaient en celle-ci une troisième sorte de justice tout en reconnaissant que sa relation avec la justice correctrice était « obscure » (v. STRAUSS L., CROPSEY J., *Histoire de la philosophie politique*, Paris : PUF, 1999, p. 139).

défaut d'équivalence, ou lésion, provoque l'*inégalité de l'échange*<sup>487</sup> et emporte rupture de l'équilibre interpatrimonial constitué par la justice distributive.

La réciprocité dans les échanges s'avère donc insuffisante car elle ne porte que sur l'une des composantes de l'échange. En effet la réciprocité, assimilée au « transport » ou aux « déplacements » de valeurs simultanées entre deux patrimoines ne réalise la justice qu'au stade de l'exécution de l'échange et non au moment de sa formation. Autrement dit, la réciprocité procède du transport de matière, et non de *l'essence* de l'échange. La transmutation de valeurs pour ne pas altérer l'équilibre est alors conditionnée à l'équivalence des choses, laquelle constitue véritablement l'essence de l'échange. En d'autres termes, la réciprocité (*antipeponthos*) ne réalise la justice dans l'échange qu'à la condition d'être proportionnelle (*antipeponthos kat'analogon*)<sup>488</sup>.

**L'équivalence : condition de formation de l'échange.** La cité réunit des individus en communauté d'intérêts : chacun a intérêt à obtenir le produit du travail d'autrui. Puisque le cordonnier a besoin d'une maison comme l'architecte de chaussures, leur intérêt se trouve satisfait par l'échange mutuel. Néanmoins, la réciprocité consistant à donner une maison pour une paire de chaussures desservirait l'architecte, et conduirait à la disparition de sa profession. Donc, « il faut faire en sorte » dit Aristote « *que l'architecte reçoive du cordonnier le produit du travail de ce dernier, et lui donne en contrepartie son propre travail*<sup>489</sup> ».

Or, la difficulté inhérente au rapport d'échange relève d'une part de la différence objective entre les choses, constatée par leur incommensurabilité, et d'autre part, des différences entre les personnes, distinctes par leurs qualités et leurs besoins. Afin d'ordonner cette relation d'échange, il est nécessaire de recourir à la méthode de la proportionnalité géométrique, car, il s'agit une nouvelle fois d'égaliser deux rapports : « Il doit donc y avoir entre un architecte et un cordonnier le même rapport qu'entre un nombre déterminé de chaussures et une maison (ou telle quantité de nourriture), faute de quoi il n'y aura ni échange ni communauté d'intérêts ; et ce rapport ne pourra être établi que si entre les biens à échanger il existe une certaine égalité<sup>490</sup> ». En conséquence, l'égalité des biens dépend de la qualité et de la quantité de ceux-ci, c'est-à-dire de leurs valeurs respectives. La proportion géométrique mettant en relation les quatre termes que sont les parties et les choses se traduit en proportion

---

<sup>487</sup> V. CHANTEPIE G., th. préc., p. 38 et s.

<sup>488</sup> V. EUVRAD J.-L., « Aristote », in, CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004.

<sup>489</sup> ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, V, 8.

<sup>490</sup> Ibidem.

arithmétique par le truchement de la valeur. Il faut que le cordonnier donnât un nombre de chaussures à l'architecte tel que la valeur de celles-ci fût égale à la valeur de la maison. A cet égard, la monnaie est, outre son caractère pratique, particulièrement expédiente. D'une part, elle permet au producteur de fixer avant tout échange la valeur de son bien, non pas en fonction d'autres biens, mais relativement au travail fourni et à ses besoins<sup>491</sup>. D'autre part, elle est médiatrice<sup>492</sup>, puisqu'elle rend commensurables les choses entre elles.

En résumé, l'échange de nature à conserver l'équilibre de la relation suppose trois phases successives. La première consiste pour chaque individu à évaluer personnellement son bien selon la valeur d'usage et non la valeur d'échange<sup>493</sup>. La seconde étape dite de formation, vise à corrélérer, en proportion, les choses avec les personnes, ce qui se traduit pour les parties à trouver l'équivalence des prestations ou des choses objet de l'échange. Enfin, la dernière étape est l'exécution, le transfert réciproque des choses. L'équivalence et la réciprocité garantissent que les transmutations, bien qu'elles soient de nature à modifier la composition des patrimoines sans pour autant les diminuer ou les augmenter, n'altèrent pas l'équilibre dans les relations entre les citoyens. Au terme des relations d'échanges, les individus se trouvent en principe placés les uns par rapports aux autres tels qu'ils l'étaient à la suite du partage des biens communs.

## 2) La correction judiciaire des déséquilibres

Le juge –qui acquiert avec Aristote un rôle primordial dans la cité<sup>494</sup>- intervient suite à une contestation, pour pallier les troubles au sein des rapports entre citoyens<sup>495</sup>. Ces troubles ont

---

<sup>491</sup> V. ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE J., Paris : Librairie Générale Française, 1992, V, 8. Selon BENOIST J., « Aristote », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, n° 3 : « l'homme est un être de besoins, et c'est en fonction des besoins du cordonnier, de l'architecte, etc., à chaque fois suivant sa nature, que la denrée revêt telle ou telle valeur, qui sera quantifiée d'une façon qui peut être mise en regard de n'importe quelle autre valeur de façon préalable à l'échange. La puissance égalisatrice de l'argent vient après ».

<sup>492</sup> V. ROMEYER-DHERBEY G., « Chose, cause et œuvre chez Aristote », *Arch. phil. droit*, n° 24, 1979, p. 135.

<sup>493</sup> Cela doit être réalisé au moment où chacun est encore en possession de la chose, avant l'échange de manière donc objective, afin d'éviter que l'intrusion de l'élément subjectif d'appréciation des parties ne perturbe l'établissement de l'égalité proportionnelle.

<sup>494</sup> DESPOTOPOULOS C., « La notion de synallagma chez Aristote », *Arch. phil. droit.*, n° 13, 1968, p. 127 : « cette doctrine, par ailleurs, sur les conditions et l'objet de l'intervention du juge dans le domaine du juste correctif a le grand mérite de mettre en relief la place de la fonction judiciaire dans le système du droit : Le 'déséquilibre' entre les situations des hommes relativement à leurs 'biens extérieurs' causé par un synallagma, engendre une obligation à le réparer, relevant du droit correctif, espèce du 'droit particulier' ; la

pour cause soit, un rapport voulu, soit un rapport subi. Le juge, comme l'indiquent tous les commentateurs du livre V, a pour office de corriger le « déséquilibre » ou de « rétablir l'équilibre<sup>496</sup> ».

**Dualité de cause de déséquilibre.** Les troubles affectant l'équilibre institué et justifiant l'intervention correctrice du juge trouvent leur cause tantôt dans les échanges lésionnaires, tantôt dans les dommages. Suivant l'interprétation de Thomas d'Aquin et sa théorie du juste prix<sup>497</sup>, il est généralement admis que le juge a le devoir de corriger les échanges inégaux. Quant aux échanges involontaires, consistant en délits et dommages causés contre les personnes ou leurs biens, ils constituent le déséquilibre par excellence<sup>498</sup> auquel doit nécessairement remédier le juge.

**Identité du moyen de rééquilibrage: la compensation.** Au stade de la correction, la différence de source de commutations n'emporte aucune différence de régime. En effet, le dommage comme le contrat lésionnaire produit de manière similaire une altération de l'équilibre qu'il s'agit de rétablir par une compensation. La méthode consiste dans un premier temps à identifier et à évaluer dans chacun des patrimoines, le trop perçu ou la perte subie en fonction d'un moyen terme et, dans un second temps, de retrancher du patrimoine enrichi ce qui excède cette moyenne afin de le transférer, par une commutation, au patrimoine appauvri, et ce, indépendamment de la qualité des personnes.

---

' contestation ' sur l'existence de ce déséquilibre et sur cette obligation de juste correctif met en œuvre le juge, organe de la fonction judiciaire. Il s'agit d'un apport d'Aristote, très précieux, à la théorie générale du droit ».

<sup>495</sup> Cela étant, les citoyens peuvent également corriger eux-mêmes le déséquilibre de leur rapport, le juge n'intervient que lorsqu'il est sollicité, v. DESPOTOPOULOS C., « La notion de synallagma chez Aristote », Arch. phil. droit, n° 13, 1968, p. 127.

<sup>496</sup> V. parmi de nombreux exemples, VILLEY M., Philosophie du droit, p. 59 ; BENOIST J., « Aristote », art. préc., n° 4 ; DIJON X., Droit naturel, t. 1, les questions du droit, Paris : PUF, 1998, p. 339-340 ; FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, t.1, Contrat et engagement unilatéral, 3<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2002, p. 11 ; DESPOTOPOULOS C., « La notion de synallagma chez Aristote », art. préc., p. 120 ; CHANTEPIE G., th. préc., p. 30, note infrapaginale n° 34 ; LEPAGE H., Pourquoi la propriété, Paris : Hachette, 1985, p. 110.

<sup>497</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, Somme Théologique, IIa IIae – la morale prise en détail, question 61 – la distinction entre justice commutative et justice distributive, art. 4 : « de même encore, dans les échanges volontaires, la parfaite égalité ne serait pas réalisée toujours si quelqu'un transmettait son bien en retour du bien d'autrui parce que ce bien peut être plus considérable que le sien. Et c'est pourquoi il faut, dans tous les échanges, que ce que l'on reçoit soit égal, suivant une mesure proportionnelle, à ce que l'on a donné. La monnaie a été inventée à cette fin. Ainsi, la réciprocité est un principe exact de justice commutative ».

<sup>498</sup> SERIAUX A., op. cit., pp. 27-28 : « dans les commutations involontaires (délits, quasi-délits), la juxtaposition –l'équilibre- passive (et paisible) entre les personnes est rompue d'emblée contre le gré de l'une d'entre elles : un rééquilibrage doit s'ensuivre qui incombe à l'auteur de la lésion des biens d'autrui, lequel se voit ainsi imposé à son tour contre son gré de restituer le bien accaparé indûment, ou un équivalent ».

La justice corrective vise proprement « à corriger le déséquilibre », « à restaurer l'équilibre rompu », mais il s'agit moins de replacer les parties dans la situation antérieure à la cause de déséquilibre –simple conséquence–, que de recouvrer l'équilibre instauré par la justice distributive. Si la justice corrective est effectivement subsidiaire<sup>499</sup> car réduite à se conformer à ce que la justice distributive avait disposé, elle est néanmoins absolument nécessaire pour maintenir les équilibres institués par la justice distributive au cours du temps.

## Conclusion de la section deux

Si la pensée juridique d'Aristote repose fondamentalement sur l'idée d'équilibre, aucun terme ne peut prétendre à être le support de celle-ci. Il faut donc avoir recours au concept d'équilibre pour interpréter les réflexions du Stagirite. L'équilibre désigne la qualité du rapport entre deux citoyens relativement à des biens extérieurs. La finalité du droit consiste à réaliser cet équilibre, initialement en procédant à un partage égal des biens communs (c'est-à-dire en proportion du mérite), ensuite en maintenant cet équilibre à travers l'équivalence dans les échanges volontaires, et, si nécessaire, la correction des échanges qui appauvrissent un patrimoine au profit d'un autre.

## Conclusion du premier chapitre.

Soutenir que l'idée équilibre est prégnante dans la philosophie grecque en générale et la philosophie du droit aristotélicienne en particulier n'aurait rien de très original. Les notions d'« harmonie », d'« égalité », de « proportion », de « réciprocité », de « juste milieu » employées par les philosophes grecs suggèrent que leur mode de pensée était gouverné par la quête de l'équilibre. Sur ce point, nous n'avons rien apporté de neuf.

Il est plus étonnant de constater que les grecs n'avaient pas de mot équivalant à notre terme d'« équilibre ». Les présocratiques employaient la notion d'« isonomie » qui s'est ensuite confondue avec le régime démocratique et l'égalité stricte. Les pythagoriciens utilisaient la notion d'« antipeponthos » qui semble plutôt correspondre à l'idée de réciprocité. Enfin, occasionnellement était utilisée, à titre de métaphore, la notion d'« isorropos » (balance). Ces trois termes sont souvent traduits par le mot « équilibre » par les traducteurs ou par les

---

<sup>499</sup> VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, p. 120.

commentateurs. Le terme « équilibre » est encore employé par les commentateurs de Platon et d'Aristote pour analyser leurs pensées alors qu'aucun des deux philosophes n'utilisaient de terme pouvant se rapporter strictement à l'idée d'équilibre (d'où notre recours au concept d'équilibre). En définitive, cela signifie qu'un même mot (« équilibre ») est utilisé pour traduire ou rendre compte des termes ou des idées qui, d'une part, ne présentent aucunement un caractère d'identité, et, d'autre part, entretiennent des rapports partiellement conflictuels. Ainsi, la philosophie de Platon veut mettre à mal l'isonomie des présocratiques et des démocrates, la philosophie du droit d'Aristote veut compléter l'« antipeponthos », renverser la pensée de Platon (ramener les Essences dans les choses) et amender l'isonomie (la stricte égalité étant créatrice d'injustice). Autrement dit, l'usage du même mot pour rendre compte de la pensée des différents penseurs grecs laisse accroire à l'unité ou la continuité des idées alors que celles-ci entretiennent le plus souvent des rapports conflictuels. L'emploi systématique du terme « équilibre » nie les nuances dans les conceptions de l'équilibre de chaque philosophe et tend à harmoniser voire à faire disparaître les conflits entre eux.

Attachés à la recherche du support de l'idée d'équilibre dans la philosophie du droit antique, nous en sommes arrivés à la conclusion qu'Aristote, réputé pour avoir plus que quiconque parmi ses pairs identifié le droit, n'employait pas de terme que l'on pourrait traduire par « équilibre ». Cette absence s'explique par l'indisponibilité des termes traditionnellement employés pour exprimer l'équilibre (« isonomie », « antipeponthos »). Pour pouvoir parler d'équilibre chez Aristote, nous avons donc eu recours au concept, donc à la fiction. En ce sens, l'équilibre chez Aristote serait la fin du droit. La forme finalisée du droit se présente, en d'autres termes, un équilibre, celui dans le rapport entre deux citoyens relativement à des biens extérieurs. Dans le cadre de la cité, la bipartition de la justice (distributive et commutative) s'explique à partir de la nécessité de constituer ab initio des équilibres (grâce au juste partage des biens communs) et de la nécessité de les conserver (grâce à l'exigence d'équivalence dans les échanges volontaires et à la justice correctrice pour les échanges volontaires et involontaires).

Notons que le recours à la démarche conceptuelle n'est pas un aveu d'échec de la méthode analytique ou nominaliste car il ne s'agissait pas, dans ce premier chapitre, d'analyser un *discours de l'équilibre* (quand bien même nous en avons rencontrés) mais de rechercher les ressources extra-juridiques qui ont servi à nourrir un discours juridique de l'équilibre, c'est-à-dire, un discours formulé dans le cadre du droit ou de la science du droit.

Les idées d'Aristote, voire les mots qu'il employait<sup>500</sup>, se sont diffusés notamment à Rome où elles furent mises, comme nous le verrons, à profit<sup>501</sup>. A priori, il n'y a rien de novateur ici. Il est notoire, notamment grâce aux travaux de Del Vecchio<sup>502</sup> et Villey, que la pensée juridique hellène a pénétré le droit romain. Toutefois l'angle choisi nous permettra peut-être d'envisager ce phénomène autrement. En effet, il s'agira de montrer spécifiquement que le discours juridique de l'équilibre (« *aequum* ») a été rendu possible grâce à la conception de l'équilibre et de l'égalité issue de la philosophie du droit grecque et plus exactement celle d'Aristote exprimée par la bipartition de la justice (distributive et commutative).

---

<sup>500</sup> Encore que « selon une hypothèse bien connue, la racine –eik- [d'*epieikeia*] se retrouve dans *aequum* » (SCHIAVONE A., *Ius L'invention du droit en occident*, trad. BOUFFARTIGUE G. et J., Paris : Belin, 2008, p. 314).

<sup>501</sup> TRIGEAUD J.-M., *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux : Biere, 1985, t. 1, p. 55 : « le droit romain se situe dans la continuité des idées aristotéliennes ».

<sup>502</sup> V. par exemple, DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, p. 534 et s.

## Chapitre 2 : Le discours de l'équilibre à Rome (*aequum*, *aequitas*)

« Il nous semble qu'à toute époque les systèmes philosophiques retentissent sur la vie du droit sur d'autres modes que des citations littérales<sup>503</sup> »

M. Villey

Après avoir pris connaissance dans le chapitre précédent des manifestations de l'idée d'équilibre dans la philosophie du droit grecque, il s'agit désormais de nous intéresser véritablement au discours de l'équilibre c'est-à-dire à la signification des termes, à travers les fonctions qui leurs sont assignées, exprimant cette idée. C'est à Rome qu'il est possible d'identifier un tel discours, deux pour être exact.

A l'origine, le droit romain, comme tout droit archaïque, se caractérise par un formalisme strict. Ce formalisme, générateur de sécurité sociale, se révèle, avec l'évolution des conditions socio-économiques de Rome, problématique. Pour dépasser, le droit strict, les préteurs et jurisconsultes, influencés par la philosophie du droit grecque, ont recours à une représentation nouvelle et alternative du droit, concurrente de celle qui ressort du droit formel (*ius civile*) et qui est désignée sous le nom d'« *aequum* » traduisible, notamment, par « *l'équilibré* » (section 1). Bien plus tard, lorsque Rome s'apprête à devenir l'empire que l'on connaît, la notion d'« *aequum* », devenue moins utile qu'à l'époque de sa formation, est réhabilitée sous la forme de l'« *aequitas* » afin de servir à fonder le droit romain sur le droit naturel (section 2).

---

<sup>503</sup> VILLEY M., « Préface », in, KANT E., *Doctrines du droit*, intro. et trad. A. PHILONENKO, Paris : Vrin, 1971, p. 8.

## Section 1: Le discours de l'aequum

Avant de nous intéresser aux fonctions du discours de l'aequum (II), nous examinerons ses conditions de formation (I).

### I) La formation de la notion d'aequum

L'apparition de la notion d'« aequum » (C) représente une réaction contre le formalisme du ius civile (B). Pour comprendre ce dernier caractère, il convient de revenir sur la formation du ius civile (A).

#### A) *La formation du ius civile*

Le droit romain résulte de la rencontre d'un droit archaïque extrêmement formaliste (1) et d'une réaction politique destinée à calmer les revendications sociales égalitaristes (2). Cette réaction politique, inspirée par l'isonomie grecque, a toutefois produit des effets imprévisibles : la naissance d'un droit complexe, précis et cohérent : le ius civile (3).

#### 1) Le droit romain archaïque

Nous allons présenter quelques éléments caractéristiques du droit romain archaïque. Leur exposition nous permettra de mieux appréhender les causes de formation de l'aequum.

**Le formalisme du droit archaïque.** A l'époque des rois légendaires de la Rome archaïque et notamment durant la période étrusque<sup>504</sup> (VIe siècle avant J.-C.), les individus appartiennent à des familles, elles-mêmes réunies en gens<sup>505</sup>. A la tête de chacune d'entre elles, règne le pater

---

<sup>504</sup> Peuple d'Orient venu conquérir Rome, les étrusques ont véritablement métamorphosé Rome. A partir de 620 jusqu'à la fin du VIe siècle av. J.-C., la royauté étrusque, en imposant de nouvelles structures urbaines (travaux d'embellissement, égouts...), fait de Rome une ville dont les développements techniques et démographique sont considérables, v. ROBAYE R., *Le droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 16 ; BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, 3e éd., Paris : Armand Collin, 1998, p. 23.

<sup>505</sup> V. GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 10 : « famille et gens constituent deux groupes de personnes de caractères différents. La famille repose sur le mariage, qui crée

familias, lequel, en tant que quirite<sup>506</sup>, est seul titulaire de prérogatives d'ordre public<sup>507</sup> et de prérogatives d'ordre privé opposables à tous et garantis par l'ensemble des citoyens, telles que la liberté, la propriété<sup>508</sup> et la patria potestas<sup>509</sup>.

La société romaine est réglementée et organisée selon un ensemble de prescriptions et d'institutions dont les sources sont pour la plupart reliées au sacré et au surnaturel<sup>510</sup>. Ce droit archaïque, assurant les conditions de vie en société, est constitué du ius quiritium<sup>511</sup>, des lois<sup>512</sup>, des coutumes (mores<sup>513</sup>) et de la religion (fas<sup>514</sup>).

---

le couple, génère, instaure des « degrés » de parenté (descendants, collatéraux). Même nombreuse, elle reste un groupe restreint. Il en va différemment de la gens, dont les membres constituent un groupe « sans degrés ». Ses membres (mâles) sont égaux entre eux. La gens constitue un groupe important ».

<sup>506</sup> Quirite est synonyme de citoyen. A l'origine, les Quirites constituaient une petite société traditionnelle installée dans la région du Latium, v. ROBAYE R., *Le droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 13.

<sup>507</sup> Siéger au Sénat par exemple. Sur les institutions publiques de cette période, v. ROBAYE R., op. cit., p. 16 ; BORDET M., op. cit., p. 24 ; GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, p. 135.

<sup>508</sup> A l'origine, ce qu'on désigne par propriété recouvre deux idées connexes : celle de maîtrise et celle d'appartenance. Maîtrise et appartenance ont pour sujet le paterfamilias et pour objet le patrimoine de la gens, composé essentiellement de la familia, personnes soumises à l'obéissance et à la disposition du pater – esclave et individus libres-, et de la pecunia, le cheptel de la tribu. Les terres dans le droit archaïque ne font pas encore l'objet d'appropriation mais servent de limites à la puissance paternelle (v. BREGI J.-F., *Droit romain – Les biens et la propriété*, Paris : Ellipses, 2009, p. 33). Cette maîtrise se manifeste par le pouvoir de disposer de certains éléments composant le patrimoine (res Mancipi) au travers du Mancipium : « le Mancipium sur les êtres humains et sur les animaux utilisés dans l'exploitation agricole est une puissance de commandement, une sorte d'imperium dans la sphère de la vie privée. Le Mancipium sur les terres, quant à lui, délimite la sphère dans laquelle s'exerce le pouvoir du paterfamilias. Avant d'être une notion d'ordre patrimonial, le Mancipium est d'ordre potestatif ». L'idée d'appartenance, quant à elle, s'exprime par l'expression meum esse suivie de ex iure Quiritium, qui signifie « cela est à moi selon le droit des citoyens » et qui est employée lors des procès en revendications. Le meum esse recouvre un ensemble de biens plus large que celui couvert par le Mancipium, il englobe indifféremment les res Mancipi et les res nec Mancipi, *toutefois il ne s'applique pas aux personnes libres qui sont soumises à la puissance du paterfamilias* » (ROBAYE R., « Du 'dominium ex iure Quiritium' à la propriété du Code civil des Français », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, XLIV, 1997, p. 322).

<sup>509</sup> La patria potestas représente l'autorité du chef de famille. Elle constitue l'ensemble des pouvoirs que celui-ci détient et exerce sur les membres de la famille. La patria potestas lui confère notamment le droit de vie et de mort absolu et arbitraire sur ses enfants, le droit de les vendre ou de les abandonner (v. GAUDEMET J., CHEVREAU E., op. cit., p. 7 ; MAGDELAIN A., « Le ius archaïque », in, *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, t. 98, n° 1, 1986, p. 281).

<sup>510</sup> V. MAGDELAIN A., « Le ius archaïque », art. préc., p. 296.

<sup>511</sup> Concernant l'étymologie du mot ius, plusieurs hypothèses sont avancées. On a pu dire qu'il désignait à l'origine « l'aire, la zone d'action ou de prétention maxima résultant de la définition naturelle d'un individu ou groupe » (TERRE Fr., SEVE R., « Droit », *Arch. phil. droit.*, n° 35, 1990, p. 43). On cite fréquemment l'origine indo-iraniennne : yaos et yaus (ou yos) qui signifieraient « rite » (en ce sens, v. : SCHIAVONE A., *Ius, L'invention du droit en occident*, trad. G. et J. Bouffartigue, Paris : Belin, 2008, p. 71 ; DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Paris : L'Hermès, 4<sup>e</sup> éd., 1998, p. 13 ; SENN F., *De la justice et du droit*, Paris : Sirey, 1927, p. 25, note 1. Pour plus de détails, v. DUMEZYL G., *Idées romaines*, Paris : Gallimard, 1969, pp. 31-41). Yos a aussi été rattaché aux souhaits de « prospérité, bonheur, santé » conférés par les dieux (MAGDELAIN A., « Le ius archaïque », art. préc., p. 306). On évoque enfin l'origine sanskrite : ius viendrait de yuti, « accord », du verbe yu « joindre » ou « lier » (en ce sens, v. : IHERING R., *L'esprit du droit romain*, trad. DE MEULENAERE O., Bologne : Forni, 1969, p. 219 ; CHAVEE H. J., *Essai d'étymologie philosophique*, Bruxelles : Meline Cans et Compagnie, 1844, p. 170 ; MOMMSEN T., *Le droit public romain*, Paris : Thorin, 1889, trad. GIRARD F., T. 6, 1<sup>e</sup> partie, pp. 352-353).

Étymologiquement, quirites proviendrait de Quirinus, le dieu du corps civique (en ce sens, v. : MAGDELAIN A., « Le ius archaïque », art. préc., p. 281 ; BRISSON J.-P., « Quirinus », *Encyclopaedia Universalis*), à moins que le

Bien qu'étant par essence sacré voire surnaturel, ce droit archaïque, « éminemment analytique<sup>515</sup> » a une assise ferme dans la réalité des rapports sociaux<sup>516</sup> et fonctionne selon un formalisme élaboré<sup>517</sup> exclusif de toute abstraction théorique ou principe directeur<sup>518</sup>. Ces normes se présentent sous la forme d'un ensemble de rites et formules mêlant gestes et paroles<sup>519</sup>, auquel les citoyens désireux d'en tirer bénéfice, doivent impérativement se

---

mot quirites ait pour origine curia désignant les membres des curies (en ce sens, : DAREMBERG C., SAGLIO E., Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines, Paris : Hachette, 1873-1874, v. « Jus » ; MOMMSEN T., Le droit public romain, Paris : Thorin, 1889, trad. GIRARD F., t. 6, 1<sup>e</sup> partie, pp. 3-4).

<sup>512</sup> Sur la question controversée de l'existence de lois royales (leges regiae), v. GAUDEMET J., op. cit., pp. 224-225.

<sup>513</sup> Mores vient de mos qu'on traduit par « habitude », « coutume », « mœurs » (SCHIAVONE A., op. cit., p. 68). Les anciennes coutumes de Rome, les mores majorum, se rapportaient à la religion et aux cérémonies, avant de prendre un caractère social pour s'appliquer à certaines pratiques privées et publiques. Dans le domaine matrimonial par exemple, la coutume interdit le mariage entre parents. Dans le domaine publique, la coutume interdit aux femmes et aux esclaves de remplir une fonction civile (DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Mores »). La nature des coutumes se distingue en fonction du groupe social dont elles émanent : famille, gens, ethnies ou marchands (v. ROBAYE R., op. cit., p. 38). Leur transgression n'était sanctionnée que par le blâme de l'opinion publique ce qui constituait néanmoins « un moyen de pression particulièrement efficace » (OURLIAC P., MALAFOSSE J. (de), Histoire du droit privé, t.1, Les obligations, Paris : PUF, 1961, p. 5).

<sup>514</sup> Le fas se définit comme le droit sacré. Le pontife est l'intermédiaire qui interprète le droit érigé par les dieux pour régir les activités humaines ; c'est un droit imposé, vertical, par opposition au ius, droit horizontal et construit (v. PICHONNAZ P., Les fondements romains du droit privé, Genève : Schulthess, 2008, pp. 17-19). Sur les rapports entre ius et fas, Huvelin expliquait qu'à l'origine, il n'existe pas « de séparation primordiale entre le droit sacré et le droit privé. C'est à une origine commune bien plutôt qu'à une extension abusive du langage juridique qu'on doit rattacher l'identité souvent frappante de leur terminologie. Plus tard seulement, lorsque l'organisme social se fût développé, la sanction du ius vint, sur certains points, renforcer celle du fas, et peu à peu se substituer à elle : et alors seulement le fossé se creusa entre le droit sacré et le droit privé » (HUVELIN P., « Les tablettes magiques et le droit romain », in, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, Paris : Sirey, 1929, p. 270).

<sup>515</sup> WEBER M., Sociologie du droit, préf. RAYNAUD Ph., introd. et trad. GROSCLAUDE J., Paris : PUF, 1986, p. 155.

<sup>516</sup> En ce sens, v. DUBOUCHET P., op. cit., p. 13 : « Si à Rome la plus ancienne forme de droit porte encore la marque de la religion (le rôle du « pontife-jurisconsulte » étant de relier le justiciable à la divinité), à la différence de ce qui se passe dans la plupart des autres peuples antiques, le Droit ne procède pas du charisme d'un prophète, mais de la pratique, des rapports humains quotidiens » ; v. égal. VILLEY M., Le droit romain, Paris : PUF, 2002, p. 10 et s.

<sup>517</sup> V. GRANDAZZI A., Les origines de Rome, Paris : PUF 2003, pp. 104-105 : « la recherche de l'exactitude la plus grande dans les énoncés, un rigoureux formalisme, la fréquence des impératifs, un net conservatisme sémantique : autant de caractéristiques de la prescription religieuse, qui ensuite, une fois venus les temps de la cité, aideront le droit et son langage à naître ».

<sup>518</sup> V. VILLEY M., op. cit., p. 9 : « Ce faible développement de la théorie juridique s'explique fort bien, en une époque d'inculture. Des hommes encore presque illettrés, comme sont les anciens Romains, seraient bien incapables de prendre nettement conscience des principes directeurs de leur ordre social ; à plus forte raison, d'en faire un exposé systématique. S'ils forment déjà un peuple habile dans l'art juridique, si les bases du droit moderne existent déjà chez eux, c'est uniquement en pratique. Toujours, la pratique du droit a précédé la théorie. La justice romaine fonctionne, ce qui peut nous paraître étrange, sans posséder pour guide aucune œuvre législative bien développée ; et cependant d'une façon sûre ».

<sup>519</sup> Pour transférer d'un propriétaire à l'acquéreur une res Mancipi telle qu'un cheval dressé, il fallait procéder à la mancipation, cérémonie publique, exclusivement masculine, qui suppose la présence du libripens, le porteur de balance, et d'au moins cinq témoins majeurs, tous citoyens romains (v. BREGI J.-F., Droit romain – Les biens et la propriété, Paris : Ellipses, 2009, p. 53). En cas de revendication, Villey rapporte cet exemple donné par Gaius : « s'il s'agit par exemple d'un propriétaire qui veut reprendre son esclave à un voleur, il faut qu'il amène l'esclave au tribunal, et posant sur sa tête une baguette, en signe de propriété, qu'il prononce une longue formule

soumettre. Le ritualisme s'avère foncièrement vital à la société romaine : la reproduction des formes, le caractère systématique et l'entière prévisibilité des effets produits par le geste accompli et la parole prononcée, inspirent sécurité aux individus dans leur quotidien, ce qui concourt au bon ordre social<sup>520</sup>. C'est selon ce mode excessivement formaliste et, à bien des égards singulier en comparaison de la culture hellène<sup>521</sup>, que les romains ont réuni les conditions de pérennité de leur société<sup>522</sup>.

**Les premiers acteurs du droit : les pontifes.** Comme « *il n'y avait de paix, théologique ou sociale, que dans l'accomplissement du rite*<sup>523</sup> », le contrôle de celui-ci était assigné aux 'faiseurs de pont', les « pontifes »<sup>524</sup>. Juridiquement, leurs rôles étaient multiples. Ils présidaient au règlement des litiges au jour qu'ils fixent<sup>525</sup>, ils vérifiaient le respect des legis actiones<sup>526</sup>, les formules prononcées par les parties ; ils interprétaient les règles en vigueur et créaient de nouvelles formules ; enfin, ils conservaient secrètement et exclusivement la connaissance du droit<sup>527</sup>.

---

dont voici l'essentiel : « Je dis que cet esclave est mien, en vertu du droit quiritaire » (VILLEY M., *Le droit romain*, Paris : PUF, 2002, p. 9).

<sup>520</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., pp. 69-71.

<sup>521</sup> En ce sens, SCHIAVONE A., op. cit., p. 68 : « *au lieu d'une extraordinaire fantaisie mythologique, puis cosmogonique, d'où germait, à partir du VI<sup>e</sup> siècle, le premier grand savoir spéculatif de l'Occident – d'Héraclite à Parménide jusqu'à Platon- il y a dans le cas de Rome un type de transfiguration de la réalité où l'invention théologique et l'imagination animiste étaient totalement dominées par la conception et la mise en scène d'un cortège infini de divinité et de rituels* ».

<sup>522</sup> L'hypothèse d'Aldo Schiavone pour expliquer la réceptivité des romains à ce ritualisme exacerbé, est que les rituels renforçaient la cohésion et la structure sociales. D'une part, l'observance des rites « donnait confiance et équilibre à la communauté » ; d'autre part, elle était peut-être la réaction des romains à la crainte que leur inspiraient les étrangers : « *aussi peut-on considérer l'explosion de l'obsession ritualiste et systémique comme une réponse stabilisante au besoin d'exorciser le danger- perçu comme dévastateur- de la violence et du chaos qui non seulement cernaient la communauté, mais pouvaient à chaque moment la pénétrer : l'ordre du rituel, contre la force écrasante et toujours menaçante de la désagrégation* », v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 70.

<sup>523</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 80.

<sup>524</sup> GRIMAL P., « Rome et Empire romain, la religion romaine », *Encyclopaedia Universalis* : « le nom de pontife (pontifex "faiseur de pont") reste obscur, en dépit de son étymologie transparente ; de quels ponts s'agit-il ? Peut-être des "chemins de la prière", entre le peuple et ses dieux ? ».

<sup>525</sup> Les pontifes conservent secrètement le calendrier, si bien qu'ils déterminent les jours fastes (dies fasti) où il est permis d'agir (DAREMBERG C., SAGLIO E (dir.), op. cit., v. « Juisconsulti, I »).

<sup>526</sup> SCHMIDLIN B., *Droit romain privé*, t. 1, Genève, Bruylant, 2008, p. 40-41 : « *S'il est vrai que ces actions sont liées à la loi des Douze Tables ou à certaines lois comme la lex Silia et la lex Calpurnia (...) qui les ont confirmées ou créées, le sens originel de legis actiones provient cependant d'une autre particularité : elles sont liées, explique le juriste Pomponius, à des actes et des formules solennels et stricts que les pontifes, les premiers juristes, avaient composés (...) Ces actions étaient légales dans le sens que les lois prévoyaient les cadres de leur application (causa agendi). Mais elles étaient aussi légales en un sens plus primitif exigeant que tout acte procédural soit soumis à un formalisme oral et gestuel strict (modus agendi) qui permettait d'écarter tout dérapage insensé des parties* ».

<sup>527</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 79 : « ils sont les détenteurs du savoir de la communauté, les dépositaires et les interprètes de ses réserves de connaissances les plus importantes ».

**Distinction précoce entre privé et public.** A l'époque archaïque, la réglementation des rapports entre les personnes ne procède pas encore de la loi<sup>528</sup> et demeure, compte tenu de la forte propension à la justice privée<sup>529</sup> et du poids de la coutume, relativement indépendante du pouvoir royal<sup>530</sup>. L'autonomie du droit vis-à-vis du pouvoir étatique se réduira car, à partir de la loi des XII tables, la société sera soumise partiellement aux règles édictées par l'autorité publique et centrale, avant d'être totalement régie par les lois de l'Empire<sup>531</sup>. Il n'empêche que le sillon de cette expérience est profond et contribuera à maintenir séparé, jusqu'à dans ces modes de formation, ce qui relève du privé, soumis aux droits jurisprudentiel et prétorien et ce qui relève du public réglementé par la loi<sup>532</sup>.

Les romains posèrent ainsi les conditions de coexistence des deux ordres<sup>533</sup>. Cette structure a pour objet « *d'une part, d'assurer aux citoyens le maximum de liberté dans leurs rapports avec leurs semblables et de protéger leurs propriétés contre les empiètements de l'Etat, d'autre part de ne pas fausser les institutions politiques établies dans l'intérêt de tous en les traitant comme des institutions familiales*<sup>534</sup> ». Cette frontière entre le privé et le public,

---

<sup>528</sup> D'où la formule de M. Grimal : à Rome « le droit préexiste à la loi », GRIMAL P., *La civilisation romaine*, Paris : Flammarion, 2009, p. 133.

<sup>529</sup> Les rapports paritaires entre chefs de famille constituent le terreau duquel naquit le *ius* : « un champ que la mentalité romaine n'identifiera jamais complètement avec les pouvoirs du roi, pour le réserver à l'action en quelque sorte souveraine des patres, qui ne dépendaient directement que des liens religieux, lesquels ne coïncidaient pas avec la sphère de la royauté : le germe originel – le noyau génératif – de l'ordonnement autonome d'une trame « privée » de la vie communautaire, où sont élaborés les présupposés familiaux et patrimoniaux de la citoyenneté, irréductiblement distinct de l'ordre politique », v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 66.

<sup>530</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 68 : « le cas romain a réalisé une singularité tout à fait incontestable. Il sera le seul de tout le monde antique où la production de règles de comportement social – la création de *ius* au sens encore archaïque du mot – quand elle commencera à se détacher de façon encore plus affirmée de la sphère religieuse, ne s'intégrera pas dans le modèle de la politique et de la loi, comme en Grèce, où la présence de la législation en tant que règlement politique allait devenir très vite le signe de laïcisation complète de la société citadine. Elle restera au contraire dans les mains d'un cercle restreint de savants, qui construiront autour d'elle une connaissance technique et exclusive, assez vite distincte de l'expérience religieuse comme de la vie politique ».

<sup>531</sup> JESTAZ P., « Les sources du droit : un déplacement d'un pôle à l'autre », *Revue générale de droit*, n° 27, 1996, p. 9.

<sup>532</sup> Cette distinction sera exprimée à l'époque tardo-républicaine par Cicéron, dans les partitions oratoires, où il distingue le droit public du droit privé en fonction de leur « source » : le droit public écrit trouve son origine dans la loi, dans le sénatus-consulte, dans le traité et le droit privé dans les actes passés par des personnes privées (v. CICÉRON, *Les partitions oratoires*, 37, trad. BOMPART M., Paris : Panckoucke, 1835). La distinction sera reprise au III<sup>e</sup> siècle par Ulpien et déterminera la *summa divisio* actuelle : « l'étude du droit a deux objets, à savoir le droit public et le droit privé. Le droit public est celui qui regarde l'administration de l'état. Le droit privé est celui qui concerne les intérêts de chacun » (ULPIEN, *Institutes*, 1, 1, 4. V. égal. BARRIERE L.-A., « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », in, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009 à Saint-Etienne par le CERCRID, Paris : Dalloz, 2010, p. 9 et s.).

<sup>533</sup> V. ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, Paris : Calmann-Lévy, 1983, p. 100 et s.

<sup>534</sup> DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus ».

intuition décisive pour la modernité<sup>535</sup>, explique le caractère individualiste du droit romain<sup>536</sup> et constitue l'une des causes de l'accroissement des inégalités sociales.

## 2) L'isonomie à la romaine

L'une des premières manifestations de l'idée d'équilibre à Rome résulte, comme en Grèce aux temps de Solon et de Clisthène, d'une crise et de revendications égalitaristes. « Les deux histoires », a-t-on écrit « suivent donc le même modèle<sup>537</sup> ». L'influence hellène dans la résolution de cette crise fut à cet égard déterminante. Inspirés du modèle isonomique les gouvernants romains créent des lois, applicables à tous et publiées sur la place publique (A). Les résultats ne sont toutefois pas à la hauteur des attentes. Complexes et inadaptées, les règles demeurent en l'état peu accessibles et nécessitent d'être interprétées (B).

### a) L'isonomie : réponse à la 'question sociale' romaine

Au milieu du VI<sup>e</sup> siècle av. J.-C., en organisant la société en centuries<sup>538</sup> et en octroyant quelques pouvoirs aux plébéiens, Servius Tullius cause le déclin du système gentilice et provoque la colère des gentes<sup>539</sup>. A la suite du départ des rois à la fin du VI<sup>e</sup> siècle, l'instauration de la République<sup>540</sup> n'entraîne pas d'apaisement puisque la puissance

---

<sup>535</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 378 : « le droit romain a réussi à exprimer quelque chose de fondamental dans le rapport entre ordre et vie (...) quelque chose comme la fondation première d'un « état juridique » de l'âme. Avant tout, l'idée même du « privé » : la constitution d'un espace de socialité non politique des relations humaines. Son ontologie est, de façon incomparable, une syntaxe élémentaire de l'identité propriétaire et de son système de besoins, sans lequel aucun individualisme moderne n'aurait pu voir le jour ».

<sup>536</sup> OURLIAC P., MALAFOSSE J. (de), Histoire du droit privé, t.1, Les obligations, Paris : PUF, 1961, p. 77 : « Les romains étant un peuple de marchands, de banquiers et d'artisans sont soucieux des règles favorables à la pratique des affaires, dès lors, « le droit romain répondait aux aspirations de la bourgeoisie italienne car il convenait parfaitement à ses besoins (...) Le droit romain (comme le droit canonique) est individualiste : la pratique du contrat est librement et largement ouverte à tous ».

<sup>537</sup> V. FOGEN M. T., Histoires du droit romain, Paris : Editions de la maison des sciences, 2007, p. 64.

<sup>538</sup> Afin de constituer une armée, Servius aurait créé cette organisation qui répartit l'ensemble de la population selon un système censitaire en cinq classes. Les plus riches servaient dans les centuries de première classe ou les centuries de cavaliers, les plus pauvres dans une unique centurie dispensée de service. Entre les deux se répartissait la classe moyenne. Dès lors, cette réforme favorisa les plus riches, qu'ils soient d'origine gentilice ou non, v. BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, 3e éd., Paris : Armand Collin, 1998, p. 25.

<sup>539</sup> Monopolisant les plus hautes fonctions, les patriciens excluent la plèbe des magistratures ou des sacerdoces et refuse la mixité dans les mariages, v. BORDET M., op. cit., p. 34.

<sup>540</sup> Selon la légende, la République à Rome a été instaurée en 509 av. J.-C., suite à la fin du règne du dernier roi étrusque, Tarquin le Superbe. Il aurait été chassé par Brutus lors de la révolte des romains déclenchée par le viol commis par Tarquin sur Lucrèce, avant que celle-ci ne se suicide (v. LAPRAY X., « Instauration de la république

souveraine demeure entre les mains du sénat constitué majoritairement de patriciens. Exclue de la citoyenneté et du pouvoir politique, minoritaire dans les comices par centuries, la plèbe, appauvrie à cause des taux usuraires<sup>541</sup>, revendique l'accès aux magistratures et le bénéfice du *ius*. Malgré quelques succès durant la première moitié du Ve siècle<sup>542</sup>, les relations conflictuelles entre plébéiens et patriciens persistent. La pression des revendications, notamment l'exigence de publication des règles de droit<sup>543</sup>, aboutit cependant. Entre 451 et 449, se réunit à deux reprises un collège décemviral, chargé de gouverner la république et de légiférer : inspirés par l'organisation politique de plusieurs cités grecques<sup>544</sup>, et plus précisément, par le modèle isonomique<sup>545</sup>, les décemvirs élaborent la législation connue sous le nom de loi des XII tables<sup>546</sup>. La *lex* venait ainsi de prendre le pas sur le *ius*<sup>547</sup>.

---

romaine », Encyclopaedia Universalis). Toutefois, les historiens s'accordent pour dater le changement de régime politique vers 470 et en attribuer la cause à la volonté des patriciens de conserver leurs privilèges (v. ROBAYE R., *Le droit romain*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 3<sup>e</sup> éd., p. 17).

<sup>541</sup> BENTHAM J., *Défense de l'usure*, Paris : Malher et Cie, 1828, p. 267 : « dans les dissensions entre le peuple et les grands qui ont agité si longtemps la république romaine, le motif le plus réel des plaintes du peuple était l'énormité des usures, et la dureté avec laquelle les patriciens exigeaient le paiement de leurs créances. La fameuse retraite sur le mont Sacré n'eut pas d'autre cause ».

<sup>542</sup> Les plébéiens acquièrent le droit de nommer parmi eux les tribuns du peuple. Défendant les droits de la plèbe contre les prétentions des patriciens, les tribuns ont au départ le droit de s'opposer aux décisions des consuls et du sénat et d'en empêcher l'effet par *intercessio*. Ils s'arrogent ensuite le droit de proposer, dans les comices par tribus, des lois que les plébéiens votent seuls appelées *plébiscita*. De plus, les plébéiens sont autorisés à accéder à certaines magistratures comme les édiles en charge de la fonction de police (v. MACKELDEY F., *Manuel de droit romain*, trad. BEVING J., Bruxelles : Société typographique belge, 1837, p. 12 et p. 17).

<sup>543</sup> Pour plus de détails, v. notamment : BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, p. 35 ; GRIMAL P., *La civilisation romaine*, Paris : Flammarion, 2009, p. 47.

<sup>544</sup> Sur le contenu des XII tables, Gaudemet admet les influences grecques mais celles-ci ne se réduisent pas à la législation de Solon ou celle d'Athènes, il faut, plus largement, dit-il, « interroger les traditions grecques des diverses cités et spécialement celle de la loi de Gortyne » (GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, p. 229).

<sup>545</sup> Il est attesté que les contacts entre grecs et romains sont notoires et débutèrent dès le VIII<sup>e</sup> siècle avant J.-C. Leurs intensifications à partir de cette période entraînent les romains à adopter leurs codes architecturaux, leur mythologie et leur artisanat. « *C'est la preuve* », écrit Mme Ducos, « de l'influence profonde exercée par une civilisation sur une autre » (DUCOS M., *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, préf. MAGDELAIN A., Paris : PUF, 1978, p. 9 et p. 45 ; V. aussi : HUMBERT M., « La crise politique du Ve siècle et la législation décemvirale », in, *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au Ve siècle av. JC*, actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987), Rome : Publications de l'École française de Rome, 1990, n° 137, 1990, p. 282 et s. ; Comp. ELLUL J., *Histoire des institutions*, t1-2, Paris : PUF, 1992, 8<sup>e</sup>, p. 287 ). Relativement à la loi décemvirale, on se fonde sur le caractère public et écrit pour attester de l'influence grecque et non sur le contenu. Cela dit, il demeure des interrogations concernant les modalités de cette inspiration. Deux hypothèses sont traditionnellement émises au regard des textes antiques. D'après Tite-Live et Denys d'Halicarnasse, des ambassades romaines auraient été envoyées en Grèce pour étudier les législations des cités grecques et notamment celle de Solon à Athènes. La seconde hypothèse dégagée à partir d'un écrit de Pomponius, concerne la participation, du moins l'assistance du philosophe grec, Hermodore d'Ephèse, à la création de la loi des XII tables (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 106 ; GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 309 et s.). Les historiens contemporains s'accordent, au regard des contradictions, des inexactitudes et des anachronismes dans les récits antiques, pour conclure que ceux-ci ne reposent que sur des légendes (v. pour plus de détails : DUCOS M., op. cit., pp. 13-29). Selon Mme Ducos, l'influence grecque, bien que certaine, est médiatrice. Le recours à la magistrature extraordinaire, le choix d'une codification d'ensemble du droit existant pour gérer une crise sociale et le procédé de mise à la connaissance de

b) Les effets mitigés de la réponse isonomique

**L'accès au droit.** Bien que le recours à la législation ne semble pas novateur à Rome, aucune loi auparavant n'avait réglementé de manière aussi étendue les rapports de droit privé, traditionnellement encadrés par des règles non écrites. Dans la forme et dans l'idéologie qu'elle induit, la *lex*<sup>548</sup> en tant que procédé normatif, a tout pour s'opposer au *ius* : face aux règles issues de la religion, conservées secrètement et exclusivement par les pontifes et ne bénéficiant qu'aux patriciens, se dressent désormais des lois, au contenu laïcisé<sup>549</sup>, inscrites sur des tables placées au centre de la cité et applicables aux patriciens comme aux

---

la loi, portent indubitablement la marque de l'influence grecque, sans que cela n'implique *d'intervention directe* auprès des romains (v. DUCOS M., op. cit., pp. 49-51).

<sup>546</sup> Aujourd'hui disparue, la loi des XII tables a suffisamment été citée par les auteurs romains pour que les historiens du droit en possèdent une connaissance presque exhaustive. A tel point qu'on a pu constater que la stylistique de la loi romaine reproduisait celle des lois grecques (v. MAGDELAIN A., « Le *ius* archaïque », art. préc., p. 299. V. égal. FOGEN M. T., *Histoires du droit romain*, Paris : Editions de la maison des sciences, 2007, p. 51 et s).

<sup>547</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 99 : « la cité se trouva en effet face à deux hypothèses, différentes mais également définies, d'organisation normative et d'ordonnement social, deux modèles alternatifs de souveraineté (...) : l'un fondé sur le paradigme, spécifiquement romain, du *ius* ; l'autre sur celui, grec et méditerranéen, de la *lex* ».

<sup>548</sup> *Lex* viendrait de *legere*, qui signifie recueillir, et subsidiairement lire (VALLANÇON F., « Loi naturelle et droit naturel », in, Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, p. 70). V. aussi : SCHIAVONE A., op. cit., p. 100 : « depuis le début, au travail des décemvirs fut associé un mot-clé, *lex*, très ancien dans le lexique latin – peut-être pas autant toutefois, que *ius*, *fas*, ou *mos*. Son étymologie n'a pas soulevé moins de problèmes que ces autres monosyllabes mystérieux. On peut en tout cas lier sa signification originale à la désignation d'un acte d'autorité du pouvoir politique, un commandement qui se situait donc sur un plan parfaitement distinct de l'ordonnement religieux des prêtres, destiné à agir à un niveau différent de la vie communautaire, simplement humain, peut-on dire, et qui précisément pour cela était doté de la force d'une sanction coercitive ».

<sup>549</sup> De nombreux auteurs tels que J. Ellul ont insisté sur cette laïcisation comme caractère essentiel de la modernité : « on peut dire que le caractère essentiel de la transformation des institutions qui se produit au cours du Ve siècle, à la suite de la constitution patricio plébéienne et de la loi des XII Tables, c'est la laïcisation du droit et de la *civitas*. (...) Les Romains sont le premier peuple de l'Antiquité à avoir ainsi laïcisé leur droit, et c'est, sans doute, ce qui a assuré à celui-ci ses possibilités de développement et de rationalité » (ELLUL J., op. cit., p. 289 et s.). Dans le même sens, v. FOGEN M. T., *Histoires du droit romain*, Paris : Editions de la maison des sciences, 2007, p. 76 : « il est permis de supposer que c'est la séparation nette et très ancienne entre religion et droit qui a donné l'autonomie nécessaire au développement ultérieur du droit, pour ne pas dire qu'elle lui a imposée. Les Romains ont exclu que l'on dévie vers une quelconque volonté divine – opaque et donc accessible à des interprétations quelconques – ou vers quelque autre norme supérieure, ou encore vers des lois non écrites. Ils n'avaient que leur texte – et rien d'autre. Ils devaient travailler sur ce texte et l'on fait, et c'est précisément cela qui a engendré (...) des textes toujours plus précis, toujours plus raffinés. Ce n'est donc pas seulement le texte écrit – et avec lui la différence entre la lettre et le sens- qui favorise l'évolution du droit (...) C'est bien plutôt la relation au texte et en même temps qu'une désolidarisation simultanée d'autres discours non juridique, qui permet aux fleurs de l'évolution d'éclore ». Contra : HUMBERT M., « La crise politique du Ve siècle et la législation décenvirale », in, *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au Ve siècle av. JC*, actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987), Rome : Publications de l'École française de Rome, 1990, n° 137, 1990, pp. 266-267.

plébéiens<sup>550</sup>. L'ambition isonomique du projet n'a pas manqué d'apparaître aux yeux de ses héritiers tels que Tite-Live, d'après lequel, les décemvirs ont « établi entre les droits de tous, grands et petits, une exacte balance [iura aequasse]<sup>551</sup> ».

**La privatisation de l'accès intellectuel au droit.** En dépit de la publicité des normes, le savoir des experts va finalement primer sur les normes issues des institutions politiques de la cité<sup>552</sup>. En effet, le projet de vulgarisation et de révélation du droit ne produit pas pleinement les effets escomptés. La loi des XII tables, codifiant la plupart des règles et formules existantes<sup>553</sup>, demeure, en raison notamment de la forme scripturale, encore trop complexe pour ses destinataires<sup>554</sup>. Il est finalement nécessaire de se tourner de nouveau vers des experts, et en l'occurrence vers les dépositaires du savoir juridique que l'on cherchait par la loi à évincer : les pontifes<sup>555</sup>. Ces derniers « devinrent ainsi en très peu de temps les seuls *gardiens d'un texte qu'ils n'avaient pas contribué à créer*<sup>556</sup> ». Paradoxalement, la loi

---

<sup>550</sup> Toutefois « la loi portait la marque du patriarcat, confirmant la puissance du pater familias, renforçant les *droits de propriété foncière individuelle, et surtout proclamant officiellement l'interdiction des mariages mixtes* », (BORDET M., op. cit., p. 35). Contestant l'idée que la loi des XII Tables dévoilerait un droit secret, v. HUMBERT M., « La crise politique du Ve siècle et la législation décenvirale », in, *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au Ve siècle av. JC, actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987)*, Rome : Publications de l'École française de Rome, 1990, n° 137, 1990, pp. 265-266.

<sup>551</sup> TITE-LIVE, *Œuvres*, trad. NISARD M., livre III, 34, 3 disponible sur : <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/Tite/livre3.htm> ; et pour Cicéron, CICÉRON, *Des devoirs*, II, 12, trad. M. Stiévenart, Paris : Panckoucke, 1830 (désormais référencé ainsi : CICÉRON, *Des devoirs*) : « on a toujours cherché à assurer à tous un droit égal ; car *sans cette égalité point de droit. Tant qu'il se maintint par la justice et la probité d'un seul homme, on s'en contenta. Comme cet homme ne se trouvait que rarement, on créa des lois qui devaient toujours avoir pour tous les citoyens un même langage* ». V. égal. DENYS D'HALICARNASSE, *Les antiquités romaines*, Paris : Lottin, 1723, Livre X, chap. I, § 2 ; chap. III, § 16 ; chap. VIII, § 8.

<sup>552</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 121.

<sup>553</sup> V. notamment HUMBERT M., « Les XII tables, une codification ? », *Droits*, n° 27, 1998, pp. 87-111 ; MAGDELAIN A., « Le ius archaïque », art. préc., pp. 329-330 ; GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 309 et s.

<sup>554</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 120 : « *L'écriture révélait toute l'ambiguïté de son statut : elle était certes porteuse d'égalité et de certitude, mais aussi d'une complexité de rédaction qu'il fallait à chaque fois clarifier, scruter, transposer de la généralité des prévisions à la réalité du cas concret, de la situation à régler* » ; dans le même sens, v. FOGEN M. T., *Histoires du droit romain*, Paris : Editions de la maison des sciences, 2007 : « les textes juridiques, qui ont en général été mis par écrit à des fins de clarté, de certitude et de 'sécurité du droit', recèlent en eux le contraire : ils provoquent inévitablement une différence entre texte et interprétation. C'est ce que voit très exactement le juriste Pomponius lorsqu'il dit que : 'Après que ces lois [les douze tables] furent édictées, leur interprétation juridique commença à devenir nécessaire – ainsi qu'il est naturel qu'il arrive que l'interprétation exige l'autorité d'experts en droit [Digeste, 1.2.2.5]' ».

<sup>555</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 107 : « le but de la législation était précisément de restreindre, sinon de supprimer, le contrôle pontifical sur la vie romaine, dans un moment où toutes les assises institutionnelles étaient mise en discussion, et où la force des revendications plébéiennes menaçait de couper en deux la cité » ; plus loin, l'auteur ajoute que l'intervention des pontifes « *s'avéra indispensable pour garantir la survie même de la législation. Seules leurs sentences permettaient aux Tables de remplir la fonction disciplinante pour laquelle elles avaient été émises* » (SCHIAVONE A., op. cit., p. 120).

<sup>556</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 120.

contribue à maintenir la connaissance du droit, les règles applicables et les formules d'actions<sup>557</sup>, dans le cercle restreint des pontifes et des citoyens experts de plus en plus influents, les prudens<sup>558</sup>.

### 3) Naissance du *ius civile*

**Les XII tables : matrice du *ius*.** Alors que le processus législatif était enclenché, ce n'est pourtant pas à partir de la pratique législative<sup>559</sup> que va s'élaborer le *ius civile*, mais à partir de la pratique<sup>560</sup>. En effet, le développement du *ius civile* provient des pontifes, lesquels, en interprétant<sup>561</sup> la loi des XII tables par le truchement des *responsa*, élaborent de nouvelles

---

<sup>557</sup> Les *legis actiones* sont consacrées par la loi sous quatre formes : l'*actio sacramento in rem* (invoquée pour l'exécution des prétentions réelles), la *legis actio sacramento in personam* (pour l'exécution des prétentions issues de délits privés et autres prétentions personnelles), l'action *per manus iniunctionem* (pour l'exécution personnelle sur la personne du débiteur d'une dette impayée dont le montant est judiciairement fixé), la *legis actio per pignoris captionem* (pour l'exécution d'une obligation de droit public ou de droit sacré garantie par un gage), v. PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, Genève : Schulthess, 2008, p. 53.

<sup>558</sup> Terme selon M. Jestaz « *qui indique une idée tout à la fois de savoir et d'empirique sagesse* », JESTAZ P., « Les sources du droit : un déplacement d'un pôle à l'autre », *Revue générale de droit*, n° 27, 1996, p. 6.

<sup>559</sup> La pratique législative (sous forme de *leges*, *sénatusconsulta* et *plebiscita*) postérieure au XII tables concerne rarement les rapports de droit entre citoyens. Durant la période républicaine, le droit légal régit essentiellement le culte, les magistratures et le domaine pénal (v. MACKELDEY F., *Manuel de droit romain*, trad. BEVING J., Bruxelles : Société typographique belge, 1837, p. 14 ; DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus »). Néanmoins des lois majeures de droit civil sont adoptées comme la *lex Aquilia* (IIIe siècle av. J.-C.) imposant l'obligation de réparer le dommage causé injustement au bien d'autrui (v. ROBAYE R., *Le droit romain*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 3<sup>e</sup> éd., p. 40) ; citons également la *lex Poetelia Papiria* qui abolit l'esclavage pour dettes (*nexum*) et la *lex Cincia* sur les donations (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 148). Pourquoi une telle frilosité législative ? Il semble que l'emploi de la *lex* en droit privé constitue le dernier recours politique pour résoudre une crise sociale : « *la loi est un remède à une crise et il y a là une constante dans l'attitude romaine à l'égard de la loi. A l'origine, cette attitude est comparable à celle des Grecs mais elle devient propre aux romains, et la rareté des lois de droit privé est une caractéristique romaine* » (DUCOS M., *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, préf. MAGDELAIN A., Paris : PUF, 1978, p. 50). V. égal. GRIMAL P., *La civilisation romaine*, Paris : Flammarion, 2009, p. 139.

<sup>560</sup> V. VILLEY M., *Le droit romain*, Paris : PUF, 2002, p. 15.

<sup>561</sup> MAGDELAIN A., « Le *ius archaïque* », art. préc., pp. 338-339 : « on ne sait pas au juste à partir de quand cette méthode de travail a été appelée *interpretatio*. À l'origine, l'*interpres* est le courtier, l'intermédiaire, bientôt *celui qui explique (...)* Ce que l'*interpretatio* désigne techniquement dans certaines disciplines, comme la traduction des langues étrangères ou la rhétorique, c'est l'art de rendre une parole ou une phrase par d'autres ayant le même sens. C'est le mot à mot ». Relativement au droit, *interpretatio* acquiert un sens beaucoup plus large que celui du terme d'interprétation, il désigne, écrit Savigny, « la doctrine, les traditions, c'est-à-dire toutes les normes du droit scientifique (...) avec la liberté d'action et le degré d'autorité que la science avait dans l'ancienne Rome » (SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1841, t. 1, p. 286). Quant à la fonction de l'interprétation, expliquent Daremberg et Saglio, elle « n'a pas simplement pour objet, comme de nos jours, de fixer le sens et la portée des textes législatifs : elle sert aussi à étendre l'application de la loi pour répondre aux besoins de la pratique et à la compléter en déterminant les rites à observer, soit pour procurer aux droits qu'elle consacre la garantie de l'État, soit pour faire valoir ces droits en justice. Dans tous les cas, une condition essentielle de l'interprétation, c'est de se rattacher aux termes de la loi ; à cette condition, elle acquiert force de loi », DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus » et « *Jurisconsulti* ». Les interprétations de la loi des XII tables par les pontifes conduisent à « détourner de leur portée normale les actes juridiques consacrés par la loi » (Ibid). Par exemple, la *mancipation*, mode solennel de

actions et de nouvelles formes d'actes juridiques appropriées aux relations économiques de plus en plus élaborées entre les citoyens. Ces responsa, dont la valeur égale celle de la loi, sont le véritable « noyau génératif du *ius*<sup>562</sup> ».

**Prudents et préteurs.** Progressivement ce pouvoir créateur de droit, par le truchement de l'interprétation, n'est plus exclusivement détenu par les pontifes<sup>563</sup>. Issus de l'aristocratie, les *iuris prudentes* ou *iuris consultes*, cultivant une remarquable connaissance du droit, renforcent au fur et à mesure leur position d'experts au détriment des pontifes dont la sortie de la scène juridique au IIIe siècle av. J.-C. achève la sécularisation du droit civil<sup>564</sup>. Agissant en dehors de tout pouvoir institutionnel, de toute autorité<sup>565</sup>, sans *l'imperium* des magistrats, les prudents émettent également, dans le cadre de leurs consultations<sup>566</sup>, des *responsa prudentum*

---

transfert de la propriété, (v. supra), devient applicable pour une adoption, un testament ou une émancipation (Ibid ; v. égal. GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 236).

<sup>562</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 120.

<sup>563</sup> Cette perte de l'hégémonie pontificale sur le droit est causée selon la tradition par la divulgation des archives pontificales, de la publication des formulaires et du calendrier, et par les audiences publiques vulgarisant l'art du droit par le premier grand pontife plébéien, DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « *Jurisconsulti* ».

<sup>564</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 126. Les pontifes conservent néanmoins le monopole du *ius sacrum*, le droit sacré jusqu'au milieu du Ie siècle av. J.-C. (v. PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, Genève : Schulthess, 2008, p. 19).

<sup>565</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 146. Ce n'est qu'au IIe siècle que l'empereur Hadrien confèrera *l'ius publice respondendi* aux jurisconsultes donnant ainsi à leurs responsa une valeur juridique équivalente à celle de la loi, (v. ROBAYE R., op. cit., p. 47).

Mais avant cette attribution, deux raisons expliquent l'autorité officieuse conférée aux interprétations des jurisconsultes. D'une part, les jurisconsultes appartenaient à un rang élevé ; ce sont des nobles dotés d'une instruction, dont les avis étaient naturellement respectés par les préteurs et les citoyens ; d'autre part, la qualité du raisonnement des jurisconsultes compensait l'absence de statut et d'autorité officiels : « les Pontifes, eux, en tant que magistrats, étaient des interprètes reconnus, qui n'avaient pas à justifier leurs interprétations. Les jurisconsultes, en revanche, pour donner un poids suffisant à leur opinions et avis, doivent utiliser des arguments rationnels » (v. ROBAYE R., *Le droit romain*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 3<sup>e</sup> éd., p. 46). En outre, les jurisconsultes ne sont pas liés à un dogme comme les pontifes qui devaient respecter officiellement une unité de pensée. Dès lors, la dialectique émanant des controverses entre jurisconsultes provoquait un (r)affinement des raisonnements qui en étaient que plus respectés (v. DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « *Jurisconsulti* »).

<sup>566</sup> Les jurisconsultes conseillent gratuitement les personnes qui viennent recourir à leur avis. Ils servent également leurs intérêts au tribunal (*disputatio fori*) ou leur indiquent la marche à suivre, ils rédigent également des actes. Ils sont les conseillers, avocats et notaires d'aujourd'hui. A l'époque postérieure aux lois décemviales, les jurisconsultes sont des casuistes, et pas encore des théoriciens, (v. MACKELDEY F., op. cit., p. 17 ; ROBAYE R., op. cit., p. 46 ; DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « *Jurisconsulti* »).

afin de clarifier la loi<sup>567</sup>. L'activité des prudens, la *iurisprudentia*, hautement utile et suivie, devient un mode de connaissance et une source du *ius civile*<sup>568</sup>.

Au cours du IV<sup>e</sup> siècle av. J.-C. parmi les nouvelles magistratures sont créées celles des préteurs<sup>569</sup>, urbains et pérégrins<sup>570</sup>, en charge d'administrer la justice. Ceux-ci tiennent le rôle joué par les pontifes puis par les consuls : ils instruisent le procès (phase *in iure*) mais ne tranchent pas, cette tâche étant confiée à un juge privé à l'occasion du jugement (phase *apud iudicem*)<sup>571</sup>. Le pouvoir judiciaire exercé par les préteurs, orienté vers l'adaptation des règles à la société, sera l'une des causes majeures d'évolution du *ius civile*<sup>572</sup>.

Le *ius civile* constitue une sophistication du droit archaïque romain pour les raisons que nous venons d'évoquer. Toutefois le caractère formaliste du droit archaïque demeure fermement ancré dans le *ius civile*. Ce formalisme, s'il a pour avantage de favoriser la sécurité juridique, a pour inconvénient de ne pas protéger certains intérêts légitimes.

---

<sup>567</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 126-127 : « prononcer des responsa s'assimila à une fonction aristocratique, liée à la primauté des nouveaux groupes dirigeants ». V. égal. MAGDELAIN A., « Le *ius archaïque* », art. préc., p. 338 : « le texte des XII tables était difficile à comprendre et ses commentateurs se sont attachés en premier lieu à clarifier le sens littéral des mots et des phrases. L'art du mot à mot est pour la jurisprudence, elle aussi, ce qu'il faut entendre par *interpretatio* ».

<sup>568</sup> DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus » : « aux derniers siècles de la République, l'expression *ius civile* est employée dans un sens large et par opposition à celle de *ius praetorium* ou de *ius honorarium* ; elle comprend le droit résultant de la loi ou des plébiscites aussi bien que celui qui provient de la jurisprudence ». A propos du passage de la jurisprudence, science du droit, à la jurisprudence, solution des juridictions donnée à un problème de droit, v. FORRAY V., « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD Civ.*, 2009, p. 463 et s.

<sup>569</sup> *Praetor* vient de *praere*, et signifie le chef qui marche à la tête de l'armée. Le mot désignait à l'origine les consuls, et même le dictateur, *praetor maximus*, DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « *Praetor* ».

Au demeurant, les préteurs assistaient les consuls dans l'exercice de leurs pouvoirs de commandement militaire et civil, et les suppléaient dès qu'ils quittaient Rome. Au fur et à mesure, les consuls ont confié les affaires judiciaires aux préteurs, qui devinrent ainsi des spécialistes du droit, ROBAYE R., op. cit., p. 43. Les préteurs sont choisis dès 367 av. J.-C., exclusivement parmi les patriciens. Les plébéiens purent ensuite accéder à cette magistrature (v. MACKELDEY F., op. cit., p. 15).

<sup>570</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 150 ; ZAKI M. S., « Définir l'équité », *Arch. phil. droit.*, n° 35, 1990, p. 87 ; sur le *ius gentium* v. infra.

<sup>571</sup> V. GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, p. 240 et s. ; PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, Genève, Schulthess, 2008, pp. 56-58.

<sup>572</sup> Plusieurs autres facteurs vont concourir à l'évolution du droit civil, notamment, l'écriture, la diffusion du droit par l'enseignement et des pièces de théâtre, la croissance des flux de richesses et de personnes. Les victoires militaires de Rome pendant les guerres puniques du III<sup>e</sup> au II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., et l'annexion de nouveaux territoires apportent des quantités de ressources (argent, terres, esclaves) de nature à créer de nouveaux marchés et à modifier les rapports entre les commerçants, (v. BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, Paris : Armand Collin, 1998, 3<sup>e</sup> éd., p. 63 et s.). Avec la montée de l'individualisme et de la spéculation qu'un tel essor économique provoque, une nouvelle noblesse (*nobilitas*) apparaît. Les échanges commerciaux s'intensifient et, par leur truchement, les échanges culturels. Les premiers ont pour effets de confronter les juristes à des situations inédites pour le règlement desquelles, l'innovation et l'adaptation du droit apparaissent nécessaires, les seconds apportent à Rome de nouvelles idées propres à alimenter le raisonnement des juristes.

## B) La réaction au *ius civile*

**De nouvelles conditions socio-économiques.** Ce qui n'était qu'une petite ville d'éleveurs et d'agriculteurs, est devenue à la suite de l'établissement de la République un haut lieu du commerce méditerranéen. L'évolution de la société se reflète dans la diversité des tâches, l'émergence de nouveaux besoins, l'entrelacement des intérêts, et l'interdépendance des individus. A partir du III<sup>e</sup> siècle, le droit romain montre ses premières lacunes. Il n'est, en effet, pas adapté aux « vieilles règles rudimentaires et peu nuancées se révèlent insuffisantes » pour appréhender les nouvelles conditions socio-économiques : « le droit connaît sa première crise<sup>573</sup> ».

**Une pluralité de sources de droit.** Le droit romain est également traversé de tensions résultant de la pluralité de sources de droit. Au niveau le plus élevé, coexistent deux procédés normatifs, le *ius* et la *lex*<sup>574</sup>, lesquels toutefois ne se nuisent pas, puisque schématiquement, le *ius* constitue le mode de génération du droit privé, et la *lex*, celui du droit public.

Au sein du droit privé, le *ius* se compose de plusieurs strates ou couches de normes<sup>575</sup>. Il y a primordialement le *ius civile* (issu du *ius quiritium*<sup>576</sup>, des XII tables et de l'*interpretatio*) et dont la mise en œuvre suppose nécessairement la recevabilité d'une action de la loi. En plus de ce

---

<sup>573</sup> GRAULICH L., « A propos du gouvernement des juges [d'Henri De Page] », RTD civ., 1932, p. 79.

<sup>574</sup> M. Schiavone rend ainsi compte de cette complémentarité : « Le *ius* exprimait le noyau originel –sapiencial et aristocratique- de l'ordonnement civil romain : la certitude collective, induite par l'hégémonie de la nobilitas, que le bon ordre dans les relations « horizontales » et paritaires entre les cives en tant que 'personnes privées' reposait sur les règles d'une pratique ancienne, jadis confondue avec la religion et la ritualité, et désormais dotée de techniques et de protocoles autonomes, qui requéraient le soin et la vigilance de compétences tout à fait particulières. La *lex*, liée au contraire à la volonté du comice et du magistrat qui le présidait et l'avait convoqué, représentait de son côté la présence régulatrice d'un pouvoir populaire tenu pour essentiel dans le dispositif républicain (...) Mais il s'agissait d'une fonction normative qui acceptait de se limiter à l'espace public de la vie communautaire laissant à la compétence des juristes (...) le territoire où se construisaient et reproduisaient les prérequis économiques et familiaux de la citoyenneté en tant qu'identité autonome et 'privée' de chaque chef de famille. Une telle distinction, toutefois, ne doit pas s'entendre comme une opposition rigide, mais plutôt comme une relation relativement flexible et néanmoins ferme, une forte tendance à ne pas universaliser le rapport entre peuple et loi - ou entre loi et magistrats- comme c'est arrivé en Grèce », SCHIAVONE A., op. cit., p. 146.

<sup>575</sup> V. SCHMIDLIN B., op. cit., p. 18 ; PICHONNAZ P., op. cit., p. 20.

<sup>576</sup> Nous l'avons vu, avant la loi des XII tables, le droit quiritaire était le droit des citoyens romains, c'est-à-dire des patriciens. Après la loi décemvriale, le droit civil était applicable aux patriciens comme aux plébéiens. Mais l'expression *ius civile* n'a pas remplacé immédiatement « *ius quiritium* » car elle désignait à l'origine le droit issu de l'interprétation. Ce n'est que plus tard –avant Cicéron toutefois- que l'expression reçue une portée générale, néanmoins précisent Daremberg et Saglio, « l'expression *jus Quiritium* a continué à être employée pour désigner le droit par excellence, le seul que (...) le vieux droit garantissait aux citoyens, la propriété solennellement acquise et placée sous la protection des curies, le *dominium ex jure Quiritium* » (DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus ».)

droit, se développent d'une part le *ius gentium*<sup>577</sup> issu du préteur pérégrin, et d'autre part, le *ius honorarium*<sup>578</sup> issu du préteur urbain.

De cette tension entre les diverses couches du droit, « *l'un des facteurs les plus heureux pour le développement du droit romain*<sup>579</sup> », résulte une réaction salutaire contre le formalisme du *ius civile*. Cette réaction est désignée, entre autres appellations, sous le nom d'« *aequum* », puis de « *bonum et aequum* ».

Avant de s'y intéresser, il faut au préalable signaler les agents de cette réaction : les préteurs. Ce sont eux, dans le cadre de leur office (1), qui vont dégager les moyens de dépasser le formalisme strict du *ius civile* et remédier à ses iniquités (2).

#### 1) Emergence du *ius honorarium*

**Détournement de pouvoir des préteurs pour adapter le droit.** Les préteurs, missionnés pour instruire le procès, devaient respecter, en dépit de leur caractère partiellement inapproprié, les procédures issues du ritualisme archaïque. Au formalisme excessif des règles s'ajoutait la limitation de l'accès à la justice. Puisque seuls les citoyens romains pouvaient intenter les actions consacrées par la loi des XII tables, nombre de commerçants venus à Rome devait renoncer à saisir la justice pour résoudre leurs litiges<sup>580</sup>.

Afin de résoudre les cas qui leurs sont présentés tout en restant conforme au droit en vigueur, les préteurs réalisent, sous couvert de simples adaptations techniques, de véritables innovations substantielles<sup>581</sup>. Ils exercent par exemple leur pouvoir de prononcer les édits<sup>582</sup>

---

<sup>577</sup> Le *ius gentium* constitue un ensemble de normes mise en œuvre par le préteur pérégrin applicables à l'origine aux étrangers, puis aux citoyens. Le droit des gens d'un point de vue pratique se caractérise essentiellement par un formalisme assoupli et compte un certain nombre d'institutions d'influences étrangères fondées sur la bonne foi et le consensualisme, dont les principales sont la vente, le louage, la société, le commodat et le dépôt (DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus » ; MOMMSEN T., *Le droit public romain*, Paris : Thorin, 1889, trad. GIRARD F., T. 6, 2<sup>e</sup> partie, p. 222 et s. ; SCHMIDLIN B., op. cit., p. 19). A l'époque classique, la jurisprudence élève le *ius gentium* en l'assimilant au droit commun universel : « le droit que chaque peuple s'est donné lui-même lui est propre et s'appelle droit civil (*ius civile*), c'est-à-dire un droit propre à la cité, tandis que le droit que la raison naturelle établit entre tous les hommes est respecté par tous les peuples de façon semblable et s'appelle droit des gens (*ius gentium*), c'est-à-dire droit dont tout le genre humain a fait usage » (v. GAIUS, *Digeste*, 1,1,1,9 cité par SCHMIDLIN B., op. cit., p. 20).

<sup>578</sup> *Honorarium* vient d'honos, « la charge » désignant celle que les préteurs occupent. On appellera ensuite ce droit « prétorien », ROBAYE R., *Le droit romain*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 3<sup>e</sup> éd., p. 43.

<sup>579</sup> SCHMIDLIN B., op. cit., p. 18.

<sup>580</sup> V. GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, p. 356.

<sup>581</sup> Les coutumes et usages étaient l'une des sources d'inspiration auxquelles puisait le préteur pour l'élaboration des ces innovations juridiques. Mais il n'était pas un rédacteur du droit coutumier car il jouissait, indique Savigny, d'une complète indépendance. Les préteurs ajoute-t-il, « avaient une très grande part à la formation du

afin d'administrer des procès portant sur des situations pour lesquelles le *ius civile* était inapplicable. Ainsi, ils proposent dans leur édit une alternative à la procédure classique en promettant la recevabilité d'actions spécifiques, distinctes du *ius civile*, nommées actions prétoriennes. Certaines actions dérivent du *ius civile* et n'ont que pour objet d'élargir le champ d'application des actions civiles<sup>583</sup> tandis que d'autres sont de véritables créations ex nihilo telles que les actions *in factum*. Celles-ci sont des actions accordées par le préteur aux citoyens sur la seule base des faits allégués et qui donnaient au juge la mission d'apprécier si les intérêts contrariés méritaient protection<sup>584</sup>.

Dans le même souci d'adapter le droit aux nouvelles conditions sociales, le préteur crée des exceptions permettant au défendeur de s'opposer à la prétention du demandeur. Enfin, pour fournir une aide à certaines personnes auxquels le *ius civile* n'offrait aucune protection, le préteur exerce son pouvoir de commandement (*imperium*), et prononce des interdits ayant pour effet, par exemple, de garantir la possession<sup>585</sup>.

**Les rapports du droit prétorien et du *ius civile*.** Limités par la nature et la finalité de leur office, les préteurs n'agissent donc que sur le terrain de la procédure. Pourtant, ces créations

---

droit, mais leur renouvellement annuel replaçait cette fonction entre les mains du peuple. *C'était un pouvoir populaire empreint d'un caractère d'aristocratie* », SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, t.1, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1840, pp. 115-116.

<sup>582</sup> Il s'agit du pouvoir de *ius edicendi*, manifestation de la *potestas* des magistrats. *Edictum* vient d'*e-dicere* qui signifie : « dire dehors », « publier », « ordonner », et dérive de *dicere*, « dire » (DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « *Edictum* »). Au départ, simple déclaration orale, l'édit est ensuite rédigé et exposé devant le tribunal afin d'informer les citoyens quant à l'interprétation et à l'application que le préteur donnera aux lois pendant la durée de leur magistrature, (v. GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, pp. 339-343). Ce procédé leur permet également de légitimer leur pratique du droit : « *pour se mettre, d'un côté, à l'abri du reproche d'arbitraire et de partialité dans l'exercice de leur charge, et pour se soustraire, de l'autre, aux intercessions des tribuns, ils publiaient, en entrant en charge, un édit* » (MACKELDEY F., op. cit., p. 15).

<sup>583</sup> Par exemple, on va permettre au pèlerin d'intenter une action pour vol, (v. DUCOS M., *Rome et le droit*, Paris : Librairie Générale Française, 1996, p. 129).

<sup>584</sup> C'est sur la base des actions *in factum* que vont se développer plusieurs types d'actions telles que les actions directes, les actions utiles, les actions fictives...L'une des actions *in factum* les plus connues est l'action pour dol, introduite par le juriste et préteur Aequilius Gallus (v. SCHMIDLIN, op. cit., p. 28 et p. 62).

<sup>585</sup> Le préteur a ainsi fourni une protection juridique au possesseur. Le droit civil protège le propriétaire – dont le statut s'acquiert notamment par *usucapio*, et donc par la possession de la chose – mais non le possesseur, démuné jusqu'à l'éventuelle *usucapio*. La protection prétorienne prit la forme d'« interdits possessoires » au profit des occupants du sol conquis, fondés sur l'*imperium* du préteur (v. PICHONNAZ P., op. cit., p. 22 ; GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 230 ; DUCOS M., op. cit., p. 125 ; THIREAU J.-L., *Introduction historique au droit*, Paris : Flammarion, 2001, pp. 72-73).

Le préteur peut également ordonner à une partie de s'engager, par exemple il peut ordonner au propriétaire d'une maison menaçant ruine de promettre le versement d'une indemnité (par *sponsio*) à son voisin, pour le cas où l'effondrement lui causerait quelque dommage. Ce mécanisme était inconnu du droit civil (v. VILLEY M., *Le droit romain*, Paris : PUF, 2002, pp. 31-32).

juridiques, sous leur caractère processuel, révèlent l'institution de droits substantiels<sup>586</sup> ce qui, en principe, ne relève pas des attributions de l'office du préteur<sup>587</sup>. La fonction subsidiaire du droit prétorien fut cependant bien perçue et peut être même sublimée par les jurisconsultes ultérieurs<sup>588</sup>. Papinien résume les rapports entre *ius civile* et *ius honorarium* de la sorte : « le droit prétorien est ce que les préteurs ont introduit pour ajouter, suppléer, corriger le droit civil *en raison de l'utilité publique*<sup>589</sup> ». Premièrement, le droit prétorien constitue une aide au droit civil en fournissant des moyens juridiques plus efficaces de protection des intérêts que ceux du *ius civile*<sup>590</sup>. Deuxièmement, il supplée aux carences du droit civil lorsque celui-ci n'offre pas de protection juridique dans un cas particulier<sup>591</sup>. Enfin, ce qui nous intéresse particulièrement, le droit prétorien corrige le droit civil lorsqu'appliqué à une situation donnée, celui-ci produit des effets iniques. Ultérieurement, il sera dit, dans ce cadre que « le préteur se conduit par des motifs d'équité naturelle [praetor naturalis aequitate motus]<sup>592</sup> »

## 2) La correction de l'« iniquité » du *ius civile*

---

<sup>586</sup> V. GAUDEMET J., op. cit., p. 340.

<sup>587</sup> Raison pour laquelle, le *ius honorarium* ne sera pas immédiatement reconnu par les jurisconsultes comme une source de droit. « De la République aux Sévères, l'évolution est claire », écrit M. Magdelain, « à propos du préteur, on commença à ne parler de *ius* que dans un sens juridictionnel ou procédural. Chez les auteurs littéraires, on accède assez vite à l'idée de droit honoraire, mais ce concept ne s'introduit qu'assez tard en jurisprudence après Hadrien grâce aux professeurs. L'édit du préteur est élevé alors chez les prudents au rang de *ius*. (...) Les prudents ont obéi à des mobiles constitutionnels pour refuser longtemps au préteur la qualité de source du *ius*. L'édit n'usurpe pas cette fonction de la loi. Le préteur ne fait que réglementer l'administration de la justice et son rôle créateur ne se manifeste que par l'introduction de voies de droit nouvelles ou éventuellement d'injonctions au subjonctif qu'il formule comme magistrat à l'adresse des justiciables. Dans tout cela rien qui ressemble à la conception traditionnelle du *ius*. On ne discerne que l'exercice de la *iurisdictio*. D'ailleurs, les prudents ne se sont décidés à commenter l'édit qu'assez tard à la fin de la République » (MAGDELAIN A., « Le *ius* archaïque », art. préc., p. 342 et s.)

<sup>588</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., pp. 156-157 « La dialectique entre *ius civile* et *ius honorarium* allait déterminer, du III<sup>e</sup> au I<sup>e</sup> siècle, le noyau du droit romain qui nous est le plus familier, *même si c'est à travers la lentille déformante des Digesta que nous le percevons (...)* Mais le regard que portera la jurisprudence de la maturité – celle que nous connaissons le mieux – sera fortement rétrospectif, pour ainsi dire *post festum*. Il unifiera et synthétisera, en déployant des appareils conceptuels très puissants, une réalité à l'origine bien plus fluide, multipolaire et indéterminée (...) L'antique polarité de l'ordre juridique romain se diluait en une harmonie de lignes et d'interprétations où tout apparaissait ferme et recomposé : le rayonnement de cette image de complétude contribuera largement au succès du mythe du droit «classique»».

<sup>589</sup> PAPINIEN, Digeste, 1,1,7,1 cité par PICHONNAZ P., op. cit., p. 61.

<sup>590</sup> V. PICHONNAZ P., op. cit., p. 22 : les décisions des préteurs « fournissent un moyen de droit (« un remède ») plus économique pour obtenir le résultat recherché par le *ius civile*. En d'autres termes, en dépit de l'existence d'une action du droit civil, le préteur introduit un moyen de droit souvent plus simple et plus rapide pour octroyer la même protection. C'est le cas par exemple pour l'introduction de la *cautio damni infecti* plus simple et plus efficace que le fait d'agir par une action de la loi *damni infecti* (« *damni infecti lege agere* ») ».

<sup>591</sup> V. supra.

<sup>592</sup> Institutes de Justinien, livre 3, titre 1, 9.

La fonction corrective de l'action prétorienne fut soulignée par les jurisconsultes ultérieurs. Gaius, au II<sup>e</sup> siècle après J.-C., écrira, à propos des exceptions qu'elles « sont des moyens de défense établis en faveur de ceux qui sont attaqués en justice », car dit-il, « il arrive souvent que, quoique la demande formée en justice soit juste [iusta] en elle-même, elle est cependant injuste [iniquum] vis-à-vis de celui contre qui elle est intentée<sup>593</sup> ». Cela signifie que le *justa* - qui se réfère au *ius*<sup>594</sup> - est susceptible de produire l'*iniquum* c'est à dire « *l'enrichissement d'une* partie sans justification sociale et économique, dans le seul respect des rites anciens<sup>595</sup> ». La création d'exceptions se justifie donc pour conjurer *l'iniquum*.

Avant Gaius, Cicéron avait déjà procédé à la critique du *ius civile* à l'égard de ses manifestations les plus rigoristes et des subtilités verbales auxquels les hommes étaient incités à recourir pour parvenir à leurs fins. Cicéron cite l'exemple du général qui, ayant conclu une trêve de trente jours avec l'ennemi, profite de la nuit pour mener l'assaut, respectant par là les termes du traité<sup>596</sup>... « *summum ius, summa injuria* » rappelle-t-il à cette circonstance<sup>597</sup>.

Dans ce cadre, *l'action* des préteurs est plutôt réaction contre la valeur symbolique et juridique des formalités les contraignant à favoriser une partie au détriment de l'autre sans aucune autre raison que la réunion des conditions formelles. De nature à ébrécher l'un des piliers de la culture romaine, la réaction des préteurs consistant à ne plus porter le regard exclusivement sur les formalités supposait un motif sinon supérieur du moins équivalent au respect du *ius civile*. Or, « au nom de quel principe » se demande M. Schiavone, « de quelle raison violée, le *ius* était-il critiqué avec tant de force ?<sup>598</sup> ». Ce principe, cette raison, sera l'idée d'équilibre exprimée sous la notion d'« *aequum* ».

---

<sup>593</sup> GAIUS, *Institutes*, IV, 13. V. aussi : SCHIAVONE A., op. cit., p. 159 ; PICHONNAZ P., loc. cit.

<sup>594</sup> V. infra.

<sup>595</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 161.

<sup>596</sup> CICERON, *Des devoirs*, I, 10.

<sup>597</sup> Ibid. On traduit en général cette maxime devenue célèbre, par « justice excessive devient injustice » ou « maximum de droit, maximum de tort » (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 160. V. aussi : KANT E., *Doctrine du droit*, préf. VILLEY M., intro. et trad. PHILONENKO A., Paris : Vrin, 1971, p. 109 : l'auteur propose la tradition suivante : « le droit le plus strict est la plus grande injustice »). Cette formule exprime l'idée que trop de précision et de rigueur dans l'interprétation littérale ou l'application de la loi nuit aux justiciables et au droit en général.

Un auteur, Büchner, a fait valoir une acception différente de cette formule, plus proche du sens originel de la vertu d'*epieikeia*. M. Büchner défend la thèse selon laquelle Cicéron voulait exprimer l'idée que pour respecter la justice, il faut parfois s'abstenir d'utiliser les avantages conférés par la loi. Cette hypothèse est alors indépendante de la question de l'interprétation de la loi. (v. BUCHNER K., *Summum jus, summum injuria*, *Historisches Jahrbuch*, Cologne, LXXIII, 1953, pp. 11-35, cité par MICHEL A., *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, p. 465).

<sup>598</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 161.

« La (possible) connexion entre rituel et iniquité n'est pourtant pas sans remède ; elle est brisée par l'irruption d'une vue alternative, qui ne se contente pas de l'observance des mots et des gestes, mais colle à la réalité des choses : c'est exactement ce qui permet la disparition de l'iniquité, non pour laisser la place au ius, disparu avec elle, mais plutôt à quelque chose de nouveau qui n'avait pas été pensée auparavant (...) : le respect de *l'équitable* [aequum]<sup>599</sup> ».

Précisons que nous refusons ici de traduire, « aequum » par « équitable » ou « équité » puisqu'à l'époque ces mots n'existaient pas encore et il nous semble difficile d'affirmer que les idées que ces mots expriment aujourd'hui étaient les mêmes qu'à cette époque. Il importe de conserver à l'esprit l'étymologie du mot aequum afin de comprendre quelles significations les préteurs romains ont souhaité originellement lui attribuer lorsqu'ils l'ont utilisé pour dépasser le droit strict<sup>600</sup>.

### *C) Apparition de la notion d'aequum*

Les fonctions du mot « aequum » permettront de saisir la signification dans le cadre juridique. Avant cet examen, nous pourrions toutefois, à titre liminaire, fournir quelques éléments sur la notion (1) et tenter d'éclairer ses liens avec les idées d'*epieikeia* et de proportionnalité (2).

#### 1) Premières vues sur l'aequum

**Controverse sur l'origine du sens d'aequum.** Pour certains auteurs, le terme aequum fut charrié par la vague d'idées nouvelles en provenance de la Grèce au III<sup>e</sup> siècle avant J.-C.<sup>601</sup>, alors que pour d'autres, la notion est proprement romaine<sup>602</sup>.

---

<sup>599</sup> Ibid.

<sup>600</sup> Cela signifie par ailleurs que les citations dans lesquelles les auteurs évoquent l'équité ou l'équitable n'ont, pour nous, d'intérêt que dans la mesure où ces auteurs, à travers ces termes, désignent l'aequum ou plus tard l'aequitas.

<sup>601</sup> JACOBSEN M. C., Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, p. 117 : « les expressions bonum et aequum et aequitas proviennent de sources extérieures au cercle fermé des juristes – principalement les rhéteurs, largement influencés par la pensée grecque ».

<sup>602</sup> Par exemple, RICCOBONO, *Bullettino dell' Istituto di Diritto romano*, 53/54 (1948) 5, pp. 53-58, cité par SCHILLER A. A., *Roman law : mechanisms of development*, La Haye : Mouton, 1978, p. 555.

Nous savons que Rome entretient des rapports depuis plusieurs siècles avec la Grèce. L'influence hellène se constate notamment dans les arts<sup>603</sup> ou en philosophie<sup>604</sup>. En droit, les rhéteurs issus de la noblesse véhiculent des idées en provenance de l'étranger, que les préteurs et prudens traduisent sous les noms de *sunnallagma*<sup>605</sup>, de consensus, de *bona fides*, d'*utilitas*, de *pietas*<sup>606</sup> et « à bien des égards le plus important » dit M. Schiavone, l'*aequum*, « un critère selon lequel, dans l'évaluation d'un cas à des fins de procès, l'application littérale du *ius civile* pouvait céder la place à une mesure plus flexible, mieux adaptée aux intérêts et aux valeurs en jeu<sup>607</sup> ». Toutefois, à côté de cette influence, l'étymologie du terme *aequum*, révèle également les soubassements d'une tradition essentiellement romaine.

**Etymologie.** *Aequum* dérive du verbe *aequare* « aplanir », « niveler<sup>608</sup> » et désignerait à l'origine, non pas ce qui est aplani mais « le niveau auquel la surface qui n'est pas plane est aplanie<sup>609</sup> ». L'adjectif *aequus* qui proviendrait d'*aqua*<sup>610</sup> dans sa première acception se

---

<sup>603</sup> V. BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, Paris : Armand Collin, 1998, 3e éd., p. 97 : « l'hellénisme n'est pas chose nouvelle à Rome, car dès les origines il s'était manifesté par l'intermédiaire des Etrusques. Puis à la fin du IVe siècle, il s'était affirmé de manière plus palpable au temps d'App. Claudius, et la conquête de l'Italie du sud ne pouvait que le renforcer au siècle suivant. La période 240-190 avait vu la naissance d'une littérature latine, très redevable aux Grecs pour la forme ». Voici également ce qu'en disait Villey : « les Grecs avaient été des maîtres dans l'art de la pensée. À leur école, parce que la conquête les mêle sans cesse avec les Grecs, les Romains se cultivent; ils abandonnent plus ou moins leurs vieilles superstitions ; ils se livrent à la réflexion indépendante ; ils produisent une littérature, une poésie, une histoire, une philosophie - qui n'est souvent, telle celle de Cicéron, qu'une adaptation de la philosophie grecque » (VILLEY M., *Le droit romain*, Paris : PUF, 2002, p. 23).

<sup>604</sup> Outre les interpolations, les faits historiques attestent que les romains ont reçu directement l'enseignement de philosophes grecs tels que Carnéade et Posidonius au IIe s. (v. AUBENQUE P., « Rome et Empire romain – Rome et la pensée grecque », *Encyclopaedia Universalis*).

<sup>605</sup> La réciprocité sera formalisée par la jurisprudence sous la dénomination aristotélécienne : *synallagma*, v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 158 et p. 341 ; v. supra.

<sup>606</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 158.

<sup>607</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 159.

<sup>608</sup> ZAKI M. S., « Définir l'équité », *Arch. phil. droit*, n° 35, 1990, p. 87.

<sup>609</sup> PLANTE G., Michel Villey et la science du juste, Notre-Dame-du-MontCarmel : Société scientifique parallèle, 2007, p. 374.

<sup>610</sup> Cette interprétation permet de relier *aequum* « plat » à l'image d'une surface d'eau parfaitement horizontale et immobile constate M. Margolin à partir du dictionnaire d'Estienne [ESTIENNE R., *Thesaurus linguae Latinae*, Paris : 1531, T. I, p. 64-65] (v. MARGOLIN J.-C., « *Aequitas*, *Aequalitas* et *auctoritas* dans la pensée d'Erasmus », in, *Aequitas, aequalitas, auctoritas*, actes du colloque international du Centre de recherche en philosophie politique et sociale de l'Université d'Ottawa (1990), Paris : J. Vrin, 1992, p. 33. V. égal. FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 22). Une autre hypothèse évoquée rattache *aequus* au sanskrit « *aika* » qui exprime l'idée d'égal, d'identique (v. DE CAIX DE SAINT-AMOUR A., *La langue latine*, Paris : Hachette, 1868, p. 121 ; ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : Pedone, 1974, t. 1, p. 44).

traduit par « uni », « plan », « plat<sup>611</sup> », « le même que<sup>612</sup> » et *aequum* le neutre utilisé comme substantif par « l'égal », « le nivelé » et « l'équilibre<sup>613</sup> ».

Entrant dans le lexique juridique, indique M. Biscardi, *l'aequum* ne peut que renvoyer à l'idée d'égalité, de traitement égal des cas égaux, de conciliation entre des exigences opposées, ou encore « de balance des intérêts opposés<sup>614</sup> ».

**L'usage d'*aequum*, en complément du *ius*.** Le terme « *aequum* », auquel a vite été rattaché *bonum*<sup>615</sup>, serait apparu au III<sup>e</sup> siècle avant J.-C., dans les formules contenues dans les édits<sup>616</sup>. On rencontre ces termes avec certitude au II<sup>e</sup> siècle chez les poètes comme Ennius, Plaute<sup>617</sup> ou Terence : « que faire avec des gens qui ne connaissent ni *ius*, ni *bonum*, ni *aequum* ? » demande l'un des personnages du bourreau de soi-même<sup>618</sup>. Plus qu'un terme technique<sup>619</sup> écrit M. Schiavone, *aequum* « reflétait un mouvement d'idées tendant à endiguer

---

<sup>611</sup> GAFFIOT F., Dictionnaire Latin-Français, Paris : Hachette, 1934, v. « *Aequus* ».

<sup>612</sup> CHAVEE H. J., *Essai d'étymologie philosophique*, Bruxelles : Meline Cans et Compagnie, 1844, p. 170.

<sup>613</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 165. V. aussi : GUINCHARD S., BUISSON J., *Procédure pénale*, Paris : Litec, 2010, 6<sup>e</sup> éd., p. 458 : « le mot équité vient du latin *equus*, qui signifie équilibre ». Sur le rapprochement entre l'équitable et l'équilibre, v. égal. GUINCHARD S., « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in, *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? : mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris : Ed. Frison-Roche, 1999, p. 140 : « *c'est donc davantage la racine equus, l'idée d'équilibre qu'il faut retenir pour comprendre ce que peut représenter aujourd'hui un procès équitable* » ; v. du même auteur, « L'influence de la convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la cour européenne sur la procédure civile », LPA, 12 avril 1999, n° 72, p. 4 et s., spec. n° 10 : « il faut soupeser l'ensemble du procès, rejoignant ainsi l'étymologie du mot équité, *equus*, signifiant équilibre, un peu comme la pesée des âmes dans la mythologie égyptienne ».

<sup>614</sup> BISCARDI A., « on *aequitas* and *Epieikeia* », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 7. (Nous traduisons).

<sup>615</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 236 : « *il est possible (...) que l'apparition du neutre bonum à côté du plus ancien aequum soit à mettre en relation avec l'usage de son féminin (bona) associé à fides : une redondance qui dans les deux cas serait révélatrice de la pression aristocratique sur les deux notions, devenues ainsi socialement plus connotées, et indiquerait une lexicalisation précoce des deux tournures* ». Plusieurs siècles après, au terme de la république romaine le *bonum* sera abandonné au profit du seul *aequum* « terme plus raffiné, qui semblait réunir tout le sens du binôme original » (SCHIAVONE A, id., p. 450).

<sup>616</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 450.

<sup>617</sup> V. SCHIAVONE A., id., p. 162 ; SCHILLER A. A., op. cit., p. 555, note 13 ; WATSON A., *Equity in time of Cicero*, in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 26.

<sup>618</sup> Ce sont les paroles de Chrémès. Il s'emporte avec virulence contre sa femme Sostrata laquelle, au lieu de tuer leur fille comme il le lui avait ordonné a préféré l'abandonner pour lui laisser la vie sauve, TERENCE, *Le bourreau de soi-même*, Acte II, scène 2, (642) disponible sur <http://remacle.org/bloodwolf/comediens/Terence/eauton.htm>. V. aussi : SCHIAVONE A., op. cit., p. 162. Au I<sup>er</sup> siècle avant J.-C., on le trouve également chez Salluste : « Bomilcar, ayant naguère accompagné à Rome le roi sous la garantie de l'État, fut poursuivi en vertu de l'*aequum bonumque*, plutôt que d'après les règles du *ius gentium* » ( v. SALLUSTE, *Guerre de Jugurtha*, XXXV, 7 cité par WATSON A., « *Equity in time of Cicero* », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 26.

<sup>619</sup> V. infra.

*et même à dépasser, partout où c'était possible, le ritualisme du vieux ius civile*<sup>620</sup> ». Son usage, ordinairement associé à bonum, mais systématiquement précédé ou suivi du terme ius<sup>621</sup>, signifie qu'à l'époque, pour rendre compte de ce qui procède du droit, le mot ius ne suffisait plus<sup>622</sup>. Le droit privé romain, se partage alors entre le ius civile traditionnel et le bonum et aequum, symbole d'un droit adapté à la réalité des choses<sup>623</sup> d'origine exclusivement prétorienne<sup>624</sup>, que certains qualifient de source de droit<sup>625</sup>.

## 2) Eléments de signification de la notion

La signification d'« aequum » sera plus loin davantage appréhendée toutefois nous voudrions ici évoquer quelques pistes qui pourraient faciliter la compréhension du terme ou du moins lever quelques obstacles à celle-ci. Les rapports entre les notions d'« aequum » et d'« epieikeia » seront abordés (a) puis ceux entre l'« aequum » et l'idée de proportionnalité.

### a) Aequum et epieikeia

**« Aequum », « epieikeia » et « équité ».** La correspondance des termes « aequum » (puis « aequitas ») et « epieikeia » est malheureusement entretenue à cause de l'emploi de la même notion pour traduire chacun d'entre eux, à savoir la notion « vague<sup>626</sup> » d'« équité<sup>627</sup> ». En

---

<sup>620</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 450.

<sup>621</sup> V. SCHIAVONE A., id., p. 165.

<sup>622</sup> V. SCHIAVONE A., id., p. 163 : « à côté on devait placer (...) un second nom, qui évoquât un autre plan de règles, distinct du premier même s'il ne lui était pas opposé, une modalité nouvelle (...), mais pourtant en quelque sorte déjà cristallisée, et dotée d'une importance pour ainsi dire institutionnelle, capable de donner vie, avec le ius, à un ensemble bipartite mais homogène ».

<sup>623</sup> V. SCHIAVONE A., id., p. 164 « l'emblème d'un ordonnancement plus souple et plus neuf, mieux adapté aux exigences d'une communauté en expansion, capable de faire correspondre la vocation fondamentalement casuistique de la tradition prescriptive romaine (un trait qui se perpétuera) avec une évaluation plus réaliste, plus proche des intérêts et des besoins en jeu dans les différentes situations ».

<sup>624</sup> Les préteurs, et eux seuls, écrit M. Schiavone, sont « les protagonistes du nouveau style de rationalité disciplinante évoqué de façon incisive par la référence à l'aequum », (SCHIAVONE A., id., p. 164).

<sup>625</sup> Dans le Rhetorica ad Herennium (Ier siècle av. J-C), il est écrit que le droit comprend « la nature, la loi, la coutume, les précédents juridiques, l'équité et le pacte » [natura, lege, concuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto], (Rhetorica ad Herennium, 2.13.19, cité par SCHIAVONE A., id., p. 310). On parle également de « ius aequum » (v. MANAI D., « Equité », in, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, ARNAUD A.-J. (dir.), Paris : LGDJ, 1988).

<sup>626</sup> MANAI D., « Equité », préc., V. aussi : ZAKI M. S., « Définir l'équité », Arch. phil. droit., n° 35, 1990, p. 87 : « aucune autre notion fondamentale n'a été entourée d'autant de mystères, d'incertitudes et d'embarras » ;

effet, les actions in bonum et aequum conceptae témoignent notamment<sup>628</sup> selon les commentateurs l'exercice par le juge de « l'équité<sup>629</sup> ». Or comme nous l'avons constaté l'« équité » sert également à traduire *l'epieikeia* d'Aristote<sup>630</sup>. Cette confusion est indubitablement l'une des causes de l'insolubilité du problème de la définition de l'équité<sup>631</sup>. Certes les notions d'« epieikeia » et d'« aequum » sont, du fait de certains caractères, convergentes, cependant, elles ne devraient être assimilées étant donné la différence de contexte dans lesquels elles ont été employées.

Il s'agit à cette fin de s'intéresser aux rapports entre les notions « parfois erronément superposées<sup>632</sup> » d'aequum et d'epieikeia. La comparaison entre ces deux notions permettra de mettre en lumière quelques traits distinctifs de la notion d'aequum.

---

BERTHIAU D., op. cit., p. 263 : « une des grosses difficultés de l'appréciation juridique de l'équité vient pour une part de la transmission contemporaines d'images erronées de la notion dans sa perception historique ( ...) La force du présent ne peut faire oublier les couches successives de développement du concept lui donnant son caractère complexe et permettant son appréhension exacte ».

<sup>627</sup> L'équité faisant l'objet d'une littérature proprement abyssale, nous renvoyons aux bibliographies des travaux de M. Albiges : v. ALBIGES Ch., *L'équité en droit privé*, préf. CABRILLAC R., Paris : LGDJ, 2000 ; « L'équité dans le jugement – étude de droit privé », in, PAVIA M.-L. (dir.), « *L'équité dans le jugement* », actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 107-123 ; « Equité », Rép. civ. Dalloz, 2009.

<sup>628</sup> Est cité également en vue d'attester la forte présence de l'équité en droit romain, le bonorum possessio, l'envoi en possession, dans le domaine du droit des successions. Ce mécanisme créé par le préteur permet d'attribuer la qualité de successeur à des personnes qui régulièrement ne le seraient pas selon le droit en vigueur, tel que l'enfant sorti de la puissance paternelle (bonorum possessio unde liberi), les collatéraux (bonorum possessio unde legitimi), les femmes (bonorum possessio unde cognati) et le conjoint survivant (bonorum possessio unde vir et uxor), v. ALBIGES Ch., th. préc., pp. 26-27.

<sup>629</sup> V. BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris : LGDJ, 1999, préf. SOURIOUX J.-L., p. 265 ; GRIMAL P., *La civilisation romaine*, Paris : Flammarion, 2009, p. 144 : « ces actions représentent une des premières manifestations juridiques de l'équité » ; « la formule établie par le préteur laisse souvent au juge la faculté de déterminer lui-même, en équité, l'importance du dommage » ; WATSON A., « Equity in time of Cicero », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 26 : « this is a true introduction of equity ». Au regard de la création de ces actions, le Professeur Albiges conclut que « l'objectif, à Rome en particulier, était donc bien de réaliser l'équité à l'intérieur d'une cité déterminée » (ALBIGES Ch., th. préc., n° 31, p. 24).

<sup>630</sup> V. BISCARDI A., « On aequitas and Epieikeia », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 1-11.

<sup>631</sup> En ce sens le juge Rotondi écrivait : « Depuis longtemps on ne parle pas ou l'on n'écrit pas sur l'équité sans partir d'Aristote (Ética Nicomachea, 5.10) et sans parler de l'epieikeia. On ne parle pas de l'équité ou l'on n'écrit pas à son sujet sans en donner la définition d'après les textes romains. Et ici commence, à mon modeste avis, la série des équivoques, car un examen, même superficiel, des textes invoqués, montre que souvent l'on donne à l'aequitas, à l'id quod aequum est une signification différente. J'estime qu'il est inutile de mettre d'accord les textes », (ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : Pedone, 1974, t. 1, p. 44).

<sup>632</sup> ROSSETTI M., *L'indemnisation du préjudice corporel et l'équité : les « racines communes » des réglementations européennes*, n° 2, disponible sur

**Différences.** Epieikeia vient de épi « au-dessus » et dikaion « ce qui est juste<sup>633</sup> ». L'epieikeia est selon Aristote la vertu grâce à laquelle le juge cherche *l'égal* en dehors du légal, et par métonymie, *l'epieikeia* désigne la correction judiciaire du juste légal.

Pour les romains, l'aequum n'a aucune acception subjective<sup>634</sup> et désigne une réalité objective. Historiquement, la notion sert à justifier l'introduction de moyens de suppléance au ius civile dont les rigidités formelles ne permettaient pas de résoudre de manière appropriée certains litiges. Cela signifie que le signifié de l'aequum peut se penser en dehors de l'intervention du préteur alors que l'epieikeia est nécessairement co-dépendante de la fonction judiciaire.

En outre la méthode du juge, a-t-on pu écrire, n'est pas la même. Le juge chez Aristote s'interroge, après avoir écarté la loi, sur la norme à appliquer ; il se comporte comme un « législateur particulier ». Le juge, à partir du cas d'espèce, « remonte » à la loi idéale, pour ensuite « redescendre » au cas afin de lui appliquer la norme. Chez les romains, point d'aller-retour du cas d'espèce à la norme idéale, car la norme est dans le cas<sup>635</sup>. L'aequum, contrairement à l'epieikeia, au début tout du moins, « ne présuppose pas une notion abstraite et universelle de justice, inconnue aux juristes romains, mais plutôt une idée d'étroite rétribution et d'exacte proportionnalité de la réaction du système par rapport au cas

---

[http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2006\\_55/droit\\_europeen\\_marco\\_rossetti\\_9659.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/droit_europeen_marco_rossetti_9659.html)

<sup>633</sup> CHAZAL J.-P., « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », RTD civ., 2001, p. 265 et s., n° 17.

<sup>634</sup> En conséquence, la qualité que doit nécessairement posséder le juge, pour mettre en œuvre l'epieikeia, est *l'indulgence*, alors que celle pour réaliser l'aequum est la prudence (en grec phronêsis, en latin prudentia) définie comme « une sagesse pratique, humaine, consistant à chercher l'action droite (juste) dans un monde aléatoire » (DELSOL C., « Introduction », in, La prudence, actes du colloque organisé à l'Académie des sciences morales et politiques, le 19 octobre 2007 à Paris : p. 5, disponible sur : [http://www.asmp.fr/travaux/colloques/2007\\_10\\_19\\_prudence.pdf](http://www.asmp.fr/travaux/colloques/2007_10_19_prudence.pdf). Selon M. Bauzon, l'équité, du point de vue du juge, prend alors deux formes alternatives : *l'aequum* ou *l'epieikeia*, *l'équité-mesure* ou *l'équité-indulgence*. M. Bauzon explique la différence ainsi : « pour comprendre l'Équité en son rapport à la prudence du juge, il faut alors la définir comme l'équité-mesure. La prudence du juge s'identifie alors à la capacité du juge à mesurer ce qui est à chacun. (...) L'équité-mesure concerne essentiellement l'activité judiciaire. A la différence de l'équité-indulgence qui se place au-dessus de la loi humaine, l'équité-mesure est le « dernier achèvement » de la loi. Placée dans la contingence du cas d'espèce, l'équité-mesure se situe dans un plan horizontal par rapport aux lois, et non dans une dimension verticale propre à l'équité-indulgence » (BAUZON S., « La prudence du juge », in, La prudence, actes du colloque organisé à l'Académie des sciences morales et politiques, le 19 octobre 2007 à Paris : p. 39).

<sup>635</sup> Le juge Rossetti illustre la différence méthodologique de l'exercice de l'équité ainsi : l'équité grecque consiste à regarder « au-delà » du cas concret en puisant dans la norme applicable à un supérieur idéal de « loi juste », alors que l'équité romaine consiste à regarder « dans le cas concret », en extrapolant toutes ces particularités, ROSSETTI M., op. cit., n° 2 et s.

particulier concret<sup>636</sup>». L'équité aristotélicienne est un concept dérivé de la justice, une application ponctuelle, judiciaire et subjective, de la justice<sup>637</sup>, alors que l'*aequum* ne renvoie à l'origine à aucun concept transcendant, et désigne la réaction prétorienne contre les effets iniques du *ius* puis le corps de règles objectif qui en est issu<sup>638</sup>.

Notons que la confusion autour de l'*aequum* redouble lorsque la notion est consacrée comme fin du droit par Celse et Ulpien dans la formule « *ius est ars boni et aequi* » car celle-ci est généralement traduite par « *le droit est l'art du bon et de l'équitable* ». Pourtant, « il ne faut pas se laisser abuser par l'influence du grec », avertit le Professeur Chazal<sup>639</sup>, « les jurisconsultes romains, lorsqu'ils définissent le droit (*jus*) par l'équité, utilisent les termes *aequus* ou *justitia*. Ces notions ne se confondent pas avec celle d'épikie ». L'équité romaine, poursuit-il « est donc synonyme de justice, d'égalité au sens antique de juste proportion (*aequum*), et ne se résume pas à l'épikie, qui n'est qu'un correctif dans l'application de la loi<sup>640</sup> ».

**Points communs.** Bien que distinctes, le rapprochement entre *epieikeia* et *aequum* (puis *aequitas* plus tard) se justifie à plusieurs égards. Etymologiquement, les deux termes seraient liés<sup>641</sup>. Ensuite, les deux notions, d'un point de vue organique, impliquent exclusivement le magistrat. Chez Aristote, seul le magistrat peut réaliser l'*epieikeia*<sup>642</sup>; de même qu'à Rome, au début du moins, c'est l'action du préteur secondée par les prudents qui façonne l'*aequum*. Le principal trait commun demeure le rapport d'opposition entre l'*epieikeia* ou l'*aequum* et la règle applicable. L'une et l'autre renvoie à une méthode d'adjudication attachée au cas d'espèce et orientée dans le sens de la modération de la règle, destinée in fine à individualiser la solution. L'une ou l'autre « agit pour atténuer, assouplir, mitiger les rigueurs du droit

---

<sup>636</sup> Ibid.

<sup>637</sup> MANAI D., loc cit.

<sup>638</sup> L'équité romaine comprend, contrairement à l'*epieikeia* qui demeure fonctionnelle, l'ensemble des institutions juridiques créées à cet effet par le préteur telles que les actions in bonum et *aequum* conceptae. C'est ce que l'on appelle également l'*équité objective*, ALBIGES Ch., th. préc., n°32, p. 25.

<sup>639</sup> CHAZAL J.-P., « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du code civil », RTD civ., 2001, p. 265 et s., n° 17.

<sup>640</sup> Ibid.

<sup>641</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 314 : « selon une hypothèse bien connue, la racine – eik – se retrouve dans *aequum* » ; FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 22.

<sup>642</sup> V. MANAI D., loc cit : « l'*équité* apparaît prise en considération de la particularité du cas concret pour aboutir à une solution juste. Cette conception réduit l'*équité* à une fonction correctrice de la loi et donc limite son rôle à l'application judiciaire ».

positif<sup>643</sup> ». Enfin l'*epieikeia* ou l'*aequum* est toujours perçue comme une « une exception au droit strict<sup>644</sup> ».

*Conclusion.* La relative proximité sémantique des notions d'*aequum* et d'*epieikeia* explique leur confusion. Mais indubitablement, ces deux termes, par leur application dans le domaine juridique, leur évolution et leur signification ne doivent être amalgamés. Malheureusement, cet amalgame est encouragé par l'utilisation du même mot – l'équité – pour désigner deux notions partiellement distinctes.

b) *Aequum* et proportionnalité

**Le sens d'*aequum* : « l'égalité proportionnelle » de la philosophie grecque.** Selon Michel Villey, l'*aequum* traduit l'ison ou l'égalité proportionnelle d'Aristote<sup>645</sup>. Stamatios Tzitis fait également correspondre l'un et l'autre<sup>646</sup>. Enfin, Félix Senn attribue également à *aequum* le sens correspondant à la proportionnalité<sup>647</sup>, en la rattachant à l'idée d'égalité géométrique des

---

<sup>643</sup> ZAKI M. S., op. cit., p. 89.

<sup>644</sup> ZAKI M. S., id., p. 88. V. aussi : MORVAN P., « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », D. 2007, p. 835, n° 17 : « cette opposition de l'équité au droit strict est éternelle et universelle : l'*epieikeia* s'oppose au *nomos*, l'*aequitas* au jus, l'*equity* à la *common law*, la *billigkeit* au *strenges rechts*... ».

<sup>645</sup> VILLEY M., *Le droit romain*, Paris : PUF, 2002, p. 121 : « le jus est l'art du juste (c'est-à-dire de la proportion entre les biens et les charges des citoyens-*aequum*) et du bon » ; VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 52 : « dans la fondation de la science juridique romaine classique, il [le mot *aequum*] semble avoir traduit d'abord l'idée aristotélicienne d'égalité proportionnelle, constitutive du *Dikaion* » ; VILLEY M., id., n° 204 : « le droit consiste en une proportion (ison ou *aequum*) de choses partagées entre des personnes » ; VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris : PUF, 2008, p. 58 : « les termes *aequitas* et *aequum* correspondent aux mots grecs : *ison* et *analogon* : *égalité non pas simple, dite 'arithmétique', mais proportionnelle, adaptée à la qualité des personnes. L'objet du métier juridique est de chercher une proportion dans le partage des biens et des charges* » ; VILLEY M., id., p. 50 : « pour Aristote le droit est une espèce d'égalité (to *ison*) (...) Le mot *ison* est mieux traduit par le latin *aequum*, *aequitas*, mesure adéquate, juste proportion ».

<sup>646</sup> V. TZITIS S., *Introduction à la philosophie du droit*, Paris : Vuibert, 2011, p. 111 : « L'*ison* peut traduire la réciprocité mais aussi la proportionnalité, c'est-à-dire, l'*aequum* des Romains » ; TZITIS S., id., p. 114 : « Aristote n'insiste pas tant sur la justice comme vertu que sur ce qu'est le *dikaion*, comme relevant d'une morale esthétique (*bonum*) et représentant une égalité proportionnelle : l'*aequum* selon les Romains (...) Le juge doit connaître et pratiquer l'art d'égaliser (l'*aequum*) le trop et le trop peu en vue de déterminer la chose juste dans sa beauté morale ».

<sup>647</sup> V. SENN F., op. cit., pp. 29-32 : « en vue d'assurer la fin qui est le bien commun, *bonum*, il s'agit précisément de maintenir entre ces êtres placés dans des rapports différents (de par la nature ou à la suite de circonstances qu'ils ont eux-mêmes provoqués), une égalité proportionnelle, une égalité dans les rapports, un rapport de proportionnalité, ce que les textes appellent *aequum*, en proportion de ce qui revient à chacun. Et s'il advient que cette égalité proportionnelle, cette égalité dans les rapports, ce rapport de proportionnalité, cet *aequum* soient menacés ou rompus, il s'agit encore de les affermir ou de les rétablir ». L'auteur ajoute : « Est *aequum* ce qui est conforme à ce rapport de proportionnalité » (SENN F., id., pp. 30-31, note 1) ; « cette commune mesure n'est d'ailleurs que ce rapport de proportionnalité lui-même qui doit toujours être assuré entre les êtres

pythagoriciens, reprise ensuite par Platon et Aristote<sup>648</sup>. Les divers auteurs s'accordent donc pour attribuer à l'*aequum* le sens d'égalité (ison) compris comme une égalité proportionnalité (ison analogon) telle qu'Aristote a pu l'utiliser comme mode d'ordonnement des rapports entre citoyens à l'occasion du partage des biens communs et de la formation des échanges<sup>649</sup>.

Néanmoins, la plupart des auteurs, excepté Michel Villey<sup>650</sup>, considère que l'influence aristotélicienne sur le droit romain positif ne franchit pas la ligne correspondant à la justice distributive<sup>651</sup> : si l'*aequum* correspond effectivement à l'exigence de proportionnalité, celle-ci se borne aux rapports juridiques bilatéraux entre particuliers<sup>652</sup> et ne vise pas à assurer globalement la juste distribution des biens communs à l'ensemble des citoyens<sup>653</sup>. En raison de son champ restreint aux rapports bilatéraux et de sa proximité avec la notion d'ison ou d'égalité proportionnelle, la notion d'*aequum* a également été traduite par le terme d'équilibre<sup>654</sup>.

---

déterminés et qui règle toujours de la même façon, dans des cas identiques, leurs rapports particuliers : *c'est encore l'aequum en vue d'assurer le bien* » (SENN, id., p. 33).

<sup>648</sup> SENN F., id., p. 29, note 1.

<sup>649</sup> Dans le même sens : VONGLIS B., *La lettre et l'esprit de la loi*, Paris : Sirey, 1968, p. 196. V. égal. GAUDEMET J., *Etudes sur le droit et la loi, cours de droit romain approfondi*, Paris : 1949-1950, pp. 124-125 ; CORIAT J.-P., « Ulpian », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 589 ; SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 9.

<sup>650</sup> VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, p. 33 : « à l'idée de justice distributive, qui distribue à chacun selon ses mérites, et de façon proportionnelle à sa valeur, à ses capacités natives, ou à sa richesse, le droit romain a un caractère foncièrement inégalitaire. L'analyse inégalitaire de la République, où les citoyens et les classes diverses de la société reçoivent des droits proportionnés à leurs mérites naturels, est ainsi passée d'Aristote au droit public de Cicéron. Et pour le droit privé lui-même, dans la mesure où il est système, où il est vraiment parvenu à la cohérence logique, nous observons qu'il est construit sur l'acceptation consciente de l'inégalité des classes, des états de vie, des « statuts » divers des personnes : point de 'droit de l'homme' en droit romain ». V. aussi : VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, 2006, pp. 105-106 : « si l'on compare dans ses grandes lignes, le droit romain aux autres grands systèmes juridiques, il paraît surgir dans l'histoire comme application de la doctrine aristotélicienne ».

<sup>651</sup> QUIVIGER P.-Y., *Le secret du droit naturel ou après Villey*, Paris : Garnier, 2012, p. 19 : « il ne paraît pas raisonnable d'accorder autant d'importance à la pensée d'Aristote dans l'architecture d'ensemble du droit romain ».

<sup>652</sup> CHAZAL J.-P., « Théorie de la cause et justice contractuelle », JCP éd. G., n° 29, 15 juillet 1998, I 152 : « le terme *aequum* traduit l'idée aristotélicienne d'égalité proportionnelle, qui caractérise, en droit romain, les contrats consensuels, dans lesquels les parties sont obligées à tout ce qu'exigent d'elles l'équité et le bien (ex aequo et bono) ».

<sup>653</sup> ELMI G. T., « La méthode des jurisconsultes romains – Entre justice distributive et justice commutative », in, Michel Villey le juste partage, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), Paris : Dalloz, 2007, p. 112.

<sup>654</sup> DAREMBERG C., SAGLIO E., op. cit., v. « Jus » : « le droit est, à ses yeux, un ensemble de préceptes systématiquement coordonnés dont l'objet est double : consacrer les usages des bons citoyens (bonum), maintenir l'équilibre entre leurs droits (*aequum*) ».

L'« aequum » s'intègre au cadre du droit prétorien, le *ius honorarium*, lequel a notamment pour effet de corriger le droit strict (*ius civile*). Il s'agit désormais d'examiner les fonctions précises remplies par la notion d'« aequum ».

## II) Les fonctions de la notion d'aequum

La notion d'« aequum » est primitivement employée pour dépasser le formalisme du droit romain (A). Plus tard elle servira de symbole au mouvement critique emmené par Celse contre la science du droit classique romaine empêtrée également dans le formalisme scientifique (rigueur formelle des catégories, interprétation stricte de la norme etc.) (B).

### *A) Le dépassement du formalisme en droit : illustration à partir des actions in bonum et aequum conceptae*

Le terme « aequum » est employé pour désigner un type d'actions anormales connues sous la dénomination d'« actiones in bonum et aequum conceptae<sup>655</sup> ». L'objet de ces actions est de permettre aux juges de prendre en compte les intérêts des parties mieux qu'ils ne l'auraient été dans le cadre d'une procédure déclenchée par une action de droit strict. L'étude succincte de la nature de ces actions (1) sera suivie de l'examen plus détaillé de leurs finalités (2). Nous trouvons, à travers ces actions désignées par le terme « aequum », l'expression d'une volonté des préteurs et des jurisconsultes qui les secondent scientifiquement de favoriser la conciliation des intérêts en présence et d'écarter l'application rigide et logique de la norme ordinaire.

#### 1) Nature des actions

**Origine.** De nature pénale<sup>656</sup> et issues du *ius gentium*<sup>657</sup>, les actions in bonum et aequum conceptae furent créées à l'origine afin de permettre à certaines victimes d'agir en justice. En

---

<sup>655</sup> SAVIGNY F. C. V., op. cit., p. 93 : « le mot concepta prouve que la formule renvoyait littéralement au bonum et aequum ».

<sup>656</sup> V. THOMAS P., « Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae », Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1901, p. 547.

effet, les préjudices causés par des faits que la loi ne visait pas, ne pouvaient faire l'objet d'une demande de réparation, faute d'actions<sup>658</sup>. Pour pallier cette pénurie de moyens d'agir en justice, le préteur créa de nouvelles actions.

**Caractères.** En plus d'être pénales, prétoriennes et in factum, ces actions présentent un caractère strictement individuel<sup>659</sup>. Elles contiennent enfin dans leur formule, une *condemnatio in bonum et aequum*<sup>660</sup> : ordinairement la *condemnatio* est la partie de la formule par laquelle le préteur habilite le juge à prononcer condamner ou d'absoudre en indiquant précisément l'objet ou le montant de la condamnation<sup>661</sup>. Pour les actions in bonum et aequum *conceptae*, le montant de la condamnation est fixé, contrairement aux actions ordinaires, non plus selon les indications du préteur, mais exclusivement par le juge conformément « à ce qui est bon et équitable<sup>662</sup> ». Ces actions fournissent alors au juge un pouvoir d'une latitude

---

<sup>657</sup> SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1841, t. 2, pp. 90-91 : « on considère ordinairement cette action comme basée sur les principes de la simple équité, sur le *jus gentium* et non sur les règles strictes du *jus civile* des Romains. Tel est effectivement le sens des mots *aequum et bonum*, considérés en eux-mêmes ; *et quand on se demande quel est le fondement d'une semblable action, on ne peut en trouver d'autre* ».

<sup>658</sup> La loi des XII tables en effet ne prévoyait qu'un nombre limité de délits d'atteinte à la personne (*inuria*) : les coups et blessures entraînant perte d'un membre, mutilation ou autre atteinte corporelle causant un dommage durable (*membrum ruptum*), la fracture d'un os (*os fractum*) et les violences légères qualifiées également d'injures (v. GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 278).

<sup>659</sup> Ces actions ne sont pas attachées à la personne juridique de l'ayant droit ou à son patrimoine, « mais à son individualité physique », cela emporte plusieurs conséquences dont la principale est le caractère intransmissible de l'action (JUSTIN J., *Des actions « in bonum et aequum conceptae »*, Dijon, Imprimerie et lithographie Carré, 1894, p. 31).

<sup>660</sup> Concrètement, dans la *condemnatio* de ces actions, le préteur inscrit la clause suivante : « *quantum... aequum* *indici videbitur* » qui signifie « *autant qu'il semblera équitable au juge* » (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 164) ; ou oralement, « *le préteur dit, "à l'arbitrage du juge" [arbitratu judicis], ce qui signifie à l'estimation de l'équité, pour que le juge prescrive la mesure de la fustigation* », (v. ULPIEN, *Digeste*, 47, 10, 17, 5 cité par THOMAS P., op. cit., p. 549).

<sup>661</sup> Dans la procédure formulaire, les actions ne peuvent donner droit qu'à une condamnation pécuniaire de la partie adverse. En général, le montant de la condamnation est fixé précisément par le préteur (*condemnatio certa*). En cas d'incertitude (*condemnatio incerta*), le préteur fixe au juge les modalités d'appréciation de la valeur de l'objet du litige. Le préteur peut également fixer un montant maximum (*taxatio*). Enfin, en matière d'atteinte aux biens, le montant de la condamnation peut être la somme correspondant à la valeur de la chose multipliée par deux, trois ou quatre, afin d'ajouter à l'indemnisation, une pénalité à l'égard de l'auteur du délit, (v. GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, p. 365 ; GIRARD P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris : Arthur Rousseau, 1906, p. 1014 et s).

<sup>662</sup> Dans la *condemnatio* – définie par Gaudement comme la partie de la formule par laquelle le juge reçoit le pouvoir de condamner le défendeur si les faits allégués dans l'intentio par le demandeur se révèlent exacts (v. GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, pp. 364-365) – le préteur inscrit la clause suivante : « *quantum... aequum* *indici videbitur* », ce qui signifie « *autant qu'il semblera équitable au juge* » (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 164) ou oralement, il dit, « *à l'arbitrage du juge* » [*arbitratu judicis*], ce qui signifie « *à l'estimation de l'équité, pour que le juge prescrive la mesure de la fustigation* » (v. ULPIEN, *Digeste*, 47, 10, 17, 5, cité par THOMAS P., op. cit., p. 549).

exceptionnelle<sup>663</sup>. Il dispose d'un pouvoir d'appréciation des faits élargi et fixe seul le montant de la condamnation.

Cette extension du pouvoir judiciaire s'explique par la nature particulière des préjudices en cause<sup>664</sup>. En effet, ces actions à l'origine n'ont pas pour objet de réparer un préjudice causé au patrimoine de la personne<sup>665</sup>, mais à la personne elle-même<sup>666</sup>. En conséquence, pour trancher ce type de causes singulières, il s'est avéré nécessaire d'apprécier l'objet de la contestation en dehors des critères prévus par la règle auxquels le magistrat est, en principe, tenu. En effet, normalement, les données factuelles au regard de la situation ou des parties qui ne trouvent pas leur transposition en droit et ne peuvent être subsumées sous une règle ne devraient pas être pris en compte par le magistrat, toutefois, les méconnaître produirait un jugement inique car inapproprié à la réalité de l'espèce. C'est la raison pour laquelle, le préteur habilite par la clause inscrite dans la *condemnatio*, le juge à apprécier lui-même les conditions de faits et à fixer s'il y a lieu, le montant de la condamnation.

**Illustrations.** De par leur nature, leur origine prétorienne et les motifs de leur création, les actions *in bonum et aequum conceptae* sont peu nombreuses<sup>667</sup> et forment « un tout assez

---

<sup>663</sup> Dans les actions de droit strict ou les actions de bonne foi écrit Savigny « *le juge est lié par l'objet même de la demande, et le montant de la condamnation ressort nécessairement du prix courant des choses. Si donc la somme n'est pas fixée par le préteur, mais par la nature du litige il faut admettre que deux juges également expérimentés devront fixer le même chiffre. Les actions qui nous occupent ont un caractère tout différent. Ici le juge n'est lié ni par le préteur, ni par l'objet de la demande ; son indépendance est tellement illimitée, qu'il est possible que deux juges, également intègres, également éclairés, fixent différemment le montant de la condamnation* », SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1841, t. 2, p. 92.

<sup>664</sup> De la nature particulière des préjudices découle la nature particulière de ces actions : « le caractère commun de ces anomalies, comparées aux autres institutions du droit, est d'avoir une nature un peu moins juridique », SAVIGNY F. C., *op. cit.*, p. 89 (les mots sont soulignés par l'auteur).

<sup>665</sup> THOMAS P., « Observations sur les actions *in bonum et aequum conceptae* », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1901, p. 555 : « on peut citer à l'appui de l'idée que les actions *in bonum et aequum*, n'ont pas pour but de sanctionner un dommage causé aux biens, des fragments très nombreux du *Digeste*, qui déclarent que, précisément parce que ces actions ne répriment pas des atteintes portées au patrimoine, elle ne sont pas censées en faire partie » (Les références du *Digeste* sont citées dans sa note infrapaginale n° 1).

<sup>666</sup> Dès lors, a été avancée l'hypothèse que ces actions trouvaient toutes leur origine dans l'action *injuria*, v. JUSTIN J., *op. cit.*, p. 31.

<sup>667</sup> Au regard des textes romains, quatre seulement ont été dénombrées (v. JUSTIN J., *op. cit.*, p. 4 et s.), mais par analogie, des auteurs ont pu en compter neuf au plus (v. : THOMAS P., *op. cit.*, p. 542 ; SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1846, t. 5, p. 505). V. aussi : BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris : LGDJ, 1999, préf. SOURIOUX J.-L., p. 265, note 9 : « la numération exacte des actions, qui varie entre un *minimum de quatre*, et un *maximum de neuf n'a jamais vraiment été établie, notamment pour les raisons classiques dans l'étude du droit romain de la détection ou non d'interpolations dans les pandectes* ».

disparate<sup>668</sup> ». Les exemples de l'action injuria et de l'action rei uxoriae<sup>669</sup> seront révélateurs de la finalité poursuivie par les préteurs lors de l'institution de ce type d'actions.

En introduisant l'action injuria, l'offensé demande la réparation, exclusivement pécuniaire, du préjudice causé par une injure<sup>670</sup>. Cette action n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice contre les biens, elle ne tend, selon Ulpien, qu'à réprimer l'atteinte à la personnalité<sup>671</sup>. Or, l'appréciation du préjudice dépend de nombreux facteurs comme la nature de l'injure, son caractère médiat ou immédiat<sup>672</sup>, le rang social de l'offensé etc<sup>673</sup>. Cette pluralité de facteurs déterminant l'appréciation de la gravité de l'offense justifie de laisser au juge la faculté, après une analyse in concreto, de fixer le montant de la réparation.

Le même ordre d'idées traverse l'action rei uxoriae<sup>674</sup> par laquelle le juge doit s'interroger sur la portion de la dot à restituer à la femme à la dissolution du mariage. En fonction de considérations relatives à la conduite respective des conjoints durant le mariage, du degrés de gravité d'éventuelles fautes, des avantages reçus et de la situation des parties, le juge a la

---

<sup>668</sup> THOMAS P., loc. cit. Outre les actions injuria et rei uxoriae, on peut citer l'action à l'encontre du juge qui a fait le procès sien (qui litem suam facit), par laquelle celui-ci peut être condamné à exécuter l'obligation née du quasi-délit causée par une sentence rendue par négligence ou mauvaise foi (v. GIRARD P. F., op. cit., p. 635). Savigny inclue également l'action en aliments entre proche parents (v. SAVIGNY F. C. V., op. cit., t. 2, pp. 119-120) l'action de violation de sépulture (id. p. 124), l'action de effusis pour l'indemnisation du préjudice causé par la chute d'un objet (id., p. 125), l'action pour blessures faites par des animaux dangereux (ibid). Le critère inclusif de Savigny est l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge. Si l'action permet au juge de fixer le montant de l'indemnisation de manière discrétionnaire, alors, il s'agit d'une action in aequum et bonum conceptae. (V. égal. en ce sens : THOMAS P., op. cit., p. 542 et s. ; contra JUSTIN J., op. cit., p. 4 et pp. 30-31.

<sup>669</sup> « Rei uxoriae » signifie littéralement la « cause » ou « procès » (res) en restitution de la dot (uxoriae), (v. THOMAS Y., « Res, chose et patrimoine », Arch. phil. droit., n° 25, 1980, p. 420).

<sup>670</sup> DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « Injura » ; SAVIGNY F. C. V., op. cit., t. 2, p. 124. Nous l'avons vu, les « injures » dans la loi des XII tables ne comprennent qu'un nombre restreint d'actes, c'est pourquoi, dans son édit, le préteur a élargi le spectre des actes punissables : les clameurs injurieuses, le fait de tenir des propos séducteurs sur la voie publique à des honnêtes femmes, jeunes filles ou jeunes garçons etc. Il semblerait que le critère qui caractérise l'injure soit l'intention de l'auteur de nuire à la réputation d'autrui (v. DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « Injura »).

<sup>671</sup> V. ULPIEN, 1, 6, D. 9, 3, cité par THOMAS P., op. cit., p. 552. En revanche, si la victime est un esclave, il peut s'agir d'une atteinte aux biens, excluant l'exercice de l'action in bonum et aequum. L'action à introduire dépend de la nature de l'atteinte faite à l'égard de l'esclave : physique, il s'agit d'une atteinte au patrimoine du maître, morale, il s'agit d'une atteinte à la personnalité de ce dernier au travers de son esclave.

<sup>672</sup> On peut offenser directement un citoyen ou indirectement : en injuriant son esclave par exemple (dans l'hypothèse d'une injure non corporelle). Dans ce dernier cas, il faut alors tenir compte du rang de l'esclave afin d'apprécier le préjudice causé à la personne de son maître, DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « Injura ».

<sup>673</sup> « L'appréciation était assez délicate soit pour le magistrat, soit pour le juge ; il ne s'agit pas ici d'évaluer un dommage pécuniaire ; l'injure atteint la victime dans sa personne, dans son honorabilité, et non dans son patrimoine. », DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « Injura ».

<sup>674</sup> L'expression, dans la condemnatio qui laisse au juge le soin de déterminer la part à restituer est : « quod ejus aequius melius erit », v. DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « litis aestimatio ».

faculté d'influer en proportion, sur les conditions et l'étendue de la restitution, contrairement à l'action de droit strict.

## 2) Finalité des actions : la conciliation des intérêts des parties

A travers la finalité des actions *in bonum et aequum conceptae*, la signification de l'*aequum* se révèle avec plus d'acuité. Au travers de deux exemples (les actions *injuria* et *rei uxoriae*), nous verrons que le but de ces actions est de permettre au juge de sauvegarder les intérêts des parties dans des litiges où l'application stricte du *ius civile* aurait nécessairement abouti à la satisfaction des intérêts d'une partie au détriment de l'autre, sans autre justification que la conformité de la solution aux règles posées.

### a) Dans l'action *iniuria*

Les actions *in bonum et aequum conceptae* permettent, grâce au pouvoir élargi du juge, d'empêcher qu'une partie dans l'exercice de ses droits, ne s'enrichisse aux dépens de l'autre<sup>675</sup>. L'action *injuria* par exemple aurait pu conduire à de tels excès. En effet, cette action a pour but la réparation d'un préjudice non matériel causé par une atteinte à la personne. L'évaluation de ce préjudice et corrélativement du montant de la condamnation s'avère bien plus délicate qu'en cas d'atteinte matérielle ou corporelle. Il ne s'agit pas, à travers la réparation du préjudice, comme c'est ordinairement le cas, de restaurer la situation initiale entre les parties. Or, étant donné la difficulté d'évaluer ce type de réparation, le risque est que cette action soit exercée par la victime en vue de s'enrichir. Pour cette raison, il est prévu des modalités spécifiques pour la mise en œuvre de cette action afin de garantir à l'auteur de l'injure poursuivi que le montant de la condamnation ne sera disproportionné. En effet, saisi de cette action, le juge peut librement évaluer le montant de la condamnation selon les considérations de fait. Il peut même décider, l'injure étant pourtant caractérisée, que le montant de la réparation du préjudice subi correspond pécuniairement à une somme nulle et *ipso facto* de ne pas condamner, sauf symboliquement, l'auteur de l'injure<sup>676</sup>. L'action *injuria*

---

<sup>675</sup> SAVIGNY F. C. V., op. cit., t. 2, p. 118.

<sup>676</sup> DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « *Litis Aestimatio* ».

ne peut donc être exercée dans l'intention de s'enrichir ou d'appauvrir autrui : « le résultat juridique obtenu », autrement dit, le versement d'une somme d'argent à la victime de l'injure, « ne constitue pas le but de l'action, mais sa conséquence économique<sup>677</sup> » et il serait contraire à l'aequum, fondement de l'action, que l'exercice de celle-ci provoque un enrichissement injustifié d'une partie aux dépens de l'autre<sup>678</sup>.

b) Dans l'action rei uxoriae

L'action rei uxoriae, contrairement à l'action de droit strict ex stipulatu, vise également à sauvegarder ou à équilibrer les intérêts lors de la restitution dotale. Pour saisir avec plus d'évidence la finalité de cette action, cette dernière sera comparée à l'action normale du ius civile.

**L'objet des actions ex stipulatu et rei uxoriae : la restitution de la dot.** Ces deux actions ont été créées pour mettre un terme à la pratique de l'époque archaïque qui voyait le mari, à la dissolution du mariage, conserver la propriété de la dot. Pour pallier au défaut de cette pratique portant préjudice au patrimoine de la famille de l'ex-épouse, il fut prévu à l'origine, d'insérer lors de la constitution de la dot, une clause de restitution de la dot à la dissolution du mariage. L'inexécution de cette obligation par le mari, autorisait la femme ou son père à déclencher l'action de droit strict ex stipulatu. Par la suite, a été introduite l'action rei uxoriae visant à garantir à la femme la restitution dotale à défaut de stipulation<sup>679</sup>. Quelle que soit l'action exercée, le mari était donc tenu de restituer la dot<sup>680</sup>.

---

<sup>677</sup> JUSTIN J., Des actions « in bonum et aequum conceptae », Dijon : Imprimerie et lithographie Carré, 1894, p. 68.

<sup>678</sup> Dans l'action rei uxoriae également, l'enrichissement sans cause limite l'étendue du droit à la restitution de la dot : « si celui qui a promis une dot et ne l'a pas intégralement payée meurt laissant la femme pour héritière, le mari ne sera pas tenu de rendre ce qu'il n'a pas touché ; car la femme s'enrichirait à ses dépens », v. DAREMBERG C, SAGLIO E., loc. cit.

<sup>679</sup> JUSTIN J., op. cit., p. 69 et s. « L'actio rei uxoriae aurait pour origine non pas la convention des parties, mais la jurisprudence des tribunaux de famille en matière de divorce ».

<sup>680</sup> Ce qui pouvait être dramatique pour le sort du mari, qui par exemple, n'ayant pas de revenu devait restituer à sa femme ou à son père, la dot ainsi que porter la charges des enfants.

**Différence de principe des actions.** Néanmoins, « *malgré leur identité générale d'objet, [les actions ex stipulatu et rei uxoriae] sont toujours restées séparées par des différences considérables tenant à leur dualité de principe*<sup>681</sup> ».

L'action ex stipulatu est une action régie en tout point par les principes ordinaires des actions de droit strict. Cela signifie qu'au moment où l'évènement mentionné dans la stipulation se réalise – le divorce en général – la dot doit immédiatement et intégralement être restituée. Peu importe les avantages bénéficiant à la femme à un autre titre, les besoins réels, la situation pécuniaire des parties ou encore « *l'embarras que peut causer au mari son accomplissement rigoureux*<sup>682</sup> ». La dot, dette ordinaire, doit être restituée conformément au ius civile, peu importe les conséquences que ce transfert provoque.

Au contraire, au titre de l'action rei uxoriae, « *la restitution n'a pas toujours lieu, elle n'est pas toujours intégrale, elle n'est pas toujours immédiate, elle ne se cumule pas avec les avantages testamentaires faits par le mari à la femme*<sup>683</sup> ». En effet, le juge détermine les modalités<sup>684</sup> et l'étendue de la restitution en fonction de considérations concrètes telles que la situation patrimoniale de chacun, le nombre d'enfants à charge, la nature des fautes qui ont compromis le mariage etc<sup>685</sup>.

Cette individualisation de la solution, destinée à concilier les intérêts de la femme à la restitution de la dot et ceux du mari à la stabilité de sa situation, se manifeste également par la prohibition d'exiger que le montant de la restitution dépasse les ressources du mari<sup>686</sup>, état de fait indifférent dans le cadre de l'action ex stipulatu. C'est de nouveau cette préoccupation de la réalité des choses qui permet au juge de modifier le montant de la dot fixé par les conjoints dans le cas où l'estimation faite de la chose constituée en dot, lèse l'un ou l'autre<sup>687</sup>. Ainsi que l'avait écrit Savigny, l'expression *aequius melius* contenue dans l'action rei uxoriae « désigne

---

<sup>681</sup> GIRARD P. F., op.cit., p. 1015.

<sup>682</sup> Ibid.

<sup>683</sup> Id., p. 1016.

<sup>684</sup> Le juge dans le cadre de cette action jouit d'une certaine liberté pour établir les conditions de restitution de la dot. Il peut accorder au mari, pour la restitution des choses de genre, un délai d'une durée maximale de trois ans, à condition que le divorce ne soit pas imputable à sa faute. En cas de « fautes légères », le délai est réduit à six mois. En cas de « fautes graves », comme l'adultère, aucun délai n'est accordé (v. GAUDEMET J., CHEVREAU E., Droit privé romain, Paris : Montchrestien, 2009, 3<sup>e</sup> éd., p. 62).

<sup>685</sup> GAUDEMET J., CHEVREAU E., op. cit., p. 63.

<sup>686</sup> GIRARD P. F., op. cit., p. 1018.

<sup>687</sup> DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « Litis Aestimatio ».

*une liberté d'appréciation fondée moins sur la nature de l'action que sur les besoins spéciaux de certains rapports de droits*<sup>688</sup>».

On perçoit sans équivoque la finalité de cette action *in bonum et aequum* lorsqu'elle est mise en relief avec celle du droit strict. Alors que le formalisme qui préside à l'application de cette dernière conduit à exiger rigoureusement la restitution dotale, l'action *rei uxoriae*, au contraire, à travers l'identification et l'évaluation précises des intérêts de chacun, aboutit à une restitution dotale conforme à la situation des parties et à leurs véritables besoins<sup>689</sup>.

**Evolution de la notion d'« aequum ».** L'*aequum* ou le « *bonum et aequum* » sert progressivement à désigner cette branche alternative au *ius civile* développée par les efforts conjugués des préteurs et des jurisconsultes et composée d'innovations juridiques à l'instar des actions *in bonum et aequum* caractérisées par leur souci de répondre aux besoins concrets des individus et de satisfaire l'ensemble des intérêts. Au fur et à mesure, cette branche du droit se voit progressivement rattacher au *ius civile* et le couple *bonum et aequum* est alors employé pour désigner l'une des sources du *ius civile*. Cette intégration au *ius civile* tendait à contenir et à encadrer les innovations issues de l'*aequum*. Toutefois le terme va connaître une seconde jeunesse, lorsque quelques siècles plus tard, la science du droit romaine va également être frappée de sclérose.

#### *B) Le dépassement du formalisme dans la science du droit*

Au tournant du I<sup>er</sup> siècle après J.-C., Celse définit le droit (*ius*) comme étant *ars boni et aequi*<sup>690</sup> (1). Cette célèbre définition du droit est traditionnellement traduite par « *l'art du bon et de l'équitable* » et exceptionnellement par « *le bien et l'équilibre*<sup>691</sup> ». Derrière cette définition consensuelle, se cache une subtile et sévère attaque contre le formalisme de la science du droit. Précisons que le formalisme dont on parle ici correspond au mode de

---

<sup>688</sup> SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1846, t. 5, p. 504.

<sup>689</sup> En ce sens, v. VILLEY M., *Le droit romain*, Paris : PUF, 2002, p. 121 ; FERREIRA DA CUNHA P., « L'équité – Le legs réaliste classique et la pensée de Michel Villey », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, p. 63.

<sup>690</sup> V. ULPIEN, *Digeste*, 1,1,1,1.

<sup>691</sup> V. par ex. VALLANÇON Fr., « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Civitas*, n° 8, mars 2003, disponible sur : <http://www.civitas-institut.com/content/view/6/110/>

raisonnement juridique reposant sur la logique formelle (syllogisme) et sur des instruments logiques (catégories, distinctions, définitions, concepts, etc.).

Lorsque Ulpien réitère l'expression de Celse, il lui fait toutefois perdre son caractère belliqueux et subversif, et propulse l'*aequum* dans la stratosphère de l'abstraction (2).

1) La fonction critique de « *Ius est ars boni et aequi* » de Celse

Membre du conseil du prince sous Hadrien, Celse est le disciple d'Ariston et de Neratius. Il va toutefois se démarquer du dogmatisme de ses maîtres par son humanisme et sa méthode empirique. Selon M. Schiavone, Celse conçoit le *ius* comme un droit « sensible aux transformations et aux changements, instrument flexible de disciplines contingentes, à la mesure des sujets impliqués<sup>692</sup> ». Au cœur de cette perspective, précise-t-il, « il y avait le projet d'adapter le savoir du *ius* au climat culturel de son temps<sup>693</sup> ».

**L'usage de l'*aequum* à l'époque de Celse.** Pour comprendre le sens de cette consécration de l'*aequum*, il est nécessaire de retracer brièvement l'évolution du terme mais également d'esquisser à grands traits la controverse à laquelle participe Celse.

Le couple *bonum et aequum* est employé jusqu'à la période comprise entre la fin de la République et le début de l'Empire. Par la suite, le terme *bonum* est abandonné au profit du seul mot *aequum*, exprimant à lui seul l'idée du binôme<sup>694</sup>. En parallèle, à la même époque, apparaît un terme concurrent issu de l'influence *jusnaturaliste* grecque et promu par Cicéron : l'*aequitas*, lequel est ordinairement associé au *ius civile* et à la *iustitia*<sup>695</sup>.

**La controverse sur le formalisme scientifique à l'époque de Celse.** A cette époque, le terrain n'était donc plus occupé que par *aequum* ou *aequitas*. Ainsi, lorsque Celse déclare « *ius est ars boni et aequi* », il actualise une expression désuète, laquelle, toutefois, demeure traditionnellement marquée du symbole de l'opposition historique au *ius civile*. Toutefois, il ne s'agit pas pour Celse de rouvrir le conflit entre le *ius civile* et le *bonum et aequum*, qui n'avait plus lieu d'être puisque l'*aequum* était reconnu par les jurisprudents et intégré au

---

<sup>692</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 388.

<sup>693</sup> Ibid.

<sup>694</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 450.

<sup>695</sup> V. infra.

ius<sup>696</sup> : « cette bataille était en grande partie gagnée désormais » explique M. Schiavone, « la position de l'ancien ennemi était maintenant tenue par un autre adversaire, qui en renouvelait le pouvoir de nuisance, la capacité de renverser le ius en inuria<sup>697</sup> ». Cet adversaire n'était donc plus le ius civile ce « droit à arêtes vives<sup>698</sup> » mais, pour ainsi dire, cette « science à arêtes ». La restauration de cette antique formule entreprise par Celse s'explique par la controverse relative au formalisme de la scientia iuris à laquelle il a participé :

« La renaissance de la pensée juridique », explique M. Schiavone « après les difficultés du Ier siècle après J.-C. s'était faite sous le signe de différents mouvements d'idées. Deux tendances au moins, les plus importantes, sont à peu près certaines. Pour aucune des deux la permanence du modèle casuistique et les acquis de la révolution formelle n'étaient remis en cause. Ce qui les divisait plutôt était l'équilibre à maintenir entre ces deux paradigmes : quel poids donner aux schémas et aux catégories ontologiques dans l'élaboration concrète des solutions ? Et à l'intérieur de quel cadre conceptuel déchiffrer un cas ?<sup>699</sup> ».

**Controverse entre Celse et Neratius.** Cette controverse oppose notamment Celse à Neratius. Ce dernier est décrit par Gaudemet comme un stoïcien adepte du moralisme traditionnaliste<sup>700</sup>. Ce profil dénote avec celui de son contradicteur : esprit novateur et volontiers critique, Celse appartient à l'élite humaniste d'une société urbaine, plus cosmopolite et moins rigide d'esprit. Alors que Neratius est un juriste fidèle au dogmatisme, Celse prône l'empirisme.

---

<sup>696</sup> Toutefois, au Ier siècle, Cassius avait opposé une notion devant laquelle l'aequum devait plier : « le bien commun » (utilitas publica). Pour Cassius, rapporte M. Schiavone, « la possibilité d'un droit équitable [ius aequum] rencontrait une limite infranchissable. Elle ne pouvait déroger à la protection du bien commun, de l'intérêt du peuple comme organisation et comme système, en somme du peuple comme sujet politique fondateur de la respublica. Bien plus, Cassius ne voyait pas dans les deux critères – équité et bien commun – une assimilation harmonieuse, mais une antithèse déchirante (...) dans la mesure où l'une était fondée sur l'avantage exclusif des « particuliers », et l'autre sur une valeur qui transcendait cette approche pour atteindre le point de vue supérieur de la collectivité, de la totalité, de l'organicité, qui pouvait ne pas coïncider avec la somme des intérêts particuliers », SCHIAVONE A., op. cit., p. 363.

<sup>697</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 453 : « cette bataille était en grande partie gagnée désormais. La position de l'ancien ennemi était maintenant tenue par un autre adversaire, qui en renouvelait le pouvoir de nuisance, la capacité de renverser le ius en inuria ».

<sup>698</sup> ROUBIER P., Théorie générale du droit, Paris : Dalloz, 2005, p. 91.

<sup>699</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 453. L'auteur cite en illustration la controverse opposant Javolenus et Neratius ; le premier remet en cause le dispositif conceptuel du rationalisme juridique issu de la révolution formelle du Ier siècle en alertant du danger de toute définition, alors que le second pose la finitude dogmatique du ius par un scientisme convaincu. Celse pris le parti de Javolenus (Ibid).

<sup>700</sup> V. GAUDEMET J., Les naissances du droit, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2006, p. 278.

Neratius conçoit le droit comme un ensemble fini. Il est soucieux de l'ordre social et veut faire respecter le droit existant sans en discuter le bien fondé<sup>701</sup>. Tout en s'estimant lié par les termes de la loi, Neratius souhaite restaurer les valeurs traditionnelles que sont la *fides*, la *pietas*, l'*aequitas*, mais aussi la puissance paternelle. Sa conception des relations sociales restaure une tradition hiérarchique où chacun à sa place : la relative liberté d'organiser son temps qu'il concède au travailleur par exemple, relève d'un « paternalisme bien entendu<sup>702</sup> ».

Celse, sur tous ces points, s'oppose à Neratius. Celse milite pour abandonner les principes qui ne semblent pas fondés en raison et qui « introduits pas erreur se sont ensuite imposés par l'usage<sup>703</sup> ». Contrairement à Neratius qui s'estime lié par les termes de la loi (*verba*), Celse s'autorise à les discuter. Le « bon juge » selon lui, ne doit pas être un esclave<sup>704</sup>. Il est toujours préférable d'adopter la solution qui semble la meilleure, la plus juste, plutôt que de rester prisonnier des catégories juridiques<sup>705</sup>. En ce sens Celse (1, 3, 17-19) livre quelques règles d'interprétation : « *Savoir la loi, ce n'est pas s'en tenir à ses termes, mais à sa force et à son pouvoir* ». Une interprétation « bienveillante » respecte la volonté du législateur ou la volonté des parties à un acte privé.

**Ars boni et aequi.** Celse prit donc parti contre les tenants de l'absolutisme de la scientificité du droit ainsi que l'explique M. Schiavone :

« La scientia iuris qui conduisait à l' 'erreur' était celle-là même qui élaborait des 'définitions dangereuses' : une jurisprudence vouée aux concepts, aux règles, aux constructions analogiques rigides sur la base de quantifications abstraites. De cela, on pouvait se protéger par un savoir juridique capable d'oublier des schémas trop contraignants au nom d'une pratique guidée par la ductilité, le retour au qualitatif, la recherche sans préjugés dogmatiques de la solution la plus adéquate par rapport aux intérêts en jeu<sup>706</sup> ».

---

<sup>701</sup> Digeste, 1, 3, 21, cité par GAUDEMET J., op. cit., p. 278.

<sup>702</sup> GAUDEMET J., loc. cit.

<sup>703</sup> Digeste, 1, 3, 39, cité par GAUDEMET J., loc. cit.

<sup>704</sup> Digeste, 6, 1, 38, cité par GAUDEMET J., loc. cit.

<sup>705</sup> Digeste, 12, 4, 16, cité par GAUDEMET J., loc. cit. En ce sens Celse (1, 3, 17-19) livre quelques règles d'interprétation : « *Savoir la loi, ce n'est pas s'en tenir à ses termes, mais à sa force et à son pouvoir* ». Une interprétation « bienveillante » respecte la volonté du législateur ou la volonté des parties à un acte privé.

<sup>706</sup> SCHIAVONE A., loc. cit.

Pour s'opposer à cette science du droit austère, réduite à une technique, Celse déclare non seulement que le droit est un art<sup>707</sup>, mais en outre, qu'il est l'art du bonum et de *l'aequum* et non celui de la notion à la mode qu'est *l'aequitas* car « trop contaminé par la philosophie et des abstractions universalistes pour ne pas être équivoque, dans la perspective qui était sienne<sup>708</sup> ». Le bonum et aequum, cette ancienne expression « bannière de la flexibilité prétorienne face aux insupportables ritualismes du *ius civile*<sup>709</sup> », symbole de la poursuite de l'équilibre entre les intérêts de chacun indépendamment des prescriptions séculaires indifférentes à la nature des choses, était donc à nouveau employée pour briser « les nouveaux liens d'une science juridique prisonnière de ses définitions et de son dispositif formel<sup>710</sup> ».

Le bonum et aequum employé par Celse, analyse enfin M. Schiavone

« était comme une citation, une invite à redécouvrir une attitude : de toute évidence, celle qui consistait à rechercher des règles flexibles prenant la mesure du cas concret, variables avec le temps, propres à rétablir les équilibres rompus par les circonstances – une capacité *proprement romaine* qui s'était formée loin de tout arrière-plan délibérément jusnaturaliste (ou du moins redevable à la pensée grecque). Celse voulait renouer explicitement avec ce *style de pensée et d'habitudes* interprétatives, en faire, avec une mise à jour technique, le *noyau d'une pratique* de responsa adaptée aux problèmes affrontés, tout en évitant le risque de confusion avec la conception philosophique de l'équité qu'avaient élaborée Cicéron et Labéon<sup>711</sup> ».

2) La perte avec Ulpien de la fonction critique de « *ius est ars boni et aequi* »

---

<sup>707</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 458. L'art est ce qui semble le plus opposé à la science. C'est certainement pour cette raison que Celse a utilisé cette notion. M. Schiavone propose également une alternative plus « séduisante », mais quelque peu alambiquée à cette raison : quand Celse utilise *ars*, il se référerait directement à Cicéron, selon lequel le droit est un art au sens de science et de système, c'est-à-dire un contenu de normes rationnelles et valides dont la logique interne peut faire l'objet d'une description rigoureuse. Celse, qui réprovoque cette conception logico-formaliste du droit, par sa formule, désignerait donc comme objet de la science du *ius*, ce qui serait le moins insusceptible de l'être du fait de son caractère insaisissable : « le bon *et l'équitable* », (SCHIAVONE A., loc. cit.).

<sup>708</sup> SCHIAVONE A., loc. cit. ; V. infra.

<sup>709</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 453. On peut également comprendre l'usage de *ars* dans la définition de Celse comme poursuivant la même fin, c'est-à-dire, exprimer une opposition ferme contre la science du droit, sur ce point.

<sup>710</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 454.

<sup>711</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 452.

**Ius est ars boni et aequi, selon Ulpien.** Lorsqu'un siècle plus tard, Ulpien<sup>712</sup> itère la définition du droit de Celse, il en modifie le sens en l'intégrant dans un contexte jusnaturaliste – à l'opposé donc des motifs de Celse. Ulpien déclare : « le droit [ius] tire son nom de la justice [iustitia] ; or, suivant la définition de Celse, le droit est l'art de connaître ce qui est bon et juste [boni et aequi]<sup>713</sup> ». Pour A. Schiavone, il faut comprendre la référence à la définition de Celse comme un moyen pour Ulpien de donner force à sa singulière inversion<sup>714</sup> qui précède : « ius tire son nom de iustitia ». L'on sait qu'étymologiquement, iustitia dérive de ius et non l'inverse, mais cette inversion s'explique par l'intention d'Ulpien de fonder le droit sur l'idée supérieure de justice qu'il définit comme « une volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû<sup>715</sup> ». En définissant ainsi la justice, Ulpien, sans le citer<sup>716</sup>, suit les traces de Cicéron pour lequel « la justice est une disposition de l'âme qui rend à chacun ce qui lui convient, toutefois sans porter atteinte à l'utilité commune<sup>717</sup> ». A partir des définitions du droit et de la justice d'Ulpien, on a pu déduire que pour ce dernier, le couple bonum et aequum et le terme iustitia sont d'une part équipollents<sup>718</sup> et d'autre part, que ces termes sont à corrélés à l'aequitas et au courant jusnaturaliste<sup>719</sup> dans lequel s'est déjà engagé Cicéron deux siècles plus tôt. Selon M. Schiavone, cette référence à la définition cicéronienne de la justice permet de saisir la signification qu'attribue Ulpien à iustitia, « la

---

<sup>712</sup> Ulpien (environ 170-223) fait partie de cette catégorie de prudens qui collaborent étroitement avec le pouvoir impérial tels Julien, Marcellus, Scaevola, Papinien ou Paul. Son œuvre de compose d'une participation à l'élaboration du droit impérial et de commentaires de ce droit ainsi que de la tradition jurisprudentielle (v. CORIAT J.-P., « Ulpien », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 586). Il est l'un des plus illustres juristes bureaucrates : « hommes de compétence et de confiance du Prince, les juristes bureaucrates sont aussi les serviteurs de l'Etat impérial, dont ils définissent les prérogatives juridiques en les justifiant par leur légitimité, mais sans jamais, conformément à l'esprit romain, bouleverser l'ordre juridique traditionnel » (id., p. 588).

<sup>713</sup> Digeste, 1,1,1,1.

<sup>714</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 432 : « l'inversion est d'autant plus spectaculaire qu'elle sert à donner du relief à un mot –iustitia – qui était une rareté absolue dans la langue et l'appareil conceptuel des juristes ».

<sup>715</sup> Digeste, 1, 1, 1, 10.

<sup>716</sup> M. Schiavone précise qu'Ulpien ne pouvait explicitement citer Cicéron, conformément au protocole selon lequel, les juristes ne citent exclusivement que d'autres juristes. (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 530, note 12).

<sup>717</sup> CICERON, *De l'invention*, II, 53, cité par SENN F., *De la justice et du droit*, Paris : Sirey, 1927, p. 3. Dans cet ouvrage, Senn procède à l'analyse comparative des définitions de la justice d'Ulpien et de Cicéron.

<sup>718</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 434 : « Le ius se fondait sur la justice précisément parce qu'il était 'la discipline du bon et de l'équitable'. Pour Ulpien, en d'autres termes, iustitia et bonum et aequum étaient la même chose ».

<sup>719</sup> DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 51 : « cette idée d'un droit naturel commun à tous les hommes, issue du cosmopolitisme stoïcien, devient familière aux juristes romains. On la retrouve chez Ulpien, dans une version différente : le fondement du droit est dans la nature même des choses : le jus naturale se lie à l'aequitas : un traitement égal des choses et des rapports égaux. Tel serait le fondement du droit : la "naturalité" de la règle de l'aequitas ».

*même qu'avait eue pour Cicéron le terme aequitas, à savoir un principe universel d'équilibre distributif et propriétaire auquel le ius pouvait et devait se conformer*<sup>720</sup> ».

Toutefois, si l'idée d'équilibre s'exprime par le bonum et aequum de Celse et par l'aequitas de Cicéron (ou par la iustitia d'Ulpien), elle ne présente pas le même statut dans la pensée de chaque auteur. Pour Celse, l'idée d'équilibre renvoie aux réalités concrètes et aux intérêts en jeu et constitue une idée favorable à l'empirisme ou au pragmatisme, alors que pour Cicéron l'idée d'équilibre contenu dans l'aequitas se comprend comme un principe transcendant de type jusnaturaliste.

## Conclusion de la section une

Dans cette section, nous avons examiné le discours de l'aequum et découvert que la notion était employée pour dépasser le droit formel en raison de son caractère inadapté aux faits. Affranchis du droit strict, le préteur et le juge peuvent regarder attentivement les intérêts en présence en vue de les concilier. Plus tard, l'aequum est intégré au droit et figure comme une source. De ce fait, son caractère « subversif » disparaît. Lorsqu'une sérieuse controverse oppose les juristes romains à propos de la scientificité de la jurisprudentia, le terme est restauré par Celse pour critiquer le formalisme scientifique dans une formule désormais célèbre, reprise ensuite par Ulpien qui lui fera perdre, également, sa vocation subversive.

---

<sup>720</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 435.

## Section 2 : Le discours de l'*aequitas*

Relié à l'*aequum*, le discours de l'*aequitas* s'en détache par sa connotation jusnaturaliste (I), laquelle est l'œuvre de Cicéron, le plus grand promoteur de l'*aequitas* (II).

I) L'*aequitas* : consécration jusnaturaliste de l'*aequum*

Nous étudierons les conditions d'apparitions de la notion (A) ainsi que sa signification (B).

*A) Conditions d'apparition de la notion d'*aequitas**

La notion d'« *aequitas* » résulte principalement de deux causes : d'une part, un contexte de crise (A), d'autre part, la prégnance de l'influences grecque (B).

1) Les crises de l'époque tardo-républicaine

Un siècle avant la chute de la République, Rome est victime d'une grave crise politique<sup>721</sup> provoquée par une succession de crises économiques<sup>722</sup> et sociales<sup>723</sup>, dont les conquêtes romaines victorieuses constituent la cause principale<sup>724</sup>.

---

<sup>721</sup> Cette période qui débute en 133 pour s'achever avec la République et l'institution du principat en 27 avant J.-C. a été qualifiée de « révolution romaine » (GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, p. 255). Les troubles sont, au plan local, causés par les conflits inhérents au système oligarchique entretenu par différentes factions de la nobilitas ayant la main mise sur le Sénat, le consulat et toutes les magistratures. Cette oligarchie est contestée par la plèbe qui sollicite plus de pouvoir politique, de subsistances et de terres, et par les chevaliers-publicains qui demandent plus de garanties sur leurs terres contre les gouverneurs. Les échecs successifs des réformes des Gracques, de Sylla, de Pompée et de César achèvent la République (v. GAUDEMET J., op. cit., p. 255 et pp. 259-270 ; BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, Paris : Armand Colin, 1998, 3<sup>e</sup> éd., pp. 93-97 ; ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.1-2, 8<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1992, p. 367 et s.)

<sup>722</sup> Les territoires conquis par les Romains sont monopolisés par l'aristocratie laquelle, soucieuse d'obtenir rapidement des profits, instaure une production agricole capitaliste. Les aristocrates rachètent à bas prix les petits domaines agricoles de paysans ruinés pour accroître leurs domaines qu'ils exploitent par le travail des esclaves. Le schéma est classique : la valeur des récoltes diminue et les petits paysans s'appauvrissent. De surcroît, l'afflux d'or et d'argent provenant des butins et des tributs, provoque la dévaluation de la monnaie et la hausse des prix. La population de classe moyenne se réduit et corrélativement, le nombre de citoyens ruinés ou endettés augmente (v. GAUDEMET J., op. cit., p. 256-257 ; BORDET M., op. cit., pp. 88-89).

<sup>723</sup> Les crises sociales concernent d'une part l'opposition des pauvres à la nobilitas et d'autre part les esclaves. Le soulèvement des esclaves provoque les guerres serviles dont la troisième et dernière, menée par Spartacus en 73

Dans ce contexte apparaît la « seconde vague » d'idées grecques qui va connaître un fort engouement auprès de la noblesse romaine. Un véritable hellénisme aristocratique s'instaure et étend son influence dans la littérature, l'architecture, le théâtre ou encore la philosophie, et partant, au droit<sup>725</sup>.

Inversement aux déclin de l'économie et du bon ordre politique, l'évolution impulsée par les travaux des jurisconsultes préclassiques<sup>726</sup> ayant intégrés la « première vague » grecque, amène le droit romain à son âge d'or. Suite à la naissance de la science juridique, le droit romain connaît une forme d'achèvement dans son histoire : il est désormais présenté comme un « système<sup>727</sup> » logique.

## 2) La réception du jusnaturalisme grec

**Philosophie du droit grecque et science du droit romaine.** Les idées issues de la philosophie grecque sont alors selon M. Schiavone, « contraintes de se mesurer sur un terrain déjà touché par une sédimentation de technicité dure et exigeante, qui atteignait alors son accomplissement formel<sup>728</sup> ». Les idées grecques, tournées vers une recherche ontologique de la justice, apparaissent a priori incompatibles avec un système juridique par définition formel,

---

avant J.-C. syncrétise les diverses protestations sociales, V. BERTHE J.-P., « Esclavage », *Encyclopaedia universalis*. V. GAUDEMET J., op. cit., p. 256 ; BORDET M., op. cit., pp. 88 et s.).

<sup>724</sup> V. BORDET M., op. cit., p. 87 : « dès le milieu du IIe siècle, on peut mesurer les effets de la conquête non seulement sur l'économie et la société italiennes, mais aussi sur les institutions de la République et la civilisation romaine » ; ELLUL, op. cit., p. 368 : « L'afflux des richesses continue à Rome, et cet afflux entraîne des modifications. Alors qu'au IIIe siècle, ces richesses ont servi aux dépenses de la guerre et des travaux publics, au IIe siècle, elles correspondent à un luxe privé de plus en plus développé. La richesse devient un instrument de pouvoir ». Sur les crises, v. ELLUL, op. cit. pp. 367-397.

<sup>725</sup> MUIRHEAD J., *Introduction historique au droit privé de Rome*, Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1889, p. 315 : « l'esprit d'examen critique, éveillé et développé par l'étude littéraire et philosophique entreprise sérieusement et consciencieusement, contribua grandement à favoriser un nouveau mouvement du droit, qui devint très marqué à l'époque de Cicéron, le désir de subordonner la forme au fond, le mot prononcé à l'intention qu'il était destiné à manifester, la règle abstraite au cas individuel, auquel on proposait de l'appliquer. Ce fut le premier effort de ce qu'on appela alors l'équité, pour tempérer et maintenir dans de justes limites la rigueur du jus strictum ».

<sup>726</sup> ELM G. T., « La méthode des jurisconsultes romains – Entre justice distributive et justice commutative », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, p. 102 : « tous les juristes préclassiques seront engagés dans la construction d'un système. Il y a (...) un large consensus au sein de la pensée romaniste sur le fait que la pensée grecque avait eu une forte influence en orientant le droit romain vers un caractère scientifique ou technique ».

<sup>727</sup> V. cependant GAUDEMET J., « Tentatives de systématisation de droit à Rome », *Arch. phil. droit.*, n° 31, 1986, p. 11 et s.

<sup>728</sup> SCHIAVONE A., *Ius, L'invention du droit en occident*, trad. G. et J. BOUFFARTIGUE, Paris : Belin, 2008, p. 308.

éloigné « de toute évaluation des rapports sociaux en termes de contenu<sup>729</sup> » et conditionné par le « *respect d'un réseau de mesures quantitatives inaccessibles au doute moral*<sup>730</sup> ».

Toutefois, malgré un droit ordonné sous la forme d'un système, les idées grecques se révèlent utiles pour les juristes afin de servir les desseins hégémoniques de Rome. En effet, la politique expansionniste romaine conduit les juristes à s'orienter vers des champs de recherche inédits pour légitimer la puissance impériale et universaliser le droit. L'idée de l'existence d'un droit commun à tous les hommes était déjà connue des romains à travers le jus gentium mais celui-ci manquait d'un fondement théorique assez profond pour s'imposer à l'ensemble des provinces annexées et demeurait, en pratique, beaucoup trop lié aux activités commerciales.

« **Mise à jour** » de *l'aequum*. Rendre le ius supérieur et, pour ainsi dire, séduisant afin qu'il soit davantage accepté qu'imposé aux peuples conquis était l'une des missions des juristes, lesquels, à cette fin, employèrent opportunément le jusnaturalisme aristotélicien et stoïcien. Le droit naturel, surtout des stoïciens, a pour expédient de servir de fondement universel<sup>731</sup> et constitue un instrument susceptible d'élargir la portée du ius et de compenser ses rigidités. Mais l'exploitation du droit naturel comme procédé d'universalisation du droit, pour être pleinement efficace, devait faire pénétrer l'idéal de justice ou plutôt l'idée d'un « idéal de justice » non seulement dans la culture romaine -peu disposée à la philosophie- mais également et surtout dans le domaine juridique. Cette tentative d'implémentation se réalise par la restauration de la notion qui, dans l'histoire du droit romain, s'était déjà confrontée au ius. C'est ainsi, écrit M. Schiavone, « que revint en scène, dans une version mise à jour<sup>732</sup> » *l'aequum*. Chargé d'un sens plus large et plus complexe, *l'aequitas*, substantif créé à partir de *l'aequum*<sup>733</sup> sert de vecteur au droit naturel.

---

<sup>729</sup> Ibid.

<sup>730</sup> Ibid.

<sup>731</sup> V. FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, Paris : LGDJ, 1965, p. 52 : « le génie pratique de la jurisprudence romaine utilisa cette conception de la nature basée sur la raison pour transformer un système rigide en système cosmopolite apte au gouvernement du monde. Bien avant que le droit naturel devînt une partie de l'enseignement philosophique et juridique, les juristes praticiens qui, à Rome et dans de nombreuses parties de l'Empire, avaient à appliquer la loi à des centaines de peuples ou tribus non romains vivant selon les coutumes diverses, avaient mis en pratique l'idée du droit naturel ».

<sup>732</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 314.

<sup>733</sup> V. SCHIAVONE A., op. cit., p. 450.

## B) Apparition de la notion d'*aequitas*

**Significations d'*aequitas*.** Au sens propre, *aequitas* signifie « égalité », « niveau », « juste proportion », « équilibre » ou encore « symétrie »<sup>734</sup>. La signification d'*aequitas*, souligne M. Margolin, « fait penser au plateau qui s'abaisse ou s'élève, ou atteint son point d'équilibre, sur une ligne horizontale qui relie l'autre plateau »<sup>735</sup>. Au sens figuré et dans une acception subjective, *aequitas* désigne la sérénité<sup>736</sup>. Cicéron louait à propos de Socrate « la tranquillité d'une grande âme [*animi maximi aequitas*] en présence de la mort »<sup>737</sup>. Cette dernière expression équivaut à celle plus classique d'*aequo animo*, « égalité de l'âme »<sup>738</sup> qui signifie l'« absence de trouble (...) un équilibre parfait de l'âme ou de l'esprit, demeurant égal à lui-même »<sup>739</sup>.

L'on retrouve ces deux sens, objectif et subjectif de *l'aequitas* dans le domaine juridique. Premièrement, la notion d'*aequitas* de manière objective plonge ses racines dans la notion d'*aequum* et se réfère à la proportion ou à l'égalité<sup>740</sup>. De la définition d'*aequitas* donnée par le dictionnaire Detienne, M. Margolin retient ainsi « la double idée de répartition et d'égalité dans la répartition »<sup>741</sup>. *L'aequitas* se distingue de *l'aequum* par sa facture jusnaturaliste, puisque *l'aequitas*, de manière générale, signifie la « justice naturelle »<sup>742</sup>.

L'autre sens du mot *aequitas*, subjectif cette fois, correspond aux valeurs d'impartialité, de modération<sup>743</sup>, de bienveillance<sup>744</sup>, d'*humanitas* ou encore de *clementia*. *L'aequitas* désigne la « vertu d'un homme désireux de se montrer humain dans son interprétation et son application

---

<sup>734</sup> GAFFIOT F., Dictionnaire Latin-Français, Paris : Hachette, 1934, v. *Aequitas*. V. égal. NORENA C. F., *Imperial Ideals in the Roman West*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, p. 63.

<sup>735</sup> MARGOLIN J.-C., « *Aequitas, Aequalitas et auctoritas* dans la pensée d'Erasmus », in, *Aequitas, aequalitas, auctoritas*, actes du colloque international du Centre de recherche en philosophie politique et sociale de l'Université d'Ottawa (1990), Paris : J. Vrin, 1992, p. 34 ; NORENA C. F., *Imperial Ideals in the Roman West*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 63 : « in its narrowest application *aequitas* denotes the proportion between two or more elements necessary for symmetry or balance (...) the equilibrium of a scale that uses properly calibrated weights ».

<sup>736</sup> V. GAFFIOT F., loc. cit. ; LEBAGUE C., loc. cit.

<sup>737</sup> CICERON, *Les Tusculanes*, 1, 40.

<sup>738</sup> MARGOLIN J.-C., loc. cit.

<sup>739</sup> Idem. L'équité au XIXe siècle a pu ainsi être définie : « l'équité, son nom le prouve, c'est l'égalité d'âme, *animi aequitas* ; l'âme égale à elle-même, gardant son équilibre, pour ainsi dire, *aequus animus* ; le calme l'impassibilité » (DORLENCOURT L., « Équité », *Revue pratique de droit français*, 1860, t. 10, p. 358).

<sup>740</sup> V. DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 282 ; MICHEL A., *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, p. 534.

<sup>741</sup> MARGOLIN J.-C., op. cit., p. 34.

<sup>742</sup> GAFFIOT F., loc. cit. ; LEBAGUE C., *Dictionnaire latin-français*, Paris : Belin, 1881, v. *Aequitas*.

<sup>743</sup> GAFFIOT F., loc. cit.

<sup>744</sup> MICHEL A., loc. cit.

de la loi<sup>745</sup> » et renvoie alors à l'indulgence et à la convenance que recouvre l'*epieikeia* grecque<sup>746</sup>.

De la même manière que pour *epieikeia* et *aequum*, la confusion qui règne autour de l'*aequitas* provient principalement de sa traduction, quel que soit son sens, par « équité », et ce, malgré les efforts des auteurs pour tenter de restaurer les sens respectifs d'*aequitas* et d'*epieikeia*<sup>747</sup>.

**Premières occurrences.** Dans un ouvrage de rhétorique, le *Rhetorica ad Herennium*, le *ius* est défini comme comprenant « la nature, la loi, la coutume, les précédents juridiques, l'équité [*aequo et bono*], le pacte<sup>748</sup> ». Mis à part la référence au « pacte » et à la « nature », cette définition du *ius* au regard de ses sources est classique<sup>749</sup>. Plus loin dans le même ouvrage, apparaît pour l'une des premières fois le terme *aequitas* dans son acception juridique. Il est précédé du mot *iustitia* qui, lui aussi, se distingue par son caractère inédit<sup>750</sup>. Il est écrit : « la justice, c'est l'équité [*aequitas*] rendant à chacun selon son mérite<sup>751</sup> ». Sous une forme remaniée, il s'agit de la célèbre définition de la justice rendre à chacun son dû. Bien que le *Rhetorica ad Herennium* soit destiné à l'art oratoire, l'ouvrage atteste d'après Ciulei, que « l'idée d'une unification des notions *aequitas*, *ius* et *iustitia* sur le plan

---

<sup>745</sup> BENFERHAT Y., « *Aequitas iudicis, aequitas Principis* », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3<sup>e</sup> série, LVI, 2009, p. 55.

<sup>746</sup> Dans sa thèse, M. Stoffels a relevé les mentions de l'*epieikeia* chez les philosophes grecs et notamment Aristote et en a conclu que la notion en question doit plutôt être assimilée à la *clementia* qu'à l'*aequitas* (v. STOFFELS P., *Billijkheid in het oud-griekse rechte*, Amsterdam : Poortpers, 1954. Nous nous fions au compte rendu de Me. Lenger, cf. LENGER M.-T., « Comptes rendus », *Revue historique du droit*, 1956, pp. 202-203). V. aussi : DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 282 : « le concept grec de *epieikeia* n'est pas identique au concept romain d'*aequitas*. Le premier signifie convenance (donc aussi mitigation) ; le second marque au contraire, l'égalité (donc rigueur absolue dans l'application de la justice) ».

<sup>747</sup> V. DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 282 : « le concept grec d'*epieikeia* n'est pas identique au concept romain d'*aequitas*. Le premier signifie convenance (donc aussi mitigation) ; le second marque au contraire, l'égalité (donc rigueur absolue dans l'application de la justice). Mais, même d'après ce concept, à des cas inégaux doit s'appliquer un traitement inégal ».

<sup>748</sup> *Rhetorica ad Herennium*, 2.13.19, cité par SCHIAVONE A., op. cit., p. 310.

<sup>749</sup> L'*aequum et bonum* était reconnue en tant que source de droit par la jurisprudence. La référence à la nature pouvait être déjà la manifestation d'une influence jusnaturaliste ou alors « un simple renvoi aux devoirs dérivant de la consanguinité dans les liens de parenté » (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 311).

<sup>750</sup> *Iustitia* traduit les termes *diké* et *dikaïosinê*. M. Schiavone souligne que le terme *iustitia* était relativement peu employé. Selon lui, les romains ne l'appréciaient guère car il suscitait la question de l'origine de la justice (*nomos* ou *physis* ?) que les romains ne se posaient pas, préférant se consacrer à la technicité et à la science du *ius* (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 315).

<sup>751</sup> CICERON, à Hérénium, in, *œuvres complètes*, trad. M. Nisard, Paris : Firmin Didot Frères, 1869, 3, II : « *Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque* », Les historiens s'accordent aujourd'hui pour contester la paternité du *Rhetorica ad herenium* à Cicéron (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 310). Sur les différentes interprétations de la notion de *dignitas* (dignité, mérite, position, statut, valeur sociale), v. PEPPE L., « La complexité juridique et sociale du mot *dignitas* », in, *Obligations, procès et droit savant, Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Paris : LGDJ, 2013, p. 498 et s.

*philosophique, sous l'influence de la philosophie grecque, avec les conséquences pratiques qui en dérivent, se fait jour à Rome*<sup>752</sup> ».

**Rapports entre *aequum* et *aequitas*.** La coexistence d'*aequum* et d'*aequitas* dans le *Rhetorica ad Herennium* prouve que le second terme n'avait pas remplacé ou fusionné avec le premier. Au contraire, cette coexistence illustre davantage qu'il s'est opéré, selon les termes de M. Schiavone, une « césure lexicale et culturelle »<sup>753</sup>.

Toutefois les deux termes, quoique distincts, sont sémantiquement proches<sup>754</sup> : le *bonum* et *aequum* renvoie au droit prétorien en tant que source parmi d'autre du *ius*, il symbolise historiquement l'ancienne opposition entre le *ius civile* et le *ius honorarium*, et enfin, il demeure associé aux valeurs de flexibilité, d'ajustement au cas concret, de proportion, de considération de la qualité des personnes<sup>755</sup>. De la même manière, l'*aequitas* correspond, dans la pratique judiciaire, au fondement d'une solution de droit singulière et d'un point de vue finaliste, il suppose, comme l'*aequitas*, la recherche d'une conciliation des intérêts des parties<sup>756</sup>. Toutefois à la différence de l'*aequum*, cette finalité a pour source une norme transcendante issue de la Nature : le « principe d'*aequitas* » est en effet écrit M. Schiavone « identifié avec celui de justice fondée sur attribuer à chacun son dû un principe de portée universelle (...) en mesure d'embrasser non pas un aspect particulier du *ius*, mais sa totalité »<sup>757</sup>.

---

<sup>752</sup> CIULEI G., « Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron », *Revue historique de droit français et étranger*, 1968, p. 645.

<sup>753</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 450. « Les deux termes » poursuit-il, « sous la pression d'influences grecques, stoïciennes et aristotéliennes, deviennent dominants ; ils expriment toute l'histoire qui les avaient précédés et les sens qui s'y étaient formés, désormais relativement stabilisés, même si leurs contours demeurent fluctuants : l'un se rattachant plutôt à la tradition romaine de lutte contre le ritualisme archaïque, l'autre plus directement aux réflexions de la vague jusnaturaliste naissante » (Ibid).

<sup>754</sup> Il ne faut pas voir cette polysémie intrinsèque comme une polarité « mais plutôt comme un glissement entre des champs sémantiques relativement contigus, tout en étant bien distincts. » (v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 315).

<sup>755</sup> Il est précisé, selon Ciulei, dans le *Rhetorica ad Herennium* que le droit qui a sa source dans le *bonum* et *aequum* repose sur la vérité ou l'utilité commune (v. CIULEI G., op. cit., p. 642). Nous rappelons qu'à cette époque, c'est-à-dire, celle de Cicéron, Celse n'avait pas encore formulé sa célèbre définition du droit.

<sup>756</sup> V. FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 22 et s. : « "*aequitas*" as "*egalitarian*" or "*balanced*" justice ; NORENA C. F., *Imperial Ideals in the Roman West*, Cambridge University Press, 2011, pp. 63-64 : « from these senses of *aequitas* come the term's principal meanings as justice or as fairness in decision-making, especially in judicial contexts. As a principle of jurisprudence *aequitas* was treated as one component of law (*ius*), frequently distinguished from other components of *ius* such as statutes (*leges*) or customs (*mores*). For the jurists *aequitas* was a force that could influence judges or "require" certain judgments. Sometimes it is paired with *iustitia* ».

<sup>757</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 315.

Plus que n'importe quel autre juriste ou auteur romain, Cicéron est sans nul doute le grand artisan de la notion d'*aequitas*.

## II) L'*aequitas* dans le discours de Cicéron

**Les apports de Cicéron.** Sans revêtir la qualité de jurisprudent, Cicéron (106-43 av. J.-C.) fut en tant qu'avocat et homme politique un contributeur notoire au droit romain. Si l'influence des diverses philosophies grecques sur sa pensée sont déterminantes, il importe de ne pas réduire son œuvre à des emprunts car « la philosophie cicéronienne émane de questions spécifiquement romaines soulevées par la génération précédente<sup>758</sup> ». Sa pensée juridique, indissociable de son œuvre politique et philosophique, demeure significative et encore aujourd'hui, elle demeure essentielle<sup>759</sup>. De manière générale, ses contributions fondamentales au droit consistent d'une part en l'introduction à Rome du droit naturel<sup>760</sup> et du

---

<sup>758</sup> MOATTI C., « Cicéron », in, RAYNAUD P., RIALS S., Dictionnaire de philosophie politique, Paris : PUF, 1996, p. 73.

<sup>759</sup> LEVY C., « Cicéron », in, CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004, p. 163 : « l'apport cicéronien à la conception occidentale de la justice fut considérable. *Auguste s'en inspira dans sa rénovation de l'Etat romain. Plus tard, tous les penseurs qui s'attachèrent à définir la loi naturelle se référèrent à celui qui, dans des circonstances particulièrement dramatiques, eut à cœur d'affirmer la non-relativité du droit* ».

<sup>760</sup> Les mentions de la *lex naturae*, du *ius natura*, *naturae*, *naturale* parcourent toute son œuvre. Avec elle, le droit naturel tient pour la première fois une place importante à Rome, v. GAUDEMET J., « Quelques remarques sur le droit naturel à Rome », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1952, p. 450 et s.

concept de justice<sup>761</sup> et d'autre part à la construction d'une science juridique<sup>762</sup> à partir de la philosophie<sup>763</sup>.

L'*aequitas*, au cœur de ces entreprises, s'appréhende difficilement. Notion polysémique, paradoxale, indéfinie<sup>764</sup>, l'*aequitas* syncrétise les influences de Cicéron en matière de philosophie grecque et les fruits de ses expériences de politicien, de juriste et de rhéteur. Il convient tout d'abord d'aborder la sémantique du terme.

**Les significations d'*aequitas* dans l'œuvre de Cicéron.** Les différents sens d'*aequitas* ont été éclaircis par Ciulei dans un article ayant pour objet de comparer les notions de *ius civile* et

---

<sup>761</sup> En ce sens, LESCUYER G., *Histoire des idées politiques*, Paris : Dalloz, 2001, p. 108 : « cet appel à la justice est, plus encore que sa théorie du régime mixte, le grand apport personnel de Cicéron. *Le but de l'Etat est, pour lui comme pour Aristote, la vie heureuse de la Cité. Mais le stoïcisme complète l'eudémonisme en ce sens qu'il veut que chacun trouve également son profit au bien commun. Il faut rendre à chacun le sien, suum quique tribuere. La Cité heureuse ne peut être que la Cité équitable. La justice devient ainsi à la fois l'un des éléments essentiels de l'Etat et le but du politique* ».

<sup>762</sup> Seule la science peut conjurer les risques issus de la démocratisation du *ius civile* : la multiplication des procès, l'incohérence des solutions, la confusion et l'éparpillement des interprétations etc. V. FOGEN M. T., *Histoires du droit romain*, Paris : Editions de la maison des sciences, 2007, p. 150 : « Cicéron met en chantier son célèbre projet (peut être jamais réalisé, en tout cas il ne nous est pas parvenu) consistant à faire du droit une science : *ad artem redigi. De l'avis de Cicéron, après que le droit eût été libéré des archives des prêtres, il fallait qu'il soit enserré dans le corset systématique et d'une méthode scientifiques. Sur le mode ironique, voire de la moquerie, il construit un dilemme fondamental : on peut soit tenir le droit pour un savoir spécial exclusif, le garder et le verrouiller, soit le livrer à la communication généralisée. Dans le premier cas, le droit tombe en décrépitude dans la même mesure que ses admirateurs, les prêtres ; dans le deuxième cas, il devient trivial et 'non scientifique'* ». V. aussi : VILLEY M., « Signification philosophique du droit romain », *Arch. phil. droit.*, n° 26, 1981, pp. 382-383 : « la science du droit est une invention des romains. (...) une science pour la première fois autonome, distincte par exemple de l'économie, de la politique, ou de l'ensemble de la morale. Il est possible de préciser à peu près sa date de naissance, vers la fin de la République, autour de Cicéron (Traité de l'orateur) ».

<sup>763</sup> V. CICERON, *Des lois*, I, 5, trad. Le Clerc J.-C., Paris : Werdet et Lequien Fils, 1826 : « *ce n'est donc pas dans l'édit du préteur, comme tout le monde aujourd'hui, ni dans les douze Tables, comme nos anciens* mais au sein même de la philosophie que vous allez puiser la science du droit ». Cela apparaît également dans *De l'Orateur*, dans lequel, « Cicéron souhaite, pour simplifier les études des avocats, que le droit soit réduit en science (reducer jus in artem, c'est-à-dire en corps de connaissances systématiquement ordonnées), comme l'avaient été en Grèce d'autres arts, les mathématiques, l'astronomie et la musique. Cela ne peut être fait qu'à l'aide, dit-il de la philosophie. D'abord parce que la philosophie procure une logique, un art d'ordonner les notions; mais aussi détermine la fin (finis), la notion première sur laquelle pourra se constituer, par divisions méthodiques, le langage du droit civil » (v. VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 50, p. 67. V. égal. VILLEY M., « Logique d'Aristote et droit romain », *Revue historique de droit français et étranger*, 1951, p. 320 et s.

<sup>764</sup> Plutôt que de définir cette notion polysémique, Cicéron l'évoque ponctuellement au travers de procédés dialectiques (v. MICHEL A., *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, p. 463). De plus, on constate chez Cicéron non seulement de nombreux emplois d'*aequum* et d'*aequitas* mais également d'autres notions connexes (*aequabilis*, *aequabilitas*, *aequitate*) qu'il utilise soit indistinctement, soit distinctement en leur attribuant des sens spécifiques et parfois contradictoires. La polysémie respective de chaque terme, leur synonymie et leurs rapports réciproques, pour certains auteurs, relèvent de la confusion (v. en ce sens : KRUGER P., *op. cit.*, p. 166) ; pour d'autres, « cette polysémie intrinsèque allait être totalement assumée » (SCHIAVONE A., *op. cit.*, p. 315) ou, du moins, trouve à s'expliquer par l'évolution de la pensée de Cicéron (v. en ce sens : CIULEI G., *op. cit.*, p. 647).

d'*aequitas* dans l'œuvre de Cicéron<sup>765</sup>. Ciulei constate que le *ius civile* et l'*aequitas* entretiennent trois types de rapports. Tantôt le *ius civile* et l'*aequitas* s'opposent<sup>766</sup>, tantôt ils se confondent, et enfin, ils sont relativement complémentaires lorsque l'*aequitas* s'entend comme mode d'interprétation du *ius civile*<sup>767</sup>. Dans ce dernier sens seulement, l'*aequitas* peut se rapprocher de l'*epieikeia*<sup>768</sup>.

C'est principalement la notion d'*aequitas* assimilée au *ius civile* qui nous intéresse car elle constitue, pour Cicéron, selon les termes de M. Schiavone « un principe *universel d'équilibre* et de mesure, de proportionnalité patrimoniale<sup>769</sup> ». Avant d'en étudier les fonctions (B), il est utile d'expliquer le 'plan d'ensemble' de Cicéron dans lequel l'*aequitas* constitue une pièce maîtresse (A).

#### A) Rôle de l'*aequitas* dans le projet de Cicéron

---

<sup>765</sup> V. CIULEI G., « Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron », *Revue historique de droit français et étranger*, 1968, p. 640 et s. V. égal. BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris : LGDJ, 1999, préf. SOURIOUX J.-L., p. 269-272.

<sup>766</sup> Lorsque l'*aequitas* est opposée au *ius*, il s'agit vraisemblablement du sens le plus ancien et le plus restreint, celui du *bonum et aequum*. Cicéron l'emploie au même titre que dans le *Rhetorica ad Herennium*, c'est-à-dire, comme une partie, parmi d'autres, du *ius civile* : « le droit civil est celui qui repose sur les lois, les sénatus-consultes, les sentences des tribunaux, les décisions des jurisconsultes, les édits des magistrats, la coutume et l'équité [*aequitate consistat*] » (v. CICERON, *Les topiques*, 5). Entendu de cette manière, le *bonum et aequum* ou simplement l'*aequum* constitue une source de droit, telles que les lois, les sénatusconsultes, les édits, les choses jugées ou la coutume, et partant, peut entrer en conflit avec l'une d'entre elles. Mais, en l'occurrence, il s'agit essentiellement lorsqu'un tel conflit est mis en scène par Cicéron, d'une opposition entre la loi et le *bonum et aequum* (v. CIULEI G., op. cit., p. 642).

<sup>767</sup> V. égal. MUIRHEAD J., *Introduction historique au droit privé de Rome*, Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1889, p. 327.

<sup>768</sup> V. CICERON, *Les partitions oratoires*, 39 ; CICERON, *Pro Caecina*, 23.65. V. aussi : KRUGER P., op. cit., p. 168 : « le seul point sur lequel la pensée de Cicéron soit bien claire, sur lequel il revienne à plusieurs reprises, est le suivant : *il faut recourir à l'aequitas pour trancher la question de savoir ce qui doit l'emporter, de l'esprit ou de la lettre, dans l'interprétation d'un acte. A cet égard, l'aequitas n'est point en opposition avec le jus civile, plus exacte et plus juste, par opposition à la lettre* ». L'*aequitas* correspond à l'interprétation téléologique par opposition à l'interprétation exégétique, et renvoie à l'*epieikeia* : « *d'autres textes de l'œuvre de Cicéron nous montrent l'équité seulement comme une norme d'interprétation du droit (...) nous croyons que cette conception de l'équité reproduit la notion de epieikeia telle qu'Aristote l'a conçue dans sa Rhétorique* », v. CIULEI G., op. cit., p. 643.

D'après M. Schiavone, cette acception serait la modernisation de l'*aequum* opérée par la rhétorique et la philosophie tardo-républicaine : « *la valeur originelle d'aequum –celle qui lui était dévolue en tant qu'alternative à la ritualité du ius civile- ne disparaîtra jamais (...) mais sa signification s'approfondissait. Les caractères novateurs qui avaient marqué la juridiction prétorienne s'étendaient au travail de la jurisprudence qui lui succédait : entre rhétorique et pensée juridique se formait l'idée d'un canon normatif sous le signe de la ductilité et de l'utilité sociale, modelé par l'interprétation des juristes et l'herméneutique qui la sous-tendait, et intégré à l'intérieur du nouveau formalisme qu'on adaptait aux situations concrètes et à leur circonstances* », v. SCHIAVONE A., op. cit., p. 315.

<sup>769</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 314. L'auteur parle aussi de « *principe universel d'équilibre distributif et propriétaire* » (SCHIAVONE A., id., p. 435).

Cicéron entend donner à l'*aequitas* une acception jusnaturaliste afin que la notion puisse servir à établir le lien entre le *ius civile* et le droit naturel (2), le but étant de donner au *ius civile* une vocation à l'universalité (1). Cette entreprise suppose que l'*aequitas*, dans ce contexte, et le *ius civile* ne sont pas en opposition, ce qui soulève la question de l'identification de l'*aequitas* (3).

1) Le projet : fonder le *ius civile* sur la loi naturelle

**Loi naturelle.** Afin de légitimer la soumission des peuples conquis à la puissance romaine, Cicéron tente de délocaliser et, pourrait-on dire, dé-historiciser<sup>770</sup> le droit romain, pour l'universaliser. A cette fin, il postule conformément à la philosophie stoïcienne<sup>771</sup> l'existence d'une loi naturelle<sup>772</sup>, dont le caractère universel<sup>773</sup>, découle de son mode de découverte : la raison<sup>774</sup>. Cicéron entend ainsi combattre les sceptiques et leur remise en cause de la justice

---

<sup>770</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 311 : Cicéron « tenta de donner une base philosophique au droit romain positif, en le soustrayant à la spécificité de son histoire la plus ancienne : un effort de *délocalisation et d'universalisation*, lui aussi susciter par l'existence de l'Empire, qui s'appliquait à transcrire – et pas seulement à travers la révolution du formalisme- *l'antique logos de la cité dans les termes d'une discipline capable, sans perdre ses caractères originaux, de réguler rationnellement le monde. (...) C'était maintenant l'intima philosopha qui tenait lieu de source originelle. L'idée prenait la place de l'histoire* ».

<sup>771</sup> L'idée d'après laquelle la loi gouvernant le kosmos, préside les lois humaines apparaît déjà chez Démocrite (v. CANTO-SPERBER M., *Ethique*, in, *Le savoir grec*, Paris : Flammarion, 1996, p. 137. Aristote, au contraire, sépare la loi physique de la loi politique, il « s'oppose à tout déplacement métaphorique de la notion politique de loi. On ne trouve pas chez lui l'idée que l'ordre cosmique serait soumis à des « lois », alors que cette idée était déjà en germe dans certains textes platoniciens et peut-être même présocratiques et qu'elle s'imposera à l'âge suivant avec la philosophie stoïcienne. *Les Stoïciens seront les premiers à parler d'une lex naturae, gouvernant à la fois les phénomènes cosmiques et les sanctions humaines, s'imposant même aux dieux* » (AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », *Arch. phil. droit*, n° 25, 1980, p. 150). En reliant la loi naturelle au droit romain, Cicéron restaure l'idée d'un droit naturel transcendant – et non immanent comme chez Aristote – auquel doit se conformer le droit positif.

<sup>772</sup> CICERON, *De la République*, III, 17, trad. LE CLERC J.-V., Paris : Werdet et Lequin, 1826 : « il est une loi véritable et absolue, la droite raison, conforme à la nature, universelle, invariable, éternelle, dont la voix enseigne le bien qu'elle ordonne, et détourne du mal qu'elle défend ; mais, soit qu'elle défende, soit qu'elle ordonne, elle n'est puissante que sur les bons, et se fait entendre aux méchants sans les persuader. On ne peut ni l'infirmier par une autre loi, ni en rien retrancher, ni l'abroger toute entière ; ni le peuple ni le sénat ne peuvent dispenser d'y obéir ; elle est à elle-même son interprète ; elle ne sera pas autre dans Rome, autre dans Athènes, autre aujourd'hui, autre demain : partout, dans tous les temps, régnera cette loi immuable et sainte, et avec elle, Dieu, le maître et le roi du monde, Dieu qui l'a faite, discutée, sanctionnée ; la méconnaître, c'est s'abjurer soi-même, c'est fouler aux pieds sa nature, et s'infliger par cela seul la plus cruelle punition, quand même la justice humaine n'aurait point d'autres supplices ».

<sup>773</sup> L'influence stoïcienne marque également l'idée d'une portée universelle de la loi naturelle : « le stoïcisme, par sa conception d'un humanisme universel (...) établit, pour la première fois dans l'histoire de la civilisation, le postulat de la reconnaissance de la liberté de chaque homme. Il est fondé sur une communauté réunissant tous les hommes dans la Cosmopolis » (SCHMIDLIN B., *Droit romain privé*, t. 1, Genève : Bruylant, 2008, p. 142 ; v. aussi : CICERON, *Des devoirs*, I, XVI).

<sup>774</sup> CICERON, *Des lois*, I, 6, trad. DE REMUSAT Ch., *œuvres complètes*, t. 32, crapelet, 1826 : « la loi est la raison suprême communiquée à notre nature, et qui ordonne, ou qui défend. Cette raison, une fois qu'elle s'est affirmée et développée dans l'esprit de l'homme, est la loi. En conséquence, ils estiment que la prudence est une loi dont

absolue<sup>775</sup>. Pour Cicéron, le droit ne relève pas d'une opinion, il ne constitue pas le fruit d'une convention comme le prétendent les sceptiques, mais se fonde sur un principe de nature transcendant. La notion d'*aequitas* intervient dès lors dans le dessein de fonder le *ius civile* sur la loi naturelle. L'*aequitas* constitue autrement dit, l'intermédiaire entre le droit naturel et le *ius civile* et se présente, corrélativement aux finalités poursuivies par la conception jusnaturaliste romaine, comme « une véritable bannière du nouvel humanisme impérial et cosmopolite<sup>776</sup> ».

2) L'*aequitas* : instrument de liaison entre le *ius civile* et le droit naturel

**Du *ius civile* à l'*aequitas*.** Nous l'avons évoqué, l'*aequitas*, dans l'œuvre de Cicéron, est fréquemment identifiée au *ius civile*. Ainsi, dans Les Topiques, Cicéron écrit que « le droit civil, ce sont les règles d'équité [*aequitas*] qui permettent à ceux qui font partie de la même cité d'obtenir ce qui leur appartient<sup>777</sup> ». Cette définition du *ius civile*<sup>778</sup> conduit à définir l'*aequitas* non pas comme une branche du droit à l'instar de l'*aequum* limitée à l'action prétorienne<sup>779</sup>, mais au contraire, indique M. Schiavone « comme un paradigme général, capable de marquer de son empreinte toute la formation du droit<sup>780</sup> ».

**De l'*aequitas* au droit naturel.** Le second temps consiste à faire reposer l'*aequitas* sur le fondement jusnaturaliste, ce qui apparaît notamment dans les Partitions oratoires dans

---

*la vertu est de nous ordonner de bien faire, et de nous défendre de faire le mal. (...) Si tout cela est vrai, comme j'en suis assez d'avis, c'est à la loi que le droit commence ; elle est la force de la nature, l'esprit et la raison du sage, la règle du juste et de l'injuste » ; TZITZIS S., Introduction à la philosophie du droit, Paris : Vuibert, 2011, p. 64 et s. : « cette loi est inaltérable car la ratio de la nature l'est par son essence. Et cette loi est constante, éternelle (constans, sempiterna) et immuable (immuabilitis), donc elle représente un principe fondateur. Elle n'est donc pas susceptible de périr ».*

<sup>775</sup> V. DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2004, p. 53.

<sup>776</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 319. En ce sens, Cicéron a souligné dans les Verrines que les peuples administrés par Rome attendaient de ses magistrats l'équité romaine (v. CICERON, Les Verrines, 2, 5, 123, cité par BENFERHAT Y., *Æquitas iudicis, æquitas Principis*, Revue internationale des droits de l'antiquité, 3<sup>e</sup> série, LVI, 2009, p. 67).

<sup>777</sup> CICERON, Les topiques, 2. Plus loin : « Le but de tout jugement est le droit, *ius*, c'est de là que vient le nom : or, nous avons exposé les parties du droit en donnant celle de la justice [*aequitas*] » (CICERON, Les topiques, 24).

<sup>778</sup> CIULEI G., op. cit., p. 643.

<sup>779</sup> Pour rappel, l'œuvre de Cicéron se situe avant la restauration de l'*aequum* par Celse.

<sup>780</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 316. On retrouve également cette assimilation lorsque Cicéron dresse le portrait de Servius Sulpicius dans la neuvième Philippique. Ainsi note M. Schiavone : « en un crescendo stylistique efficace, l'accès à l'*aequitas* était enfin présenté comme le véritable objectif du travail de Servius : c'était tout l'ordre juridique romain (*leges – ius civile*) qui était "amené" dans le rayon de ce concept » (id, p. 319).

lesquelles sont distinguées l'*aequitas* issue du *bonum et aequum* (et renvoyant au droit positif), et l'*aequitas* rattachée à *sum cuique tribuere*<sup>781</sup> (renvoyant au droit naturel). Pareillement, dans les *Topiques*, où « *la polysémie d'*aequitas* et le fondement naturaliste de son sens le plus récent trouveront leur consécration définitive*<sup>782</sup> », Cicéron distingue l'*aequitas* naturelle de l'*aequitas* positive<sup>783</sup> : la première consiste à rendre à chacun ce qui lui revient ainsi qu'à venger les offenses ; la seconde, issue des lois, du contrat et des coutumes<sup>784</sup>, correspond au contenu de ses normes conventionnelles. Dans ce même ouvrage d'ailleurs l'*aequitas* et la *iustitia* sont assimilées<sup>785</sup>. Enfin, la consécration jusnaturaliste de l'*aequitas* apparaît encore dans les *Lois*<sup>786</sup> dans lequel Cicéron consacre ses développements au triptyque *natura, lex et aequitas*<sup>787</sup>. Et, dans les *Devoirs*, il déclare que sans *aequitas*, il n'y a point de justice<sup>788</sup>. Les concepts de *jus naturale* et d'*aequitas* sont donc intimement liés<sup>789</sup>.

### 3) Mode de découverte de l'*aequitas*

<sup>781</sup> CICERON, *Les partitions oratoires*, 37, trad. BOMPART M., Paris : Panckoucke, 1835 : « il y a deux espèces de droit ; l'un émane de la nature, l'autre de la loi. Chacun d'eux se divise en droit divin et en droit humain [humanum jus] : celui-ci a son principe dans l'équité, celui-là dans la religion. On distingue deux sortes d'équité [*aequitas*] : la première est la droiture, la vérité, la justice même, ce qu'on appelle équitable et bon [*aequi et boni*] en soi ; la seconde consiste à rendre ce qu'on a reçu ; quand c'est un bien on la nomme reconnaissance, et vengeance quand c'est un mal ».

<sup>782</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 317.

<sup>783</sup> CICERON, *Les topiques*, 23. V. aussi : KRUGER P., op. cit., p. 166 : « l'*aequitas* embrasse la sphère du droit tout entière et se divise en deux branches, *jus naturale* et droit positif ».

<sup>784</sup> CICERON, *Les topiques*, 23 : « lorsque c'est sur l'équitable et l'inéquitable que l'on disserte, c'est aux lieux communs de l'équité [*aequitatis*] que l'on aura recours. Ils se divisent en deux groupes : nature et institutions. La nature comprend deux parties : attribuer à chacun ce qui lui appartient et venger les offenses. Les institutions fondées sur l'équité se divisent en trois groupes : les premières résultent de la loi, les secondes des conventions, les troisièmes de la coutume maintenue pendant assez longtemps ».

<sup>785</sup> A l'instar du *Rhetorica ad Herennium*, *aequitas* et *iustitia* se confondent : « sous un autre point de vue, on distingue trois espèces de justice [*aequitas*] : l'une relative aux dieux, l'autre aux mânes, la troisième aux hommes. La première se nomme piété [*pietas*], la seconde sainteté [*sanctitas*], la troisième justice [*justitia*] ou équité [*aequitas*] » (CICERON, *Les topiques*, 23). La notion d'*aequitas* sera d'ailleurs vite entendue comme la traduction de la justice grecque « *dikaionuné* » (v. WALLACE-HADRIL A., « The emperor and his virtues », *Historia*, vol. 30, n° 3, 1981, p. 303. V. égal. VOIGT, *Die lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Romer*, Leipzig, 1856 p. 12, cité par DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Boisseau, 1934, p. 13).

<sup>786</sup> CICERON, *Les Lois*, I, 6, Paris : werdet et lequien fils, trad LE CLERC J. V., 1826 : « c'est à la loi que le droit commence ; elle est la force de la nature, l'esprit et la raison du sage, la règle du juste et de l'injuste ».

<sup>787</sup> SCHIAVONE A., op. cit., p. 316 : « la raison suprême de la *lex* reflète un principe de nature et la *lex* exprime à son tour une règle universelle de justice appelée *aequitas*, qui consiste à donner à chacun ce qui lui revient ».

<sup>788</sup> V. CICERON, *Des devoirs*, livre I, chap XIX.

<sup>789</sup> Les efforts de Cicéron de fonder le droit « sur la naturalité de la règle de l'*aequitas* », influenceront Ulpien (v. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 80. V. égal. DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 54).

**Dé-finition du droit.** Pour éclairer le mode de découverte de *l'aequitas* selon Cicéron, nous prendrons appui sur sa définition du droit civil telle qu'elle a été traduite et analysée par Michel Villey. Dans l'Orateur, Cicéron pose comme fin du *ius civile* le « *service d'une juste proportion dans le partage des biens et les procès des citoyens* [legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitas conservatio]<sup>790</sup> ». *L'aequitas* constitue donc la fin vers laquelle tend l'action du juriste<sup>791</sup>.

**Les lieux de révélation de l'aequitas.** Cette définition situe le lieu où se révèle *l'aequitas*, à savoir les causes. Michel Villey souligne que le terme *causisque*<sup>792</sup> signifie que « le droit n'entre en scène que s'il y a litige ». *Causa*, ajoute-t-il, « c'est l'affaire litigieuse, le point dont on va discuter au cours du procès<sup>793</sup> ». C'est en effet seulement lors des procès que la conformité de la règle du *ius civile* est éprouvée à *l'aequitas*. Mais la cause, c'est également au point de vue philosophique ce qui permet d'expliquer la génération de l'être. Si le procès correspond concrètement à l'affaire litigieuse, il demeure plus abstraitement la cause de *l'aequitas*<sup>794</sup>. *L'aequitas* se révèle par la dialectique des thèses en présence et des diverses interprétations du *ius civile*.

**Le recours aux sources du droit.** La définition de Cicéron permet à M. Villey d'explicitier la méthode de découverte de *l'aequitas*. Pour trouver *l'aequitas*, le juriste applique le droit

---

<sup>790</sup> L'orateur, I, 42, traduit par VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 34. Le professeur Chazal propose la définition suivante : la fin du droit civil, « c'est d'observer fidèlement l'équité, selon les lois et les usages, dans les divers cas opposant les citoyens » (CHAZAL J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », Arch. phil. droit., n° 45, 2001, p. 306).

<sup>791</sup> Michel Villey précise que le mot *aequabilitas* désigne « ce qu'il est possible d'atteindre (...) en fait d'*aequitas* » (v. VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 58) ; il indique en outre que les termes *aequitas*, *aequum* correspondent aux mots grecs : *ison* et *analogon* : « égalité non pas simple, dite « arithmétique », mais proportionnelle, adaptée à la qualité des personnes (VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 52).

<sup>792</sup> Cicéron joue probablement sur la polysémie du terme qui renvoie au droit, mais aussi à la rhétorique. Dans ce dernier cadre, les *causae* sont les questions particulières, comprenant les causes judiciaires. Les questions particulières s'opposent aux questions générales, les « thèses », comprenant les *loci aequitatis* (v. MICHEL A., *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, p. 463).

<sup>793</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 58.

<sup>794</sup> La *causa* « c'est ce qui produit effectivement (efficit) ce dont il est la cause, comme la blessure est la cause de la mort, la mauvaise digestion de la maladie, le feu de la chaleur. Ainsi par *causa* il ne faut pas entendre l'antécédant d'une chose, mais un antécédant qui la produit effectivement. [...] Ce n'est pas ce sans quoi quelque chose ne se fait pas qui est une *causa*, mais ce qui, survenant, produit effectivement et nécessairement ce dont il est la *causa* » (CICÉRON, *De Fato*, 15, 34 et 16, 36, cité par FONTANIER J.-M., *Le vocabulaire latin de la philosophie*, Paris : Ellipses, 2002, p. 31).

positif (*legitima*<sup>795</sup>) lequel est conforme, en principe, au droit naturel. C'est donc en premier lieu dans les lois et plus largement dans les règles composant le *ius civile* que le juriste va rechercher le droit. Dans l'hypothèse où le *ius civile* serait muet, le juriste peut se référer à d'autres sources pour trouver une solution. Quand Cicéron emploie *usitatae*, il s'agit selon Villey d'une « invitation faite aux juristes de rechercher la juste proportion à laquelle tend *l'art juridique dans l'usage, la coutume, les mœurs, par la voie de l'observation des réalités sociales*<sup>796</sup> ».

**L'*aequitas* (subjective) au service de l'*aequitas* (objective).** Enfin, si la stricte application du *ius civile* aboutit au maintien ou à l'aggravation du déséquilibre dans le rapport entre les parties, le juge conscient que l'injustice résulte d'une telle rigueur (*summum ius summa injuria*) devrait ici faire preuve de prudence (*phronesis*) et de bienveillance (*aequitas* au sens d'*epieikeia*) et écarter la règle de droit ou l'interpréter au regard de son esprit afin de dégager une norme adaptée au cas d'espèce<sup>797</sup>. C'est dans ce cadre que *l'aequitas* – ici subjective<sup>798</sup> – fut, à dire vrai, la plus significative chez les jurisconsultes.

La pratique de *l'aequitas* est en continuité directe avec celle de l'*aequum* des préteurs de l'époque républicaine. En ce sens, l'*aequitas* exprime l'idée « *d'étroite rétribution et d'exacte proportionnalité de la réaction du système par rapport au cas concret*<sup>799</sup> ». A ce stade les

---

<sup>795</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 59 : « le juge tiendra compte de définitions et de règles générales. Toute dialectique, y compris la dialectique judiciaire, vise en effet à poser des règles générales. Et le juge respecte les lois constitutives de la cité, qui ont imposé certaines conduites, orienté les mœurs, édifié les institutions judiciaires, organisé la procédure ».

<sup>796</sup> Ibid. ; MICHEL A., *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, p. 536 : « certains critiques reprochent à notre auteur son parti pris moral. Ils l'accusent de présenter aux juges ou aux hommes d'Etat une solution bien décevante, lorsqu'il les convie à la vertu. Il ne faut pas compter sur la vertu, mais utiliser les forces sociales, les grands courants, soit novateurs, soit traditionnels de la société romaine ».

<sup>797</sup> Il s'agit ici de l'équité au sens et issue de *epieikeia*, puisqu'il s'agit pour le juge d'écarter le droit en vigueur, en ayant en vue la règle générale (*aequitas*) à appliquer au cas d'espèce.

<sup>798</sup> Pour M. Morvan, il s'agit de l'équité des stoïciens : « elle désigne un sentiment intérieur invitant le juge à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui. Tel est le sens prédominant de l'*aequitas* romaine chez Cicéron, qui, sous l'influence croissante du christianisme, sera célébrée au XVII<sup>e</sup> siècle par les jusnaturalistes puis Domat qui l'associeront aux vertus morales de la compassion, de la charité, de la philanthropia ou de la misericordia » (MORVAN P., « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », D. 2007, p. 835, n° 17). Soulignons que cette « équité subjective », si on la trouve bien chez Cicéron, n'épuise pas toutes les significations revêtues par le terme dans sa pensée.

<sup>799</sup> ROSSETTI M., « L'indemnisation du préjudice corporel et l'équité : les "racines communes" des réglementations européennes », 2006, n° 2, disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2006\\_55/droit\\_europeen\\_marco\\_rossetti\\_9659.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/droit_europeen_marco_rossetti_9659.html)

deux sens de *l'aequitas*, objectif et subjectif, se rejoignent<sup>800</sup>. L'*aequitas* en tant que finalité du droit est dans le cas d'espèce atteint grâce à la vertu de *l'aequitas*.

La notion d'*aequitas* permet à Cicéron de formuler des normes de droit naturel destinées à encadrer les rapports entre individus.

B) *Les fonctions de l'aequitas dans les rapports interindividuels*

**Aequitas, suum cuique tribuere et justice distributive.** Issue des Pythagoriciens, reprise par Platon puis Aristote, l'expression attribuer à chacun ce qui lui revient à laquelle est rattachée *l'aequitas* fut déjà employée à Rome, mais c'est Cicéron, par son usage fréquent, qui la popularise<sup>801</sup>.

Pour certains auteurs contemporains, la formule exprime l'idée de justice distributive<sup>802</sup> alors que d'autres, la relie à la justice commutative ou correctrice<sup>803</sup>. Replacée dans le contexte juridique romain, la maxime *suum cuique tribuere* exprime selon les historiens et philosophes du droit, Félix Senn, Michel Villey ou encore George Del Vecchio, la justice distributive<sup>804</sup>.

---

<sup>800</sup> V. STOFFELS P., *Billijkheid in het oud-griekse rechte*, Amsterdam : Poortpers, 1954, résumé par LINGER M.-T., « comptes rendus », *Revue historique du droit*, Paris : 1956, p. 202.

<sup>801</sup> Par exemple : CICERON, *De l'invention*, 2, 53 : « la justice est une disposition de l'âme, qui, sans blesser l'intérêt général, rend à chacun ce qui lui est dû » ; CICERON, *De la République*, III, 9, trad. LE CLERC J.-V., Paris : Werdet et Lequin, 1826 : « la justice, au contraire, vous ordonne d'épargner tout le monde, de ne songer qu'au bonheur des hommes, de rendre à chacun ce qui lui est dû ». V. égal. SENN F., op. cit. ; DEL VECCHIO G., *La justice – la vérité*, Paris : Dalloz, 1955, p. 59, note 27 ; SCHIAVONE A., op. cit., p. 314.

<sup>802</sup> V. RAMPAZZO N., « Critique de la lecture villeyenne du droit romain », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, p. 116 ; TESTU F. X., « Les glossateurs », *RTD civ.*, 1993, n° 12. Pour M. Martin, *suum cuique tribuere* est le principe appliqué par le juge civil, car « ce qui est en jeu, c'est un partage entre intérêts privés. Le juge ne prononce pas une peine, il démêle les droits des uns et des autres, il donne à chacun son dû en suivant l'expression latine » (MARTIN R., « Principes directeurs du procès », *Répertoire de procédure civile Dalloz*, mai 2010, n° 176).

<sup>803</sup> Lorsque *tribuere* est traduite par « rendre » et non « attribuer », la formule est employée par certains pour signifier l'idée de rétribution ou de réparation, propre à la correction et à la commutation (v. en ce sens : KAYSER P., « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », in, *Jalons d'une recherche émérite*, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, pp. 223-224 ; SOURIOUX J.-L., « Droit », *Rép. civ. Dalloz*, juillet 2004, n° 21-22 ; LE TOURNEAU P., *Responsabilité (généralités)*, *Rép. civ. Dalloz*, mai 2009, n° 114.

<sup>804</sup> SENN F., *De la justice et du droit*, Paris : Sirey, 1927, p. 21 : « attribuer à chacun son droit, c'est en effet concevoir que des êtres par rapport à d'autres êtres ont des droits que ces derniers n'auraient pas » ; VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne* (douze autres essais), Paris : Dalloz, 1976, p. 196 : « c'est le rôle de la justice et du droit d'opérer ce partage des biens dans un groupe politique donné : *suum cuique tribuere* » ; DEL VECCHIO G., op. cit., p. 46 : « la notion de la justice distributive qui, en tant qu'espèce la plus élevée de la justice, en contient pour ainsi dire tous les caractères, demeura inchangée dans la formule de l'égalité proportionnelle suivant le mérite ; c'est dans ce sens que s'affirma précisément la maxime d'après

L'aequitas employée par les romains dans l'une de ses acceptions, désigne également la justice distributive<sup>805</sup> et présuppose la justice commutative, celle-ci étant le complément nécessaire de celle-là. Autrement dit, attribuer à chacun ce qui lui revient et l'aequitas désignent la justice d'après laquelle, la part de chacun est proportionnée à celle d'autrui en fonction de sa situation, dans le but d'établir un rapport dit « équilibré » entre les personnes<sup>806</sup>.

**L'aequitas : principe de justice formelle.** M. Perelman définit la formule *suum cuique tribuere* comme étant une expression de ce qu'il nomme la justice formelle c'est-à-dire « un *principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon*<sup>807</sup> ». Cela signifie que l'exigence de justice est remplie, dès qu'il existe une égalité de traitement à l'égard de personnes considérées comme essentiellement égales, et ce, indépendamment de la nature du traitement. Cette précision quant à la nature formelle de la justice sert à introduire la distinction entre les choses en droit romain, qui provoquera une application différenciée de l'aequitas entre les propriétaires et les tiers.

**Choses corporelles et choses incorporelles.** Les choses qui intéressent les juristes romains sont les biens extérieurs, nommés *res*. Ce qui n'est pas qualifié de *res*<sup>808</sup> n'est pas susceptible de faire l'objet d'une appropriation, d'un échange, d'un procès...La conception romaine des choses, tributaire de Cicéron<sup>809</sup>, ne se réduit pas à ce qui est matériel (*res corporales*) mais concerne également l'immatériel (*res incorporales*)<sup>810</sup>. Les premières, dotées d'une enveloppe

---

laquelle il faut attribuer à chacun ce qui lui revient, maxime qui fut posée comme fondement de la *Jurisprudence*. Il est à peine nécessaire de rappeler ici la fameuse définition d'Ulpien : 'Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi'«.

<sup>805</sup> V. MICHEL A., *Les rapports de la rhétorique et de la philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, p. 534.

<sup>806</sup> NORENA C. F., *Imperial Ideals in the Roman West*, Cambridge University Press, 2011, p. 63 : « in its narrowest application aequitas denotes the proportion between two or more elements necessary for symmetry or balance ».

<sup>807</sup> FRYDMAN B., HAARSCHER G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2010, p. 13.

<sup>808</sup> *Res* désigne « toujours une réalité, fût elle invisible. Les *res*, à l'origine, désigne l'objet du litige et est associé à la cause (*causa*) ». Par la suite, on est passé de « l'affaire contestée à la chose qui est à l'origine du conflit, et dont la restitution, le paiement ou la prestation, son en jeu » (v. THOMAS Y., « Res, chose et patrimoine », *Arch. phil. droit*, n° 25, 1980, p. 415). Dès lors, les *res* sont des choses utiles et rares que l'on se dispute devant le juge, d'où le rapprochement entre la notion de chose et celles d'intérêt puis de valeur (v. THOMAS Y., *id.*, p. 418 et 422).

<sup>809</sup> V. CICERON, *Les topiques*, 5 ; GAIUS, *Institutes*, II, 14. Sur cette question, v. RAMPENBERG R.-M., « Pérennité et évolution des *res incorporales* après le droit romain », *Arch. phil. droit.*, n° 43, 1999, p. 35 et s.

<sup>810</sup> V. SCHMIDLIN B., *Droit romain privé*, t. 1, Genève : Bruylant, 2008, p. 161.

tangible, sont objets de maîtrise (*dominum*). Les secondes, produits de l'intelligence humaine, sont imperceptibles et insusceptibles de tomber sous la maîtrise. Ce sont des abstractions qui permettent à certains individus d'accéder aux choses corporelles sans qu'ils en aient la maîtrise. Pour le juriste, les causes de procès sont donc soit des biens corporels, un immeuble, un champ, du bétail, soit des biens incorporels tel un usufruit, une servitude, une obligation etc. L'un des objets du droit consiste à ordonner la répartition de ces différentes choses, selon leur nature, entre les hommes.

### **Application différenciée du principe formel en fonction de la nature des choses.**

L'*aequitas* correspond à une certaine répartition, de certaines choses, entre certaines personnes. Précisément, cette répartition vise à donner des parts égales aux personnes égales et des parts inégales aux personnes inégales. En d'autres termes, l'*aequitas*, pour établir des rapports convenables entre les personnes, implique de traiter de manière identique les égaux en leur attribuant les mêmes parts ou, ce qui revient au même, de traiter les choses égales en les rendant objets de droits égaux. C'est cette idée d'égalité proportionnelle ou d'équilibre qui est contenue, selon Cicéron, dans le principe d'*aequitas*<sup>811</sup>.

La nature des choses à répartir, nous l'avons vu, diffère en fonction de leur corporéité ou de leur incorporéité. Soit sont réparties des choses corporelles, soit des choses incorporelles, c'est-à-dire des *iura*. Chaque répartition de choses détermine les rapports entre les hommes<sup>812</sup>. Or, nous le verrons, le type de rapports entre les hommes relativement aux choses, dépend de la nature de ces dernières. Autrement dit, la mise en œuvre de l'*aequitas* prend chez Cicéron, deux formes distinctes suivant la nature des choses à répartir. L'*aequitas* remplit une fonction correctrice lorsque les choses sont corporelles (1) et une fonction constitutive lorsque les choses sont incorporelles (2)

- 1) La fonction correctrice dans les rapports relatifs aux choses corporelles

---

<sup>811</sup> CICERON, Les Topiques, 4 : « Puisque l'usucapion des biens-fonds est de deux ans, l'usucapion des maisons doit être aussi de deux ans. Les maisons ne sont pas nommément désignées dans la loi, mais elles semblent confondues avec les biens-fonds dont l'usage est annuel. Ici est applicable le principe d'équité [*aequitas*] qui veut des droits égaux sur des choses égales ».

<sup>812</sup> BOFFA R., La destination de la chose, Paris : Défrénois, 2008, n° 318 : « la chose est le siège de relations juridiques entre plusieurs personnes ».

L'étude des rapports en cause (a) sera suivie de l'exposé de la fonction d'aequitas (b).

a) La nature des rapports consécutifs à la répartition des choses

Pour comprendre les rapports entre les hommes par rapport aux choses corporelles (ii) il faut au préalable s'interroger sur la nature de la répartition des choses entre les hommes (i).

i) *La répartition spontanée des choses par l'appropriation privative*

**Champ d'application de la propriété.** Parmi l'ensemble des choses corporelles, seules certaines d'entre elles peuvent faire l'objet d'appropriation, de maîtrise<sup>813</sup>. Les autres, en raison de leur destination ou de leur nature sont exclues, par l'autorité publique ou religieuse<sup>814</sup>, de toute possession privative et sont exclues du commerce<sup>815</sup> : il s'agit le cas échéant des choses de droit divin<sup>816</sup>, des choses publiques<sup>817</sup> et des choses communes.

Le fondement du régime des choses communes est selon Cicéron le même que celui de la propriété : *l'utilité commune*<sup>818</sup>. Mais en raison de la nature, de la quantité et du caractère

---

<sup>813</sup> VILLEY M., Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Paris : Dalloz, 1976, p. 197 : « il n'est qu'une fraction des choses qui sont appropriées à Rome (privai juris) ».

<sup>814</sup> Cette interdiction émane nécessairement d'une norme juridique : un acte de droit public ou un acte sacré (v. CHARDEAUX M.-A., Les choses communes, Paris : LGDJ, 2006, n° 16 et n° 112).

<sup>815</sup> V. PICHONNAZ P., Les fondements romains du droit privé, Genève : Schulthess, 2008, p. 184 ; SCHMIDLIN B., Droit romain privé, t. 1, Genève : Bruylant, p. 160.

<sup>816</sup> Les choses de droit divins sont destinées aux Dieux et se composent des choses sacrées, des choses divines et des choses religieuses (v. BREGI J.-F., Droit romain – Les biens et la propriété, Paris : Ellipses, 2009, n° 85 et s.).

<sup>817</sup> Les res publicae sont destinées au peuple ou « aux collectivités de droit public, c'est-à-dire à l'Etat, aux cités, aux colonies ou aux municipes, qui normalement, en délèguent l'usage, mais en conserve toujours la propriété éminente » (BREGI J.-F., Droit romain – Les biens et la propriété, Paris : Ellipses, 2009, n° 100 et s.).

<sup>818</sup> Selon Cicéron, à l'origine toutes les choses « dans le principe, étaient un patrimoine universel [quae natura fuerant communia]» (CICERON, Des devoirs, 1, VII). Par suite, les hommes s'approprièrent les choses qui se trouvèrent ainsi spontanément réparties. A l'exclusion des choses de droit divin et des choses publiques, les choses répondent à trois statuts distincts : il y a les choses appropriées, les choses appropriables non appropriés (res nullius) et enfin, les choses inappropriables par nature qui demeurent en commun : l'air, l'eau, les rivages etc. Le discours de Cicéron sur les choses communes contribue à comprendre la valeur et la portée de « l'utilité commune » grâce à laquelle la propriété privée se justifie. Les hommes forment selon Cicéron « une société universelle qui unit entre eux et les hommes et les peuples » et poursuit-il « toutes les choses que la nature a créés pour l'usage de l'humanité sont les biens d'une communauté inviolable, pourvu que l'on observe les restrictions imposées par la loi. Mais, sans blesser la loi, suivons cet adage des Grecs : 'Entre amis, tout est commun'» (CICERON, Des devoirs, 1, XVI). Citant Ennius, Cicéron tire le principe selon lequel, une chose qui ne coûte rien à donner est de nature à ne pouvoir être refusée à personne : « l'homme qui indique aimablement son chemin à un voyageur égaré agit comme un flambeau où s'allume un autre flambeau ; il n'éclaire pas moins

nécessaire à l'homme de ces choses, l'utilité commune se voit mieux servie par un régime de communauté d'usage que par un régime d'exclusivité<sup>819</sup>. Les régimes diamétralement opposés des choses privées et des choses communes, réalisent cette règle de justice rappelée par Cicéron : « *use avec tous de ce qui est à tous, n'use en propre que de ce qui est à toi*<sup>820</sup> ».

**La notion de propriété.** A l'époque classique, la propriété issue du droit quiritaire que l'on désigne, non plus par *mancipium*<sup>821</sup>, mais par *dominium* ou encore *proprietas*<sup>822</sup>, correspond

---

quand il a allumé l'autre. » (CICÉRON, *Traité des devoirs*, 1, XVI, trad. BREHIER E., revue par SCHUHL P. M., in, *Le Stoïcisme*, coll. Pléiade, Gallimard, p. 512-513 ; la même idée est exprimée dans les *métamorphoses* d'Ovide : « pourquoi, dit la déesse, me défendez vous ces eaux ? Les eaux appartiennent à tous les humains. La nature, bonne et sage, fit pour eux l'air, la lumière, et les ondes. Je viens ici jouir d'un bien commun à tous » (OVIDE, *Métamorphose*, VI, Progné et Philomèle, trad. VILLENAVE, G.T. : Paris : 1806, évoqué par BOTTIN M., « Droit romain et jus commune. Considérations sur les fondements juridiques de la liberté des mers », in, *Droit international et coopération internationale, Hommage à Jean-André Touscoz*, Nice : France-Europe Editions, 2007, p. 1238).

Toujours est-il que du constat du caractère non-rival de certaines choses, matérielles ou immatérielles, Cicéron prescrit non seulement de ne pas les rendre exclusives autrement dit, de ne pas priver autrui de leur jouissance, mais également de les diffuser pour contribuer à « l'utilité commune », avec la seule limite pour leurs détenteurs, de ne pas tarir leur source : « jouissons et contribuons à l'utilité commune ; mais comme les fortunes sont bornées, et les indigents sans nombre, il faut, pour ne pas épuiser les moyens de faire du bien à sa famille, mesurer les libéralités courantes sur la règle d'Ennius : en sorte que notre feu nous éclaire toujours » (*Des devoirs*, 1, XVI.) Ce précepte moral, ce devoir que Cicéron enseigne pour enjoindre les hommes à partager la raison et les valeurs d'équité, de justice et de bonté (ibid.), trouve sa transcription juridique dans le régime applicable aux choses communes qui relève du droit naturel (*Institutes de Justinien*, 2, 1, 2 ).

<sup>819</sup> Les *res communis*, placées en dehors du commerce, ne constituent donc pas des biens et ne sont pas en principe, une cause de procès (*causa*), puisqu'on ne peut se disputer leur possession. En raison de ces caractères, on a pu écrire qu'à Rome, la catégorie des choses communes n'est pas pleinement juridique (v. CHARDEAUX M.-A., op. cit., n° 112.). Ainsi la faculté ouverte à chacun de jouir des choses communes n'était garantie par aucune action particulière. Néanmoins, les prudents cherchèrent quelle action serait susceptible de défendre l'accès à ces choses. Concernant les choses non rivales, le préteur, encouragé par la doctrine, considéra que le fait d'empêcher un homme libre de bénéficier de l'usage des *res communis* constituait une injure, car cette exclusion portait atteinte à sa condition, v. , BREGI J.-F., op. cit., pp. 49-50.

<sup>820</sup> CICÉRON, *Des devoirs*, trad. M. STIEVENART, Paris : Panckoucke, 1830, chap. VII ; qu'en est-il de l'usage de la chose commune rivale ? Selon Cicéron, elle est l'objet d'une possession temporaire privative : « Encore que le théâtre soit commun, on peut cependant dire, avec raison, que chaque place est à celui qui l'occupe » (CICÉRON, *De finibus* cité par CORIAT J.-P., « Cicéron », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 158).

<sup>821</sup> Le *mancipium* (cf. supra) est « un simple pouvoir sur les choses, ce qui englobe aussi bien la propriété que l'*usufruit* ou d'autres droits réels (servitudes). Le *dominium* est au contraire un pouvoir absolu, de maîtrise complète de la chose, exclusive de tout partage. L'emploi de ce terme de *dominium* au sens de propriété apparaît aux environs de 40 av. J.-C. » (ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.1-2, PUF, 1992, 8<sup>e</sup>, p 410).

<sup>822</sup> Selon M. Villey, les deux termes n'ont pas les mêmes sens. *Dominium* désigne au début la charge qu'est le gouvernement de la *domus*, le domaine ; puis la maîtrise des *paterfamilias* sur les choses corporelles voire incorporelles contenues dans le patrimoine familial (v. VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris : Dalloz, 1976, p 194) ; puis à partir de la fin de la République, le terme tend à désigner le rapport aux choses corporelles, (v.VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, 1946-1947, p. 225). Concernant *proprietas*, le terme au sens strict désigne l'objet de la nue-propriété, et dans un sens large, la qualité d'une chose d'appartenir à quelqu'un de façon privée », (v. VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne* (douze autres essais), p. 193). La *proprietas* est une caractéristique propre à l'objet et non au sujet : « Un *fundus* n'est pas uniquement un objet matériel, un champ, un immeuble rural. C'est ce qu'on appellerait aujourd'hui une « propriété », comportant, outre le *corpus* matériel, un ensemble d'avantages juridiques dont jouira la personne qui se l'est appropriée.

au pouvoir le plus étendu qu'un citoyen puisse exercer sur une chose. Ce pouvoir est tel que la maîtrise et l'objet sont confondus<sup>823</sup>. Cela signifie d'une part que le dominum constitue lui-même une chose corporelle, opposée aux choses incorporelles<sup>824</sup> ; d'autre part, que le maître dispose de toutes les utilités que renferme la chose<sup>825</sup>, bien que celles-ci ne soient pas définies car « il est hors de la sphère du droit de déterminer le comportement du propriétaire sur sa chose<sup>826</sup> ».

Bien que le pouvoir du dominus sur la chose soit qualifié *d'absolu* ou d'illimité, la propriété à Rome connaissait certaines bornes. Les règles relatives aux rapports de voisinage, les bonnes mœurs auxquelles veille le censeur, et l'intérêt public constituent autant de limitations au pouvoir du dominus sur sa chose. Néanmoins, ces restrictions « sont extérieures et ne touchent pas le noyau de la propriété<sup>827</sup> ». A posteriori, le dominum a été caractérisé par trois traits : le propriétaire dispose des pouvoirs d'utiliser la chose et d'en disposer librement par des dispositions de fait et de droit ; de repousser toute ingérence des tiers et enfin, de revendiquer la chose entre les mains de n'importe qui<sup>828</sup>.

**Nature de la propriété.** Pour Cicéron et les romains, l'institution de la propriété remplit essentiellement une fonction ordonnatrice et donc pacificatrice. Elle sert « avant tout à créer un ordre distributif des choses et des biens<sup>829</sup> ». Mais cet ordre distributif n'est pas conditionné au respect de règles ayant pour objectif une répartition juste ou équitable des

---

Chaque fundus a sa sphère d'avantages juridiques, son jus, souvent inscrit sur une table de pierre aux limites de quelque champ. Il comporte d'abord, et ceci nécessairement la *proprietas rei*, sa qualité d'être l'objet possible d'une appropriation. » (VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, 1946-1947, pp. 210-211).

<sup>823</sup> La propriété, puissance de l'individu sur les choses corporelles, se confond avec la matière ; elle est hors des *jura* (*dig* 39, 2, 19), v. PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris : PUF, 1989, p. 71.

<sup>824</sup> Les juristes romains ne classaient pas le dominum dans les *jura* ; au contraire ils opposaient dominum à jus (v. VILLEY M., « Les origines de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. droit*, n° 2, 1953-1954, p. 165).

<sup>825</sup> V. PATAULT A.-M., op. cit., n°2 : « dans la conception romaine du pouvoir de l'homme sur les choses, la propriété confond la chose et la maîtrise de la chose. Cette confusion exprime l'idée que la propriété absorbe tous les aspects, toutes les utilités du bien au point qu'on ne peut dissocier la maîtrise et l'objet de la maîtrise ».

<sup>826</sup> VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne* (douze autres essais), Paris : Dalloz, 1976 p. 195 ; il ajoute (*ibid.*, p. 211) : « [la chose] sera donc l'objet d'un droit, d'un rapport d'appropriation, qui, lorsqu'il porte sur une chose corporelle, reçoit spécialement à l'époque classique le nom de dominum. Mais ce n'est pas le droit qui est décrit par les Romains ; la chose corporelle est la notion première, qui préexiste au droit, et peut bien exister, dans sa condition juridique, avant le droit et sans le droit. Ce n'est pas le contenu du droit qu'ils analysent, mais la substance juridique de la chose corporelle » ; dans le même sens, BOFFA R., *La destination de la chose*, Paris : Défrénois, 2008, n° 318.

<sup>827</sup> SCHMIDLIN B., *Droit romain privé*, t. 1, Genève : Bruylant, 2008, p. 213.

<sup>828</sup> SCHMIDLIN B., *id.*, p. 212

<sup>829</sup> SCHMIDLIN B., *id.*, p. 171.

choses entre les hommes<sup>830</sup>. D'après Cicéron, la propriété n'est pas naturelle ; elle trouve sa source dans le fait de l'homme ou dans une institution juridique conventionnelle<sup>831</sup>, et relève de l'utilité<sup>832</sup>. La répartition effective des choses n'est pas dépendante d'un ordre naturel transcendant.

### **Modes d'acquisition de la propriété. Indifférence à l'égard de la justice distributive.**

Bien que les voies de droit pour acquérir les choses corporelles soient ouvertes à tous les citoyens, les facultés d'acquisition étant fonction des richesses et des possibilités matérielles de chacun, les propriétés sont, de fait, inégalement réparties. Les modes d'acquisition des choses ne visent pas à répartir en proportion les choses selon certains critères. L'acquisition de la propriété à Rome se réalise selon différents modes<sup>833</sup> dont les principaux sont, *l'occupatio*<sup>834</sup>, mode originaire, et, le transfert de la chose<sup>835</sup>, mode dérivé. Le droit est conçu pour encadrer ces deux phénomènes spontanés que sont l'occupation et l'échange (*lato sensu*) ; aucune prétention à ordonner équitablement la répartition des choses ne lui est

---

<sup>830</sup> ELMI G. T., « La méthode des juristes romains – Entre justice distributive et justice commutative », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, p. 112 : « le droit privé romain prévoit des voies pour acquérir la propriété et accéder aux droits, mais ces voies ne sont pas celles de la justice distributive ». V. également en ce sens : SCHMIDLIN B., op. cit., p. 214 ; HALPERIN J.-L., Histoire du droit des biens, Paris : Economica, 2008, p. 27.

<sup>831</sup> CICERON, Des devoirs, I, 7 : « *il n'y a point de propriété dans l'ordre de la nature. Toute possession exclusive a sa source ou dans une ancienne occupation, comme celle des colonies qui sont venues originairement peupler des terres sans maîtres ; ou dans la victoire, qui fait le droit des conquérants ; ou dans une loi, un pacte, un contrat, la voix du sort* ». L'absence de caractère naturel est une manière comme une autre de justifier l'inégalité des ressources, ainsi que le note M. Schmidlin à propos des Devoirs : « *ce texte n'est pas exempt de partialité ni d'engagement personnel puisqu'il ne souffle mot de la manière dont les puissantes familles sénatoriales suivies des nouveaux riches se sont emparés des terres du peuple romain* » (SCHMIDLIN B., op. cit., p. 214. V. égal. LEVY J.-P., CASTALDO A., Histoire du droit civil, Paris : Dalloz, 2002, n° 236). La légitimité de l'appropriation illimitée est également perçue dans la République lorsqu'il la met en contraste avec la sagesse qui permet autrement la possession de toutes choses : « *combien doit-on estimer heureux l'homme qui, seul, peut réellement, non pas au nom du droit romain, mais par le privilège des sages, prétendre à la propriété de toutes choses, et s'autoriser, non d'un contrat civil, mais de la loi commune de la nature, par laquelle une chose n'appartient qu'à celui qui en sait la direction et l'usage!* » (CICERON, La République, I, XVII).

<sup>832</sup> CICERON, Des devoirs, I, 7 : « *suivant les stoïciens, toutes les productions de la terre se rapportent à notre usage, et que l'homme lui-même est né pour l'homme, afin que tous soient utiles à tous, prenons ici la nature pour guide, mettons tous nos avantages en commun par un échange mutuel de services et de bienfaits, consacrons nos talents, nos travaux, nos facultés à resserrer les liens sociaux* ».

<sup>833</sup> L'occupation des biens sans maître, la découverte des trésors, la spécification, l'accession, le transfert par mancipation, in jure cessio et tradition, l'usucapion et la prescription, HALPERIN J.-L., Histoire du droit des biens, Paris : Economica, 2008, p. 42 et s.

<sup>834</sup> L'occupation est l'acquisition par la prise de possession d'une chose qui n'appartient à personne (v. en ce sens : GIRARD P. F., op. cit., p. 339) ; c'est le fait d'occuper une terre, de prendre possession des produits de la pêche et de la chasse, avec l'intention d'en devenir propriétaire (v. en ce sens : GAUDEMET J., CHEVREAU E., Droit privé romain, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2009, p. 235).

<sup>835</sup> Sous la forme de la mancipation, de *l'in jure cessio* ou de la tradition.

attribuée. L'inégalité des richesses qui en résulte, puisqu'elle ne s'oppose à aucun principe de nature<sup>836</sup>, est acceptée tant par Cicéron que par la plupart des Romains en général<sup>837</sup>.

Cette conception de la propriété et cette perception neutre de l'inégalité s'inscrivent plus largement dans la conception romaine qui préside au rapport entre l'égalité et la liberté. La conception rigide de l'égalité de l'ancien droit, explique Ihering<sup>838</sup> a été à Rome supplanté par l'égalité devant la loi selon laquelle les personnes égales reçoivent le même traitement. Cette égalité est la condition nécessaire et suffisante pour assurer la plus grande liberté à chaque citoyen. L'inégalité dans les faits, notamment dans la répartition des choses ou dans la répartition du pouvoir, n'est qu'une conséquence de l'exercice légitime de la liberté individuelle couplée à l'égalité juridique<sup>839</sup>.

---

<sup>836</sup> Pour M. Villey, c'est une erreur : « une solide tradition romaine, sans doute de couleur stoïcienne, et que St augustin transmettra à la pensée européenne, veut que la répartition des biens ne soit pas de 'droit naturel'. Au contraire, c'est justement le rôle de la justice et du droit d'opérer ce partage des biens dans un groupe politique donné : *Suum cuique tribuere* ; non pas, comme diront les modernes, *reddere*, rendre, assurer à chacun sa chose (tout comme si la part de chacun était déterminée d'avance (...)) Guidée par ces règles de justice ou pour 'l'utilité publique', puissante peut être l'initiative du législateur. Et les partages artificiels de lots de terre entre colons ne sont aucunement inconnus de l'antiquité gréco-romaine ; de Rome aussi les lois agraires » (VILLEY M., Critique de la pensée juridique moderne - douze autres essais, p. 196). Pour Cicéron, bien au contraire, c'est la redistribution qui est contre-nature. A la décharge de Michel Villey, les redistributions n'ont été à Rome qu'exceptionnelles et ont servi à éviter de graves crises sociales.

<sup>837</sup> Cicéron rend compte de la conception de la propriété auquel les romains, malgré les inégalités, restés attachés : « *il serait faux pourtant de croire que le monde romain n'ait jamais connu la fragilité de cet ordre économique-social. Il suffit de faire référence à la crise agraire, au déséquilibre dans la distribution des richesses, ainsi qu'aux luttes sociales et révolutionnaires qui en furent la conséquence (au temps des Gracques notamment, à la fin du IIe siècle avant J.-C.). Aucun de ces événements n'a cependant pu ébranler la conviction profonde que la propriété privée était un garant de l'ordre lors des fluctuations politiques et sociales* » (v. SCHMIDLIN B., op., cit., p. 214). Néanmoins, il faut aussi reconnaître que l'institution de la propriété romaine est sous-tendue par une idéologie capitaliste : « la propriété a été consacrée à Rome pour les plus puissants détenteurs des terres et d'esclaves, avant de devenir l'apanage d'un peuple de conquérants » (HALPERIN J.-L., Histoire du droit des biens, Paris : Economica, 2008, p. 27).

<sup>838</sup> IHERING R. V., L'esprit du droit romain, op.cit., § 33 : « L'égalité devant la loi est une émanation de l'idée de justice : ce qui par sa nature est égal, doit être traité également par la loi. Mais qu'est-ce que l'égalité ? Le droit romain antique, autant que le droit moderne, s'efforce d'établir l'égalité (*aequum jus, aequitas*), mais il y a un *abîme entre l'égalité dans le sens du droit nouveau et l'aequitas dans le sens du droit antique, dans ce sens où Tacite appelle la législation des XII tables : finis aequi juris, l'égalité extrême du droit. Le droit postérieur s'est cependant approprié exclusivement cette expression. Il s'en sert pour se mettre, comme droit équitable, en opposition avec le droit strict (*strictum jus*) de l'époque antique. Le jugement que l'époque postérieure porte sur ce droit strict est exprimé par la célèbre maxime : *Summum jus summa injuria*. Elle formule contre la tendance égalitaire du droit ancien le reproche d'avoir, en réalité, entraîné avec elle une extrême inégalité. L'équité, telle que l'entendait le droit postérieur, aurait, au contraire, apparu à l'époque ancienne comme une déviation de la véritable égalité ».*

<sup>839</sup> V. IHERING R. V., id. : « Il n'y a, dans l'histoire de Rome, aucune trace de cette haine contre les riches, qui jette son ombre lugubre sur l'époque moderne. C'est qu'à Rome ces différences étaient le produit naturel de la liberté. Partout où elles revêtent ce caractère, elles n'ont rien d'odieux. Elles ne peuvent paraître odieuses que là où elles ont été créées ou protégées par des moyens artificiels, c'est-à-dire par des privilèges, là où la prépondérance des uns est réalisée par l'abaissement légal des autres. Là, en effet, le sentiment d'égalité, parfaitement légitime en soi, peut, aiguillonné par l'injustice qu'il éprouve, se changer en haine et en rancune contre les riches; le fantôme d'une égalité fautive et paradoxale peut trouver accès chez les masses; mais un peuple vraiment libre n'a point à le redouter ».

Au final il est intenable de lier justice distributive et droit romain relativement à l'appropriation des choses corporelles. Aristote s'il ne répudiait pas la propriété privée, au contraire de Platon, entendait cependant, d'un point de vue juridique, qu'une partie des biens possédés privativement relevât d'un partage en proportion afin qu'une commune mesure liât l'ensemble des citoyens et, d'un point de vue politique, que les inégalités des propriétés soient relativement faibles. Pour Cicéron, l'intégralité des biens privés étant soumise à l'acquisition conventionnelle, exclusive de toute exigence de proportionnalité ou d'égalité imposée par l'Etat, la concorde sociale et l'utilité commune reposent non sur la modération dans leur répartition mais sur le strict respect des biens légalement acquis.

*ii) L'altérité relative aux choses corporelle : l'exclusion*

**L'exclusion d'autrui.** La nature des rapports entre le propriétaire et autrui procède de la nature du rapport entre le propriétaire et sa chose. La propriété romaine induit en premier lieu isolation ou extraction d'une chose du reste de la matière. La chose corporelle constitue un espace déterminé<sup>840</sup> sur lequel s'exerce un pouvoir déterminé : la *plena in re potestas*<sup>841</sup> qui n'intéresse pas le droit, sauf lorsque la chose rencontre autrui<sup>842</sup>. Le droit prévoit que le pouvoir de maîtrise qui relie l'homme à la chose, a pour corollaire le pouvoir d'exclusion de tout ce qui peut s'interposer entre lui et elle<sup>843</sup>. Le *dominum* comme on a pu l'écrire est « *exclusif du reste de l'humanité, fermé à toute emprise concurrente*<sup>844</sup> ». En conséquence, le seul « rapport social<sup>845</sup> » relatif à la chose qui peut survenir entre le propriétaire et autrui, est un rapport d'exclusion<sup>846</sup>.

---

<sup>840</sup> V. ROBAYE R., « Du 'dominium ex iure Quiritium' à la propriété du Code civil des Français », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1997, XLIV, p. 323.

<sup>841</sup> Institutes de Justinien, II, IV, 4 ; v. PATAULT A.-M., Introduction historique au droit des biens, n° 87.

<sup>842</sup> Ainsi que l'écrit M. Boffa, la chose est « le support de relations juridiques qui doivent être organisées par le droit », BOFFA R., th. préc., n° 318.

<sup>843</sup> BOFFA R., id. : « être propriétaire signifie pouvoir exclure autrui de sa sphère patrimoniale, et accéder ou renoncer, dans le respect de la loi, à une potentialité infinie d'utilités de la chose ».

<sup>844</sup> PATAULT A.-M., Introduction historique au droit des biens, n° 114 : le *dominus* est isolé « de tout rapport juridique avec autrui, de toute obligation ».

<sup>845</sup> « l'exclusion d'autrui est une forme de rapport social... », GHESTIN J., GOUBEAUX G., *Traité de droit civil, introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris : 1990, p. 141 ; v. aussi : GOURDON P., *L'exclusivité*, Préf. LE CANNU P., Paris : LGDJ, 2006, n° 76 : « en réalité, l'exclusivité est avant tout relation à autrui ».

<sup>846</sup> Les moyens d'exclusion prennent juridiquement la forme d'actions destinées à protéger la propriété. Certaines sont délictuelles et personnelles, c'est-à-dire qu'elles visent à reconnaître une créance à l'égard du propriétaire contre celui qui a intenté à sa chose. En cas de vol par exemple, il dispose de l'action de vol afin que son bien lui soit restitué. En cas de dommage, le propriétaire dispose de l'action acquilienne à l'encontre de l'auteur de la dégradation (v. ROBAYE R., *Le droit romain*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles : Bruylant, 2005, p 131).

## b) Exercice de la fonction correctrice de l'*aequitas*

A propos de la propriété, Cicéron convoque souvent *l'aequitas* et le principe de justice *suum cuique tribuere*. En revanche, il ne s'agit pas de promouvoir un équilibre *ab initio* dans les rapports interpatrimoniaux entre citoyens, issu d'une répartition en proportion des choses corporelles, mais davantage de dresser l'*aequitas* comme principe protecteur de la propriété. *L'aequitas* relativement aux choses corporelles implique, selon Cicéron, le devoir issu du « contrat social » de ne pas porter atteinte à la propriété d'autrui<sup>847</sup>. Le cas échéant, rendre à chacun ce qui lui revient représente l'obligation corrélative de restituer les biens soustraits au propriétaire légitime<sup>848</sup>. La fonction de *l'aequitas* s'avère donc correctrice car elle vise à rétablir la situation initiale. Deux exemples permettent de s'en convaincre ; l'un est relatif à l'expropriation publique et l'autre porte sur la question de la titularité de la propriété dans ce que l'on pourrait appeler un « cas tragique ». Dans ces deux exemples, *l'aequitas* se dresse comme principe correctif de l'équilibre rompu.

**Première illustration : l'expropriation publique.** En premier lieu, c'est à l'occasion de la question de l'expropriation publique que Cicéron identifie la répartition initiale des propriétés à un équilibre qu'il s'agit par la suite de maintenir, ou le cas échéant, de rétablir. Lorsque Cicéron défend l'exclusivité et l'opposabilité *erga omnes* de la propriété, c'est principalement

---

Les autres moyens d'exclure autrui sont les actions de nature réelle, c'est-à-dire qui ont pour objet la chose, indépendamment de la personne qui est en sa possession. Le propriétaire peut ainsi exclure celui qui prétend avoir une servitude ou un usufruit sur la chose par l'action (réelle) *negatoria* (V. BREGI J.-F., *Droit romain – Les biens et la propriété*, Paris : Ellipses, 2009, p 86 et s. ; GIRARD P. F., *op. cit.*, p. 374 ; SCHMIDLIN B., *Droit romain privé*, p. 252). Enfin, « *l'attribut essentiel du droit de propriété* » (GIRARD P. F, *op. cit.*, p. 368) est l'action *rei vindicatio* par laquelle, il a la faculté de revendiquer la chose à l'égard de tous (*erga omnes*). Celle-ci poursuit selon B. Schmidlin, trois objectifs : la constatation de la propriété du demandeur, la restitution de la chose à son propriétaire de la part du possesseur non-propriétaire ; et l'évaluation de la valeur de la chose qui doit être restituée au propriétaire, et la condamnation à payer une somme d'argent au cas où le possesseur s'oppose à la restitution de la chose ou ne peut plus la rendre » (SCHMIDLIN B., *op. cit.*, p. 247).

<sup>847</sup> V. CICERON, *Des devoirs*, I, VII : « devenu ainsi possesseur *d'une partie des biens qui, dans le principe, étaient un patrimoine universel, chacun doit conserver son lot ; usurper sur autrui, c'est porter atteinte au contrat social [jus humanae societatis]* ».

<sup>848</sup> A cet égard, Cicéron fustige les lois agraires visant à redistribuer les terres telles que celles initiées par les Gracques au II<sup>e</sup> siècle avant J.-C. afin de remédier à l'affaiblissement des paysans en limitant la possession de *l'ager publicus*. En effet, les terres conquises par Rome étaient attribués principalement à la noblesse qui pût se constituer d'immenses domaines exploités par les esclaves ; la tentative de reconstituer des petites propriétés pour les protéger des concentrations foncières des nobles échoua, lorsqu'à la mort du dernier Gracque, la réforme agraire fut vidée de sa substance (v. HALPERIN J.-L., *Histoire du droit des biens*, *op.cit.*, p. 30).

aux gouvernants qu'il s'attaque<sup>849</sup>. La raison d'être de l'Etat selon Cicéron est de garantir la propriété<sup>850</sup>, et non de s'immiscer dans la répartition des biens<sup>851</sup>. Les politiques d'expropriation, en autorisant à prendre ce qui appartient à autrui afin de le redistribuer, méconnaissent l'*aequitas* :

« Et quand ceux que l'injustice a enrichis seraient plus nombreux que ceux qu'elle a dépouillés, ils n'en seraient pas plus forts ; car alors on ne compte pas on pèse. L'équité [*habet aequitatem*] peut-elle jamais permettre qu'on ôte un champ à celui dont les titres de possession remontent à plusieurs années, ou même à plusieurs siècles pour en faire la proie d'un nouveau venu ?<sup>852</sup> ».

**Seconde illustration : cas d'une pluralité de propriétaires légitimes.** La fonction correctrice du déséquilibre par l'*aequitas* est de nouveau illustrée lorsque Cicéron évoque le récit d'Arratus. Celui-ci était parvenu à la tête d'une ville, en destituant son chef, lequel avait des décennies auparavant procédé au pillage et aux vols du territoire dont était originaire Arratus. Ce dernier était confronté au dilemme suivant : devait-il restituer les propriétés au profit de ceux qui en avaient été jadis dépossédés ou maintenir celles-ci entre les mains des ayant droits actuels de bonne foi ? Arratus décida de réunir les représentants des deux villes et leur proposa d'indemniser ceux qui avaient été dépossédés s'ils renonçaient à réclamer leurs

---

<sup>849</sup> V. CICERON, Des devoirs, II, 21 : « le premier devoir de celui qui gouverne la chose publique sera de veiller à ce que chacun conserve sa propriété, et à ce qu'il ne soit porté aucune atteinte publique aux biens des particuliers ».

<sup>850</sup> V. CICERON, Des devoirs, II, 21 : « les états et les cités ne se sont établis surtout que pour la conservation des droits de propriété. C'est la nature sans doute qui a rassemblé les hommes : mais l'espérance de mettre en sûreté le fruit de leurs travaux les engagea seule à bâtir des villes » ; il est alors de la responsabilité du dirigeant de l'Etat de garantir les propriétés de chacun : « Le premier devoir de celui qui gouverne la chose publique sera de veiller à ce que chacun conserve sa propriété, et à ce qu'il ne soit porté aucune atteinte publique aux biens des particuliers ». V. aussi : CICERON, Des devoirs, 2, XXIV : « ceux qui gouvernent la république s'abstiendront donc de ce genre de libéralité qui enlève aux uns pour donner aux autres. Ils commenceront par mettre les propriétés de chacun sous la protection des lois et des magistrats ». Près de dix sept siècles plus tard, Locke parvenait à la même conclusion tout en démontrant que la propriété est naturelle.

<sup>851</sup> V. CICERON, Des devoirs, 2, XXII : « Quand à ceux qui se veulent populaires et qui, pour cette raison, ou bien entreprennent la question agraire pour chasser les propriétaires de leurs terres, ou bien pensent devoir faire remise de leurs dettes aux débiteurs, ils sapent les assistes de l'Etat : d'abord la concorde, qui ne peut exister quand on enlève aux uns leur argent, tandis qu'on en fait cadeau à d'autres, ensuite l'équité [*aequitatem*] que l'on supprime complètement s'il n'est pas permis à chacun de posséder ce qui lui appartient. Ceci est en effet -je l'ai dit plus haut- le propre d'une cité et d'une ville que librement et sans inquiétude chacun y garde son bien ». V. aussi : SCHMIDLIN B., op. cit. p. 222.

<sup>852</sup> CICERON, Des devoirs, 2, XXII.

anciennes propriétés ou ceux qui renonceraient à leurs actuelles propriétés, afin de maintenir l'équilibre des intérêts entre toutes les parties<sup>853</sup>.

2) La fonction constitutive de l'*aequitas* dans les rapports relatifs aux choses incorporelles

A nouveau, l'étude des rapports en cause (a) sera suivie de celle de la fonction de l'*aequitas* (b).

a) La nature des rapports consécutifs aux partages des choses incorporelles

L'examen des *iura* (choses incorporelles) (i) sera suivi par celle du type de rapports que les hommes entretiennent entre eux par le truchement des *iura*.

i) *Les iura, choses incorporelles*

**Choses corporelles et incorporelles.** Cicéron, doublement influencé par la philosophie aristotélicienne attachée aux formes et la philosophie stoïcienne portée sur la matière<sup>854</sup>, distingue parmi les choses, celles qui possèdent une enveloppe matérielle de celles qui ne sont que pures conceptions de l'esprit<sup>855</sup>. Sénèque reprend la distinction et nomme res

---

<sup>853</sup> V. CICERON, *Des devoirs*, 2, XXIII : « Aratus, au contraire, en homme aussi sage que grand, crut devoir ménager les intérêts de tous. La saine politique et la sagesse d'un bon citoyen consistent à ne pas séparer les intérêts des particuliers, et à avoir pour tous une même balance [*aequitate*] ».

<sup>854</sup> ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.1-2, 8<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1992, p. 481.

<sup>855</sup> V. CICERON, *Les Topiques*, V, 26-27 : « les définitions sont de deux sortes : une, des choses qui existent ; l'autre des choses qui peuvent être comprises. Les choses existantes sont celles qui peuvent être vues ou touchées, telles qu'un fonds de terre, une maison, un mur, une gouttière, un esclave, du bétail, du matériel, des aliments, etc. ; toute sorte de choses qui requièrent parfois d'être définies par nous. Les choses qui n'ont pas d'existence sont celles qui ne peuvent être touchées, mais peuvent être perçues et comprises par l'esprit, telle que l'*usucapion*, la *gens* ou la *filiation* ; toutes choses qui n'ont pas de corps, mais qui ont néanmoins une forme distincte imprimée dans l'intelligence, ce que j'appelle leur notion. Elles demandent souvent à être expliquées par leur définition lorsque nous en débattons ». Villey résume : « la doctrine de Cicéron était que ces choses ne sont pas, mais reçoivent de l'intelligence humaine une certaine forme, sinon l'être complet » (VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, 1946-1947, p. 212).

incorporales les notions issues de l'intelligence<sup>856</sup>. Enfin, Gaius compte parmi les choses incorporelles, les créations des juristes, les iura<sup>857</sup>. Si à l'époque de Cicéron, la distinction gaienne ne trouvait pas encore à s'exprimer ainsi, il est vraisemblable au regard de la forte opposition de nature entre la propriété (dominum) et les iura, que les juristes eurent conscience de celle-ci<sup>858</sup>.

**Iura et « droits ».** Le sens de ius/iura ici est distinct de celui du « ius » entendu comme « concept général de droit<sup>859</sup> » que l'on retrouve dans ius civile, ius gentium, ius naturale, ius privatum etc. La portée du sens de ius en tant que chose incorporelle est beaucoup plus restreinte et le terme n'est traduit par « droit » que par facilité écrit M. Villey<sup>860</sup>. C'est d'ailleurs à ce dernier – qui condamna à plusieurs reprises la description du droit romain par le vocabulaire juridique moderne nominaliste et anthropocentriste – que revient le mérite d'avoir infirmé l'assimilation des iura aux droits subjectifs. Il restaura, à partir de la filiation historique entre la philosophie aristotélicienne et la tradition romaine, la perception d'un droit « déduit à partir des choses<sup>861</sup> », qui vise la description des réalités, soucieux des externalités et de *l'avoir*, plutôt que des internalités et de *l'être*<sup>862</sup>. Ainsi, pour Michel Villey, dont la

---

<sup>856</sup> SENEQUE, Lettres à Lucilius, VI, 6 (58), 1 (cité par BREGI J.-F., in, Droit romain – Les biens et la propriété, p. 62).

<sup>857</sup> Institutes, II, 2-14. Pour Villey « les iura constituent une espèce particulière parmi les choses incorporelles, celles qui intéressent le juriste, et celles qui ont été aussi créées par lui » (VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », Revue historique de droit français et étranger, 1946-1947, p. 215).

<sup>858</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 75 : Pour Villey, « rien ne prouve qu'il [Gaius] innove », ce que laisse également supposé le commentaire de Boèce (470-525) relatif aux Topiques de Cicéron : « par suite, on donne des exemples de ces choses qui sont, les choses corporelles, telles qu'un fonds de terre, une maison, un mur, une gouttière, qui, en tant que choses corporelles se présentent immédiatement à la raison, puisqu'il est possible de les discerner par les sens. De ces choses qui ne sont pas, on donne l'exemple de l'usucapion, de la tutelle de la gens, et autres choses incorporelles, qui en tant que telles ne peuvent être saisies par les sens mais sont comprises par l'intelligence et l'âme » (BOECE, Commentaire sur les Topiques de Cicéron, 1093a, cité par MEILLER E., La notion de servitude, Paris : LGDJ, 2012, n° 122). M. Meiller affirme que la référence à la division des choses en corporelles et incorporelles, si elle n'est pas explicitement mentionnée dans le texte de Cicéron, est néanmoins « évidente ».

<sup>859</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 72.

<sup>860</sup> V. VILLEY M., « Les origines de la notion de droit subjectif », Arch. phil. droit, n° 2, 1953-1954, p. 171. ius est « synonyme de chose incorporelle, une espèce particulière parmi les choses incorporelles, celles qui intéressent le juriste, et celles qui ont été aussi créées par le juriste. Son essence est purement juridique » (VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », Revue historique de droit français et étranger, 1946-1947, p. 215).

<sup>861</sup> PATAULT A.-M., Introduction historique au droit des biens, n° 114.

<sup>862</sup> Plus exactement, le droit romain induit, contrairement à la modernité, la complémentarité de l'avoir et de l'être : « les aspects réels et personnels ne s'opposent pas en deux visions séparées : il y a entre l'être et l'avoir une continuité qui interdit de projeter sur un tel univers notre antithèse moderne du sujet et de l'objet », (THOMAS Y., « Res, chose et patrimoine », Arch. phil. droit, 1980, n° 25, p. 422).

pensée, avant d'être admise<sup>863</sup> fut l'objet tant de critiques que d'approbations, les notions de droit réel, de droit personnel<sup>864</sup> et globalement de droit subjectif n'existaient pas en substance dans le droit romain. « *On peut dire que le droit romain arrive jusqu'au seuil du droit subjectif, sans toutefois le franchir* » a-t-on écrit à sa suite<sup>865</sup>.

En effet, en droit romain, il existe d'une part le *ius* en tant que *res* incorporelle, chose objective purement juridique<sup>866</sup>, qui permet d'accéder à une fraction de la chose corporelle et d'autre part, un lien d'appartenance que l'on reconnaît entre le *ius* et son titulaire, que M. Villey consent difficilement à nommer droit subjectif, et qui est à peine évoqué par les jurisconsultes<sup>867</sup>. Le *ius* ne constitue donc pas per se « un pouvoir appartenant à un sujet actif contre des sujets passifs » ou une qualité inhérente à l'individu mais davantage une part consubstantielle à un certain rapport entre des personnes<sup>868</sup>, dont *l'appartenance* est susceptible d'être bénéfique à son titulaire<sup>869</sup>.

**Définition des *iura*.** Les *iura*, sont définies comme « *l'ensemble des rapports juridiques par lesquels l'homme exerce sur les choses des maîtrises autres que la propriété. Ces choses n'existent que par l'œuvre de l'esprit, elles sont (...) des droits au sens de rapports*

---

<sup>863</sup> GHESTIN J., GHOUBEAUX, Droit civil, Introduction générale, I, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1983, p. 119 « Bien que le point soit encore controversé, il est aujourd'hui admis que la doctrine historique dominante que le droit romain, à la différence du système reconstruit ultérieurement par les romanistes, ignorait la notion de droit subjectif ». V. aussi en ce sens : HALPERIN JL, Histoire du droit des biens, p. 50.

<sup>864</sup> La conviction de l'existence des droits réels et des droits personnels à Rome vient de la confusion des romanistes des droits et des actions. A Rome, ce sont les *actiones*, et non les *iura*, qui sont réelles (*actio in rem*) et personnelles (*actio in perso*), c'est-à-dire que leur exercice permet soit d'agir sur la chose, soit sur la personne. (v. PATAULT A.-M., Introduction historique au droit des biens, n° 116).

<sup>865</sup> GIOFFREDI C., *osservazioni sul problema del diritto soggettivo nel diritto romano*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 70 (1967), p. 236 cité par RAMPAZZO N., « Critique de la lecture villeyenne du droit romain », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.) Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, p. 124.

<sup>866</sup> Le *ius* indique Villey est toujours une chose, une institution objective, et non un droit, V. VILLEY M., « Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne. Suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des glossateurs », in, *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris : Université de Paris : p. 188.

<sup>867</sup> VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, 1946-1947, p. 220 : « *reste le rapport d'appartenance, qui peut lier la personne aux choses incorporelles et qui est bien un droit subjectif. De même qu'on peut avoir* » une obligation, un usufruit, des *jura praediorum* : *c'est-à-dire être le bénéficiaire de ces institutions. Mais ce vague rapport d'appartenance n'est pas l'objet de l'étude du juriste* » ; plus loin, l'auteur conclut : « ainsi les différentes *res*, ou réalités objectives qui ont une existence en soi, deviennent normalement les objets d'appropriation individuelle, les objets d'un droit subjectif. Aussi bien, nulle pratique juridique ne peut se passer tout à fait de l'idée du droit subjectif. Mais quelle différence entre l'idée romaine du droit subjectif, vague, informe, indifférenciée, exprimée par un vocabulaire pauvre et imprécis, et la riche floraison de droits subjectifs variés, très exactement définis, que décrivent les systèmes modernes ! » (VILLEY M., id., p. 224). V. sur ce point, RABBI-BALDI CABANILLAS R., « Michel Villey et la question des droits de l'homme », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, p. 166 et s.

<sup>868</sup> VILLEY M., « Les origines de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. droit*, n° 2, 1953-1954, p. 171 et s.

<sup>869</sup> Le *ius* peut aussi bien constituer une charge qu'un bénéfice.

juridiques<sup>870</sup> ». Elles sont composées, écrit Gaïus, de l'usufruit, des obligations, des successions, du droit d'usage et des servitudes. Bien que ces droits portent in fine sur des choses corporelles, le ius en lui-même est incorporel<sup>871</sup>.

**Les iura ne sont pas des droits réels (ni des droits personnels) mais des choses juridicisées.** Selon M. Villey, les servitudes ou l'usufruit à Rome ne constituent pas, comme de nos jours, des droits réels. Le ius in re n'est pas comme on a pu le lire au XIXe siècle le « *droit de n'être point empêché de retirer quelque avantage d'une chose corporelle*<sup>872</sup> » (de même que l'obligation romaine ne peut être assimilée au droit de créance). Les droits subjectifs entendus comme pouvoir de la volonté qui s'exercent extérieurement sur les choses ou sur autrui, sont inconnus du droit romain. Les iura sont, avant tout, des choses, c'est-à-dire une réalité extérieure et observable entre des fonds et/ou des personnes. La servitude est ainsi selon Villey « le rapport même qui lie entre eux un fundus à un autre fonds<sup>873</sup> » et l'obligation « le fait objectif du rapport entre deux personnages<sup>874</sup> »; quant à l'usufruit il désigne le « rapport même qui lie entre eux, non plus cette fois un immeuble à un autre immeuble (*jura praediorum*), ou une personne à une personne (*obligatio*), mais une personne, l'usufruitier, à une chose corporelle<sup>875</sup> » laquelle, appartient nécessairement à autrui.

Dans la suite des développements, seuls les iura in re aliena, que l'on traduit généralement comme les « droits sur la chose d'autrui » et qui correspondent véritablement aux rapports juridiques ayant pour siège une chose objet de dominum, seront évoqués afin de mettre en lumière la fonction constitutive de l'aequitas.

---

<sup>870</sup> PATAULT A.-M., op. cit., n° 3.

<sup>871</sup> GAIUS, Institutes Justinien, II, II, 2 : « *les choses incorporelles sont celles que l'on ne peut pas toucher. Telles sont celles qui trouvent leur source dans un droit, comme une succession, un usufruit, un droit d'usage, et les obligations de quelque façon qu'elles soient contractées. Il n'est pas à ce sujet, pertinent d'objecter qu'une succession contient des choses corporelles, parce que les fruits qui proviennent d'un fonds sont corporels, et que ce qui nous est dû en vertu d'une obligation est, le plus souvent, corporel, comme par exemple une terre, un esclave, de l'argent, parce que, en effet, le droit en lui-même, que ce soit à une succession, à un usufruit, ou à une obligation, est incorporel* ».

<sup>872</sup> DUROI G. A. W., « Encore quelques réflexions sur l'action in rem et l'action in personam, sur le Jus in re et l'obligatio », Themis, 1826, t. 8, n° 1.

<sup>873</sup> VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », Revue historique de droit français et étranger, 1946-1947, p. 213.

<sup>874</sup> VILLEY M., id., p. 214. Pour une relecture moderne de l'obligation en droit romain, v. FOREST G., Essai sur la notion d'obligation en droit privé, préf. LEDUC F., Paris : Dalloz, 2012.

<sup>875</sup> VILLEY M., art. préc., p. 218.

ii) *L'altérité relative aux iura : l'inclusion*

Lorsque sur la chose corporelle, un *ius in re aliena* est attribué à un sujet, les rapports entre les hommes peuvent prendre deux formes inversées en fonction de l'objet – la res corporelle ou la res incorporelle – à partir duquel le rapport est envisagé : relativement à la chose corporelle faisant l'objet d'un démembrement, le rapport entre les hommes est inclusif, en ce sens que plusieurs personnes exploitent concurremment les diverses utilités de la chose. Notons toutefois que relativement au *ius* lui-même, les rapports entre les hommes sont exclusifs : afin de protéger ses intérêts, l'attributaire du *ius* dispose d'actions pour le revendiquer et exclure autrui<sup>876</sup>.

**L'inclusion d'autrui : condition d'existence des iura.** L'une des conditions des *iura* est l'existence d'un rapport entre deux personnes relativement à un bien. Autrement dit, entre une personne et une chose doit nécessairement s'insérer une tierce personne ayant un intérêt dans la jouissance d'une utilité de la chose, sans laquelle le *ius* n'aurait aucune raison d'être. Ainsi, le propriétaire ne dispose pas, en tant que tel, de l'usufruit<sup>877</sup>. Il jouit a fortiori et de droit, des prérogatives de l'usufruitier, mais ne dispose pas du *ius* ni de l'action en revendication d'usufruit<sup>878</sup>. Pour qu'il y ait usufruit, un tiers doit intervenir : « *l'usufruit existe au bénéfice de la seule personne qui puisse en profiter et qui est nécessairement un non-propriétaire*<sup>879</sup> ». Dans le même ordre d'idée, il n'existe pas de servitude, faute d'existence de rapport entre deux personnes, entre deux fonds contigus appartenant au même propriétaire. La servitude doit, non seulement être constituée entre deux fonds appartenant à des personnes distinctes, mais être en outre utile au fond du propriétaire au profit duquel elle est constituée. C'est-à-dire qu'elle doit bénéficier à son titulaire *qu'en tant que propriétaire du fonds dominant* et non en

---

<sup>876</sup> Pour des exemples d'actions en revendication d'usufruit ou de servitudes, GIRARD P. F., op. cit., p. 405 ; SCHMIDLIN B., op. cit., p. 270.

<sup>877</sup> VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », art. préc., p. 219 : « *il n'y a de jus que s'il existe un rapport autonome entre le fonds et un usufruitier, constituant une chose distincte (...) l'usufruit existe au bénéfice de la seule personne qui puisse en profiter et qui est nécessairement un non-propriétaire* ».

<sup>878</sup> ULPIN, Digeste VII, 6, 5, cité par BREGI J.-F., Droit romain – Les biens et la propriété, Paris : Ellipses, 2009, p. 86.

<sup>879</sup> VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », art. préc., p. 213.

tant que simple individu. La servitude ne peut avoir pour cause l'avantage purement personnel du propriétaire<sup>880</sup>.

Dès lors, le ius sur la chose d'autrui, n'existe qu'en raison de l'existence -et dans la mesure de- l'intérêt de l'attributaire.

**La nature des rapports entre les personnes relatifs au ius in re.** Dans un rapport obligataire, la relation entre le créancier et le débiteur est directe car le créancier peut exercer une action personnelle afin d'exiger directement auprès de son débiteur l'exécution de l'obligation contractée. Au contraire, le rapport entre les personnes relatif au ius in re n'existe que par l'intermédiation d'une chose corporelle et s'avère résolument distinct d'un rapport obligataire<sup>881</sup>. En effet, le titulaire d'un ius in re jouit directement de la fraction de la chose, sans attendre quoi que ce soit du propriétaire car aucune obligation ne pèse sur les parties en rapport<sup>882</sup>. Par exemple, l'usufruitier et le nu-propriétaire n'ont aucune obligation réciproque<sup>883</sup>, de même qu'entre les propriétaires des fonds servant et dominant en cas de servitude. Faute d'obligation, il existe néanmoins entre le propriétaire et le bénéficiaire d'un ius in re aliena des devoirs d'abstention. Le bénéficiaire a le devoir de ne pas dépasser les limites du ius qui lui est attribué et le propriétaire, celui de ne pas empêcher l'exercice du ius in re. Le succès de leur relation réside dans le fait, pour chacun, de ne pas outrepasser les limites de ses prérogatives respectives, constitutif d'un empiètement sur les prérogatives de l'autre. Autrement dit, leur relation repose sur la préservation réciproque des intérêts d'autrui. Ainsi, l'usufruitier, s'il peut jouir de la chose et percevoir les fruits, il a le devoir de ne pas altérer la substance<sup>884</sup>, ni disposer de la chose. Le bénéficiaire d'une servitude de passage ne

---

<sup>880</sup> Digeste, 7, 1, 8, (PAUL) cité par SCHMIDLIN B., op. cit., p. 259 : « on ne peut imposer une charge de servitude pour obtenir la permission de cueillir une pomme, de se promener ou de déjeuner sur le fonds d'autrui ».

<sup>881</sup> VILLEY M., « Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne », in, *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris : Sirey, 1950, p. 193 ; PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris : PUF, 1989, n° 3 ; RAMPELBERG R.-M., « Pérennité et évolution des res incorporeales après le droit romain », *Arch. phil. droit*, n° 43, 1999, p. 36.

<sup>882</sup> VILLEY M., *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, p. 206 : « le langage romain se refuse à qualifier 'obligation' le devoir de respecter les biens, la propriété de son voisin, sa servitudes, ses droits réels. L'obligation est cantonnée dans une sphère étroite ».

<sup>883</sup> Ils « sont l'un en face de l'autre dans la même situation que deux voisins dont les propriétés se touchent et dont les deux droits de propriétés existent indépendamment l'un à côté de l'autre. Ils ont sur la même chose deux droits réels indépendants l'un de l'autre. Ils n'ont pas le droit d'empiéter sur leurs droits respectifs. Mais c'est tout. Le nu-propriétaire n'est tenu qu'à laisser jouir l'usufruitier, qu'à respecter son droit réel. L'usufruitier n'est tenu qu'à respecter le droit du nu-propriétaire » (GIRARD P. F., op. cit., p. 394).

<sup>884</sup> Digeste, 8, 3, 7, 1 (PAUL). Aujourd'hui, ce devoir est renforcé par la notion de destination de la chose : « la vision traditionnelle de l'usufruit, perçu comme une simple juxtaposition de deux prérogatives autonomes, doit donc être sérieusement nuancée : l'usufruitier doit respecter la norme d'usage de la chose pré-définie par le propriétaire, et ce devoir d'usage s'inscrit dans la préservation des intérêts de ce dernier. Les deux membres du

peut récolter les fruits sur le fonds servant etc. Et si le bénéficiaire du ius in re aliena est privé de cette jouissance, il peut revendiquer le ius en exerçant une action réelle<sup>885</sup> à l'égard de tous, y compris du propriétaire, afin de recouvrer son droit.

**La constitution du ius in re aliena relève du partage.** L'attribution du ius in re implique que soit opérée sur la chose appartenant au propriétaire, une dissociation des utilités<sup>886</sup> afin de réserver la jouissance de certaines d'entre elles à son titulaire, au détriment du propriétaire<sup>887</sup>. Titulaire du ius in re et propriétaire, s'ils exercent leurs prérogatives sur la même chose ne sont pas en concurrence puisque celles-ci, par la médiation de l'objet, sont disjointes. Non qu'elles s'exercent sur un espace différent, mais parce qu'elles consistent à tirer parti d'utilités distinctes.

C'est donc sous la forme d'un partage que la constitution des iura in re aliena peut être représentée<sup>888</sup> puisque la norme applicable consiste en la séparation des utilités de la chose et la répartition de celles-ci entre les individus ayant un intérêt à l'usage de la chose.

#### b) Exercice de la fonction constitutive de l'*aequitas*

Relativement à la répartition des iura, l'*aequitas* lorsque la notion est employée par Cicéron correspond, écrit M. Schiavone, à un « *principe universel d'équilibre et de mesure*<sup>889</sup>. » En ce sens, l'*aequitas* traduit l'égalité au sens du mot grec *ison*, qui n'est pas une égalité stricte mais une mesure adéquate, une juste proportion (*analogon*). L'*aequitas*, écrit M. Tzitzis, réceptionne le côté esthétique du juste, « un droit tiré des symétries qui composent le bel ordonnancement de la nature<sup>890</sup> » et se rapproche dès lors de la justice distributive d'Aristote.

---

*rapport juridique sont donc liés par une communauté d'intérêts, constituée autour de la conservation de la valeur d'usage de la chose* », BOFFA R., th. préc., n° 332.

<sup>885</sup> V. BREGI J.-F., *Droit romain – Les biens et la propriété*, p 203 et s.

<sup>886</sup> MATHIEU M.-L., *Droit civil : les biens*, Paris : Dalloz, 2e éd., 2010, n° 91.

<sup>887</sup> SCHMIDLIN B., op. cit., p. 255.

<sup>888</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 74.

<sup>889</sup> SCHMIDLIN B., op. cit., p. 314.

<sup>890</sup> TZITZIS S., op. cit. p. 93.

**Aequitas, proportion et justice distributive.** A l'instar des portions de biens communs distribuées aux citoyens chez Aristote, les iura sont des parts attribuées<sup>891</sup>, des fractions d'un ensemble nécessairement corporel : la res (corporelle)<sup>892</sup>. Les différences résident cependant dans la matière et dans la source de la chose distribuée. Chez Aristote les biens distribués sont indistinctement corporels ou incorporels<sup>893</sup> et sont originairement communs ; alors que chez les romains le bien est nécessairement incorporel et provient d'une chose détenue en propre.

Un autre élément, relatif aux personnes, sépare la justice distributive d'Aristote de l'aequitas romaine. En droit romain, la question du mérite est absolument indifférente. Les attributaires des iura sont des individus abstraits réduits à des positions typiques, à des modèles : le créancier et le débiteur ; le propriétaire du fonds servant et le propriétaire du fonds dominant ; l'usufruitier et le nu-propriétaire etc<sup>894</sup>.

L'aequitas révèle donc certaines différences avec la justice distributive qui relève de la cause matérielle. Toutefois du point de vue de la cause formelle, l'« essence » de l'aequitas et celle de la justice distributive sont identiques : la proportion. Il ne s'agit pas de réaliser un partage arithmétiquement égal entre les parties en attribuant les mêmes prérogatives à chacun. Dans ce cadre, « *l'inégalité est la règle* » rappelle Villey, « le créancier ne saurait avoir le même droit que le débiteur, ni le criminel que l'innocent (...) *Seuls des hommes ont des droits divers*<sup>895</sup> ». Il s'agit donc de proportionner les prérogatives et les attributaires en fonction de

---

<sup>891</sup> Selon Villey, le ius est « une part revenant à chacun par suite du partage, le statut qui résulte pour telle ou telle chose » (VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, p. 74) ; v. égal. VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 80 ; VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, coll. Quadrige, 2006, p. 243).

<sup>892</sup> Il n'y a pas de ius sur une chose incorporelle : ainsi l'usufruit en raison « ne peut porter que sur des objets matériels et non pas sur des droits, que sur des choses corporelles et non pas sur des choses incorporelles, par exemple sur des créances » (GIRARD P. F., op. cit., p. 389).

<sup>893</sup> Des récompenses vénales ou des mérites sont ainsi partagés. En outre, note M. Meiller, Aristote, ne mentionne que rarement, sinon pour la critiquer, la distinction entre choses corporelles et choses incorporelles (v. MEILLER E., *La notion de servitude*, Paris : LGDJ, 2012, n° 122).

<sup>894</sup> En d'autres termes, écrit M. Elmi, « le droit romain est fondamentalement neutre par rapport au problème de savoir qui doit se trouver dans telle situation typique ou en mesure d'accomplir tel acte typique (...) *L'on ne cherchera pas l'équilibre entre Tizius et Caius* dans des situations concrètes, mais dans des situations abstraites entre acheteur et vendeur en tant que tels » (ELMI G. T., « La méthode des jurisconsultes romains – Entre justice distributive et justice commutative », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, p. 112).

<sup>895</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 99. C'est également la raison pour laquelle, dans le domaine public, Cicéron condamne l'égalité des droits au profit d'un régime aristocratique : « quant à cette égalité de droits que chérissent les peuples libres, remarquons qu'elle ne saurait se maintenir : les peuples mêmes les plus ennemis du joug et de la contrainte ont toujours de grandes descendance pour beaucoup de personnes ; et il existe dans leur esprit un merveilleux discernement des rangs et des hommes : de plus, cette égalité [aequitas] prétendue est la plus injuste [iniquissima] du monde. En effet, si semblable honneur est exactement rendu aux plus éminents et aux plus infimes, dans toute la masse d'un peuple, il est inévitable que

plusieurs critères, et notamment leurs intérêts respectifs<sup>896</sup> (critère de l'utilité privée conjoncturelle aux données économiques, politiques et sociales) et des intérêts de la communauté (critère de l'utilité commune). Bien que la fonction du *ius* soit utilitaire, *l'aequitas* n'est cependant pas pleinement un principe utilitariste. Doivent également être pris en considération afin d'équilibrer ces rapports, des éléments de nature morale. L'*aequitas* écrit J. Ellul représente en effet *l'élément éthique* dans la méthode des jurisconsultes<sup>897</sup> et renvoie à une forme d'idéalisme. A cet égard, pour Cicéron, dont l'influence stoïcienne est ici perceptible, les rapports entre les individus sont déterminés par la nature et des valeurs appelées « notions premières » qui sont inscrites en chaque homme tel le respect, la vérité, la vengeance etc<sup>898</sup>. Or, précise Senn, « *c'est précisément de ces notions premières et des rapports qu'elles font naître que résulte, de par nature, le droit *ius**<sup>899</sup> ». Il revient en conséquence à *l'aequitas*, en tant que vertu issue de la nature et relative à autrui<sup>900</sup>, d'attribuer à chacun le droit qui lui revient<sup>901</sup>.

---

*l'égalité même devienne une extrême injustice : c'est le malheur que n'ont pas à craindre les Etats qui sont gouvernés par l'élite des citoyens* », (CICÉRON, *De la république*, I, 34).

<sup>896</sup> Comme l'écrira Diderot : « Qu'est-ce en effet, que l'équité, si ce n'est l'égalité constante des intérêts respectifs, *aequitas ab aequo* ? », DIDEROT, *Encyclopédie*, V° Usure, <http://diderot.alembert.free.fr/U.html>

<sup>897</sup> ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.1-2, Paris : PUF, 1992, 8<sup>e</sup>, p. 475.

<sup>898</sup> Pour Cicéron, les rapports entre individus sont déterminés par la nature, et plus précisément par des notions premières ou vertus que la nature a fait pénétrées en chaque homme. Ainsi l'explique Felix Senn : « le droit, dit Cicéron au de *inventione*, 2, 53, 161, ne trouve pas son principe dans une opinion, mais dans la nature. De par nature, une force innée a fait pénétrer en nous certaines notions comme la religion, la *pietas*, la reconnaissance, *la vindictio*, *le respect*, *la vérité*. Toutes ces notions premières (...) supposent donc nécessairement des rapports entre des êtres différents, qui désormais ne sont plus sur un pied de complète égalité : Dieu et homme ; parents et enfants ; parents entre eux ; bienfaiteurs et ceux qui ont reçu un bienfait ; offensé et offenseur ; *victime d'un délit* et son auteur ; dirigeant et dirigé ; stipulant et promettant ; celui au profit duquel une déclaration de volonté a été faite et le déclarant ; celui qui a transféré une chose pour que plus tard elle lui soit rendue et celui qui a rendu aux fins de vendre, etc. » (SENN F., op. cit. p 21-25). Ces notions issues de la nature n'ont pas seulement une portée morale, elles se révèlent à la source de certaines normes juridiques : « *l'une des plus fécondes dans ses applications n'est-elle pas, par exemple, la vérité, et comme corollaire la bonne foi, qui exige le respect de la parole donnée et également la répression de la violation de la parole donnée ; qui est nécessaire pour pouvoir assurer la société des hommes entre eux, et que pour cette raison Cicéron appelle le fondement de la justice* » (SENN F., id., p. 28) ; ainsi, conformément à ce qui est naturel, l'offensé a le droit de *vindictio* sur l'offenseur (CICÉRON, *De l'invention*, II, 53). Ou encore, le bénéficiaire d'une promesse, dispose du droit, aux noms de la vérité et de l'honnêteté, d'exiger du promettant de s'exécuter. Il en résulte que la nature ou les événements que les hommes ont provoqués, place ces derniers sur un pied d'inégalité puisque des droits hétérogènes leurs sont attribués.

<sup>899</sup> SENN F., op. cit. p. 25.

<sup>900</sup> TZITZIS S., op. cit., p. 110 : « *Cicéron précise que la justice, contrairement aux autres vertus, n'est pas emmurée dans l'intériorité de l'homme, mais elle s'ouvre à l'autre, et en attribuant à chacun ce qui lui revient équitablement, elle cherche à faire du bien à l'autre et, par là, à réaliser le bien de tous ceux qui y ont droit* ».

<sup>901</sup> SENN F., op. cit. p. 29 : « à raison même de ces notions premières, dont une force innée nous a pénétrés et en considération de ces rapports qu'elles engendrent entre des êtres différents, à chacun sa dignité, à chacun ce qui lui revient, disent les Grecs ; à chacun son droit, *cuique suum ius*, traduisent les Romains ».

*L'aequitas* consiste suite à la répartition « spontanée » des choses corporelles<sup>902</sup>, à répartir des portions de celle-ci afin d'établir dans les rapports entre personnes, une forme d'égalité<sup>903</sup> ou ce qu'il pourrait être appelé un « équilibre ». L'objet de *l'aequitas* se situe donc au niveau de *l'attribution* des iura et relève d'un partage en proportion des intérêts individuels et communs. Ainsi, pour ordonner le rapport entre le nu-proprétaire et le titulaire d'un ius in re, doivent être proportionnés, d'une part l'étendue de l'atteinte à la propriété au regard des intérêts du propriétaire et, d'autre part, le contenu et la portée du ius in re du titulaire en fonction de ses propres intérêts. Une fois le ius in re attribué, l'« équilibre<sup>904</sup> » du rapport entre le propriétaire et le titulaire du ius in re résulte de la limitation réciproque de leurs droits respectifs<sup>905</sup>.

En conclusion, *l'aequitas* commande d'une part, la compensation concernant les atteintes aux choses corporelles, et, d'autre part, la proportion dans l'attribution des choses incorporelles. Si *l'aequitas* suppose l'inégalité des êtres entre eux, elle commande le traitement égal des rapports identiques et corrélativement, le traitement inégal des rapports différents sous réserve du respect de l'exigence de proportionnalité<sup>906</sup>.

## Conclusion de la section deux

Le caractère flou de la notion d'*aequum* l'exposait, pour ainsi dire, aux risques d'être élevée au rang de norme jusnaturaliste. La nouvelle version de *l'aequum* prend le nom d'*aequitas* et

---

<sup>902</sup> VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, op. cit., p. 100 : « toute solution de droit présuppose une recherche dont le point de départ est l'observation. Il faut qu'un partage des biens et des charges se soit déjà spontanément réalisé au sein du groupe, sur la base duquel on discute. Une procédure, dont les lois auront posé les fondements. La présence d'organes judiciaires, un corps d'experts qui guident le juge, des « règles » et « définitions » qui sont l'œuvre d'une jurisprudence ».

<sup>903</sup> Selon Del Vecchio « *L'aequitas* signifie proprement une égalisation (...) c'est-à-dire un traitement égal des choses et des rapports égaux ; c'est un critère qui oblige à reconnaître ce qui est identique dans le substratum des choses, par delà le variable et l'accidentel » (DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 53).

<sup>904</sup> ATIAS Ch., *Les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2011, n° 228 : « en situation d'usufruit, la propriété est démembrée entre deux éléments très différents l'un de l'autre, très inégaux. Fondamentalement, l'équilibre instauré entre l'usufruitier et le nu propriétaire se caractérise par leur séparation radicale, leur isolement systématique ».

<sup>905</sup> V. GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2009, p. 248.

<sup>906</sup> SENN F., op. cit., p. 33 : « attribuer à chacun son droit, cuique suum ius tribuere ! Mais alors une question se pose. De ce qu'il faut maintenir une égalité proportionnelle entre des êtres placés dans des rapports différents, n'y aurait-il que des droits particuliers ? Le jurisconsulte Paul répond à la question (...) en précisant qu'il existe toujours une commune mesure à tous les droits particuliers. Cette commune mesure n'est d'ailleurs que ce rapport de proportionnalité lui-même qui doit toujours être assuré entre des êtres déterminés et qui règle toujours de la même façon, dans des cas identiques, leur rapports particuliers ».

est mobilisée en vue de servir plusieurs objectifs, notamment, celui d'universaliser le droit romain. Influencé par la pensée grecque, Cicéron (qui n'est pas un jurisprudent) tente de promouvoir la notion d'*aequitas*. Floue et polysémique, la notion permet de tenir plusieurs discours parfois contradictoires. Elle constitue le moyen de suggérer une interprétation des normes favorables à l'examen des intérêts et un instrument de correction du droit. La question est désormais de savoir si les préteurs, les juges ou les jurisprudents vont accueillir la notion d'*aequitas*.

## **Conclusion du chapitre deux.**

C'est à Rome que l'on peut constater sans peine un, voire deux, discours de l'équilibre. Le discours de l'*aequum* constitue une réaction contre le formalisme exacerbé du droit romain. Il vise à dépasser le droit strict afin de s'intéresser aux intérêts en présence. Les jurisconsultes et les préteurs ont donc fait un usage opportun des idées sur la justice venant de Grèce pour dégager une raison équivalente à celle du *ius* voire supérieure sans toutefois recourir dans un premier temps aux abstractions jusnaturalistes. Le discours de l'*aequum* fut également tenu dans le cadre de la *jurisprudentia* lors des controverses entre les jurisconsultes relatives à la nature de la science du droit. L'*aequum* fut employé afin de servir de terme de combat contre le formalisme de la science juridique.

Le discours de *l'aequitas* principalement formulé par Cicéron est une version mise à jour et jusnaturaliste de celui de l'*aequum*.

## Chapitre 3 : Les fruits du discours (aequitas, equity, équité)

« ce que le juriste contemporain, trop souvent enfermé dans la tour d'ivoire des principes, tend à prendre pour des vérités éternelles, est plus prosaïquement une série de réactions en chaîne, une logique historique<sup>907</sup> ».

« **Équité** » et **équilibre**. Quel est le rapport entre l'« équité » et l'« équilibre » ? Avec l'aide de nombreux auteurs ayant identifié ou défini l'équité à l'aide de la notion d'« équilibre »<sup>908</sup>, nous pourrions tenter de soutenir la thèse selon laquelle l'équité exprime l'idée d'« équilibre entre les parties dans le cas concret »<sup>909</sup>. Mais cette réflexion n'aurait que peu d'intérêt puisqu'il s'agirait, en somme, de définir une notion floue par le truchement d'une autre. Par ailleurs, et si tant est que l'on puisse fixer le sens du terme « équilibre » en droit, celui-ci ne pourrait suffire à épuiser toutes les significations tirés des usages de l'« équité ». Ce n'est donc pas sur le terrain conceptuel que nous entendons établir un lien entre l'« équité » et l'« équilibre ».

Le rapport entre l'« équité » (en tant que mot) et l'équilibre (en tant qu'idée<sup>910</sup>) est selon nous un rapport de causalité, un rapport historique. Il suffit de reprendre les résultats auxquels nous sommes parvenus jusqu'alors pour établir le rapport entre d'une part l'idée d'équilibre et la notion d'équité.

---

<sup>907</sup> LEGENDRE P., Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris : PUF, 1968, p. 472.

<sup>908</sup> Par exemple, selon Del Vecchio le jugement en équité est « la considération de tous les éléments de la réalité pour déterminer l'équilibre ou la proportion correspondante entre deux personnes », DEL VECCHIO G., Les principes généraux du droit, Paris : LGDJ, 1925, p. 52, cité par DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Boisseau, 1934, pp. 72-73 ; V. encore ALBIGES Ch., th. préc., p. 140 et p. 150 ; CADIET L., « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 97 (qui parle de « pesée », de « balance » et de « proportionnalité »).

<sup>909</sup> BATIFOL H., « Préface », *Arch. phil. droit.*, n° 27, 1982, p. 3.

<sup>910</sup> Le mot « équilibre » à l'époque antique et médiévale n'existe toujours pas.

A l'origine, l'équilibre, c'est-à-dire, l'idée d'équilibre correspond à l'égalité entre deux termes ou de proportion entre plusieurs termes. Cette idée s'exprime, avons-nous vu, par le terme *aequum* et vise à désigner des éléments très concrets (les faits du litige, les intérêts des parties en jeu) et tend à éloigner l'attention des règles formelles. Le terme est employé par les préteurs pour « combattre » le formalisme du droit romain archaïque et pour justifier le détachement vis-à-vis de l'énoncé de la règle lorsque les considérations de fait l'exigent<sup>911</sup>. Puis, pour répondre à de nouvelles exigences, l'*aequum* est élevé, sous le nom d'*aequitas*, au rang d'essence ; l'*aequitas* est associée, par la « doctrine » (Cicéron principalement), au droit naturel. Si la simple idée d'équilibre (égalité, proportion) peut encore aider à donner partiellement sens au contenu de la notion d'*aequitas*, elle est insuffisante tant la notion se complexifie à mesure qu'elle est employée. Polysémique, l'*aequitas* sert autant à justifier le droit strict qu'à le contester ou encore à l'interpréter. Entrée dans le langage des acteurs du droit (les jurisprudents), elle est utile pour fonder le *ius* sur le droit naturel, pour légitimer des innovations juridiques et pour justifier une interprétation téléologique ou, pour ainsi dire, pragmatique de la norme<sup>912</sup>. L'*aequitas* sert de manière générale à s'écarter des formes<sup>913</sup>, c'est-à-dire, de l'énoncé de la règle, et à établir –ou à rétablir– fondamentalement, une espèce d'égalité, arithmétique ou proportionnelle. L'*aequitas*, à l'instar de l'*aequum* conserve, à ce titre, un caractère subversif ou « déformalisant<sup>914</sup> ».

Toujours est-il, comme nous pouvons le constater, la seule idée d'équilibre, bien qu'elle puisse servir à donner partiellement sens à la notion, ne saurait épuiser toutes les significations de l'*aequitas* qui se dégagent de ses usages.

**Intérêt de l'étude.** Il s'agit ici de rechercher les effets de l'introduction dans le langage des juristes, puis dans le langage du droit, d'une notion subversive (l'*aequum*) dont le signifié est

---

<sup>911</sup> Elle est pour Del Vecchio dans son sens le plus large « l'exigence de l'adaptation de la réalité aux formes du droit », DEL VECCHIO G., *Les principes généraux du droit*, Paris : LGDJ, 1925, p. 53, cité par DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Boisseau, 1934, p. 72.

<sup>912</sup> L'équité « est un concept issu de l'empirisme », NIVET F., « Equité et légalité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 174 ; SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 10 ;

<sup>913</sup> Pour l'Empereur Antonin le pieux (86-161) « quoiqu'on ne doive pas changer facilement les formes, on peut s'en écarter quand l'équité [*aequitas*] évidente le demande », (Etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen, ubi *aequitas* evidenter poscit, subveniendum est), (c'est nous qui soulignons), *Digeste*, 50, 17, 183.

<sup>914</sup> A cet égard, Pothier considère l'*aequitas* des romains comme une arme contre le droit strict, V. HUMBERT M., « The concept of equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 30.

originellement *l'équilibre* et dont la fonction est de supplanter le formalisme<sup>915</sup>. Le terme ayant été abandonné au profit de *l'aequitas*, ce qui nous importe est donc d'étudier le devenir de la notion d'*aequitas* laquelle puise étymologiquement sa signification originelle dans l'idée d'équilibre. Ce « devenir » sera examiné à travers la diffusion et les transformations de *l'aequitas*, ses fonctions et ses effets.

**Précisions quant à la notion d'« équité » employée dans l'étude. Choix d'une approche analytique et linguistique.** Il est vraisemblable que les scientifiques trouveront le moyen de coloniser Mars avant que les juristes ne parviennent à définir l'équité. Certains, tel Henri De Page ont renoncé : « à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable<sup>916</sup> ». Mais n'est-ce pas d'ailleurs là que réside son attrait, auquel cas, il faudrait plutôt redouter, ajoute l'auteur, « la systématisation excessive de notions utiles par leur imprécision même<sup>917</sup> ». La notion s'avère alors plus utile en pratique, qu'elle ne se laisse connaître en théorie.

A défaut de définir *l'équité* une fois pour toute, nous pouvons indiquer ce que nous entendons par ce terme dans le cadre de cette étude. Adoptant la démarche analytique -donc linguistique- l'équité au sens large, correspond selon nous, aux termes dérivant du mot *aequitas* employés dans divers ordres juridiques à partir de l'époque romaine.

En ce sens, l'équité n'est pas une essence<sup>918</sup> ou un concept qui permet de désigner des choses, c'est avant tout un mot, une notion eulogistique<sup>919</sup> dont le sens est conventionnellement accepté, et qui, une fois entrée dans le langage du droit, est susceptible de produire des effets juridiques. Le principal de ces effets étant que, lorsque le mot est employé par le juge, la création du droit résultant de sa décision est prédisposée à être justifiée. On peut en ce sens parler du « *pouvoir d'équité* » pour désigner cette faculté grâce à laquelle le juge s'éloigne des

---

<sup>915</sup> AGOSTINI E., « De l'équité », D., 1978, chr. 2, p. 8 : « *l'équité (...) n'existe pas "en soi", mais uniquement comme une réaction en face de tel ou tel abus* ».

<sup>916</sup> DE PAGE H., A propos du gouvernement des juges – *L'équité en face du droit*, Paris : Sirey, Bruxelles : Bruylant, 1931, p. 161, cité par ALBIGES Ch., th. préc., p. 4.

<sup>917</sup> DE PAGE H., id., p. 8.

<sup>918</sup> Quelques exemples de conceptions essentialistes de l'équité : l'équité est le « pouvoir que les juges s'arrogent, sollicités par l'évolution des idées ou des mœurs en face d'un corps de droit trop rigide ou trop vieux, d'élever au-dessus de lui des règles qui ont pour but de réaliser plus parfaitement un idéal de justice distributive » (SCHNERB J.-M., Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif, Strasbourg : De Bussac, 1946, p. 46) ; DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Boisseau, 1934, p. 63 : « *l'équité est l'art de la Justice sociale qui attribue à chacun, sous la forme d'une égalité proportionnelle, ce que la considération des circonstances propres à son cas, dominée par les principes de droit naturel, montre au bon sens du législateur ou du juge comme lui étant dû* ».

<sup>919</sup> TUNC A., « *Equité* », Encyclopaedia Universalis : on « *ne peut qu'aimer l'équité* ».

formes de la règle afin de trancher un litige particulier selon une règle idoine. Ce pouvoir d'équité est absolument dépendant du mot « équité », soit parce que le juge l'emploie explicitement, soit à défaut d'emploi exprès, parce qu'il ne fait pas ou peu de doute pour l'« auditoire » (parties, juristes, autorités, société), que le juge fait preuve d'« équité » (auquel cas le mot doit nécessairement être connu et répandu). Dans chacun des cas, l'équité est le « *masque derrière lequel le juge se réfugie afin d'éviter de revendiquer sa liberté de création* »<sup>920</sup>.

Pour éviter dans la mesure du possible les équivoques, nous utiliserons de manière privilégiée les termes employés dans la langue du droit idoine : *aequitas*, *aequitas canonica* (équité canonique), *équité* (pour le droit français) et *equity*.

**Choix d'une approche fonctionnelle.** C'est également à l'aune de ses fonctions au sein des ordres juridiques que l'équité sera étudiée et non à partir de ce qu'elle est censée désigner ou exprimer (le droit naturel, la justice, la loi divine, etc.). D'un point de vue très général, il est intéressant de prendre connaissance de la vision externe et peu propice à la sacralisation du sociologue N. Luhmann sur le concept d'équité. Selon cet auteur, l'équité –au sens large– est un moyen de sauvegarder le droit de ses propres insuffisances. L'apparition de l'équité traduirait la conscience de « *l'incomplétude logique de l'ordre juridique*<sup>921</sup> ». Lorsque « *le droit ne s'en sort pas avec le droit seul* », naît cette réaction consistant à mobiliser « *la représentation confuse d'une sorte de deuxième droit derrière le droit*<sup>922</sup> ». C'est dans ce domaine dit-il « *que sont assurés l'allègement des duretés et la justice des cas individuels sans que cela ait une répercussion sur le droit lui-même*<sup>923</sup> ». Perelman exprimait cette idée en disant que l'équité est la béquille de la justice<sup>924</sup>.

---

<sup>920</sup> MAINGUY D., Introduction générale au droit, 6<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2013, p. 326.

<sup>921</sup> LUHMANN N., « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », Droit et Société, n° 47, 2001, p. 24. V. égal. CALLIÈS F.-P., RENNER M., « À la croisée du droit et des normes sociales : l'évolution de la gouvernance mondiale », RIDE, 1/2013, t. XXVII, pp. 163-186, n° 35 et s.

<sup>922</sup> LUHMANN N., « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », art. préc., p. 24 (il souligne) ; idée que l'on trouve par exemple exprimée par M. Tunc : « *en toute hypothèse, l'équité met en lumière l'inévitable imperfection du droit. C'est la justice à laquelle on aspire au-delà et au-dessus des règles juridiques ou de leur application* », TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in, *L'hypothèse du non-droit*, XXXe séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Marcinelle : Nouvelle Maison d'Édition, 1978, p. 284.

<sup>923</sup> LUHMANN N., « La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit », art. préc., p. 24.

<sup>924</sup> PERELMAN C., Droit, morale et philosophie, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1976, p. 31.

Le phénomène résultant de l'expérience que le « système juridique fait avec lui-même<sup>925</sup> » est un phénomène auto-réflexif<sup>926</sup> et auto-régulateur<sup>927</sup> qui n'est pas sans causer d'embarras et susciter « une certaine perplexité<sup>928</sup> ». Il revient aux juristes de restaurer un semblant de cohérence au travers de diverses manœuvres et autres « solutions imaginées<sup>929</sup> ». L'« équité » est l'une de ces fictions utiles au droit pour restaurer sa propre cohérence.

De manière très générale, on peut dire que la fonction principale de l'équité est de compenser les lacunes formelles du droit, lorsque la loi « paraît boiteuse »<sup>930</sup>. L'équité est donc un instrument (parmi d'autres<sup>931</sup>) grâce auquel l'interprète s'affranchit dans une certaine mesure de l'énoncé de la règle pour mieux répondre aux enjeux pratiques et dégager des solutions appropriées aux intérêts en jeu. De manière plus précise et plus classique, l'équité permet de modérer le droit, de le compléter de le suppléer voire même de le corriger.

### **Rejet de l'approche essentialiste ou conceptuelle au profit de l'approche analytique.**

L'approche essentialiste ou conceptuelle consiste à soutenir que le mot « équité » désigne respectivement une essence (ou idée) ou un concept (une construction de l'esprit), qui aurait sa correspondance dans le monde réel. On définira par exemple l'essence ou le concept d'équité à travers ses caractères fondamentaux afin de rechercher par la suite dans les ordres juridiques toutes les fois où ces éléments sont réunis pour conclure à l'existence (ou l'apparition) de l'équité<sup>932</sup>, ou à défaut, pour affirmer l'absence (ou la disparition) de l'équité<sup>933</sup>. Au final, cela signifie que le mot « équité », par le truchement de l'idéal/du concept, désigne une chose qui finalement, s'avère absolument indépendante du mot (« équité ») qui sert à la désigner. Ce qui signifie selon cette approche que tout mécanisme de

---

<sup>925</sup> LUHMANN N., art. préc., p. 24.

<sup>926</sup> L'auteur parle de « *la perspective de l'auto-observation du droit* » (LUHMANN N., art. préc., p. 25).

<sup>927</sup> L'équité selon M. Agostini « se présente comme une auto-régulation des règles juridiques », AGOSTINI E., « De l'équité », D., 1978, chr. 2, p. 8.

<sup>928</sup> LUHMANN N., « La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit », art. préc., p. 25.

<sup>929</sup> LUHMANN N., art. préc., p. 25.

<sup>930</sup> PERELMAN C., op. cit., p. 31.

<sup>931</sup> Par exemple l'« abus de droit » ou la « mise en balance des intérêts », le « fairness » en droit américain etc.

<sup>932</sup> Par exemple, rapprochant équité et pouvoir discrétionnaire : « dans toute évaluation quantitative de dommages, un élément discrétionnaire – *et donc, dans ce sens, d'équité* – ne peut être éliminé », ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Paris : Pedone, 1974, t.1, p. 48.

<sup>933</sup> NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », RIDC, vol. 16, n° 2, avril-juin 1964, p. 287 : « dans les systèmes de "droit civil", l'absorption presque complète des principes de l'équité a provoqué la disparition de l'équité elle-même »

modération du droit strict relèverait de l'équité sans qu'il soit nécessaire de relever si la notion d'« équité » est effectivement employée par les acteurs du droit supposés exercer l'équité. Cette approche aboutit à ce type de résultat :

*« les premiers canonistes ont, en raison des circonstances de l'époque, au moins consubstantiellement, connu une conception se rapprochant fort de celle de l'équité dans l'opposition « misericordia-rigor ». Le mot ne s'y figure pas ? peu importe, du moment que la chose s'y trouve <sup>934</sup> ».*

Cette méthode n'est pas satisfaisante en ce qu'elle fait fi du caractère linguistique du droit. Si l'on partage l'idée déjà évoquée « que le droit peut être compris comme une activité essentiellement linguistique, consistant en discours proférés par des êtres humains mus par leurs passions et leurs intérêts, et à travers lesquels s'exerce la direction des conduites humaines, c'est-à-dire un pouvoir<sup>935</sup> » l'on doit admettre, contrairement à ce qui était prétendu, qu'il importe que le mot y figure ou non car il détermine l'existence et l'exercice du pouvoir d'équité, c'est-à-dire, cette faculté pour le juge d'interpréter plus soupagement la règle grâce à la seule mention du mot « équité » ou, à la limite, par sa seule suggestion.

Rappelons que pour John Austin, la confusion à propos du mot « équité » (« equity ») provient justement de l'emploi des termes comme s'ils désignaient des choses réelles, alors que le sens des mots résulte d'un processus conventionnel<sup>936</sup>. L'approche essentialiste ou conceptuelle s'avère en effet génératrice de confusion puisqu'elle conduit à placer sur le même plan des notions ou des instruments relativement différents. Prenons par exemple, *l'aequum* du préteur romain, la miséricorde des canonistes, l'*equity* du chancelier anglais, la *natural justice*, l'*istihsan* du droit islamique<sup>937</sup> et enfin l'abus de droit : selon l'approche essentialiste ou conceptuelle, on aura tôt fait d'affirmer que chacun de ces termes désignant un instrument de dépassement du droit strict est une itération de l'*équité*<sup>938</sup>. Or, un tel énoncé

---

<sup>934</sup> LEFEBVRE Ch., *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris : Sirey, 1938, p. 164.

<sup>935</sup> TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », RFDA, 2009, p. 641 et s., spec. n° 32 ; dans le même sens, v. JESTAZ P., *Le droit*, Paris : Dalloz, 2014, p. 7 : « en apparence, les mots n'ont pour fonction que de communiquer des informations. En réalité, ils influent sur le comportement d'autrui, partant ils servent à relayer des formes de pouvoir. Or le droit est une forme de pouvoir, qui devient probablement la plus raffinée de toutes à partir du moment où il acquiert un caractère continu »

<sup>936</sup> AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, p. 639.

<sup>937</sup> Comme l'équité, c'est un instrument destiné à adoucir le droit (v. FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 83).

<sup>938</sup> V. par exemple, TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », art. préc., pp. 298-299 : « l'émergence successive de la *common law*, de l'*equity* et de la *natural justice* sont l'exemple le plus frappant du perpétuel jaillissement de l'équité. Ce phénomène est réconfortant : il témoigne de la pérennité du désir de

conduit à faire disparaître les liens existants entre *l'équité*, l'*aequum* et l'*equity* que révèle, en premier lieu, l'étymologie des termes. Autrement dit, l'approche essentialiste ou conceptuelle, qui conduit à envelopper sous le même mot d'« équité » des instruments indépendamment de leurs racines avec l'*aequitas*, aboutit, contrairement à l'approche analytique, à balayer le caractère linguistique du droit et à obscurcir ce qu'elle est censée éclairer.

**L'équité comme instrument.** Selon nous, l'équité est simplement un instrument parmi d'autre de déformalisation du droit, c'est-à-dire, un moyen qui permet au juge de s'affranchir dans une certaine mesure de l'énoncé de la règle qu'il est censé interpréter lorsque les réalités ne correspondent plus aux formes de la norme et de prononcer un jugement individualisé selon une règle particulière. Instrument à la discrétion du juge, il est envisageable d'appréhender l'équité comme un pouvoir.

**L'équité comme pouvoir.** L'équité ou plutôt l'emploi du mot « équité », est le moyen pour le juge de s'affranchir de l'application stricte de la loi. Soit parce que la loi est trop large, soit parce qu'elle est incomplète, silencieuse, inefficace voire parce que son application engendrerait plus d'inconvénients pour les parties (ou l'une d'entre elles) que d'avantages<sup>939</sup>. Bref, l'application stricte de la loi ne serait inutile ou déraisonnable. L'équité est l'instrument de mise à l'écart de la norme, pour les raisons précitées, et d'application d'une norme particulière plus ou moins connexe à la norme écartée en fonction des considérations de fait<sup>940</sup>. En raison de cette double fonction, ainsi que de l'emploi discrétionnaire dont elle fait

---

*justice au cœur de l'homme. L'équité aujourd'hui, c'est l'espérance d'une meilleure justice* » (nous soulignons) ; l'abus de droit rend « juridiquement concevable ce qui jusque-là reposait sur la notion suspecte d'équité » (MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles : Bruylant, 1992, t.1, p. 53).

<sup>939</sup> En un sens proche, PELLE S., « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », D., 2011, p. 1230 et s., n° 4 : « le droit est en tension entre la cohérence de sa construction intellectuelle et les rébellions d'une réalité toujours en mouvement. Le droit est perpétuellement en quête de facteurs de souplesse qui lui donnent le moyen d'adapter la règle à la diversité des situations particulières. (...) C'est dans cette exigence d'adaptation du droit aux faits que l'équité peut trouver sa place ».

<sup>940</sup> ALBIGES Ch., th. préc., p. 130 : « la particularité fondamentale de l'équité réside dans l'étendue des pouvoirs attribués à ce juge pour apprécier les circonstances particulières, faculté justifiée par les caractères fondamentaux de la notion mis en lumière lors de son application à un cas particulier ».

l'objet, l'équité est non seulement un « enjeu de pouvoir<sup>941</sup> » mais peut encore être assimilée à un pouvoir<sup>942</sup>.

Consubstantiel à la fonction de juger<sup>943</sup>, ce pouvoir d'équité n'appartient qu'au juge et à nul autre<sup>944</sup>, et découle, à l'origine, d'aucune habilitation<sup>945</sup>. Les juges se sont lentement arrogés ce pouvoir<sup>946</sup> lequel est devenu de plus en plus important au point que les juges furent regardés comme une menace potentielle pour l'organe titulaire de la fonction législative. L'équité est donc, par sa nature, un pouvoir potentiellement subversif. De fait, ce pouvoir suscite jalousie et fait l'objet de convoitise, notamment par le titulaire du pouvoir législatif<sup>947</sup>.

**Définition du « pouvoir d'équité ».** Traditionnellement, on représente la tâche du juge par l'action de subsumer les faits de l'espèce sous la règle de droit applicable afin d'en tirer une solution juridique. Lorsque les faits ne correspondent pas à l'énoncé de la règle, la solution juridique risque de ne pas répondre convenablement à la cause du litige. Rationalité matérielle et rationalité formelle sont ici en conflit. En conséquence, le juge cherche un moyen pour secondar le droit à l'instar de l'« équité ».

Le pouvoir d'équité est la faculté pour le juge, grâce à l'invocation du mot « équité » ou à sa suggestion, de favoriser la rationalité matérielle sur la rationalité formelle en agissant, d'une part, sur la prise en compte de faits, d'autre part, sur la norme à appliquer, afin de fournir une solution de droit individualisée<sup>948</sup>. Présentons le contenu de ce pouvoir et son rapport avec le terme d'« équité ».

---

<sup>941</sup> SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 12.

<sup>942</sup> Pour D'aguesseau, l'équité est l'« instrument de la puissance du juge » (D'AGUESSEAU, *Mercuriale sur l'autorité du magistrat*, t.1, IXe Mercuriale 1759 p. 127, cité par ALBIGES Ch., « L'équité dans le jugement – étude de droit privé », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCOP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, p. 116).

<sup>943</sup> SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 109 : « l'équité, quand elle apparaît, est consubstantielle à la fonction de juger ».

<sup>944</sup> PERELMAN Ch., « Cinq leçons sur la justice », in, *Ethique et droit*, Bruxelles : Editions de l'université de Bruxelles : 2012, p. 207 : « le recours à l'équité est donc un recours au juge contre la loi ».

<sup>945</sup> NIVET F., « Equité et légalité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 175 : « Sur le strict plan de l'équité, les prêteurs n'ont pas agi en vertu d'une délégation à leur profit du pouvoir législatif, qui de ce point de vue n'a jamais existé ».

<sup>946</sup> SCHNERB J.-M., *Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif*, Strasbourg : De Bussac, 1946, p. 46.

<sup>947</sup> V. MANAI D., « Equité », in, ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1988.

<sup>948</sup> Les deux aspects (factuel et normatif) sont nécessairement cumulatifs sinon, constate M. Rotondi, on aboutit à une lapalissade : « en disant et répétant, comme on le fait à satiété, que l'équité est l'application de la règle au cas concret, on ne fait qu'identifier l'équité à l'interprétation du juge : mais que fait donc le juge, pas

Du point de vue factuel, le pouvoir d'équité permet aux juges de ne pas se limiter aux seuls faits auxquels l'énoncé de la règle se réfère. Les juges ont loisir de prendre en compte l'intégralité des faits qui leur permettront de prendre connaissance de tous les intérêts en jeu<sup>949</sup>.

Du point de vue normatif, le juge, à partir des faits et des intérêts en jeu, va induire une règle destinée, selon nombre d'auteurs, à « équilibrer les intérêts<sup>950</sup> » c'est-à-dire à produire des effets juridiques utiles pour l'ensemble des parties intéressées.

En définitive, le contenu du pouvoir d'équité se compose donc de deux sous-étapes : une appréciation élargie des faits et l'induction d'une norme à partir des intérêts en cause.

**La dépendance du pouvoir d'équité au mot « équité ».** Le terme d'« équité », en tant que tel, est une fiction<sup>951</sup> censée désigner « quelque chose » située à côté du droit strict voire au-dessus. Ce « quelque chose » peut être notamment la justice, la miséricorde, la volonté divine, la morale<sup>952</sup>, l'utilité, les valeurs<sup>953</sup> ou encore un principe général, auxquels on a connaissance

---

exceptionnellement, mais toujours, *si ce n'est appliquer des règles abstraites au cas concret ?* » (ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Paris : Pedone, 1974, t. 1, p. 46).

<sup>949</sup> En ce sens l'équité constitue pour M. Albiges « un outil au service du juge pour apprécier, selon les circonstances particulières, les intérêts divergents » (ALBIGES Ch., th. préc., p. 150) ; quant à M. Boyer, celui-ci souligne que la mise en œuvre des principes tirés de l'équité par les Parlements supposait « chez le juge un sens aigu des exigences de la vie sociale et la connaissance non seulement du point de droit à trancher, mais de toutes les circonstances de la cause » (BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in, Mélanges Boyer, t. 1, Paris : Sirey, 1962, p. 235 ; DECENCIERE-FERRANDIERE M., « Quelques réflexions touchant le règlement des conflits internationaux », Revue générale de droit international public, 1929, cité par DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Boisseau, 1934, pp. 15-16 : « l'équité est essentiellement une affaire d'espèce : c'est là son caractère distinctif ; il n'y a pas de principes d'Equité...Il ne peut y en avoir, parce que ce qui est juste dans un cas, n'apparaît que quand le cas est réalisé, pas auparavant. Il y a bien des principes de justice, mais c'est en considération des circonstances du cas que l'on choisit le principe applicable, pour donner une solution d'Equité. La solution d'Equité est donc toujours donnée à postériori ».

<sup>950</sup> M. Albiges parle de « rétablir l'équilibre » des intérêts divergents « sans nécessairement garantir une parfaite égalité » (ALBIGES Ch., th. préc., p. 150 ; v. égal. p. 140) ; pour M. Cadiet, « il s'agit toujours de comparer entre deux termes, entre deux intérêts, intérêts individuels le plus souvent, besoins du créancier, ressources du débiteur, leur situation économique respective, intérêts catégoriels parfois.(...) Concilier, composer, l'équité est toujours une œuvre de pesée. La balance est son symbole, la proportionnalité son critère » (CADIET L., « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 97) ; selon une approche essentialiste M. Newman écrit : « l'essence de l'équité est la recherche d'une conciliation raisonnable d'intérêts opposés, selon les circonstances de chaque cas. » (NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », RIDC, vol. 16, n° 2, avril-juin 1964, p. 290). V. également, ZENATI Fr., « Le juge et l'équité », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, 1985, n° 4, p. 96.

<sup>951</sup> AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, p. 628.

<sup>952</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris : LGDJ, 1949, 4<sup>e</sup> éd, pp. 25-26 : « le juge écoutant les voix diverses qui vont lui dicter la sentence est sensible avant tout à la considération de la loi morale. Il a la conviction qu'il doit faire régner la justice et il est moins frappé par l'utilité commune que par l'équité. Souvent même, lorsque le législateur aura oublié ou méconnu que l'application de la règle juridique

grâce à la raison<sup>954</sup>, la conscience, le sens commun, les sentiments<sup>955</sup> ou encore l'intuition... Peu importe ici que ce « quelque chose » existe ou non, et, le cas échéant, que les moyens employés pour prendre connaissance de ce qui est désigné par le mot « équité » soient efficaces, car, ce qui importe, en définitive, est l'existence d'un consensus sur le mot et sa fonction consistant à désigner cet « au-delà » du droit strict. Dès qu'un consensus naît entre le juge, les destinataires de la justice et le titulaire du pouvoir législatif sur les idées auxquelles se réfère le mot, la magie opère<sup>956</sup>. En ce sens, écrit M. Manai, l'équité est le « sceptre symbolique dont l'invocation confère un contenu sémantique à la décision judiciaire autorisant l'intégration de l'innovation sociale dans le moule de la norme juridique<sup>957</sup> ».

Les juges pourraient procéder autrement pour introduire « l'innovation sociale dans le moule de la norme juridique », néanmoins, lorsque le mot « équité » est en circulation, il devient plus facile pour eux d'arriver à leurs fins en l'utilisant plutôt que de créer une raison supérieure de toute pièce. Cela explique pourquoi l'équité se diffuse aussi facilement.

Ce pouvoir d'équité étant consubstantiel au mot « équité » présente, en conséquence, certaines caractéristiques propres au cycle de vie du langage. Puisqu'un mot, en tant qu'élément du langage, se diffuse, change de signification, disparaît, renaît etc., il en est de même du pouvoir dépendant du terme. Nous verrons plus loin ces aspects plus en détails.

Contrairement au pouvoir dont l'attribution est prévue par des règles institutionnelles, le pouvoir de juger en équité est informel et fragile. Il se maintient en raison de la rencontre de plusieurs facteurs parmi lesquels, la tolérance voire l'autorisation tacite du souverain, l'assentiment du corps social, la solidarité entre magistrats, l'approbation voire

---

peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale, le juge imposera le respect de cette loi contre la règle de droit ».

<sup>953</sup> MANAI D., « Equité », in, ARNAUD A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris : LGDJ, 1988, p. 146 : « l'équité constitue l'arsenal de valeurs auxquelles se réfère le système juridique pour y puiser celles dont il a besoin ».

<sup>954</sup> L'équité naturelle est la « lueur de raison que la nature a imprimée dans tous les hommes », BOUHIER cité par CHASSAT A. M., *Traité de l'interprétation des lois*, Paris : Videococq, 1836, p. 188.

<sup>955</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.1, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1919, p. 110, § 163 : « en tant que sentiment inconscient et non raisonné des exigences du droit, l'équité ne diffère pas essentiellement par sa nature, de révélations de la conscience morale proprement dite (...) ou si l'on veut, c'est l'œuvre d'une sorte de subconscience morale ».

<sup>956</sup> BLACKSTONE W., cité par NIVET F., « Equité et légalité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 177 : « la magie de l'équité ne réside pas seulement dans l'obscurité, parfois voulue, des formules dont elle aime et excelle à entourer ses doctrines. Il faut remonter plus haut. Le pouvoir magique de l'équité tient, avant tout, à son seul nom ».

<sup>957</sup> MANAI D., « Equité », in, ARNAUD A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris : LGDJ, 1988, p. 146.

l'encouragement de la doctrine, les sollicitations des avocats et le maintien en circulation du mot et de sa stabilité sémantique.

En outre, le pouvoir des juges est encore dépendant du terme en ce qu'il constitue le paravent contre les critiques qui s'élèveraient nécessairement contre le pouvoir créateur du juge. Il est en effet plus difficile de critiquer les abus commis lorsqu'ils sont perpétrés sous un terme dont la signification renvoie à la volonté de Dieu, à la Justice ou à n'importe quelle raison suprême contre laquelle il est toujours suspect de s'attaquer. Le mot « équité » protège le juge jusqu'à ce que la nature fictive, ou du moins partiellement fictive, du mot soit dénoncée par la doctrine ou le souverain. Pour pallier la difficulté consistant à critiquer les juges employant l'équité tout en conservant une déférence à l'égard de celle-ci et de ses fondements, D'Aguesseau avait par exemple distingué la véritable équité de la fausse<sup>958</sup>. La première, celle qui « triomphera toujours<sup>959</sup> », est ajoutée par le juge à la justice pour éviter que la loi, trop générale, produise l'iniquité ou un excès de sévérité<sup>960</sup>. La seconde en revanche n'est qu'un « voile spécieux » par lequel le juge déguise « sa révolte contre la règle » ; cette équité fait « une balance particulière et poids propre pour chaque cause ; elle sonde l'intention du législateur en ennemi capiteux plutôt qu'en ministre fidèle ; elle combat la lettre par l'esprit et l'esprit par la lettre et au milieu de cette contradiction apparente la vérité échappe, la règle disparaît, et le magistrat demeure le maître<sup>961</sup> ». L'équité ajoute-t-il « qui n'est autre chose que l'esprit même de la loi, n'est pas celle dont le magistrat ambitieux se déclare le défenseur ; il veut établir sa domination, et c'est pour cela qu'il appelle à son secours cette

---

<sup>958</sup> D'AGUESSEAU H.-Fr., Oeuvres, t.1, Paris : Chaix, 1865, p. 218 : « comme la science n'est plus la règle commune des jugements, chacun se forme une règle, et, si l'on ose le dire, une justice conforme au caractère de son esprit. Les uns, esclaves de la lettre qui tue, sont sévères jusqu'à la rigueur ; les autres, amateurs de cet esprit de liberté qui donne la mort à la loi même, portent l'indulgence jusqu'au relâchement. Les premiers ne voient point d'innocents, les autres ne trouvent presque jamais de coupables. Ils mesurent la grandeur des crimes non par la règle uniforme et inflexible de la loi, mais par les impressions changeantes et variables qu'ils font sur leurs esprits. Quelle preuve peut soutenir leur indulgente subtilité ? Semblables à ces philosophes qui, par des raisonnements captieux, ébranlent les fondements de la certitude humaine, on dirait qu'ils veulent introduire dans la justice un dangereux pyrrhonisme qui, par les principes éblouissants d'un doute universel, rend tous les faits incertains et toutes les preuves équivoques. Ils appellent quelquefois l'humanité à leurs secours, comme si l'humanité pouvait jamais être contraire à la justice ; et comme si cette fausse et séduisante équité, qui hasarde la vie de plusieurs, en épargnant celle d'un seul coupable, n'avait pas toujours été regardée comme une compassion cruelle et une miséricorde inhumaine ».

<sup>959</sup> D'AGUESSEAU H.-Fr., id., p. 243.

<sup>960</sup> D'AGUESSEAU H.-Fr., id., p. 256 : « C'est l'autorité du magistrat « qui nous fait voir en lui l'esprit de la loi, et l'âme de la justice ; ou plutôt il est, si l'on peut parler ainsi, le supplément de l'une et la perfection de l'autre. Il joint à la loi, souvent trop générale, le discernement des cas particuliers ; il ajoute à la justice cette équité supérieure sans laquelle la dureté de la lettre n'a souvent qu'une rigueur qui tue, et l'excès de la justice devient quelquefois l'excès de l'iniquité ».

<sup>961</sup> D'AGUESSEAU H.-F., IXe mercuriales, 1, 127 cité par SCHNERB J.-M., Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif, Strasbourg : De Bussac, 1946, p. 42.

équité arbitraire dont la commode flexibilité reçoit aisément toutes les impressions de la volonté du magistrat<sup>962</sup> ».

Comme nous le constatons, la doctrine, pour critiquer l'équité du juge, doit réaliser quelques acrobaties afin de dénoncer son exercice sans remettre en cause le contenu de la notion lorsque cette dernière jouit encore d'une grande faveur. Tant que la doctrine se contente de distinguer la « vraie » de la « fausse » équité, les juges demeurent, pour ainsi dire, en paix, car, étant une « fiction », l'équité ne pourra jamais prétendre à la vérité et le flou entre la « vraie » et la « fausse » équité sera toujours profitable aux juges. Pour critiquer l'équité comme il se doit, c'est-à-dire, de son exercice comme de son contenu, il faudra procéder rien de moins que décomposer le langage juridique pour identifier les notions vides de sens. Cette tâche, comme nous le verrons plus loin, sera accomplie un siècle plus tard par Bentham.

Afin de mettre à jour les fruits du discours de l'équilibre (*aequum*, *aequitas*), il convient d'étudier en premier lieu l'introduction de l'instrument d'équité (Section 1), puis les fonctions qu'il est censé remplir (Section 2) et enfin les effets critiques de cet instrument (Section 3).

## Section 1 : Introduction de l'instrument

**Formation de l'*aequitas*.** Le succès de la notion d'*aequitas* et sa pénétration dans la jurisprudence romaine doivent sans doute être attribuées à Cicéron, lequel rappelons-le n'était pas jurisconsulte. La notion trouve ensuite, parmi les jurisprudents, d'illustres partisans tels que Paul, Labéon ou encore Ulpien<sup>963</sup>.

Deux traits caractérisent la notion en droit romain. D'une part et du point de vue organique, l'*aequitas* comme l'*aequum* est associée par la jurisprudence classique à l'œuvre « pragmatique et utilitaire<sup>964</sup> » du préteur et du juge<sup>965</sup>. D'autre part et du point de vue

---

<sup>962</sup> D'AGUESSEAU H.-Fr., *Oeuvres*, pp. 231-232.

<sup>963</sup> V. HUMBERT M., « The concept of equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 34.

<sup>964</sup> SCHNERB J.-M., *Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif*, Strasbourg : De Bussac, 1946, p. 16.

<sup>965</sup> KRUGER P., *Manuel des antiquités romaines - Histoire des sources de droit romain*, vol. 16, Paris : Thorin et fils, 1894, p. 167 : « *l'aequitas* reçut une application beaucoup plus étendue dans les écrits juridiques de la période classique. On la voit dominer absolument dans toutes les matières laissées à la libre appréciation du

matériel, elle concerne en général des innovations juridiques adaptées aux besoins de l'époque<sup>966</sup>. La multitude et l'hétérogénéité desdits besoins en ces périodes traversées d'expansion et de crises économiques et sociales, expliquent la diversité des institutions nouvelles auxquelles l'*aequitas* est rattachée. Elle constitue pour ses partisans le fondement d'édits ou d'actions relatifs au pacte<sup>967</sup> et au *dol*<sup>968</sup>, au statut des mineurs<sup>969</sup> ou encore au régime des héritiers<sup>970</sup>. L'*aequitas* est également considérée comme le fondement des contrats non solennels, des actions de bonne foi ou encore de l'action de *in rem verso* destinée à obvier à l'enrichissement sans cause<sup>971</sup>.

**Propagation de l'*aequitas*.** L'*aequitas* va se diffuser avec le droit romain. Nous nous intéresserons aux trois ordres juridiques que sont le droit canonique, le droit anglais et le droit français pour étudier la pénétration de la notion dans chacun d'entre eux et ses effets. Cette étude n'est bien évidemment pas exhaustive, l'équité se retrouvant également en Espagne (*equidad*) ou encore en Allemagne (*billigkeit*). La discrimination et le privilège accordé à ces trois ordres s'expliquent pour des raisons propres à la suite de la présente étude. L'équité en droit canonique nous permettra de mieux comprendre le discours des canonistes que nous évoquerons ultérieurement, le droit et l'*equity* anglais nous intéressent dans la mesure où nous les retrouverons lors de l'examen de la critique de la pensée antique et du discours de l'équilibre moderne initiés par le juriste anglais Jeremy Bentham, enfin, le droit français et son rapport, pour ainsi dire, douloureux avec l'équité méritent également toute notre attention

---

magistrat et du juge, partout où ils ne sont pas enchaînés par des règles positives nettement établies ou par les conséquences de celles-ci. *Ainsi c'est à l'aequitas qu'on rattache toute la théorie des bona fidei judicia qui forme opposition avec celle des stricti juris judicia* ». La différence fondamentale entre ces deux types d'actions est l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge. Dans les actions de bonne foi, la formule donnait au juge le droit d'apprécier la bonne ou mauvaise foi des parties. Au contraire, dans les actions de droit strict, le juge ne pouvait se déterminer, même partiellement, sur ces motifs, à moins qu'une clause inscrite dans la formule par le magistrat l'autorisât à l'apprécier (DAREMBERG C, SAGLIO E., op. cit., v. « Actio »).

<sup>966</sup> KRUGER P., op. cit., p. 167 : « elle [l'*aequitas*] comprend tout un ensemble de règles nouvelles en opposition avec l'ancien droit que l'on abandonnait parce qu'il n'était plus en harmonie avec l'état social de leur temps et parce qu'il était insuffisant, étant donné le grand développement des affaires durant l'empire » ; FRIEDMANN W., op. cit., p. 53 : « l'évolution juridique romaine (...) fut une adaptation graduelle à des besoins nouveaux et l'infiltration d'idées nouvelles par l'expérience pratique. Ce développement se fit par le processus judiciaire. Juges et magistrats introduisaient de nouvelles conceptions quand cela se révélait nécessaire, en se référant à des notions telles que *justum, aequum et bonum, natura* ».

<sup>967</sup> ULPIEN, Digeste, 2, 14, 1.

<sup>968</sup> ULPIEN, Digeste, 47, 4, 1, 1.

<sup>969</sup> ULPIEN, Digeste 2, 14, 1.

<sup>970</sup> PAUL, Digeste 37, 1, 6, 1.

<sup>971</sup> KRUGER P., Manuel des antiquités romaines - Histoire des sources de droit romain, p. 167.

puisqu'ils expliquent tant le légalisme qui s'instaurera à la suite de la Révolution et la défiance à l'égard de tout instrument judiciaire conférant à l'interprète une large liberté.

Ce sont donc pour ces raisons que la diffusion de l'*aequitas* ne sera étudiée que dans certains ordres juridiques.

## I) Diffusion de l'équité dans divers ordres juridiques

### A) Réception en droit canonique : l'*aequitas canonica*

La rencontre de l'*aequitas* romaine et du droit canonique a très logiquement fait naître l'*aequitas canonica* ou équité canonique.

**Droit et équité canoniques. Notions générales.** *L'aequitas* pénètre le droit canonique que l'on peut définir comme l'ensemble des règles relatives à l'organisation de l'Eglise et la vie spirituelle en général, dont les sources sont les lois à caractère éternel et général édictées selon les aspirations divines et les lois susceptibles d'évolution énoncées par des autorités subordonnées comme les évêques ou certains conciles<sup>972</sup>.

Quant à *l'équité canonique* « considérée en puissance, [elle] est un souci de justice qui, afin de mieux assurer le bien des fidèles, pousse à écarter l'application stricte de la loi, pour substituer à ces dispositions d'autres dispositions moins rigoureuses ou mieux adaptées. *L'équité en acte est le jugement par lequel cette substitution est opérée*<sup>973</sup> ».

**Rôle et statut de l'*aequitas canonica*.** Ce que l'on nomme « l'équité canonique » ou « *aequitas canonica* » n'est pas une simple traduction de l'équité en droit canonique, elle

---

<sup>972</sup> ALBIGES Ch., th. préc., p. 103.

<sup>973</sup> SCHOUPPE J.-P., *Le droit canonique*, préf. GAUDEMET J., Bruxelles : Story-Scientia, 1991, p. 131. V aussi : LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 138-139 : l'équité canonique est encore une « règle d'interprétation bienveillante du droit, enracinée dans un substrat spirituel, pour ceux qui ont mission de l'appliquer au for externe. ».

désigne un instrument spécifique de cet ordre juridique, qui répond toutefois aux mêmes besoins. Elle permet, indique M. Schouppe « d'éviter de donner trop souvent raison au célèbre adage romain *summum ius, summa iniuria*, qui dénonce l'impasse sur laquelle débouche la mentalité positiviste et légaliste<sup>974</sup> ». Si les fonctions de l'*aequitas canonica* sont classiques, son statut l'est moins. En effet, classiquement, l'équité en droit canonique sert de critère d'interprétation de la loi canonique et d'outil de suppléance, de complément voire de correction de celle-ci. L'*aequitas canonica*, bien qu'inspirée de l'*aequitas séculière* constitue toutefois une institution juridique spécifique au droit canonique et constitue le « label qui caractérise l'essence du droit canonique depuis le Moyen-âge<sup>975</sup> ».

**Racines de l'*aequitas canonica*.** Sans surprise, l'équité canonique plonge ses racines dans l'*epieikeia*<sup>976</sup> d'Aristote, l'*aequitas romaine*<sup>977</sup> (dans son acception de justice distributive) et ce que certains nomment « l'équité chrétienne » mais qui correspond en réalité à la *misericordia*. Ces trois apports se sont graduellement enchevêtrés et ont permis « à l'exigence morale que porte en elle l'idée philosophique d'équité de pénétrer dans le domaine du droit de l'Eglise et d'y acquérir le statut d'une institution juridique<sup>978</sup> ».

**Introduction de l'*aequitas* en droit canonique.** L'introduction de l'*aequitas* dans la doctrine canonique est tributaire des réflexions menées par les chrétiens à partir de l'*aequitas* romaine. Lactance (250-325 env.) analyse la justice et découvre qu'elle est irréductible à la piété et à l'équité (*aequitas*)<sup>979</sup> laquelle se définit comme l'égalité entre les hommes ou l'égalité d'esprit voulue par Dieu<sup>980</sup>. Chez Saint Augustin l'*aequitas* revêt la même signification que

---

<sup>974</sup> SCHOUPPE J.-P., *Le droit canonique*, préf. GAUDEMET J., Bruxelles : Story-Scientia, 1991, p. 56.

<sup>975</sup> LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 128.

<sup>976</sup> LEFEBVRE Ch., « Epikie », in, NAZ R. (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*, Paris : Letouzey et Ané, 1935-1965, pp. 363 et s.

<sup>977</sup> LEFEBVRE Ch., « Equité », in, NAZ R. (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*, Paris : Letouzey et Ané, 1935-1965, pp. 363 et s.

<sup>978</sup> ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 9.

<sup>979</sup> LACTANCE, *De opificio Dei*, ed. Brandt, 1, 2, 12, cité par MARGOLIN J.-C., « Aequitas, Aequalitas et auctoritas dans la pensée d'Erasmus », in, *Aequitas, aequalitas, auctoritas*, actes du colloque international du Centre de recherche en philosophie politique et sociale de l'Université d'Ottawa (1990), Paris : J. Vrin, 1992, p. 40 : « Bien que la justice embrasse simultanément toutes les vertus, il en est deux cependant qui sont fondamentales et qui ne peuvent être séparées ou arrachées : la piété et l'équité (*pietas et aequitas*) ».

<sup>980</sup> LACTANCE, *Des divines institutions*, Paris : Bailleul, 1581, liv. 5 chap. V, cité par BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX J.-L., Paris : LGDJ, 1999, n° 517.

l'égalité<sup>981</sup> et renvoie pareillement à l'idée de justice. Chez les pères de l'Eglise, l'*aequitas* ne présente donc aucun caractère spécifique à la pensée chrétienne. Leur compréhension de *l'aequitas* correspond à la justice parfaite à l'image de l'une des définitions de Cicéron. L'assimilation de *l'aequitas* à la justice conduit à fondre *l'aequitas* dans le droit. Ainsi comprise, *l'aequitas* entre en conflit avec d'autres exigences propres, cette fois, à la pensée religieuse comme la miséricorde. Ainsi, pour Saint Isidore de Séville (VIIe siècle) au moment du jugement dit-il « quiconque jugeant droitement, doit garder deux plateaux dans sa main pour donner le même poids à la justice [iustitia] et à la miséricorde ; par la justice il prononce la sentence en raison des transgressions, tandis qu'il modère par la miséricorde la punition ; ainsi une chose est corrigée par l'équité [aequitatem] suivant la bonne mesure, tandis qu'une autre est soustraite par indulgence miséricordieuse<sup>982</sup> ». Cette citation pose parfaitement les lieux sémantiques de la pensée chrétienne relativement à *l'aequitas* et la *misericordia* : la première correspond à l'exacte mesure dans la répartition ou dans la correction, la seconde est la tempérance, l'adoucissement de la peine. La miséricorde ou la benignité sont, à rebours de *l'aequitas*, des notions typiquement chrétiennes ; elles parsèment les œuvres d'Origène, de Grégoire de Nazianze, de Saint Ambroise, de Saint Augustin ou encore de Saint Isidore de Séville<sup>983</sup>. Pour M. Echappé ces notions traduisent –malheureusement- l'« équité-miséricorde<sup>984</sup> ».

Ce n'est qu'à partir de la redécouverte du droit romain au XIIe siècle, que l'« équité canonique » va progressivement se former par la substitution de la *misericordia* par *l'aequitas* et à l'élévation de cette dernière en principe général.

#### 1) La distinction initiale entre *aequitas* et *misericordia*

<sup>981</sup> SAINT AUGUSTIN, *De quantitate animae*, chap. 9, n° 15, P. L., vol. 32, cité par BERTHIAU D., op. cit., n° 517.

<sup>982</sup> « Omnis qui recte iudicat stateram in manu gestat, et in utroque penso iustitiam et misericordiam portat. Sed per iustitiam reddit peccati sententiam, per misericordiam peccantis temperat poenam, ut iusto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per miserationem indulgeat. » ISIDORUS, *Sententiae*, 3, caput LII. *De Iudicibus*, 4, cité par LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 129-130. Nous traduisons à partir de l'anglais. Sur Isidore de Séville, v. DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : L'Hermès, 1998, pp. 34-36.

<sup>983</sup> Pour les références, v. ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 8, note 9.

<sup>984</sup> ECHAPPE O, art. préc., p. 8. Il faut toutefois bien prendre garde à ne pas distinguer l'équité-*aequitas* et l'équité-*misericordia*.

**L'aequitas au sens de justice et d'égalité.** Si l'on acte la naissance de la science canonique au XIIe siècle à Bologne, l'on constate qu'elle correspond à l'époque et au lieu de la redécouverte du droit romain et à l'analyse des pandectes par les glossateurs. Or ces derniers reçoivent la notion *d'aequitas* telle qu'elle était comprise par les compilateurs à la fin de l'Empire. L'*aequitas* pour les glossateurs est la « justice faite surtout d'égalité »<sup>985</sup> par laquelle est attribué à chacun ce qui lui revient et encore « la justice imposée par le législateur<sup>986</sup> ». Les canonistes ne comprennent donc pas la notion d'*aequitas* autrement que comme une notion très civiliste voire légaliste opposée à la miséricorde.

Nous retrouvons cette distinction voire cette opposition chez Pierre Lombard (1100-1160) selon lequel la justice divine est alternativement *aequitas* ou *misericordia*. Dans le premier cas, l'*aequitas* divine est « vraiment rigide et inflexible ; *c'est elle qui dirige les justes, et qui frappe les pervers, personne n'a donc à compter outre mesure sur la miséricorde du Christ*<sup>987</sup> ». Dans le second cas où la justice s'épuise dans la miséricorde<sup>988</sup>, Lombard écrit : « il faut admettre que dans toute œuvre de Dieu la justice est unie à la miséricorde<sup>989</sup> ». Cette dualité est parfaitement exprimée lorsque Lombard s'intéresse aux vertus du juge : « par certaines qualités, le juge se montre distributeur équitable, par d'autres il se montre miséricordieux<sup>990</sup> ». Tantôt le juge opère un partage des choses à l'issue duquel est attribué à chacun le sien selon le droit strict et rend la justice rigoureuse ; tantôt il fait preuve de bénignité ou de charité en adoucissant la rigueur du droit au regard des circonstances et de la personne en cause, et rend la justice miséricordieuse.

Cette distinction apparaît encore chez Gratien dans le décret<sup>991</sup> duquel l'*aequitas*, au demeurant peu usitée<sup>992</sup>, renvoie généralement à la conception romaine, tandis que le couple

---

<sup>985</sup> LEFEBVRE Ch., Les pouvoirs du juge en droit canonique, Paris : Sirey, 1938, p. 168.

<sup>986</sup> ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », art. préc., p. 9.

<sup>987</sup> Psaume 44, verset 8, in, P. L. t. 192, cité par BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, p. 275.

<sup>988</sup> « *justitia in subveniendo miseris est* » v. LEFEBVRE Ch., *La notion d'équité chez Pierre Lombard*, in, *Ephémérides iuris canonici*, IX, 1953, p. 293, cité par BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, pp. 275-276.

<sup>989</sup> Cité par ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », art. préc., p. 10.

<sup>990</sup> LEFEBVRE Ch., *La notion d'équité chez Pierre Lombard*, in, *Ephémérides iuris canonici*, IX, 1953, p. 295, cité par BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, p. 275.

<sup>991</sup> V. GAUDEMET J., *Les sources du droit canonique*, Paris : éditions du Cerf, 1993, p. 103 et s.

<sup>992</sup> V. LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », art. préc., p. 132.

miséricorde-rigueur reflète l'idée que les lois doivent s'appliquer en tenant compte des circonstances de personnes, de temps et de lieu<sup>993</sup>.

2) La progressive assimilation de l'*aequitas* à la *misericordia*

**L'*aequitas* opposée à la rigueur (rigor).** Plusieurs auteurs, dont Etienne de Tournai (1128-1203), vont contribuer à rapprocher l'*aequitas* de la *misericordia* au point que la première se substituera complètement à la seconde<sup>994</sup>. Ce rapprochement a logiquement pour conséquence d'opposer la *rigor* et l'*aequitas*<sup>995</sup>.

Enfin c'est au XIII<sup>e</sup> siècle, par Henri de Suse (ou Hostiensis 1200-1271) que sont réunies *aequitas*, *iustitia* et *misericordia*<sup>996</sup>. En procédant à leur rapprochement et à diverses déclinaisons, il dégage véritablement l'*aequitas canonica*, « *l'équité canonique* ». Celle-ci forme une synthèse de la justice et de la miséricorde : « *aequitas est iustitia dulcore misericordiae temperata*<sup>997</sup> ». L'équité canonique « repose non sur le droit, mais sur une base spirituelle supérieure plus profonde, qui fait prévaloir l'intérêt spirituel des âmes sur toute autre considération plus humaine ou plus terrestre<sup>998</sup> ».

**Acception définitive de l'*aequitas canonica*.** A partir de cette période, la notion d'*aequitas* est fréquemment employée dans ce sens et entre dans le langage des acteurs du droit<sup>999</sup>. En 1150, le pape Eugène III (1080-1153) évoque ainsi la « *canonum equitate* » en tant que critère de compétence du droit ecclésiastique<sup>1000</sup>. Mais c'est principalement sur la fonction de juger que l'équité canonique produira ses effets, cette dernière étant la justice adoucie par la tempérance miséricordieuse, grâce à laquelle, le juge en vertu de son officium, tempère,

---

<sup>993</sup> V. ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », art. préc., p. 10.

<sup>994</sup> Etienne de Tournai enseigne que les contradictions entre les règles canoniques résultent du fait que certaines sont rigoureuses alors que d'autres sont issues de l'équité, V. LANDAU P., op. cit., p. 132-133.

<sup>995</sup> V. BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX J.-L., Paris : LGDJ, 1999, p. 279.

<sup>996</sup> V. ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », art. préc., p. 11 ; BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, p. 276 ; LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », art. préc., pp. 138-139.

<sup>997</sup> HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Livre V, De Dispensationibus.

<sup>998</sup> ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », art. préc., p. 11 ; BERTHIAU D., loc. cit.

<sup>999</sup> V. LEFEBVRE Ch., *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris : Sirey, 1938, pp. 181-182.

<sup>1000</sup> V. LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 133.

complète ou corrige le droit écrit<sup>1001</sup>. Sous l'influence des glossateurs, l'*aequitas* prendra le pas sur la *misericordia* et constituera l'instrument permettant au juge de suppléer ou de déroger à la loi à condition que la norme qui s'y substitue soit tirée d'une règle ou d'un principe qui se dégage d'un texte reconnu par l'autorité canonique.

Source de modération du droit strict et d'innovations juridiques, l'équité canonique sera l'un des facteurs de l'évolution du droit canonique<sup>1002</sup> et de l'influence que ce dernier aura sur le droit séculier<sup>1003</sup>.

### B) Réception en droit anglais : l'*Equity*

**Définition de l'*Equity*.** L'*Equity* se définit comme :

« un corps de règles juridiques ayant eu pour origine première, non la coutume ou la loi écrite, mais les données impératives de la conscience, règles exceptionnellement dégagées et développées par certaines Cours de justice, principalement celle de la Chancellerie<sup>1004</sup> ».

C'est à partir de cette définition reproduite par Lévy-Ullmann que nous étudierons *l'equity* et ses rapports avec l'*aequitas*.

**Précisions liminaires.** La question de la réception de l'*aequitas* par le système anglais est faussement simple. L'on sait que le système anglais se compose de deux ordres, le droit de la common law et le droit de *l'Equity*, le second étant né en réaction contre la sclérose du premier. Le rapport entre la common law et *l'Equity* fait penser, jusqu'à un certain point, au rapport entre le *ius civile* et l'*aequum/l'aequitas*<sup>1005</sup>. Dès lors, il semble logique d'envisager qu'au moment où la common law montrait des faiblesses, les juristes ont emprunté la notion

---

<sup>1001</sup> V. BERTHIAU D., op. cit., p. 276 ; ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », art. préc., p. 11.

<sup>1002</sup> V. DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse : Boisseau, 1934, p. 135.

<sup>1003</sup> Weber disait à ce propos que le droit canonique était « pour le droit profane un guide sur le chemin de la rationalisation », WEBER M., *Sociologie du droit*, préf. RAYNAUD Ph., intro. et trad. GROSCLAUDE J., Paris : PUF, 1986, p. 183.

<sup>1004</sup> V. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 431. V. égal. SERVIDIO-DELABRE E., *Common law*, Paris : Dalloz, 2004, p. 102 et s. ; FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris : Dalloz, 2009, 6<sup>e</sup> éd., p. 92 et s. ; DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris : Dalloz, 2002, 11<sup>e</sup> éd., p. 251 et s.

<sup>1005</sup> La limite à cette comparaison est le fait qu'à Rome, il n'y a pas eu de séparation entre le *ius civile* et l'*aequum/aequitas*.

*d'aequitas* aux romains pour désigner la réaction issue de la Cour de la Chancellerie. Or, il s'avère que l'emploi de la notion d'« equity » pour désigner le droit issu de la Chancellerie constitue un phénomène relativement tardif et indépendant de la réaction contre la common law. Pour comprendre correctement comment l'*aequitas* a servi à désigner le corpus de règles élaborées par la Cour de Chancellerie, il faut revenir au préalable sur les étapes fondamentales du droit anglais. Seront donc étudiées successivement, la naissance et la sclérose de la common law, puis la réaction de la Cour de Chancellerie fondée non sur l'« equity » mais sur la « conscience », puis la substitution de la « conscience » par l'« equity ».

#### 1) Fortune et infortune de la Common law

**L'introduction du droit coutumier normand.** En dépit de dissensions<sup>1006</sup>, l'on fait communément remonter les origines de la (du ?) Common law à 1066, année de la bataille d'Hastings et de la victoire des normands menés par Guillaume le Conquérant (1027-1087) sur les Angles et les Saxons gouvernés par le roi Harold II<sup>1007</sup>.

Antérieurement à la conquête normande, l'Angleterre était composée d'Angles, de Saxons et d'autres populations germaniques comme les Danois. En dépit d'une politique d'unification emmenée par le roi et ses conseillers réunis en Conseil (dénommé « Witan » qui deviendra la « curia regis » après l'invasion<sup>1008</sup>), le territoire était juridiquement morcelé en autant de coutumes, de règles et de décisions issues des autorités et juridictions locales<sup>1009</sup>. Soulignons que ce « droit » anglo-saxon ne présente aucune parenté proche ou lointaine avec le droit romain ; il s'agit d'un droit archaïque –donc formaliste- d'origine essentiellement

---

<sup>1006</sup> POTTAGE A., « Common law », *Encyclopaedia Universalis* : « la common law ne se réfère à aucun acte fondateur, telle une conquête ou une codification. Selon les juristes médiévaux, elle existait depuis des temps immémoriaux (time immemorial). Cette formule met en évidence l'étrange rapport qu'entretient la common law avec son passé ».

<sup>1007</sup> V. CUNIBERTI G., *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris : LGDJ, 2011, n° 118 et s. ; LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2008, n° 9 et s.

<sup>1008</sup> AGOSTINI E., *Droit comparé*, Paris : PUF, 1<sup>e</sup> éd., 1988, n° 100 ; la curia regis vient de Normandie et trouve ses origines dans la tradition capétienne.

<sup>1009</sup> POTTAGE A., « Common law », *Encyclopaedia Universalis* : « Dès le Xe siècle, apparaissent les counties (comtés) tels qu'ils existent dans la Grande-Bretagne d'aujourd'hui. Chaque shire (terme anglo-saxon peu à peu supplanté par son équivalent normand county) comprenait une cour principale, ainsi que plusieurs cours de hundred (chaque hundred réunissant entre deux et vingt villages). La justice royale étant trop chère ou trop éloignée, la plupart des justiciables avaient recours à ces assemblées, non seulement pour faire juger leurs contentieux, mais aussi pour rendre ou demander conseil, pour passer des actes juridiques, et pour discuter les affaires du pays ». Ppou la période antérieure à l'invasion normande, V. ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, Paris : Rousseau, 1927, p. 34 et s.

germanique<sup>1010</sup> et absolument étranger au droit romain. A l'époque et à l'instar des rois Francs, le roi d'Angleterre -ou par délégation sa cour - dispose du pouvoir de rendre justice indépendamment des règles en vigueur. Ce pouvoir arbitraire a été décrit comme une manifestation de l'équité<sup>1011</sup>, assertion qui doit, selon notre méthode, être écartée étant donné, qu'historiquement, et sauf erreur, « l'équité » ou un dérivé du mot *aequitas* ne servait pas à fonder ce pouvoir royal.

Suite à l'invasion normande, cette « collection de coutumes<sup>1012</sup> » est bousculée par l'introduction du droit coutumier normand, son système féodal et surtout par la volonté unificatrice de Guillaume le Conquérant dont un poète a pu écrire qu'il « forge à coups de marteau l'Angleterre afin qu'elle soit un peuple unique au service d'un seul maître, qu'elle n'ait qu'une seule langue, un seul droit, une seule âme<sup>1013</sup> ». La complexité du droit résultant de la pluralité de sources et de la l'hétérogénéité des règles est toutefois compensée par la présence de plus en plus prégnante du roi et de sa cour (la *curia regis*) dans le processus judiciaire. L'unité juridique se dessine par l'entremise des vassaux laïques et ecclésiastiques (abbés, évêques et archevêques) composant la *curia*. Lettrés et pénétrés de culture juridique continentale, ils introduisent « au sommet de la pyramide judiciaire et législative anglaise, en même temps que la terminologie latine, des principes de droit romain<sup>1014</sup> ».

**Formation de la Coutume générale du royaume.** L'établissement de la féodalité, l'affirmation du pouvoir royal et le rôle de la cour royale dans la production et l'application du droit constituent les principaux effets de l'invasion normande et les principales causes à l'origine de la *common law*. La prégnance des interventions judiciaires de la *curia regis*<sup>1015</sup> au

---

<sup>1010</sup> ANCEL M., op. cit., p. 40.

<sup>1011</sup> VANDERLINDEN J., Histoire de la *common law*, Bruxelles : Bruylant ; Cowansville : Yvon Blais, 1996, p. 7 : « de tous temps les considérations d'équité (au sens non technique) ont eu leur place dans le système juridique anglais. Elles tenaient une place particulière au niveau du souverain en sa qualité de 'fontaine suprême de justice' ». V. aussi : OLECK H. L., « Historical Nature of Equity Jurisprudence », *Fordham Law Review*, n° 20, 1951, p. 33, disponible sur : <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol20/iss1/2>

<sup>1012</sup> CUNIBERTI G., Grands systèmes de droit contemporains, Paris : LGDJ, 2011, n° 119.

<sup>1013</sup> KIPLING R., cité par ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, op. cit. , pp. 41-42.

<sup>1014</sup> VANDERLINDEN J., Histoire de la *common law*, Bruxelles : Bruylant ; Cowansville: Yvon Blais, 1996, p. 8.

<sup>1015</sup> La *Curia Regis* était « une grande Cour non différenciée, composée à la fois de la plus haute noblesse laïque et ecclésiastique et d'officiers royaux, par les voies de laquelle le roi expédiait toute la besogne du gouvernement central-judiciaire, législative et exécutive » (LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, avant-propos L. VOGEL, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 92).

détriment des cours locales<sup>1016</sup> et la répétition des mêmes règles pour prononcer les jugements alimentent ce qui demeure encore une coutume générale du royaume.

Pendant le siècle qui s'ensuit le régime colonial normand peine à s'imposer avec autorité sur le peuple conquis. Alors qu'ils instituent des juridictions seigneuriales, les normands maintiennent l'ordre anglo-saxon et conservent – en les contrôlant – les juridictions locales. Le droit coutumier normand s'étend principalement grâce à la curia regis, dont les membres sont mandatés en tant que justicier<sup>1017</sup> à s'occuper des affaires qui intéressent la couronne et en tant que eyre (seigneur en voyage) à rendre la justice au nom du Souverain. Au plan processuel, les justiciers s'emploient à élaborer les formules (writs<sup>1018</sup>) destinées à fournir aux sujets du royaume les moyens de saisir la justice royale. C'est au travers du partage et de l'échange d'expériences en matière judiciaire entre eyres et justicier<sup>1019</sup>, que se met en place plus ou moins consciemment, au sein de la Curia, une nouvelle approche de la production du droit et que se dessinent les contours de ce qui est désigné par « common law », c'est-à-dire, d'une part, le droit produit par ces juges itinérants au service du souverain (d'où l'expression judge-made law) qui forme progressivement une jurisprudence uniforme dans le Royaume et d'autre part, le droit issu des actes du Roi<sup>1020</sup>. La Common law, en dépit du prix de l'assignation (writ) qu'il fallait reverser à la chancellerie, gardien du sceau royal<sup>1021</sup> pour pouvoir profiter des services de la justice royale, remplaçait progressivement un système judiciaire local de moins en moins efficace et adapté aux besoins sociaux<sup>1022</sup>.

---

<sup>1016</sup> POTTAGE A., « Common law », Encyclopaedia universalis : « afin de préserver et d'élargir ses privilèges, la Couronne a été amenée à intervenir de plus en plus dans les disputes relatives aux héritages ; or, ces interventions ne pouvaient qu'induire l'usage du vocabulaire juridique des conquérants. Tout en restant l'exception, la justice royale a ainsi pris un rôle moteur par rapport aux cours de shire et de hundred ». V. aussi : ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, op.cit., p. 43.

<sup>1017</sup> Les seigneurs-justiciers sont des spécialistes d'origine normande partageant la même langue (le français) et la volonté de servir le roi, et dont la connaissance du droit s'était acquise soit par formation académique, soit par l'observation des procès ou par la fréquentation d'un savant.

<sup>1018</sup> Le writ est le document autorisant l'accès à une juridiction royale. A l'origine, antérieurement à l'invasion normande, le writ désignait un ordre écrit du souverain de quelque nature que ce soit (administrative, judiciaire, foncière), il prend ensuite un sens proprement judiciaire. Délivré par le greffe de la cour royale, il permet d'introduire le litige. V. POTTAGE A., « Common law », Encyclopaedia universalis ; SEFTON-GREEN S., « Les genèses de l'équité dans le common law », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 66.

<sup>1019</sup> POTTAGE A., « Common law », art. préc.

<sup>1020</sup> En pratique, le rôle du Roi se ramène à consacrer des principes généraux de justice « naturelle » tandis que les juges dans le rendu de la justice, sont de plus en plus autonomes face à l'« arbitraire du producteur royal », (VANDERLINDEN J., *Histoire de la common law*, Bruxelles : Bruylant ; Cowansville : Yvon Blais, 1996, p. 14).

<sup>1021</sup> Sur l'origine de la chancellerie, v. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, avant-propos L. VOGEL, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 455.

<sup>1022</sup> POTTAGE A., « Common law », art. préc. : « la justice royale s'est vite révélée efficace et donc très attrayante, non seulement parce que les cours royales rendaient obligatoire la présence des justiciables, mais surtout parce que les jugements rendus étaient enregistrés ; ils échappaient ainsi au sort des jugements rendus

Quant à la Curia, celle-ci s'adapte à la diversité et à la complexité des questions à traiter. Les domaines de la finance et de la justice sont ainsi progressivement distingués avant d'être totalement séparés afin d'être traités par les membres compétents en la matière, réunis en section. Comme en France avec le Parlement de Paris, ces sections se sont progressivement séparées de la curia regis pour constituer des cours à part entière : la Cour de l'Echiquier devient la cour royale compétente pour les affaires financières, la Cour des Plaids communs pour les matières civile et criminelle<sup>1023</sup> et la Cour du Banc du Roi (*King's Bench*) pour les affaires royales, les appels. Cette dernière permet également aux justiciables de soumettre leur litige afin d'obtenir une solution en dehors des règles ordinaires.

Toujours au XIIe siècle, notons la publication du premier ouvrage consacré à la common law : le *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae*. Sans négliger le droit antérieur ni le droit romain introduit par les chanceliers, ce traité attribué à Glanville<sup>1024</sup> consiste pour l'essentiel à exposer la multitude de writs. Elle présente en outre les caractères de la common law : c'est un droit unique (ou « commun ») pour l'ensemble du royaume issu des juges royaux et dont la procédure prime sur le fond<sup>1025</sup>.

**Sclérose de la common law.** Différents facteurs vont progressivement contribuer à rendre le droit de la common law de moins en moins intéressant pour les justiciables.

En raison de sa formation, le juge –devenu entre-temps un professionnel - transmet à la common law des influences canoniques et romaines<sup>1026</sup> ce qui aura pour effet de complexifier celle-ci et d'accroître les coûts d'accès à la justice<sup>1027</sup>. En outre, le formalisme attaché au caractère processuel de la common law devient de plus en plus rigide<sup>1028</sup>. En conséquence, le

---

par les juridictions locales, fragiles et faillibles parce que tributaires de la mémoire des parties et de droits coutumiers non écrits ».

<sup>1023</sup> A partir du XIIIe siècle, la Cour des Plaids communs devient, suite aux plaintes, une juridiction sédentaire et permanente qui progressivement remplace les juges itinérants et devient pour les justiciables, le tribunal ordinaire.

<sup>1024</sup> V. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, pp. 232-239 ; VANDERLINDEN J., *Histoire de la common law*, Bruxelles : Bruylant ; Cowansville: Yvon Blais, 1996, p. 16.

<sup>1025</sup> VANDERLINDEN J., op. cit., p. 17.

<sup>1026</sup> L'influence continentale se manifeste également en doctrine, notamment dans l'œuvre de Bracton (*Henrici de Bracton de legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque*) celui s'imprègne de l'esprit du décret de Gratien, des décrétales de Grégoire IX, des codifications de Justinien, et des sommes de maîtres de Bologne, pour l'insuffler à son œuvre construite à partir de plusieurs milliers de comptes rendus de procès. Ce traité influence les cours donnés par les praticiens du droit qui sont rédigés en français et réunis dans les year books (v. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, pp. 238-246).

<sup>1027</sup> POTTAGE A., « Common law », art. préc.

roi est de plus en plus sollicité afin qu'il intervienne pour casser les décisions de justice rendues au seul regard du respect des formes.

Pour accéder à l'une des cours royales, avons-nous vu, le justiciable devait obtenir auprès du Chancelier le writ correspondant exactement à l'objet de sa requête en justice. Toute sollicitation devait impérativement se couler dans les formes préétablies d'un writ. A l'origine, le Chancelier étudiait au cas par cas chaque demande. Puis, afin d'inciter les particuliers à recourir à la justice royale au détriment des juridictions féodales, on augmenta le nombre de writ et leur délivrance fut facilitée. Face à cette « concurrence déloyale<sup>1029</sup> », les juges féodaux se révoltèrent. Pour les calmer, la création de nouveaux writ fut, par le Statute de Westminster de 1285, prohibée. Faute d'évolution, un siècle plus tard, la forme des writs ne répond plus à la nature des conflits. Les juges locaux, dont la pratique était devenue routinière et mécanique<sup>1030</sup>, ne sont d'aucun secours. Bref, le formalisme excessif empêche toute évolution du système et une sclérose générale s'installe. La Common law devient, écrit Lévy-Ullmann « un jus strictum<sup>1031</sup> ».

2) La réaction contre le formalisme fondée sur la « conscience »

**La source de dépassement du droit : la conscience (et non *l'equity*).** Après ce premier acte, on s'attend à l'entrée en scène de *l'Equity*. L'histoire est généralement racontée ainsi<sup>1032</sup>. En

---

<sup>1028</sup> A titre illustratif, M. Pottage cite l'exemple du contrat de sealed bond dont la conclusion se concrétisait par l'apposition du sceau du débiteur sur un document que le créancier conservait à titre de preuve. A la suite de l'exécution de l'obligation du débiteur, ce créancier est censé détruire le document. Dans le cas où il l'utilisait frauduleusement comme preuve du non-paiement de la dette, le débiteur ne pouvait rapporter la preuve contraire oralement pour dénoncer la fraude (v. POTTAGE A., « Common law », art. préc.).

<sup>1029</sup> AGOSTINI E., *Droit comparé*, Paris : PUF, 1<sup>e</sup> éd., 1988, n° 100.

<sup>1030</sup> LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 469 : « à la brillante lignée des juges du temps d'Henry III, d'esprit libéral, nourrie aux sources du droit romain, succédèrent des juges à l'esprit étroit, précautionneux, timides à l'excès, qui entourèrent peu à peu chaque action d'une série de règle de forme (...) qui en rendaient le succès de plus en plus problématique ».

<sup>1031</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 470.

<sup>1032</sup> ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, op. cit. : « *l'Equité est née, en Angleterre par réaction contre la rigidité de la Common Law du XIV<sup>e</sup> siècle, contre son impuissance à suffire aux besoins de la société, contre sa technicité excessive à laquelle s'ajoutait une sorte « d'apathie » des juges de Common Law* » ; SEFTON-GREEN S., « Les genèses de l'équité dans le common law », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 66 : « à l'origine, il est vrai que *l'Equity* a émergé en réaction à la rigidité et à l'insuffisance du système de common law et notamment au système de formes d'actions ». V. égal. VANDERLINDEN J., *Histoire de la common law*, Bruxelles : Bruylant ; Cowansville: Yvon Blais, 1996, p. 43 ; SERVIDIO-DELABRE E., *Common law*, Paris : Dalloz, 2004, p. 102 et s. ; FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, Paris : Dalloz, 2009, 6<sup>e</sup> éd., p. 92 et s. ; DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris : Dalloz, 2002, 11<sup>e</sup> éd., p. 251 et s.

réalité, ce n'est pas l'Equity ou *l'aequitas* qui va symboliquement être invoquée pour justifier le dépassement du droit :

« les décisions de la Cour du Chancelier ont engendré les règles de *l'Equity* (...) à l'origine de l'Equity nous rencontrons la « Conscience ». De très bonne heure, la Cour de la Chancellerie a été qualifiée de « Cour de Conscience (Court of Conscience). Les premiers chanceliers étaient des ecclésiastiques, imbus des principes religieux et canoniques ; en conformité avec ces principes, la loi divine, la loi de la nature, la loi de la raison devaient recevoir obéissance, au détriment, s'il le fallait, des autres lois du royaume : et l'intermédiaire entre ces lois supérieures et les cas concrets individuels auxquels devait s'appliquer la Justice abstraite, c'était la conscience<sup>1033</sup> ».

Ce que l'on désigne traditionnellement par Equity n'apparaît donc pas originellement sous le nom d'« Equity ». Ce terme fut employé tardivement pour remplacer progressivement la notion critiquée de « Conscience » comme source et fondement du droit issu de la Cour de la Chancellerie.

La confusion est en outre entretenue par le parallèle effectué –à raison- entre le droit romain et le droit anglais. Dans les deux cas, l'excès de formalisme et corrélativement l'inadaptation du droit aux réalités sociales, ont été palliés par l'intervention d'un organe habilité à trancher les litiges entre particuliers. Pourtant, les deux notions introduites pour dépasser le formalisme sont absolument distinctes : *aequum* (puis *aequitas*) chez les Romains ; conscience chez les anglais.

Pour comprendre comment la notion d'*aequitas* ou d'*equity* se substitue à la « conscience », il est nécessaire au préalable de présenter l'action salvatrice du Chancelier et, parallèlement, l'usage indépendant de la notion d'*aequitas* dans la doctrine anglaise.

**Création de la Cour de la Chancellerie.** Privés de pouvoir présenter leurs affaires devant les cours faute de respecter la procédure, les particuliers se sont tournés, en dernier recours<sup>1034</sup>, vers le Roi en lui adressant une pétition (bill) contenant traditionnellement des expressions déférentes telle que « conscience and lawe », « right feith and good conscience », ou « ley,

---

<sup>1033</sup> LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, pp. 434-435.

<sup>1034</sup> Il faut pour comprendre cette faculté la rattacher au caractère féodal du droit et de l'esprit du droit qui dominait depuis la colonisation normande (v. ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, Paris : Rousseau, 1927, p. 46).

reson et bone conscience » etc<sup>1035</sup>. Le roi avait la faculté de réparer les iniquités commises par les tribunaux de droit commun en cassant leur décision et le pouvoir de faire valoir un droit que la rigidité des coutumes juridiques avait empêché de faire sanctionner. Généralement ignorant en ces domaines, il délégua cette tâche au Parlement puis à son plus proche conseiller et confesseur (*Keeper of King's conscience*) : le Chancelier, ecclésiastique rompu au droit canon et au droit romain. Le succès de ce recours de la dernière chance fut proportionnel aux besoins auxquels il répondait. En 1330, Edouard III institutionnalise le recours au Chancelier auquel sont désormais adressés tous les bills des justiciables insatisfaits. De fait, s'est formée ce que l'on nomme la Cour de la Chancellerie<sup>1036</sup>, autorité destinée, non à concurrencer les juridictions de la Common law mais davantage à s'inscrire en alternative à celles-ci. De même substantiellement, lorsque le chancelier donnait raison au demandeur abusé, il n'était pas question de contredire formellement la common law ; il ne s'agissait que d'en modifier l'application, pour mieux l'accomplir.

**Les remèdes de la Cour de Chancellerie.** Les avantages de recourir à cette 'justice' sont nombreux. Le principal étant pour les plaideurs d'être affranchi du respect du formalisme puisque le chancelier est « avant tout, un juge de religion, jugeant la foi et la bonne foi de ceux qu'il citait à sa barre<sup>1037</sup> ». Autrement dit, il juge en conscience : il se prononce essentiellement sur le fond de l'affaire et la moralité des parties. Si le demandeur n'a pas à redouter les conséquences de son irrespect des règles formelles, il doit cependant venir les « mains propres ».

Quant à la procédure, celle-ci était simple. Devant la Cour de Chancellerie explique Lévy-Ullmann une seule question s'y posait : « la situation dont le pétitionnaire s'était plaint dans sa supplique pouvait être tolérée au regard de la conscience ?<sup>1038</sup> ». Si tel était le cas, le Chancelier accordait le seul writ en son pouvoir : le writ de subpoena. Inconnu des juridictions de common law, celui-ci est un commandement au défendeur de comparaître sous peine d'amende. Après audition des parties, des témoins, lecture des pièces etc., le Chancelier se prononçait à nouveau sur la question afin de rendre une solution au fond qui se concrétise

---

<sup>1035</sup> V. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 482 ; KLINCK D. R., *Conscience, equity and the Court of Chancery in early modern England*, Farnham, Surrey ; Burlington : Ashgate, 2010, p. 17.

<sup>1036</sup> Le chancelier présidait le Conseil lors des débats ; il assigne les parties, conduit l'instruction, et prononce le jugement (v. LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 465).

<sup>1037</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 478.

<sup>1038</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 492, v. aussi, ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, Paris : Rousseau, 1927, p. 118 et s.

par des sanctions particulières. En effet, -ici réside le second avantage du recours à la Cour de Chancellerie - le Chancelier juge *in personam* et non *in rem*<sup>1039</sup> et prononce, contrairement aux juges de Common law, des sanctions en nature. Il adresse des ordres, des injonctions, des défenses au défendeur et lui impose, dans l'intérêt de son âme, un comportement « conforme aux exigences de la loi morale et de la conscience<sup>1040</sup> ». Le défendeur était encouragé à respecter la décision rendue puisqu'en cas contraire il s'expose à la prison et à la saisie et à la mise sous séquestre de ses biens.

**La source et la justification du pouvoir du Chancelier : la conscience.** Si l'on s'en tient au langage et au vocabulaire employés à partir de la fin du XIVe siècle, l'on constate que l'on ne sollicitait pas – ou très rarement<sup>1041</sup> – auprès du Chancelier l'« équité ». Au demeurant on s'adressait à lui « *pour l'amour de Dieu et en œuvre de charité* », on en appelait à sa « raison », et plus que tout à sa « bonne conscience »<sup>1042</sup>. Pour expliquer ce recours à la conscience, on peut dire avec des auteurs que « la conscience est choquée par la solution qui *résulte d'un droit imparfait* » et encore qu'il est « contraire à la conscience, pour celui contre lequel on agit, de se comporter comme il prétend faire en profitant de ce mauvais état du droit<sup>1043</sup> ». En raison de l'importance de la conscience dans le rendu de cette justice royale, le Chancelier était surnommée au XVe siècle « Judge de Conscience<sup>1044</sup> » et la Cour de Chancellerie, « Court de Conscience<sup>1045</sup> ».

Selon M. Lévy-Ullmann, la conscience constituait l'intermédiaire entre, d'une part, les lois supérieures (lois de la nature, de la raison, de Dieu) que les premiers chanceliers « imbus des principes religieux et ecclésiastique » étaient toujours prêts à faire prévaloir sur les lois du royaume et, d'autre part, les cas concrets individuels auxquels devait s'appliquer la justice abstraite<sup>1046</sup>.

---

<sup>1039</sup> V. CUNIBERTI G., Grands systèmes de droit contemporains, Paris : LGDJ, 2011, n° 133.

<sup>1040</sup> DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., Les grands systèmes de droit contemporains, Paris : Dalloz, 2002, 11<sup>e</sup> éd., p. 254.

<sup>1041</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 482.

<sup>1042</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., pp. 438-439 ; BARTON J. L., « Equity in the medieval Common Law », in, NEWMAN R. A. (dir.), *Equity in the world's legal systems*, Bruxelles : Bruylant, 1973, p. 146 ; KLINCK D. R., *Conscience, equity and the Court of Chancery in early modern England*, Farnham, Surrey ; Burlington : Ashgate, 2010, p. 13.

<sup>1043</sup> DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., Les grands systèmes de droit contemporains, Paris : Dalloz, 2002, 11<sup>e</sup> éd., p. 253.

<sup>1044</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 480.

<sup>1045</sup> LEVY-ULLMANN H., id., p. 482.

<sup>1046</sup> LEVY-ULLMANN H., id., p. 435.

**La conscience : principe objectif.** Contrairement à ce que le terme « conscience » laisse supposer, il ne se réfère pas à la conscience du Chancelier. La « Conscience » à l'origine n'a jamais été assimilée à la subjectivité du Chancelier. Elle le sera au moment où la justice de la Chancellerie sera attaquée, notamment par le Parlement ; « conscience » rimera alors avec subjectivité et arbitraire. Quoique employée de manière rhétorique pour justifier le pouvoir exorbitant du Chancelier, la « conscience » désigne à l'origine un principe objectif moral<sup>1047</sup> et agit d'abord sur le terrain de la connaissance<sup>1048</sup>. Cette dimension objective explique l'intérêt des juges de la Cour pour les faits de l'espèce et leur désintérêt relatif pour le respect des formalités et des procédures. Le principe de conscience, avant de s'exercer normativement, implique la découverte de la vérité<sup>1049</sup>. Ce souci de l'accès à la connaissance des réalités explique l'une des plus importantes différences entre la justice commune et celle rendue par le Chancelier, à savoir la procédure. Le respect des formalités, l'introduction des actes de procédure, les modes de preuves passent alors au second, voire au troisième plan devant la Cour de Chancellerie<sup>1050</sup> où tout est mis en œuvre afin d'accéder à l'ensemble des faits du cas d'espèce et notamment ceux qui n'auraient pas été pris en compte par les juges communs. Au plan normatif, la conscience désigne une règle de droit naturel dont la connaissance résulte davantage de sa transgression a posteriori que de sa découverte positive et a priori<sup>1051</sup>.

Prétexte au dépassement de la Common law, le terme d'origine religieuse qu'est la « conscience » est accepté par les justiciables ce qui légitime pour ainsi dire le pouvoir du Chancelier de s'affranchir des formes du droit strict et de se recentrer sur les faits de l'espèce afin de dégager une solution adaptée à ceux-ci<sup>1052</sup>.

---

<sup>1047</sup> Le droit issu de la Chancellerie « *se teinte, plus que n'importe quel droit ne le fera jamais, de notions presque exclusivement morales* » (SCHNERB J.-M., Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif, Strasbourg : De Bussac, 1946, p. 34).

<sup>1048</sup> V. KLINCK D. R., *Conscience, equity and the Court of Chancery in early modern England*, Farnham, Surrey ; Burlington : Ashgate, 2010, p. 4.

<sup>1049</sup> V. KLINCK D. R., *id.*, p. 34.

<sup>1050</sup> V. KLINCK D. R., *id.*, p. 9.

<sup>1051</sup> DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris : Dalloz, 2002, 11<sup>e</sup> éd., p. 253 : « la conscience est choquée par la *solution qui résulte d'un droit imparfait. Il est contraire à la conscience, pour celui contre lequel on agit, de se comporter comme il prétend faire en profitant de ce mauvais état du droit* ».

<sup>1052</sup> M. Klinck admet également le caractère rhétorique de l'usage de la « Conscience », KLINCK D. R., *op.cit.*, p. 10.

La conscience constituait le principe encore informel de ce qui sera *l'Equity*<sup>1053</sup>. Avant d'expliquer les raisons de la substitution de l'equity à la conscience au XVIe siècle, il convient de remonter quelque peu dans le temps pour nous intéresser au chemin parcouru par la notion *d'aequitas*.

3) De la « conscience » à l'« equity »

**Pendant ce temps...l'aequitas...**A l'instar du terme « équité », le mot « equity » provient du terme *aequitas*. Ce dernier apparaît dans les ouvrages des auteurs qui ont contribué à faciliter la connaissance du droit romain tels Nigel, Glanville ou encore Bracton<sup>1054</sup>. Dès le XIIe siècle le terme est employé dans un ouvrage de Richard Fitz Nigel, Dialogue sur l'Échiquier relatif comme son titre l'indique à la juridiction de l'Échiquier<sup>1055</sup>. Cette cour de Westminster compétente en matière fiscale était composée d'une juridiction de Common law et d'une juridiction administrative spéciale qui sera rangée plus tard sous la catégorie de « juridiction d'Équité » à l'instar de la Cour du Chancelier<sup>1056</sup>. Dans son Dialogue, Nigel décrit cette juridiction à partir du pouvoir du juge, lequel était autorisé à se prononcer avec équité [*salva tamen aequitate*] conformément à l'utilité royale, c'est-à-dire afin de servir les intérêts de la Couronne<sup>1057</sup>.

L'*aequitas* apparaît à nouveau, à la même époque, sous la plume de Glanville. Il l'emploie pour louer la manière dont le roi gère sa propre cour de justice<sup>1058</sup> et pour désigner l'un des motifs au nom duquel le juge peut tempérer la rigueur de la règle<sup>1059</sup>. Au XIIIe siècle, la notion est présente dans le *De Legibus* de Bracton, connu pour avoir diffusé en Angleterre le droit romain. L'*aequitas* apparaît aux côtés d'autres notions telles que la loi (*lex*), la coutume

---

<sup>1053</sup> V. KLINCK D. R., op. cit., p. 4.

<sup>1054</sup> V. GOODWIN H. E., *The Equity of the king's court before the reign of Edward the First*, Leipzig : Gröbel & Sommerlatte, 1899, p. 11.

<sup>1055</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 452.

<sup>1056</sup> Ainsi que la Cour *d'Equity* du Pays de Galles et la Cour *d'Equity* de la Cour des requêtes. Il est important de souligner que la signification de l'expression « Cour d'équité » ne se réfère pas uniquement à la Cour du Chancelier, v. LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 453.

<sup>1057</sup> « *Ut regis utilitati prospiciant, salva tamen aequitate secundum constitutas leges scaccarii* » (Dialogus de Scaccario, I, 4, cité par LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 452). Depuis, *l'aequitas*, indique M. Lévy-Ullman, demeura une tradition attachée à l'Échiquier

<sup>1058</sup> GOODWIN H. E., op. cit., p. 37.

<sup>1059</sup> « *ex aequitate consideratum est* », GLANVILLE, VII, 1, cité par ANCEL M., La "Common Law" d'Angleterre, Paris : Rousseau, 1927, p. 59 ; V. GOODWIN H. E., *The Equity of the king's court before the reign of Edward the First*, Leipzig : Gröbel & Sommerlatte, 1899, p. 37.

(consuetudo), le droit (ius) ou encore la justice (iustitia) au sens de vertu. Contrairement à cette dernière, l'*aequitas* ne correspond pas à une vertu, elle est pourvue d'un sens objectif et réaliste, l'*aequitas* est selon Bracton « l'harmonie entre les faits qui exige un traitement juridique égal pour des causes égales. L'équité est, pour ainsi dire, l'égalité et concerne des questions de fait, c'est-à-dire les paroles et les actes des hommes<sup>1060</sup> ». L'*aequitas* est aux choses, ce que la justice est aux hommes : elle est « l'Égalité imposée dans le domaine des choses, au nom de la Justice qui repose dans l'âme des justes<sup>1061</sup> ».

**Rapports entre l'*aequitas* et la « conscience ».** Pour Lévy-Ullman, la filiation entre la signification de l'*aequitas* donnée par Bracton et celles des anciens, à savoir des grecs et des romains, est directe et indiscutable<sup>1062</sup>. L'*aequitas* d'une part correspond à la justice distributive et se présente comme principe objectif, d'autre part, il est le motif du juge pour s'écarter de la lettre de la loi pour mieux servir les fins de justice. En ce sens, l'*aequitas* se rapproche de l'*epieikeia* d'Aristote et vise précisément le juge<sup>1063</sup>.

Bien que le « terme » fut disponible et que sa signification correspondait parfaitement à la destination qui aurait été la sienne, l'*aequitas* n'était pas le terme auquel le Chancelier a souvent eu recours dans ces décisions pour corriger le droit strict. Le juge Holmes, à l'occasion d'une étude consacrée à ce que l'on pourrait traduire par « proto-Equity » (« early english Equity ») avait clairement souligné que les références à l'*aequitas* chez Glanville et de Bracton ou dans d'autres travaux antérieurs à l'existence de la Cour du Chancelier n'ont rien à voir avec les premières manifestations de ce qu'il désigne par l'« early english Equity<sup>1064</sup> ». Il n'y a donc pas de rapport, à l'origine, entre la Cour de Conscience et l'*aequitas*. Ce n'est que deux siècles plus tard que la notion de « conscience » va être substituée par celle d'« equity »

---

<sup>1060</sup> BRACTON, *De legibus*, vol. 3, London : Woodbine, p. 25, cité par LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 437. V. aussi : BARTON J. L., « Equity in the medieval Common Law », in, NEWMAN R. A. (dir.), *Equity in the world's legal systems*, Bruxelles : Bruylant, 1973, p. 139 ; Bracton s'est fortement inspiré de la Somme d'Azon, lequel était très influencé par Cicéron, V. LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 438 ; AGOSTINI E., *Droit comparé*, Paris : PUF, 1<sup>e</sup> éd., 1988, n° 121.

<sup>1061</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 438.

<sup>1062</sup> Pourtant, cette conception ne prévaudra pas sur le sol anglais. On la rencontre occasionnellement au Moyen-âge, invoquée par les avocats et parfois dans certains jugements en matière de procédure (v. LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 438 ; BARTON J. L., « Equity in the medieval Common Law », in, NEWMAN R. A. (dir.), *Equity in the world's legal systems*, Bruxelles : Bruylant, 1973, p. 139 et p. 142 et s. ; GOODWIN H. E., *The Equity of the king's court before the reign of Edward the First*, Leipzig : Gröbel & Sommerlatte, 1899, p. 35).

<sup>1063</sup> GOODWIN H. E., *The Equity of the king's court before the reign of Edward the First*, Leipzig : Gröbel & Sommerlatte, 1899, p. 38.

<sup>1064</sup> HOLMES W. O., « Early english Equity », in, *Select Essays in anglo-american legal history*, Boston : Little Brown, 1906, p. 706.

pour désigner tant la source du droit rendu par la Cour du Chancelier que le corps de règles qui en résulte.

**Substitution de la « conscience » par l'« equity ».** La notion d'equity apparaît à partir du XVI<sup>e</sup> siècle « dans les doctrines émises à l'époque pour fortifier la juridiction du Chancelier<sup>1065</sup> ». La notion était employée pour s'opposer au droit strict, comme paraphrase de *summum ius, summa iniuria* que l'on retrouve du reste dans certaines décisions du Chancelier<sup>1066</sup>. Elle était également rapprochée de l'*epieikeia* d'Aristote, en tant que correctif au juste rigoureusement légal. Était encore cité à l'appui de l'équité par les juristes, le principe romain du bas-Empire : « il est admis qu'en toute matière il convient d'avoir plus d'égard pour la justice et l'équité que pour le droit strict<sup>1067</sup> ». En outre, l'emploi de l'equity s'avérait singulièrement approprié en raison des rapprochements possibles entre les systèmes romain et anglais. En dépit de certains caractères distincts<sup>1068</sup>, une ressemblance fondamentale demeurait : le préteur romain comme le juge de la Cour de Chancellerie avait remédié aux lacunes du droit strict (*ius civile, common law*)<sup>1069</sup>. Cela justifiait encore l'usage du terme d'equity par les juristes anglais pour désigner le droit résultant de la Cour de Chancellerie.

Le passage de la notion de conscience à celle d'equity reflète de manière générale la période transitoire du XVI<sup>e</sup> siècle au plan des idées scientifiques comme spirituelles ainsi que les bouleversements politiques et religieux rencontrés par l'Angleterre sous les Tudors<sup>1070</sup>. Ce passage révèle plus spécifiquement une stratégie d'objectivisation de la procédure d'adjudication de la Cour de Chancellerie pour parer les critiques qui lui était adressées par les juridictions ordinaires et le Parlement, lesquels s'étaient alliés contre l'absolutisme royal auquel la Cour de Chancellerie participait. La notion de « conscience », quand bien même elle référait à un donné objectif, s'était avec le temps usée et traduisait que trop, dans l'esprit de l'époque, la subjectivité voire l'arbitraire de la justice de la Chancellerie<sup>1071</sup>. L'ensemble des

---

<sup>1065</sup> LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 438.

<sup>1066</sup> LEVY-ULLMANN H., *op. cit.*, p. 439.

<sup>1067</sup> Code de Justinien, 3, 1, 8.

<sup>1068</sup> A Rome, il n'y avait pas de dualité de juridictions ni coexistence de deux ordres juridiques parallèles ; enfin les solutions des préteurs n'ont jamais formé un corps de règles du nom d'*aequitas* ou de *ius aequum* (v. LEVY-ULLMANN H., *op. cit.*, p. 442 ; AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, p. 635 et s.).

<sup>1069</sup> LEVY-ULLMANN H., *op. cit.*, p. 442 ; AUSTIN J., *op. cit.*, p. 625 et p. 639 et s.

<sup>1070</sup> Nous renvoyons à l'ouvrage de KLINCK D. R., *Conscience, equity and the Court of Chancery in early modern England*, Farnham, Surrey ; Burlington : Ashgate, 2010, p. 4 et s.

<sup>1071</sup> KLINCK D. R., *id.*, p. 5 et s.

règles issues des décisions de la Cour furent alors progressivement désignées « the rules of equity and good conscience<sup>1072</sup> », puis plus simplement les « rules of equity ».

**L'introduction de l'« equity » grâce au Doctor et Student de Saint-Germain.** Les historiens du droit anglais admettent qu'un ouvrage publié en 1518 a déterminé l'adoption de la notion dans la doctrine et dans la justice de la Cour à l'époque où le cardinal Wosley en était le Chancelier<sup>1073</sup>. Il s'agit de Doctor and Student d'un avocat du nom de Saint-Germain. L'ouvrage consiste en un dialogue entre un docteur en théologie et un étudiant en droit et traite des rapports entre la common law (et marginalement, du droit de la Cour de Chancellerie) et la conscience. L'Equity fait l'objet d'un chapitre et est présentée comme « la droite sagesse qui prend en considération toutes les circonstances particulières du fait, lequel se trouve également tempéré par la douceur de la grâce<sup>1074</sup> ». St Germain explique que la particularité des faits ne s'accorde pas toujours avec les règles telles qu'elles sont formulées. En conséquence, suivre la lettre de la loi risque parfois de produire des solutions contraires à la justice et à la communauté. « *C'est pourquoi* » écrit St Germain « dans certains cas, il est nécessaire d'abandonner les mots du droit pour suivre ce que requièrent la raison et la justice, et c'est à cette fin que l'equity est ordonnée : c'est-à-dire, pour tempérer et adoucir la rigueur du droit. Et elle est aussi appelée par certains epieikeia<sup>1075</sup> ». St Germain introduit par ce biais la notion aristotélicienne d'epieikeia<sup>1076</sup>, peu familière des anglais, et l'associe à l'equity. Cette dernière selon, selon Lévy-Ullman est aussi rattachée à la formule popularisée par Cicéron : *summum ius, summa injuria*<sup>1077</sup>. Les traditions grecque et romaine par le truchement respectif de l'epieikeia et l'aequitas – liée par Cicéron à *Summum ius...* – se trouvent alors contenues dans la notion d'Equity<sup>1078</sup>. L'Equity, en ce sens, désigne la source

---

<sup>1072</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 495.

<sup>1073</sup> V. KLINCK D. R., *Conscience, equity and the Court of Chancery in early modern England*, Farnham, Surrey ; Burlington : Ashgate, 2010, p. 5 ; Levy-Ullmann H., op. cit., p. 440 et p. 489 et s.

<sup>1074</sup> ST. GERMAIN Ch., *The Doctor and Student*, 1518, chap. XVI “What is Equity”, cité et traduit par LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 488.

<sup>1075</sup> ST. GERMAIN Ch., *The Doctor and Student*, 1518, chap. XVI “What is Equity”, cité et traduit par LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 489.

<sup>1076</sup> V. GOODWIN H. E., *The Equity of the king's court before the reign of Edward the First*, Leipzig : Grubel & Sommerlatte, 1899, p. 45.

<sup>1077</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 488.

<sup>1078</sup> V. égal. LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 439 ; l'auteur indique d'ailleurs que le mot Equity proviendrait d'epikie plutôt que d'aequitas.

de justice connaissable par la raison et la conscience destinée à pallier les faiblesses du droit strict<sup>1079</sup>.

La question à laquelle répond Saint Germain par le truchement de l'étudiant est celle de savoir si le système juridique anglais connaît ces interventions en équité. L'étudiant rétorque au docteur qu'aucune mention expresse de ces équités (such equities) ne peut être trouvée au sein du droit mais qu'il les contient et les sanctionne par le biais du writ de subpoena. Le recours offert par la Chancellerie trouve alors, selon Saint Germain, sa source dans l'Equity<sup>1080</sup>.

A partir des influences continentales, Saint Germain présente les décisions du Chancelier fondées en conscience comme manifestations d'un principe universel désigné sous le nom d'Equity. La règle de la conscience, « cette chose soufferte par le droit<sup>1081</sup> », s'inscrit plus généralement comme l'une des solutions au problème inhérent à tout ordre juridique connu sous la formule de *summum ius, summa iniuria*. St Germain contribue donc à représenter, par des catégories anciennes quoique opérantes, une pratique qui « apparaissait aux théoriciens et aux praticiens comme une source de droit nouvelle et distincte des autres<sup>1082</sup> ».

### *C) Réception en droit français : l'équité*

Deux périodes nous intéressent particulièrement relativement à l'introduction de l'*aequitas* : l'époque mérovingienne puis l'époque qui voit se créer les Parlements<sup>1083</sup> sous lesquels l'équité sera largement employée.

Si des auteurs parlent d'« équité » pour désigner le pouvoir judiciaire des rois mérovingiens, il convient de déterminer si le terme d'*aequitas* était à cette époque employé pour savoir s'il est approprié ou non, selon notre conception, de parler d'« équité ».

---

<sup>1079</sup> L'Equity est « une source de justice à part, séparée du droit, agissant, non pour le contrecarrer, mais bien plutôt pour l'adapter, pour le plier aux circonstances, afin de le rendre conforme à sa mission, en faisant prévaloir l'esprit sur la lettre » LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 489.

<sup>1080</sup> Nous renvoyons à l'ouvrage d'LEVY-ULLMANN H., op. cit., pp. 489-491.

<sup>1081</sup> Levy-Ullmann H., op. cit., p. 490 : « *l'Equity* n'était alors, suivant l'expression finale du Student, qu' ' une chose soufferte par le droit' (a thing that is suffer by the law), ne s'appuant 'sur aucun record dressé en la Cour du roi' (no record remaineth in the King's Court) ».

<sup>1082</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 490.

<sup>1083</sup> V. PICHOT-BRAVARD Ph., *Histoire constitutionnelle des Parlements de l'Ancienne France*, Paris : Ellipses, 2012.

L'équité étant célèbre sous les Parlements, il conviendra ensuite d'évoquer leur formation et les causes du recours à l'équité.

#### 1) L'équité à l'époque mérovingienne

Avant de porter notre attention sur la soi-disant « équité » à laquelle les rois francs – et leurs délégataires – auraient eu recours, présentons succinctement comment a été conçu et s'est exercé le pouvoir judiciaire au sein de la royauté.

**Le pouvoir de justice royal et l'« aequitas ».** Représenté comme un justicier, le roi dans la tradition mérovingienne, disposait du pouvoir de rendre justice<sup>1084</sup>. Par délégation, ce pouvoir été confié au comte du palais (*comes palatii*) et aux *missi dominici*, hommes de confiance du roi auxquels il donnait les pleins pouvoirs pour régler sur tout le territoire du royaume certaines affaires en son nom<sup>1085</sup>. En raison de la faculté pour le roi de trancher des litiges en dérogeant au droit strict, on a écrit que la juridiction royale constituait une « cour d'équité<sup>1086</sup> ». Or, selon toute vraisemblance, « dans la langue du temps l'équité ne s'est pas appelée *aequitas*<sup>1087</sup> ». En effet, à l'époque du haut Moyen-âge, *l'aequitas* désignait davantage la justice voire le droit que l'équité au sens de correction de la loi. En outre, l'origine de la faculté pour le roi ou ses délégués de rendre la justice en dehors des lois est considérée comme caractéristique du système germanique<sup>1088</sup> ; le mot employé pour désigner ce pouvoir ne devrait pas, en conséquence, être « *aequitas* ». Ce pouvoir de s'affranchir des lois ne semble pas lié à un quelconque droit naturel et ne s'inscrirait donc pas dans la

---

<sup>1084</sup> Il accomplissait cette tâche, à certains jours à son palais ou en certaines résidences, entouré d'un conseil composé d'officiers et de personnages importants. En raison du caractère discrétionnaire et de la nature illimitée du pouvoir judiciaire royal, les conditions d'accès, les fonctions et la compétence de cette juridiction demeuraient particulièrement indéterminées (v. ESMEIN A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, p. 74).

<sup>1085</sup> V. CASTALDO A., TIMBAL P.-Cl., MAUSEN Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, n° 50 ; DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, Boisseau, 1934, p. 133 et s. ; FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, Préf. PACTEAU B., Paris : LGDJ, 2003, p. 7.

<sup>1086</sup> ESMEIN A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, p. 74 ; parlant de « système d'équité », v. SCHNERB J.-M., *Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif*, Strasbourg : De Bussac, 1946, p. 38 ; évoquant le « sceau de l'équité, attribut traditionnel du souverain », v. FOULETIER M., *op. cit.*, p. 6.

<sup>1087</sup> BALON J., « Kaufmann Ek., *Aequitatis iudicium. Königsgerecht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalters* », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1961, vol. 39, n° 2, p. 530.

<sup>1088</sup> V. LAURENT F., *Traité de droit civil*, t. 1, Bruxelles : Bruylant, 1869, p. 12 ; v. égal. DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, Boisseau, 1934, p. 133 et s.

dichotomie traditionnelle entre le droit strict et la justice ou l'équité naturelle. Au contraire, ce pouvoir se comprend davantage selon un auteur au niveau de la distinction germanique entre le droit royal (*Amtsrecht*) et le droit populaire (*Volksrecht*<sup>1089</sup>). L'*aequitas* ne semble pas avoir été le nom à l'origine employé pour justifier les pouvoirs de cette juridiction royale. Il l'a pourtant été par la suite probablement en raison du maintien du langage juridique romain.

**L'emploi de l'*aequitas* pour désigner les pouvoirs du comte du palais.** Pour comprendre cet emploi, il faut au préalable envisager les raisons pour lesquelles le vocabulaire romain a été employé. Etant donné l'existence de fortes ressemblances entre la juridiction royale et la juridiction impériale romaine – au point qu'Esmein admet une filiation<sup>1090</sup> –, il est possible d'envisager, en premier lieu, que le langage romain était très bien adapté aux spécificités de l'institution mérovingienne. Le langage romain avait de surcroît toujours cours en dépit des invasions barbares. En effet le langage politique demeurait très influencé, de manière causasse, par la tradition romaine, car à cette époque, les empereurs byzantins se comportaient comme si les anciens territoires conquis jadis par Rome demeuraient sous leur autorité, et les monarques germains *comme s'ils* étaient fonctionnaires de l'Empire d'Orient. Cette fiction fonctionnait grâce à l'emploi des schèmes romains<sup>1091</sup>. Enfin, au plan de la régulation sociale, se juxtaposaient plus ou moins harmonieusement selon les régions, les deux formes de réglementations que sont la coutume (germanique) et la loi (romaine)<sup>1092</sup>. Le droit et le vocabulaire romains se sont alors perpétués sous la forme coutumière.

Ces raisons, ainsi que l'influence de la pensée chrétienne, expliquent peut-être le rapprochement au IX<sup>e</sup> siècle de la faculté pour le roi et de ses délégués de juger en dehors des lois à l'*aequitas*. En effet, l'on trouve dans un texte de Hincmar de Reims (800-882) relatif au comte du palais (*comes palatii*), l'emploi de l'*aequitas* en référence à ce pouvoir :

---

<sup>1089</sup> V. BALON J., art. préc., p. 530. V. toutefois ESMEIN A., Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, p. 55 et s.

<sup>1090</sup> Pour Esmein, cette juridiction royale dérivait « dans une certaine mesure et pour certaines de ses applications (...) de la coutume germanique (...) mais elle dérivait aussi, pour une large part, de la tradition romaine. L'Empereur, le préfet du prétoire, avaient toujours administré la justice, non pas seulement en statuant comme juges d'appel, mais aussi en attirant devant eux les causes des personnes qui obtenaient cette juridiction par des concessions impériales » ( ESMEIN A., Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, p. 68).

<sup>1091</sup> ESMEIN A., id., p. 57 : « les monarques barbares se prêtaient volontiers à cette sorte de comédie, qui, sans doute, flattait leur orgueil, et qui, peut-être, leur était utile pour gouverner leur sujets romains. Il ne faut donc point s'étonner de voir les rois francs appeler ceux-ci provinciales, comme les appelait jadis l'empereur ».

<sup>1092</sup> ESMEIN A., id., p. 59.

« Le comte du palais, parmi ses attributions presque innombrables, n'en avait pas de plus importante que de terminer, selon la justice et la raison, tous les procès légaux qui, nés ailleurs, étaient apportés au palais pour y recevoir une solution conforme à l'équité [aequitatis], et aussi de réformer les jugements mal prononcés [seu perverse judicata ad aequitatis tramitem reduceret]; de manière à plaire à tous: à Dieu, par sa justice, aux hommes, par son respect des lois. Un cas se présentait-il, que les lois séculières n'eussent pas prévu dans leurs décisions ou sur lequel la coutume païenne eût statué plus cruellement que ne le comportent la justice chrétienne et la sainte autorité de l'Eglise, on en remettait l'examen au roi, afin qu'avec l'assistance de personnes également versées dans l'un et l'autre droit et craignant la loi de Dieu plus que les lois humaines, il en décidât de façon à concilier ces législations toutes les fois qu'elles pouvaient l'être; si cela était impossible, la loi du siècle devait, comme il convient, céder devant la justice de Dieu<sup>1093</sup> ».

Il est à noter que dans cet ouvrage (De Ordine Palatii), l'auteur emploie le terme aequitas qu'à cette seule occasion alors que le terme iustitia apparaît, quant à lui, près d'une quinzaine de fois. Cela indique sans équivoque que l'aequitas désignait une idée de justice spécifique (judiciaire et correctrice) par rapport à celle, générale, de iustitia.

## 2) L'équité à l'époque de la formation des Parlements

**De la justice royale aux parlements.** Cette tradition mérovingienne de la justice royale, maintenue chez les carolingiens, se prolonge en dépit de la féodalité chez les capétiens. Le roi entouré d'officiers de la couronne, de vassaux et de prélats continue de rendre la justice personnellement durant les assises qui portent le nom de Curia regis. Toutefois la compétence judiciaire du roi s'était réduite : la cour ne fonctionnait plus comme une juridiction d'appel<sup>1094</sup> mais elle recevait les supplications, c'est-à-dire les requêtes contre une erreur sur le droit<sup>1095</sup>.

---

<sup>1093</sup> HINCMAR, De Ordine Palatii Epistola, trad. FROU M., Sciences philologiques et historiques, n° 58, Paris : Vieweg, 1885, lettre XXI, disponible sur <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/hincmar/ordinepalatii.htm>. Dans la traduction de Henrion de Pansey, l'idée que l'équité soit la source de la correction et plus prononcée : « le comte (...) avait surtout le soin de décider selon la justice et la raison toutes les contestations judiciaires qui, ayant pris naissance ailleurs, étaient portées au palais par la confiance en l'équité [aequitatis], qu'on y trouvait : il réformait aussi suivant les règles de cette même équité les jugements vicieux [seu perverse judicata ad aequitatis tramitem reduceret] » (HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Bruxelles : De Mat, 1830, p. 6).

<sup>1094</sup> En vertu des principes féodaux, les affaires traitées par les juridictions seigneuriales et féodales ne pouvaient plus être rapportées par une partie devant le roi pour espérer une réformation du jugement.

<sup>1095</sup> HENRION DE PANSEY P.-P.-N., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris : T. Barrois père, 1818, p. 50.

L'autorité de cette juridiction, « un peu vague<sup>1096</sup> », était davantage morale qu'impérative. En outre, le roi, « médiateur des forces féodales<sup>1097</sup> », n'était plus qu'un arbitre dans les quelques conflits à la croisée de la justice féodale et la justice ecclésiastique<sup>1098</sup>.

Quant à l'organe de la justice, le roi était entouré de conseillers privés et intimes, serviteurs plus que fonctionnaires, particulièrement compétents en droit romain et en droit canonique, lesquels auront ultérieurement une grande importance au point que leur introduction dans les assises de la *curia regis*, peut rétrospectivement être regardée comme « le germe véritable du futur Parlement<sup>1099</sup> ». Pour accueillir les recours<sup>1100</sup>, la *Curia Regis* s'était organisée de sorte que la fonction de règlement des litiges entre particuliers soit distincte de la gestion des affaires publiques courantes. Certaines périodes furent donc spécialement consacrées à la résolution des conflits privés. La *curia regis* était réunie « en parlement<sup>1101</sup> ».

Au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle, est constituée une section spéciale, la Cour de Parlement (*Curia in parlamento*), laquelle devient autonome et permanente avant de s'installer à Paris à partir de 1302. Par délégation le Parlement juge au nom du Roi mais progressivement il devient indépendant au point que le roi apparaît parfois comme simple partie<sup>1102</sup>. Au XV<sup>e</sup> siècle, sont créés en Province douze nouveaux Parlements. Leurs fonctions consistent de manière générale à rendre des décisions bénéficiant de l'autorité de la chose jugée sous la forme d'arrêts de règlement et d'enregistrer les actes royaux comme les lettres patentes<sup>1103</sup>. Dérivant de la *Curia regis* et plongeant ses racines dans la justice royale mérovingienne, les Parlements ont charrié différents caractères appartenant à ces anciennes institutions. L'*aequitas* qui selon Hincmar de Reims justifiait que le comte du palais corrige le droit est encore employé sous les Parlements avec davantage de force depuis la redécouverte du droit romain.

---

<sup>1096</sup> ESMEIN A., Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, p. 410.

<sup>1097</sup> Ibid.

<sup>1098</sup> Le roi intervenait par exemple dans les causes qui mettaient en jeu les intérêts temporels des églises et des couvents ; pour les procès dans lesquels les villes émancipées étaient parties, V. ESMEIN A., loc. cit.

<sup>1099</sup> ESMEIN A., op. cit., p. 419.

<sup>1100</sup> Notons que la création de juridictions d'appel –dans les baillages ou sénéchaussée- contre les jugements des juridictions seigneuriales eut pour conséquence de conférer à la justice royale le statut de juridiction du troisième degré.

<sup>1101</sup> ESMEIN A., op. cit., p. 421 : « le terme *parlamentum*, parlement, était employé dans la langue du Moyen-Âge pour désigner toute assemblée délibérante, toute réunion où l'on parlait en public ».

<sup>1102</sup> V. ESMEIN A., op. cit., p. 426.

<sup>1103</sup> V. ALBIGES Ch., th. préc., p. 86 ; CASTALDO A., TIMBAL P.-CL., MAUSEN Y., Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, n°243.

**Causes du recours à l'équité sous les parlements.** Dans le cadre de leur fonction juridictionnelle, les Parlements, en fonction des espèces et des circonstances particulières, étaient inspirés par de « *considérations d'équité*<sup>1104</sup> » pour trancher les litiges présentés devant eux. Ce recours, qui correspond également à la redécouverte du droit romain, s'avère particulièrement expédient en raison de la confusion résultant du pluralisme des sources et des ordres de droit en France à cette époque et du caractère inadapté de règles pluri-séculières à la société médiévale. Pour ces raisons, le premier tiers du nouveau millénaire était donc « *éminemment favorable au jeu de l'équité*<sup>1105</sup> ». En outre, pour fonder ce pouvoir exorbitant dans un premier temps, les Parlements restauraient la tradition romaine d'après laquelle, le prince est *legibus solutus*, dégagé de l'obligation d'observer la loi. Eux-mêmes étant des juridictions démembrées de la *curia regis*, les Parlements se permettaient d'écarter des lois et juger en équité lorsque les exigences particulières le commandaient<sup>1106</sup>, dans un premier temps en matière pénale, puis aux branches du droit<sup>1107</sup>.

## II) Réception de l'équité en doctrine

Consciente du caractère potentiellement puissant voire dangereux de l'instrument qu'est l'*aequitas* lorsque l'interprète en prend possession, la doctrine, afin de prévenir les risques d'arbitraire ou pour des raisons politiques, a traditionnellement recherché à définir la notion et à encadrer sa pratique.

Avant d'examiner quelques célèbres doctrines, revenons un instant sur l'*aequitas* en tant que moyen d'interprétation à Rome.

**L'*aequitas* et l'interprétation du droit.** Ordinairement, on définit l'interprétation comme l'action de « déterminer la teneur de la pensée exprimée par des mots<sup>1108</sup> » ou d'« attribuer

---

<sup>1104</sup> ALBIGES CH., loc. cit.

<sup>1105</sup> BOULET-SAUTEL M., *Equité*, « justice et droit chez les glossateurs du XIIe siècle », in, Recueil des mémoires et travaux publiés par la *Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Université de Montpellier, fasc. 2, 1951, p. 7, cité par ALBIGES CH., th. préc., p. 86.

<sup>1106</sup> V. BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 210.

<sup>1107</sup> V. RIGAUDIERE A., *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2010, p. 618.

<sup>1108</sup> BATIFFOL H., « Questions de l'interprétation juridique, Arch. phil. droit », n° 17, 1972, p. 12.

un sens déterminé à un signe linguistique<sup>1109</sup> ». Autrement dit, il s'agit de retrouver à partir des formes du langage, le contenu d'une pensée ainsi exprimée. L'interprétation juridique revêt cependant un caractère spécifique. Elle est destinée, in fine, à produire des effets de droit, c'est-à-dire des effets pratiques. L'herméneutique juridique ne se réduit donc pas à la seule restauration d'un sens à partir d'une formule mais comprend des exigences de nature concrète, elle est selon Kalinowski une « interprétation pratique<sup>1110</sup> ». L'*aequitas* est l'instrument de l'interprète grâce auquel celui-ci peut faire prévaloir la finalité pratique de l'exercice sur l'application formelle de la règle.

**L'*aequitas* comme outil de l'interprète romain.** L'on se souvient, relativement à l'interprétation, que Cicéron avait plaidé, au nom de *l'aequitas*, en faveur de la prise en compte par le juge ou par les parties, de l'esprit de la loi ou de la convention, au détriment de la lettre. L'*aequitas*, en ce sens, constituait le remède à l'iniquité résultant d'une interprétation trop zélée du droit (« *summum ius, summa inuria* »). A sa suite, Paul a pu écrire : « en toutes choses, mais spécialement dans l'interprétation du droit, *l'aequitas* doit être prise en considération<sup>1111</sup> ».

Pour les jurisprudents romains, l'*aequitas* s'avérait utile pour proposer aux préteurs des solutions dans le cadre de leur tâche d'interprétation de certaines règles<sup>1112</sup>. Dans le cadre de l'interprétation extra-légale, les juristes romains utilisent selon M. Elmi, diverses techniques dont le recours aux « principes » auxquels appartient l'*aequitas*<sup>1113</sup>. Les principes sont ici

---

<sup>1109</sup> KALINOWSKI G., « Philosophie et logique de l'interprétation en droit », Arch. phil. droit, n° 17, 1972, p. 39.

<sup>1110</sup> KALINOWSKI G., id., p. 41.

<sup>1111</sup> « In omnibus quidem, maxime tamen iu iure aequitas spectanda est » (PAUL, Digeste, 50,17, 90).

<sup>1112</sup> L'*aequitas* a davantage servi dans l'interprétation des normes issues de sources extra-légale telles que l'édit du préteur, la coutume et les autres cas résolus par la jurisprudence, que de normes issues de la législation, source, par ailleurs, minoritaire en droit romain privé. Dans le cas de l'interprétation des textes tels que les lois, les jurisprudents procèdent à une interprétation objective et sont peu enclins aux procédés analogiques ou d'élargissement de la portée du texte. Les jurisprudents étant formalistes dans l'interprétation des textes de loi, eurent peu recours, en dépit des prescriptions de Cicéron, à *l'aequitas* (V. ELMI G. T., « La méthode des jurisconsultes romains – Entre justice distributive et justice commutative », in, Michel Villey le juste partage, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), Paris : Dalloz, 2007, p. 109 ; v. toutefois FALCON Y TELLA M. J., Equity and law, Leiden : Brill, 2008, p. 40).

<sup>1113</sup> L'autre technique étant le « calcul des types » dans le cadre duquel l'*aequitas* joue un rôle mineur. « Le calcul des types » signifie que dans l'appréciation d'un cas, le juriste recherche dans les modèles mis à sa disposition le plus approprié. Le droit étant ici perçu comme « une série de positions typiques, endossables indifféremment par chacun de ces individus abstraits qui sont les sujets du droit et qui sont considérés en dehors du moment particulier de leur existence historique, psychologique ou économique », le juriste doit alors observer la situation concrète et la transfigurer en situation juridique telle qu'elle est (« les types sont les topiques fondamentaux qui guident le raisonnement du juriste romain »), et non, telle qu'elle devrait être (« le droit romain est fondamentalement neutre par rapport au problème de savoir qui doit se trouver dans telle situation typique ou en mesure d'accomplir tel acte typique »). L'idée est ainsi illustrée : « on ne cherchera pas l'équilibre

définis comme les « valeurs et critères employés pour bâtir le droit <sup>1114</sup> » et compte trois catégories : la « stabilité », la « continuité » et l'« argumentation ». Fondés sur « des interprétations téléologiques basées sur la finalité pratique de la norme <sup>1115</sup> », les principes de type argumentatif comptent l'*utilitas*, l'*humanitas*, la *bona fides* et l'*aequitas*. Lorsqu'ils sont employés pour l'interprétation d'une norme extra-légale, ces principes tendent respectivement à mettre en avant l'utilité de la norme, son caractère bienveillant <sup>1116</sup>, la sincérité des parties, et enfin, à promouvoir des « critères intersubjectifs d'équilibre <sup>1117</sup> » (*aequitas*). Dans ce cadre, l'*aequitas* se définit à nouveau comme le « 'proportionnement' entre les intéressés, l'équilibre dans les positions opposées <sup>1118</sup> » et consiste à considérer la qualité des personnes pour ajuster la règle de droit à la nature des rapports intersubjectifs. M. Elmi précise que « nous sommes toujours sur le plan de la justice commutative – tempérée toutefois par des appréciations qualitatives – et non pas sur celui de la justice distributive <sup>1119</sup> ». Autrement dit, les juristes romains lorsqu'ils examinent les commutations, ne s'attachent pas exclusivement au formalisme et à l'équivalence des prestations, mais marginalement, afin de rétablir un rapport considéré comme insatisfaisant ou inéquitable, prennent en compte, sous la forme d'une recherche de proportion, des considérations de fait comme, par exemple, la qualité des personnes.

Les usages de l'*aequitas* vont se diversifier selon les différents contextes. Toutefois, nous pouvons distinguer les usages en fonction des deux grands groupes auxquels (les Anciens ou les Modernes) les auteurs appartiennent. Les Anciens ou classiques demeurent attachés à une philosophie aristotélicienne de type réaliste, tandis que les Modernes sont influencés par la philosophie nominaliste.

---

entre Tizius et Caius dans des situations concrètes, mais dans des situations abstraites entre acheteur et vendeur en tant que tels. C'est une équité qui renvoie aux qualités des prestations et non pas à celles des sujets. » Toutefois, il constate que les juristes romains lorsqu'ils sont confrontés à de nouveaux cas, ont recours aux principes tels que l'*aequitas* ou l'*utilitas* comme fondement, afin de procéder par analogie ou anomalie à l'extension d'un type, (ELMI G. T., op. cit., p. 112.

<sup>1114</sup> ELMI G. T., id., p. 110.

<sup>1115</sup> Ibid.

<sup>1116</sup> ELMI G. T., op. cit., p. 111 : « l'*humanitas* fut entendue au sens large comme *benignitas*, *benevolentia*, *philantropia*, *clementia*, *eusebia* et *pietas* mais aussi comme *lenitas* et *diligentia* dans les décisions de justices (...) ces critères étaient destinés à mitiger la rigueur du juriste ».

<sup>1117</sup> Ibid. L'auteur ajoute : « parmi les principes 'd'argumentation' prévalent, du fait du caractère interindividuel du droit privé, le 'proportionnement' entre les intéressés, l'équilibre dans les positions opposées, auquel on peut donner le nom d'*aequitas* » (Ibid.).

<sup>1118</sup> ELMI G. T., op. cit., p. 110.

<sup>1119</sup> ELMI G. T., op. cit., p. 111.

A) *L'équité chez les médiévistes*

1) *L'aequitas chez les glossateurs*

**Les glossateurs.** Considérés comme les pionniers de la science juridique européenne, les glossateurs sont les membres de l'école de Bologne fondée par Irnerius<sup>1120</sup>. Cette école est « à l'origine des plus anciennes traditions de la doctrine civiliste, et en particulier de son attachement aux lois<sup>1121</sup> ».

Selon eux, le Corpus iuris civilis est un texte sacré contenant les lois faites par Dieu<sup>1122</sup> et sa découverte, figure en véritable acte de la Providence. En raison de ce caractère sacré, leur méthode pour le commenter, inspirée par les théologiens et les grammairiens<sup>1123</sup>, consiste en une rigoureuse exégèse textuelle de type littéral et grammatical et se manifeste par l'inscription d'annotations en marge des textes. La glose est « l'instrument d'un retour aux sources, le moyen de retrouver, en travaillant directement sur les textes du Digeste, les solutions, les idées véritables des jurisconsultes de Rome<sup>1124</sup> ».

**Méthode des glossateurs et appréhension de l'aequitas.** En dépit du caractère sacré que les glossateurs attribuent au Corpus, ceux-ci ne nient pas son incohérence et son imperfection. Au travers d'explications de textes, de leur confrontation et de leur résolution, les glossateurs, tentent de donner à l'ensemble du Corpus une forme de rationalité afin d'en révéler l'intime perfection. Fatalement, une telle tâche implique de se détacher de la source brute et de recourir à « toutes les ressources de la logique et de la dialectique qu'offrirait la philosophie contemporaine<sup>1125</sup> ». L'un des points les plus délicats auxquels sont confrontés les glossateurs concerne le sens de l'aequitas. Cette difficulté est double : d'une part, la notion, comme nous le savons, est polysémique, d'autre part, l'étude de l'aequitas était de nature à trouver les glossateurs puisque l'une des acceptions de la notion suggère de privilégier l'esprit du texte

---

<sup>1120</sup> Qui aurait, soit dit en passant, redécouvert les Pandectes (v. ESMEIN A., Cours élémentaire d'histoire du droit français, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, p. 838).

<sup>1121</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », in, La doctrine juridique, Paris : PUF, 1993, p. 18.

<sup>1122</sup> Ibid.

<sup>1123</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS V., Méthodologies du droit et des sciences du droit, Paris : Dalloz, 2014, n° 71 ; FALCON Y TELLA M. J., Equity and law, Leiden : Brill, 2008, p. 41.

<sup>1124</sup> THIREAU J.-L., art. préc., p. 19 ; TESTU F. X., « Les glossateurs », RTD civ., 1993, p. 279 et s.

<sup>1125</sup> THIREAU J.-L., art. préc., p. 19.

au détriment de sa lettre. Cette étude les poussait à s'interroger sur leur propre méthode herméneutique<sup>1126</sup>.

**La controverse relative à l'*aequitas*.** Suivant les définitions de Cicéron, les glossateurs à l'instar des canonistes assimilent l'*aequitas* à la *iustitia* ou l'égalité proportionnelle<sup>1127</sup>. Consistant en « une *harmonie parfaite qui veut qu'aux causes identiques corresponde un droit identique*<sup>1128</sup> », l'*aequitas* est une norme objective dont le fondement est divin : « de même on dit que Dieu est l'équité [*aequitas*] selon ce qu'il désire, en effet l'équité [*aequitas*] n'est rien d'autre que Dieu » écrivait Martinus<sup>1129</sup>. L'harmonie grecque et romaine étant progressivement remplacée par la volonté divine, l'équité devient alors chez les glossateurs « la source divine de tout droit, de toute règle juridique, qui devait se conformer à ses préceptes<sup>1130</sup> ».

L'*aequitas* est également assimilée au droit (*ius*) dans la mesure de leur convergence. En ce sens, on parle d'équité de la loi<sup>1131</sup>. Corrélativement, et dans la droite lignée de Cicéron, il apert que l'*aequitas* et la loi peuvent entrer en contradiction. Or, comment l'interprète va réagir devant une loi censée être conforme à l'équité si elle ne répond pas à l'équité issue de la nature divine ? Le juge, s'interroge M. Berthiau « peut-il faire prévaloir l'équité divine, qui a chez les glossateurs une nature objective, sur l'équité de la loi ?<sup>1132</sup> ». La question a suscité chez les glossateurs, comme le relate cet auteur, une véritable controverse qui a aboutit à la distinction entre l'*aequitas scripta* et l'*aequitas non scripta*. Au demeurant, l'origine de la discorde est la contradiction entre deux textes romains, d'une part, la constitution « *inter aequitatem* » de Constantin qui habilite l'empereur seul à interpréter le droit en équité<sup>1133</sup>, et d'autre part la loi *placuit* selon laquelle il faut « régler dans toutes les affaires principalement

---

<sup>1126</sup> THIREAU J.-L., art. préc., p. 20 : « l'étendue et les limites de la liberté que se reconnaît la doctrine vis-à-vis de l'indispensable support que sont les 'lois' romaines, se situent au cœur de la longue controverse sur l'équité qui a divisé les glossateurs dès le XII<sup>e</sup> siècle ».

<sup>1127</sup> V. BERTHIAU D., op. cit., n° 519 ; LEFEBVRE Ch., Les pouvoirs du juge en droit canonique, Paris : Sirey, 1938, p. 171 et s.

<sup>1128</sup> BERTHIAU D., loc. cit. ; l'auteur cite la formule souvent exprimée par les glossateurs : « *Aequitas est rerum convenientia quae in paribus causis paria iuria desiderat* »,

<sup>1129</sup> Cité par BERTHIAU D., op.cit., p. 274 note 66.

<sup>1130</sup> THIREAU J.-L., Charles du Moulin, 1500-1566, vol.1, Genève : Droz, 1980, p. 82

<sup>1131</sup> Selon *Bulgarius* (v. BERTHIAU D, op. cit., n° 520).

<sup>1132</sup> BERTHIAU D., loc. cit.

<sup>1133</sup> Code de Justinien, 1, 14, 1, « Il ne convient et n'appartient qu'à nous de donner une interprétation moyenne entre l'équité et le droit »

*d'après la justice et l'équité [aequitique], plutôt que d'après le droit écrit*<sup>1134</sup> », laquelle est confirmée par Paul : « *en toutes choses, mais spécialement dans l'interprétation du droit, l'aequitas doit être prise en considération*<sup>1135</sup> ». L'interprétation en équité serait-elle réservée au Souverain ?

Selon Martinus (1100-1166), l'aequitas permet « au juriste de subordonner l'autorité de la règle de droit à son propre sentiment de la justice<sup>1136</sup> ». Cette conception de l'aequitas, conforme à la prescription de la loi placuit est qualifiée de rude (d'où aequitas rudis) car, d'une part, elle invite l'interprète à se laisser porter par son intuition et, d'autre part, confère à l'équité une supériorité sur la lettre voire l'esprit des textes<sup>1137</sup>. En raison de la liberté excessive confiée à l'interprète, de nombreux détracteurs s'opposent à Martinus et prennent parti pour la Constitution de Constantin réservant l'interprétation en équité au seul Souverain.

Un certain Johannes Bassianus, tente, grâce à la technique scolastique de la distinctio, de rendre cohérente, ces deux approches. Selon lui, l'aequitas renferme deux acceptions : d'une part, l'aequitas scripta, « formalisée par la loi au sens large » et d'autre part, l'aequitas non scripta ou cerebrina qui « recouvre le sentiment inné en chacun de nous du juste et de l'injuste<sup>1138</sup> ». En d'autres termes, cette dernière – l'aequitas non scripta – est l'équité « qui gouverne les rapports des choses, mais qui n'a jamais été exprimée par le législateur<sup>1139</sup> ». Qualifiable d'objective<sup>1140</sup> en vertu de son objet – les rapports des choses – et subjective car sa connaissance dérive du sentiment de justice<sup>1141</sup>, la nature de cette équité est ambiguë. Quant à l'aequitas scripta, celle-ci est invariablement objective et désigne une fraction du droit positif, à savoir celle « qui a été reçue par le Prince au travers de son pouvoir de législateur [et] qui l'a intégré au jus ou droit positif<sup>1142</sup> ». Autrement dit-il s'agit « du droit reçu dans les Compilations de Justinien<sup>1143</sup> ». Issue du droit positif, l'aequitas scripta y

---

<sup>1134</sup> Code de Justinien, 3, 1, 8.

<sup>1135</sup> PAUL, Digeste, 50,17, 90.

<sup>1136</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 20. V. aussi : LEFEBVRE Ch., Les pouvoirs du juge en droit canonique, Paris : Sirey, 1938, p. 175.

<sup>1137</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 20 : « certes, elle risquait d'ouvrir la porte à l'arbitraire, mais elle s'est aussi révélée féconde en un temps où la remise en vigueur du droit romain nécessitait son adaptation à une société nouvelle, à des situations différentes ».

<sup>1138</sup> SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 10.

<sup>1139</sup> BERTHIAU D., op. cit., p. 527, note 103.

<sup>1140</sup> V. BERTHIAU D, id., p. 527.

<sup>1141</sup> Ibid.

<sup>1142</sup> Ibid.

<sup>1143</sup> Ibid.

retourne par incorporation (« corriger la loi par la loi<sup>1144</sup> »), tandis que l'*aequitas non scripta*, conçue comme séparable du corps du droit positif, lui demeure exogène<sup>1145</sup>. Finalement, pour Bassianus, la rigueur des lois ne peut souffrir que de la correction par *l'aequitas scripta*. Grâce à cette solution, était sauvegardé le « principe de la supériorité de la loi sur ses interprètes mais ménageait à ceux-ci un rôle important, puisque c'est à eux qu'il revenait d'extirper de la masse confuse des textes cette équité écrite et d'en formuler les principes<sup>1146</sup> ».

En définissant, par le truchement de la distinction *scripta* et *non scripta*, les conditions de validité de l'*aequitas* comme mode interprétatif, les glossateurs ont encadré la tâche de l'interprète : l'obligation de se fonder sur les textes de lois et la permission, lorsque c'est nécessaire, de s'en détacher sans les perdre de vue. Autrement dit, en marge d'une interprétation littérale ou grammaticale qui constitue leur méthode principale, les glossateurs admettent un mode d'interprétation particulier (*l'aequitas scripta*) tourné vers la *ratio legis* (la raison, les motifs de la loi) ou encore la *mens legis* (le sens ou le dispositif de la loi)<sup>1147</sup>. En définitive, résume M. Berthiau :

« lorsqu'un choix se présente entre l'équité *non scripta* et la loi, le juge doit toujours faire prévaloir la rigueur de la loi. Seul le Prince peut modifier l'interprétation. C'est en ce sens qu'est dirigée la loi *inter aequitatem*. A l'inverse, si une contradiction devait s'élever entre le droit strict et l'*aequitas scripta*, c'est-à-dire entre la loi positive et un texte des Compilations, le juge doit appliquer l'équité écrite<sup>1148</sup> ».

Si le prestige des glossateurs sera éclipsé par les commentateurs emmenés par Bartole et les humanistes, leur distinction entre *aequitas scripta* et *aequitas non scripta* connaît, dans le domaine herméneutique, un succès immédiat auprès des canonistes et influencera certains juristes de l'Ancien Régime.

---

<sup>1144</sup> THIREAU J.-L., Introduction historique au droit, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Flammarion, 2009, p. 360.

<sup>1145</sup> V. SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », art. préc., p. 10.

<sup>1146</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 21.

<sup>1147</sup> V. THIREAU J.-L., Charles du Moulin, 1500-1566, op. cit., p. 82.

<sup>1148</sup> BERTHIAU D., loc. cit.

**Influence sur les canonistes.** Pour les théologiens qui n'avaient pu recevoir l'influence des glossateurs, *l'aequitas* désignait la justice, l'égalité, voire le droit strict. *L'aequitas* n'avait, selon eux, aucunement pour fonction de modérer le droit strict. Cette tâche relevait, chez Yves de Chartres<sup>1149</sup> (XI<sup>e</sup> siècle) par exemple, de la *misericordia*<sup>1150</sup>. Il faut selon lui faire preuve de modération dans l'application de la règle écrite, c'est-à-dire, témoigner de la miséricorde au lieu d'appliquer la loi dans toute sa rigueur (rigor).

Sous l'influence des glossateurs, les canonistes adoptent *l'aequitas* comme technique herméneutique et exploitent la fructueuse distinction *aequitas scripta* – *aequitas non scripta* afin de servir de cadre à l'interprétation et empêcher l'arbitraire<sup>1151</sup>. Cet accueil a pour effet de rapprocher *l'aequitas* et la *misericordia* : l'une comme l'autre vise à marquer l'opposition au droit strict et à la rigor<sup>1152</sup>. Toutefois, *l'aequitas* – comprise comme *aequitas scripta* – prend le pas sur la *misericordia* laquelle appelle davantage à la subjectivité du juge. La thèse légaliste de *l'aequitas*, en un sens triomphe de la thèse chrétienne de la miséricorde<sup>1153</sup>.

## 2) *L'aequitas* chez les post-glossateurs

Au crépuscule du Moyen-âge, l'œuvre des post-glossateurs, en dépit d'une faible reconnaissance ultérieure, marque une étape fondamentale de la science du droit<sup>1154</sup>. Leur contribution à l'analyse de *l'aequitas*, quoique modeste, va susciter une forte réaction de la part des humanistes.

---

<sup>1149</sup> V. DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, p. 39-41.

<sup>1150</sup> V. LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 130.

<sup>1151</sup> V. LEFEBVRE Ch., *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris : Sirey, 1938, pp. 179-188.

<sup>1152</sup> L'assimilation des deux notions, chez Etienne de Tournay notamment, « était tellement naturelle, étant donné le parallélisme des deux oppositions rigor-aequitas et rigor-misericordia que les décrétistes postérieurs persévèrent dans cette voie » (LEFEBVRE Ch., id., p. 184).

<sup>1153</sup> Ibid.

<sup>1154</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 25 : « les commentateurs ont eu le mérite considérable de permettre l'union, somme toute harmonieuse, de la théorie et de la pratique, et d'assurer la promotion de la doctrine au rang de véritable source du droit, voire au premier rang de ces sources, puisque c'est elle qui a édifié un droit nouveau sur le droit romain. Si cet apport essentiel demeure, en France du moins, trop méconnu, la responsabilité en incombe aux juristes modernes, particulièrement aux humanistes, tant par les critiques souvent injustes dont ils les ont accablés que par leur attitude fondamentalement différente à l'égard du droit romain ».

**Objet de recherche et méthodologie.** A l'inverse de leurs prédécesseurs, les post-glossateurs portent moins leur intérêt sur la lettre du texte (le corpus) que sur l'intention (animus) ou l'esprit (anima)<sup>1155</sup> qui l'anime et dont ils recherchent la teneur à travers la logique<sup>1156</sup> et la dialectique<sup>1157</sup>. De fait, avec les post-glossateurs, « interprétation est devenue synonyme d'adaptation, de transformation<sup>1158</sup> ». Leur méthode est comparable au mode téléologique d'interprétation de la norme<sup>1159</sup>.

**Relégation de l'*aequitas* au rang de source d'inspiration du Prince.** L'élargissement du cadre interprétatif et l'orientation pragmatique de l'interprétation ne dérivent toutefois pas de l'analyse de l'*aequitas*, qu'ils appréhendent de manière œcuménique<sup>1160</sup> et dont ils ne souhaitent pas étendre la portée. L'*aequitas*, selon eux, renvoie tout à la fois à la miséricorde, à la bénignité et à la raison naturelle participant à la sagesse divine. S'ils conservent le concept d'*aequitas scripta* ou *constituta*, ils en réduisent le domaine : « non seulement ils refusaient, comme la plupart des glossateurs, de faire prévaloir l'*aequitas rudis* sur la loi écrite, mais souvent même, ils préféraient à l'*aequitas scripta* la rigueur des dispositions particulières, en vertu de la règle *generi per speciem derogatur*<sup>1161</sup> ». En dépit de ce désaveu, l'*aequitas* n'est toutefois pas totalement délaissée. Faute de corriger la loi, elle l'inspire. L'*aequitas* est alors attachée à la volonté du Prince<sup>1162</sup> et justifie le recours aux fictions juridiques dont l'*aequitas* sert de fondement.

En assignant cette fonction à l'équité, les commentateurs privent l'*aequitas* de sa fonction correctrice et les juges d'un moyen de s'affranchir des formes de la loi au profit du volontarisme légaliste. Ce traitement indique M. Thireau « devait paraître insuffisant aux

---

<sup>1155</sup> V. FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 41.

<sup>1156</sup> V. LEFEBVRE Ch., op. cit., p. 189.

<sup>1157</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil, art. préc. », p. 22.

<sup>1158</sup> THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 24.

<sup>1159</sup> V. FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, p. 41 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2014, n° 72.

<sup>1160</sup> V. FALCON Y TELLA M. J., op. cit., p. 40.

<sup>1161</sup> THIREAU J.-L., *Charles du Moulin, 1500-1566*, op. cit., p. 83 ; V. LEFEBVRE Ch., *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris : Sirey, 1938, p. 192-193.

<sup>1162</sup> V. THIREAU J.-L., op. cit., p. 83 : « en faveur de ces lois, [les commentateurs] établissaient une forte présomption d'équité ; jusqu'à preuve du contraire, elles étaient censées conformes à la justice divine et naturelle et à la raison. Aussi, toute interprétation devait-elle avoir pour fin première de mettre en accord la volonté du législateur avec les exigences de ce droit supérieur, en écartant les significations injustes, irrationnelles ou absurdes : l'équité formait ainsi le critère général et permanent de l'interprétation des lois ».

humanistes, qui remirent au premier plan ce concept et en firent un instrument de combat *contre le respect des textes, qu'ils reprochaient aux bartolistes*<sup>1163</sup> ».

*B) L'équité chez les auteurs sous l'Ancien Régime*

L'équité chez les humanistes (1) sera étudiée avant celle dans l'école française classique (2).

1) Les Humanistes

Tributaire d'Erasme, l'humanisme juridique constitue une réaction contre l'ontologie holiste et les méthodes serviles des glossateurs et des post-glossateurs. Le Hollandais (a) fera des émules parmi les juristes notamment en France, Guillaume Budé et François Connan (b) lesquels produiront une forte influence sur Jean Bodin (c).

**L'humanisme et l'aequitas.** L'humanisme de manière générale restaure les principes des écoles stoïcienne, épicurienne voire des sceptiques et tire du nominalisme ses dernières conséquences épistémologiques : puisque seuls les individus existent, c'est à partir de l'individu placé au centre de l'Univers que l'on tirera les enseignements utiles pour le genre humain. La Nature, autrefois ordre cosmique puis ordre divin, s'appréhende dorénavant à la mesure de l'homme. Ces influences conduisent les humanistes à épouser les idées qui feront le succès de l'École du droit de la nature et des gens et nourriront le feu des Lumières : le volontarisme, le rationalisme, le subjectivisme et l'individualisme. Appliquée à la matière juridique, la doctrine humaniste, et en premier lieu celle d'Erasme, se fixe comme objectif de moraliser et de rationaliser le droit, et d'apporter à la science du droit des instruments mieux appropriés à la restauration du sens des textes anciens. L'aequitas et son corollaire la maxime « *summum ius, summa inuria* » servent d'outils à la poursuite de chacun de ces objectifs.

a) Erasme

---

<sup>1163</sup> THIREAU J.-L., loc. cit.

Grand lecteur de Cicéron<sup>1164</sup>, Erasme (1469-1536) fait de l'adage « *summum ius, summa inuria* » un principe d'interprétation et de connaissance et un moyen d'exprimer « sa haine du *traditionnel droit romain bartoliste et du droit canon, auxquels il oppose l'Évangile et la raison philologique*<sup>1165</sup> ».

**L'aequitas : principe d'interprétation du droit.** La formule lui permet au plan éthico-social de mettre en lumière les lacunes de la justice humaine, laquelle « même entourée des garanties les plus hautes, même quand le juge est particulièrement sage et honnête, avisé et bon<sup>1166</sup> » est toujours imparfaite. Il faut en effet, pour atteindre la perfection, tenir « compte *des intentions cachées, de la part d'ombre d'un coupable ou d'une victime, ou de l'extrême complexité d'un cas que les normes juridiques inscrites dans les codes ne peuvent totalement cerner*<sup>1167</sup> ».

La justice s'avère néanmoins perfectible grâce à l'aequitas, en tant qu'instrument privilégié de la moralisation du droit grâce à laquelle il est possible d'atteindre la vraie justice, c'est-à-dire celle de Dieu, en tant que source des lois humaines<sup>1168</sup>. Dès lors, l'aequitas doit prévaloir sur les lois humaines, selon le principe « *summum ius, summa inuria* ». Pour ce faire, il faut pour trancher un litige délicat davantage s'attacher aux faits, aux intentions, aux qualités des personnes qu'aux formes de la règle.

**L'aequitas : principe de la science du droit.** Au plan épistémologique, « *summum ius, summa inuria* » se présente comme « le cri de guerre de la jurisprudence humaniste<sup>1169</sup> », une formule à destination des post-glossateurs « enfermés dans leur spécialité<sup>1170</sup> » et « trop accrochés à la lettre des textes<sup>1171</sup> ». Les chefs d'accusation contre les glossateurs, bartolistes et autres canonistes dressés par Erasme sont nombreux : excès d'osculation de la lettre de la

---

<sup>1164</sup> V. THIREAU J.-L., « Cicéron et le droit naturel au XVI<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique*, 1987, n° 4, p. 62.

<sup>1165</sup> Ibid.

<sup>1166</sup> MARGOLIN J.-C., « Aequitas, Aequalitas et auctoritas dans la pensée d'Erasme », in, *Aequitas, aequalitas, auctoritas, actes du colloque international du Centre de recherche en philosophie politique et sociale de l'Université d'Ottawa* (1990), Paris : J. Vrin, 1992, p. 39.

<sup>1167</sup> Ibid.

<sup>1168</sup> V. HAAS G. H., *The concept of equity in Calvin's ethics*, Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 1997, p. 36.

<sup>1169</sup> VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, 2006, p. 459.

<sup>1170</sup> THIREAU J.-L., *Charles du Moulin, 1500-1566*, op. cit., p. 83.

<sup>1171</sup> VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris : PUF, 2006, p. 459.

loi et détournement de son esprit ; complicité d'injustice et usage du droit pour camoufler le forfait ; emploi d'armes blanche à lame effilée comme les procédés de distinction (*aequitas scripta/aequitas non scripta*)<sup>1172</sup>. Pour Erasme et ses disciples, celui qui entame le voyage de retour aux sources romaines (comme du reste aux sources sacrées) doit contourner l'étape Moyenâgeuse. L'humanisme entend, pour étudier les textes religieux comme juridiques, s'attacher aux sources véritables et de les éprouver aux contextes desquels elles résultent. Le Corpus Iuris Civilis ne représente plus ce texte sacré cher aux glossateurs, il s'agit pour les humanistes d'une compilation de textes juridiques artificiellement réunis donc impropre à leurs yeux à se prêter directement à l'étude. L'intérêt des humanistes est tourné vers l'époque à laquelle les règles et les cas ultérieurement compilés ont été formés et appliqués<sup>1173</sup>. Cette approche conduit les humanistes à élaborer des connaissances savantes peu exploitables toutefois par les juges<sup>1174</sup>.

b) Budé et Connan

La volonté de rechercher les sens originels des notions et des règles en dépit de leur compilation dans le Corpus Iuris Civilis, conduit les humanistes tels que Budé et Connan à corrélérer *l'aequitas* avec *l'epieikeia* d'Aristote. Quant à son sens opératoire, ces auteurs lui assignent essentiellement une fonction supplétive ; *l'aequitas* correspond, en ce sens, à « l'obligation pour le juge d'appliquer la loi selon l'intention probable du législateur et l'esprit général du droit »<sup>1175</sup>.

**Rapprochement de *l'aequitas* et de *l'epieikeia* chez Budé.** Guillaume Budé (1467-1540) est considéré comme leader de l'humanisme chrétien et de l'humanisme juridique. Il a commenté selon la méthode philologique les vingt-cinq tomes des Pandectes qu'on ne peut comprendre, à ses yeux, qu'à la lumière de l'histoire, de la littérature et de la culture romaines. Dans son

---

<sup>1172</sup> V. THIREAU J.-L., Charles du Moulin, 1500-1566, op. cit., p. 83.

<sup>1173</sup> V. THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 28 : « en abordant le droit romain sous son aspect historique, les humanistes étaient conduits, au contraire, à faire éclater l'unité du Corpus Iuris Civilis, à insister sur les différences chronologiques qui séparaient ses éléments ».

<sup>1174</sup> V. THIREAU J.-L., id., pp. 30-31 : « totalement indépendante, la doctrine humaniste n'avait plus à se soucier de la satisfaction de besoins juridiques immédiats ; elle pouvait s'adonner sans remords à des investigations historiques ou à des constructions théoriques. Elle a donné naissance, selon Paul Koschaker, à un Professorenrecht dont l'influence sur la pratique fut à peu près égale à zéro ».

<sup>1175</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 212.

œuvre, il comprend l'*aequitas* comme distincte voire opposée au *ius*. Le *ius* ou la lettre de la loi est un droit inflexible et rigide tandis que l'*aequitas* est un droit en dehors du *ius*. A partir de ce constat Budé fait correspondre l'*aequitas* (et le *bonum et aequum*) avec l'*epieikeia* d'Aristote<sup>1176</sup>, l'un étant pour Budé tout simplement la traduction de l'autre. Cette confusion est considérée comme un échec de la méthode philologique de Budé. En effet, celui-ci en reliant les deux notions en dépit de leur contexte distinct, aurait manqué dans son entreprise linguistique<sup>1177</sup>. En outre, cette assimilation aboutit à une impasse car, ainsi que nous l'avons vu, l'*aequitas*, selon les usages, est tantôt synonyme de la justice tantôt synonyme du droit. En raison de la notoriété de l'auteur, sa définition de l'*aequitas* a contribué à la confusion des notions d'*epieikeia*, d'*aequitas* et d'*aequum*, qui sont encore maintenant généralement traduites par « équité ».

**Encadrement de l'*aequitas* en faveur du volontarisme juridique.** A la suite de Budé, François Connan (1508-1551) prend également comme point de départ de l'étude de l'*aequitas* la pensée d'Aristote, toutefois, il y intègre la théorie des glossateurs afin d'attribuer les pouvoirs de chacun : l'*aequitas scripta*, c'est-à-dire l'équité qui a pour support les textes de droit relève de l'office du juge, tandis que l'*aequitas rudis*, l'équité pleinement discrétionnaire, est réservée exclusivement au Prince<sup>1178</sup>. Lorsque l'interprétation littérale de la loi compromet la loi elle-même et que se réalise « *summum ius summa iniuria* », l'équité consiste pour le juge à rechercher l'esprit de la loi. En ce sens, l'*aequitas* ne reconnaît pas les considérations étrangères à la raison d'être de la loi<sup>1179</sup>. L'*aequitas*, parce qu'elle est assimilée à l'esprit de la loi, c'est-à-dire la volonté du Prince, son exercice par le juge demeure strictement encadrée, notamment, par l'*aequitas* du Prince.

c) Jean Bodin

---

<sup>1176</sup> V. HAAS G. H., *The concept of equity in Calvin's ethics*, Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 1997, p. 37 ; JACOBSEN M. C., *Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne*, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, p. 117.

<sup>1177</sup> V. HAAS G. H., loc. cit.

<sup>1178</sup> V. JACOBSEN M. C., *Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne*, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, p. 118.

<sup>1179</sup> Ibid.

Célèbre en droit public en raison de la primauté qu'il attribue au critère de souveraineté pour définir l'Etat – « la puissance de donner et casser la loi<sup>1180</sup> », Jean Bodin (1529-1596) est également un illustre juriste de droit privé et notamment de droit romain<sup>1181</sup>. Dans ses travaux et sa pensée systématique, Bodin accorde une grande place à l'équité et la traite sous de multiples angles (politique, juridique, épistémologique).

Lorsque en 1561, Bodin arrive à Paris en tant qu'avocat au Parlement, il rencontre la pensée des juristes du Moyen Âge et des commentateurs, et découvre, à l'opposé du systématisme historique et philologique auquel il était nourri<sup>1182</sup>, une jurisprudence destinée à la pratique et aux « *pesée de l'équité et de la justice*<sup>1183</sup> ». Fidèle à l'humanisme et inspiré directement par Budé et Connan et médiatement par Cicéron<sup>1184</sup>, Bodin propose une analyse de l'équité (*aequitas*) dont l'originalité émane autant de son traitement que des résultats auxquels elle aboutit. L'équité étant pour l'auteur située au carrefour des manifestations des principes suprêmes et de la pratique vivante du droit, il développe une réflexion nourrie autant de l'esprit de système que de la prudence.

i) *La notion d'équité*

**L'équité comme pouvoir.** Bodin livre une conception inédite de l'équité à laquelle nous nous sommes finalement en partie rangés. D'après Bodin, l'équité est le pouvoir inhérent à la fonction du Prince et à celle du juge : « *c'est un droit procédant du bon plaisir de qui statue*, par exemple le prince quand il amende les lois ou les abolit, et le magistrat quand il supplée

---

<sup>1180</sup> BODIN J., *La république*, I, chap. X : « sous cette même puissance de donner et casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté de sorte qu'à parler proprement, on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de souveraineté, attendu que tous les autres droits sont compris en celui-là : comme décerner la guerre ou faire la paix ; connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats ; instituer ou destituer les grands officiers ; imposer ou exempter les sujets de charges et subsides ; octroyer grâces et dispenses contre la rigueur des lois ; hausser ou baisser le titre, valeur et pied des monnaies... ».

<sup>1181</sup> Bodin avait publié en 1568 *Iuris universi distributio* : « l'Exposition du droit universel » ou « le Tableau du droit universel », qui se voulait une méthode d'exposition méthodique et rationnel du droit romain ainsi qu'un mode d'apprentissage (v. DUCOS M., « Le 'Tableau du droit universel' de Jean Bodin et la tradition romaine », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, n° 1, mars 1987, pp. 49-61).

<sup>1182</sup> Il mettait également de côté « la poussière des écoles » et la « supputation des syllabes » (v. JACOBSEN M. C., *Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne*, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, p. 45).

<sup>1183</sup> BODIN J., *Lettre à du Faur de Pibrac*, Bayle, 1738, vol. 1 p. 588, cité par JACOBSEN M. C., *Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne*, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, p. 45.

<sup>1184</sup> V. DUCOS M., *Le « Tableau du droit universel » de Jean Bodin et la tradition romaine*, art. préc., p. 50 et s.

*aux lois ou qu'il les tempère*<sup>1185</sup> ». Le Prince semble libre de suivre ou non les lois non écrites de l'équité que sont les lois naturelles : « elles ne paraissent pas commander : leur joug est volontaire : *il n'ôte pas la souveraineté, il en rend digne*<sup>1186</sup> », toutefois, Bodin ajoute plus loin que « *la loi n'est une bonne loi qu'autant qu'elle dérive de la justice* » et que « *toute loi doit avoir pour principe l'équité (...) une loi sans équité ne peut être une bonne loi* »<sup>1187</sup>. Positivement libre, le Prince apparaît moralement lié.

Quant au magistrat, si celui-ci a pour devoir, de par son office, d'appliquer la loi, il possède également des attributions propres lui permettant d'exercer l'équité. L'analyse de l'équité de Bodin a ceci d'original qu'elle vise systématiquement à mettre à jour cette tension entre le devoir auquel le juge est tenu et le pouvoir qu'il détient, tension qui répond du reste à celles entre la loi et la justice et encore entre le « Gouvernement de la loi » et le « Gouvernement du Magistrat<sup>1188</sup> ». Ces tensions trouvent leur résolution, à proprement parler, dans *l'harmonie*. Une autre spécificité de la pensée de Bodin réside dans la révélation, au travers de mise en rapport d'éléments a priori distincts, d'énonciation de liens et d'analogies, de la structure – ou encore du caractère harmonieux – de l'ordre juridique<sup>1189</sup>. Ainsi l'équité du Juge est connexe à celle que le Prince devrait poursuivre dans sa législation<sup>1190</sup> ou encore, l'équité est au droit ce que la bonne foi est aux contrats<sup>1191</sup>. Pour ces raisons, Mme Ducos avait pu constater que l'équité donne « *sa cohérence à tout l'édifice du droit et constitue ainsi un élément fondamental dans la pensée de notre auteur*<sup>1192</sup> ». Enfin Bodin a pu devancer les attaques contre l'équité en indiquant les garde-fous qu'il fallait poser pour éviter que l'équité soit prétexte à l'arbitraire.

---

<sup>1185</sup> BODIN J., Exposition du droit naturel, cité par JACOBSEN M. C., Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne, Copenhague : Museum Tusculanum Press, 2000, p. 118.

<sup>1186</sup> BODIN J., La république, II, chap. 6. ; il écrit également : « *le prince ne déroge point à sa dignité, lorsqu'il s'assujettit aux lois de l'équité* ».

<sup>1187</sup> Ibid.

<sup>1188</sup> BODIN J., id., IV, chap. 3 : c'est « *en composant un Gouvernement de celui qui n'a pour se régler et distribuer la justice que le texte sévère de la loi, et de celui où le Magistrat ordonne selon la discrétion, on établira la gloire de la souveraineté et le bonheur des peuples* ».

<sup>1189</sup> V. VILLEY M., « La justice harmonique selon Bodin », Arch. phil. droit., n° 15, 1970, p. 302 et s.

<sup>1190</sup> BODIN J., loc. cit. : « *comme toute équité doit être fondée sur quelque loi civile, ou sur la loi naturelle, toute loi doit avoir pour principe l'équité ; le rapport de l'un à l'autre, leur connexité sont nécessaires. Une décision contraire au droit civil et naturel ne peut être équité ; une loi sans équité ne peut être une bonne loi* ».

<sup>1191</sup> BODIN J., loc. cit. : « *L'équité dans les jugements doit se comparer à la bonne foi dans les contrats. C'est par celle-ci que les parties contractantes expliquent le véritable sens des paroles de l'acte, qu'elles développent leur ambigüité, et qu'elles suppléent à ce qui n'est pas assez positivement expliqué* ».

<sup>1192</sup> DUCOS M., « Le 'Tableau du droit universel' de Jean Bodin et la tradition romaine », Bulletin de l'Association Guillaume Budé, n° 1, mars 1987, p. 60 : « *l'équité, qui peut s'exprimer en savants rapports mathématiques qui trouve une application pratique et vivante dans le travail du juge, lorsqu'il corrige la loi ou en comble les lacunes, qui reste étroitement liée au droit naturel, donne sa cohérence à tout l'édifice du droit et constitue ainsi un élément fondamental dans la pensée de notre auteur* ».

**Les rapports entre l'équité, les lois et la justice.** Selon Bodin, « la justice est inflexible et invariable ; *elle pèse et mesure avec l'exactitude la plus extrême*<sup>1193</sup> ». Cet idéal de justice peine néanmoins à se réaliser pleinement par la loi. La loi dit-il « ne peut renfermer toute la justice, encore moins peut-elle exprimer ; si on ne peut pas interpréter les termes de la loi ; si elle décide indifféremment toutes les hypothèses, elle cessera souvent d'être la justice<sup>1194</sup> ». L'équité intervient donc comme expédient : « *l'embarras des lois que les hommes ont faites, le défaut souvent inévitable de leurs expressions qui présentent plus d'un sens ; l'impossibilité de tout prévoir ; la même loi juste dans un cas, injuste dans un autre, suites nécessaires des bornes étroites de l'esprit humain, ont obligé de recourir à ce qu'on a appelé l'équité*<sup>1195</sup> ». L'équité poursuit la justice « dans le chaos des lois avec le flambeau de la raison<sup>1196</sup> ».

Justice et équité ne sont donc pas antithétiques. Cette erreur commune a pour cause la confusion de la justice et de la loi : « *ce sont cependant deux choses que l'on ne doit pas confondre. La justice est un être purement intellectuel, immuable, indivisible ; la loi est périssable, elle change, on doit même souvent la changer. La justice est une, elle est réelle ; les lois sont diverses et relatives*<sup>1197</sup> ». « Indépendante des lois », la justice domine et doit faire plier ce simple « ouvrage des hommes » qu'est la loi : c'est ainsi, dit-il, « *qu'opère l'équité*<sup>1198</sup> ».

L'équité est donc le moyen ponctuel issu de la raison de faire éclater la justice imparfaitement exprimée par les lois.

**Equité et justice harmonique.** Avant de mentionner sa mise en œuvre, indiquons comment l'équité s'inscrit dans le système tripartite de la justice de Bodin.

---

<sup>1193</sup> BODIN J., loc. cit.

<sup>1194</sup> Ibid.

<sup>1195</sup> Ibid. Comme pour Aristote l'imperfection des lois vient également de leur caractère nécessairement général : « on fait des lois pour des cas généraux, pour les choses qui arrivent le plus ordinairement. Si la diversité des circonstances est infinie, si elles ne peuvent se nombrer, et encore moins s'écrire, il faut souvent que la loi soit muette, l'équité parle pour elle, elle est la partie du droit qui n'est pas écrite. Si le plus léger changement dans la thèse peut du juste en faire l'injuste, l'équité inséparable de la justice sera son interprète. La justice n'est jamais rigoureuse ; on confond les idées lorsqu'on le pense. C'est la rigueur de la loi que l'on prend pour elle ; on la blesse lorsqu'on s'attache au rigide de la loi. Lorsque la dureté de la loi la rend injuste, l'équité la radoucit en la ramenant à la vraie justice » (Ibid.).

<sup>1196</sup> Ibid.

<sup>1197</sup> Ibid.

<sup>1198</sup> Ibid.

Pour ce système, Bodin restaure un pilier de la pensée pythagoricienne transmis par Boèce – la proportion harmonique<sup>1199</sup> – qu’il adjoint à la bipartition aristotélicienne de la justice<sup>1200</sup>. La justice arithmétique traite les égaux et la justice distributive, les inégaux<sup>1201</sup>. La première est représentée par la règle de Polictete : elle est dure, inflexible et ne change pas avec ce qu’elle mesure, autrement dit, il s’agit de la Loi que le juge doit appliquer ; la seconde est symbolisée par la règle de Lesbos : elle est souple et s’adapte à toute les particularités de l’objet auquel elle est employée. Pour Aristote cette règle de plomb symbolisait l’équité, mais pour Bodin, « *ce n’est pas encore là l’équité : la loi ne doit point s’accommoder au jugement*<sup>1202</sup> ». Autrement dit, rendre la justice distributive ne rentre pas dans l’office du juge qui consiste à obéir à la loi et à la faire appliquer : « la règle ne portera plus le nom de règle, si elle demeure une ligne courbe ; de même la loi cesse *d’en être une, si on lui fait prendre toutes sortes de formes, et si celui qui doit lui obéir en est le maître*<sup>1203</sup> ». Pour comprendre la fonction du juge, lequel doit tantôt « appliquer toute la rigueur de la règle arithmétique et tantôt tenir compte de la différence des personnes et de la situation<sup>1204</sup> », il faut recourir à un autre symbole, une troisième règle :

« qui ne soit pas dure au point de ne pouvoir se prêter, mais qui se redresse tout aussitôt, de manière qu’elle ne paraisse pas avoir été pliée, et suivant laquelle on puisse accorder ensemble ces quatre objets, la justice, la loi, l’exécution de la loi, et l’obéissance que lui doit le Magistrat ; de manière que l’on trouve entre la justice et l’exécution de la loi la même proportion qui est entre la loi et le devoir du Magistrat. On peut apercevoir que c’est là la proportion harmonique, et ce que l’on appelle l’équité<sup>1205</sup> »

---

<sup>1199</sup> Il s’inspire également de Platon (v. VILLEY M., « La justice harmonique selon Bodin », art. préc., p. 302 et s., et pp. 311-312).

<sup>1200</sup> Pour un exposé critique de l’usage que Bodin fait de la doctrine d’Aristote, v. VILLEY M., « La justice harmonique selon Bodin », art. préc., pp. 309-311.

<sup>1201</sup> Elle distribue les mérites et les peines qui reviennent à chacun.

<sup>1202</sup> BODIN J., loc. cit.

<sup>1203</sup> Ibid.

<sup>1204</sup> JACOBSEN M. C., Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, p. 81.

<sup>1205</sup> BODIN J., loc. cit. ; plus loin, l’équité est substituée à la justice : « c’est-à-dire, qu’il faut suivre la justice harmonique, et accoler ces quatre points ensemble, à savoir Loi, Équité, Exécution de la loi, et le devoir du Magistrat, soit en la distribution de la justice, soit au gouvernement de l’état. Car *tout ainsi qu’en ces quatre nombres 4, 6, 8, 12, la même raison qui se trouve de 4 à 6 se trouve aussi de 8 à 12 et [qu’il] y a même raison de 4 à 8 que de 6 à 12, ainsi est-il de la loi à l’équité, et de l’exécution de la loi au devoir du Magistrat ; et [c’est la] même raison [qu’il] y a de l’équité au devoir du Magistrat, qu’il y a de la loi à l’exécution [de celle-ci]. » (BODIN J., id., VI, 6).*

Les développements que Bodin consacre à l'équité consistent essentiellement à dégager les moyens de constituer « une troisième règle qui tient le milieu entre les deux autres », c'est-à-dire, deux extrêmes : la soumission à la lettre de la loi et l'arbitraire auquel peut conduire l'équité. La justice harmonique, le leitmotiv qui fournit cohérence à toute l'œuvre de Bodin<sup>1206</sup>, est alors assimilée à l'équité.

*ii) Mise en œuvre de l'équité*

**L'exercice du pouvoir d'équité par le juge.** Bien que « toutes ces choses se font mieux sentir, qu'elles ne peuvent s'exprimer<sup>1207</sup> » Bodin tente pédagogiquement de fournir au juge les moyens de mettre en œuvre l'équité. Son exposé tient en ces deux propositions : interpréter oui, corriger non.

La première règle, fermement énoncée, prohibe la correction de la loi : « il ne doit être permis au Juge, dans aucun cas, de donner un jugement qui contrarie les termes de la loi<sup>1208</sup> ». Le juge est « borné à interpréter par le sens, à suppléer ce qui n'a pas été prévu, à décider ce que le Législateur dirait lui-même conduit par le même esprit qui l'animait, lorsqu'il a fait la loi<sup>1209</sup> ». Cet esprit, le juge y a accès : c'est le « système d'équité général et suivi<sup>1210</sup> » correspondant aux principes fondamentaux de la matière, desquels les lois découlent ou sous lesquelles celles-ci peuvent être subsumées : les lois, illustre Bodin, sont comme « les rayons d'un cercle qui partent d'une circonférence [et] aboutissent au même centre. » C'est donc « dans ce système, dans ces principes, et jamais dans son imagination que le juge doit puiser les raisons qui le déterminent. C'est à ce centre qu'il doit ramener la lettre de la loi. La loi n'est pas dans les paroles, elle est dans leur sens<sup>1211</sup> ». La lettre de la loi a donc pour utilité de fournir l'accès à son esprit.

Lorsque le système ne se laisse pas découvrir, le juge peut recourir aux décisions appliquant d'autres lois du système ou encore les « premiers principes » de celui-ci : « il est difficile, en les consultant, de ne pas connaître si la loi dit précisément ce qu'elle paraît dire et si elle doit

---

<sup>1206</sup> VILLEY M., « La justice harmonique selon Bodin », art. préc., p. 301 : la « philosophie dite de la justice harmonique, logiquement [est] le sommet de la théorie bodinienne ».

<sup>1207</sup> BODIN J., id, IV, chap. 3.

<sup>1208</sup> Ibid.

<sup>1209</sup> Ibid.

<sup>1210</sup> Ibid.

<sup>1211</sup> Ibid.

être appliquée à la question qui se présente<sup>1212</sup> ». A défaut de parvenir par ce biais à une solution, il reste au juge à consulter « le droit public et naturel » car dit-il le propre de l'équité est « *d'adapter les termes des lois civiles aux lois naturelles. Celles-ci sont immuables, les autres sont arbitraires*<sup>1213</sup> ». Enfin, si le « juge désespère de rendre un jugement équitable sans contrarier le texte de la loi *ou l'esprit qu'il y peut entrevoir* », Bodin lui préconise finalement de renoncer ou alors, en tout dernier recours, de consulter le législateur dont l'équité supplante celle du juge : seul le législateur a le pouvoir de corriger le texte, voire de l'abroger.

Cette conception de l'équité, demeure en dépit de sa proximité avec l'*aequitas scripta*, originale car elle s'inscrit dans une vision rationnelle et systémique du droit. L'exercice de l'équité tire parti d'un droit conçu comme un ordre logique ou dont il est possible de retrouver les principes fondamentaux sur lesquels il repose.

**Equité et arbitraire.** Bodin est conscient du risque d'arbitraire attaché à l'équité en tant que pouvoir et en tant que simple mot. Il précise à cette fin que le magistrat « est soumis aux *termes de la loi, lorsqu'elle permet ou défend avec clarté dans des circonstances précises. Il ne peut alors se servir du prétexte de l'équité pour ne le point conformer à la lettre de la loi*<sup>1214</sup> ». Si l'équité peut dériver en simple expédient pour le juge de s'affranchir du texte, Bodin insiste pour que l'opprobre ne soit pas jetée sur elle : « *l'arbitraire n'est pas l'équité. On doit convenir cependant que le nom d'équité peut servir aisément de prétexte à l'arbitraire*<sup>1215</sup> ».

**Champ d'application.** Enfin, précisons que l'équité voit son champ varié en fonction de la matière et de la fonction du juge (juge *stricto sensu* ou arbitre). En matière criminelle par exemple, Bodin est très clair : « le texte de la loi juge les actions machinales des hommes, *l'équité juge leurs intentions*<sup>1216</sup> ». L'équité permet au juge d'apprécier l'élément moral afin d'éviter que la justice soit rendue mécaniquement : « *Celui qui juge d'équité, outre le fait,*

---

<sup>1212</sup> Ibid.

<sup>1213</sup> Ibid. Cette distinction constitue le prodrome de la *summa divisio* moderne Droit naturel/Droit positif.

<sup>1214</sup> Ibid.

<sup>1215</sup> Ibid.

<sup>1216</sup> BODIN J., id., IV, chap. 4.

*examine le mérite de la cause. Quel est l'homme qui ne préfère pas d'être jugé par des êtres pensants, plutôt que par des automates ?*<sup>1217</sup> ».

L'équité pour Bodin est donc le moyen non seulement utile mais nécessaire pour empêcher le juge d'être un simple automate qui applique mécaniquement la loi au cas d'espèce.

2) L'école française classique

a) Charles Du Moulin

Dans la continuité des approches des humanistes français attachés au volontarisme juridique, la conception de l'équité de Charles Du Moulin (1500-1566) contribue encore davantage « au plein accomplissement de la législation positive » plutôt qu'à « sa correction ou sa limitation »<sup>1218</sup>.

**Acception générale de l'équité.** Avocat au Parlement de Paris puis juriconsulte, Du Moulin consacre une partie de son travail à l'étude de l'équité. Son œuvre a été analysée de manière approfondie par M. Thireau<sup>1219</sup> auquel nous nous référons ici<sup>1220</sup>.

Pour Du Moulin, l'équité correspond dans un premier temps à l'idéal de justice que l'on découvre par la raison. L'Équité, la Justice et la Raison dérivent chacune de la Nature<sup>1221</sup> et demeurent intimement liées : la ratio permet d'accéder à l'*aequitas*, laquelle, comme chez Ulpian, s'assimile à la *iustitia*<sup>1222</sup>.

Quant à ses attributs, l'*aequitas* se révèle perpétuelle et universelle, et partant, identique à tous les peuples. Quant à son contenu, l'équité correspond à cet ensemble de préceptes suprêmes de droit naturel, ou plus simplement cette loi naturelle dont parlait Cicéron et à

---

<sup>1217</sup> Ibid.

<sup>1218</sup> THIREAU J.-L., Charles du Moulin, 1500-1566, op. cit., p. 90.

<sup>1219</sup> V. THIREAU J.-L., id., p. 459

<sup>1220</sup> V. THIREAU J.-L., id., pp. 84-91.

<sup>1221</sup> Dumoulin évoque fréquemment l'*aequitas naturalis*, la *justitia naturalis* et la *ratio naturalis*

<sup>1222</sup> V. THIREAU J.-L., op. cit., p. 85.

laquelle on accède pleinement par la raison, partiellement par les sentiments, et se manifeste par le truchement du « sens commun »<sup>1223</sup>.

**Acception particulière de l'équité.** Dans un second temps, et de manière plus opérante, l'équité se voit assigner une fonction spécifique : servir l'utilité (utilitas), c'est-à-dire, « *l'adaptation du droit aux usages et aux besoins des hommes*<sup>1224</sup> ». L'équité, en ce sens, consiste à réaliser l'accord le plus absolu entre d'une part les faits et les circonstances de chaque cas et d'autre part la règle de droit applicable. Autrement dit, elle « conduit à rechercher des solutions adéquates pour chaque question particulière<sup>1225</sup> » et réalise ainsi la justice dans chaque cas concret. Cela signifie, par exemple, que « le caractère équitable *d'une sentence ou d'une opinion ne peut être jugé que selon ses conséquences pratiques*<sup>1226</sup> ». En conséquence, l'équité s'oppose à l'interprétation trop littérale des textes ou à la déduction logique d'une solution à partir des lois écrites, sans mesurer les effets pratiques du jugement<sup>1227</sup>.

**Modalités du recours à l'équité par l'interprète.** Dans le silence des lois, Du Moulin suggère de rechercher l'équité. Parfois, cette recherche est même préférable en dépit de l'existence de règles écrites, car il arrive que « *l'intuition du juste conduise à des solutions meilleures que ne le ferait l'examen de textes mal compris, ou utilisés selon une méthode défectueuse*<sup>1228</sup> ».

Mais Du Moulin a conscience du risque d'arbitraire généré par cette faculté pour le juge de rechercher l'équité. Prétexter poursuivre l'équité constitue le moyen pour les juges de substituer leurs propres opinions aux règles clairement exprimées. Du Moulin a conscience et condamne vivement cette parodie de justice et l'usage d'une équité tronquée et imaginaire<sup>1229</sup>. Pour réduire ces risques, Du Moulin préconise dans un premier temps de réserver cette faculté aux seuls Parlements. Dans un second temps, seule l'équité qui apparaît clairement et qui s'impose incontestablement doit être appliquée à l'espèce. Or l'équité dont la connaissance

---

<sup>1223</sup> V. THIREAU J.-L., op. cit., p. 85.

<sup>1224</sup> THIREAU J.-L., op. cit., p. 86.

<sup>1225</sup> THIREAU J.-L., op. cit., p. 86.

<sup>1226</sup> THIREAU J.-L., op. cit., p. 86.

<sup>1227</sup> Ibid.

<sup>1228</sup> THIREAU J.-L., id., p. 88.

<sup>1229</sup> Ibid.

est la plus sûre et la plus susceptible d'être partagée s'avère, selon Du Moulin, celle résultant du droit écrit : la véritable équité est l'équité légale<sup>1230</sup>.

**L'équité et modes d'interprétation de la loi.** L'équité selon Du Moulin, souligne M. Thireau, « réside donc bien dans la législation positive ». Toutefois précise-t-il, il ne s'agit pas pour Du Moulin de prétendre que l'équité s'épuise dans les dispositions des textes de droit issus de la loi ou qu'elle suppose de s'attacher servilement à la lettre de la loi, au contraire, « une telle méthode se révèle radicalement opposée à la véritable *aequitas* »<sup>1231</sup>. Du Moulin fait siens les enseignements des commentateurs enjoignant de remonter à la *ratio legis*. L'équité d'une loi, ou même d'un acte juridique quelconque, c'est la raison ou l'esprit qui dirigeait son auteur conformément, par principe, au bien naturel. Tout interprète doit pouvoir la retrouver en se détachant d'une exégèse littérale, certes nécessaire dans un premier temps mais insuffisante. En ce sens, l'objet de l'équité ne se réduit pas au sens profond d'une disposition, il correspond à toutes les lois traitant du même sujet constitutives d'un ensemble homogène. Plus encore que dans la *ratio* d'une prescription déterminée, c'est dans la synthèse de tout un faisceau de règles juridiques, censées concourir au même but, que réside cette équité légale<sup>1232</sup> ». L'*aequitas* renvoie tant à l'interprétation téléologique que systémique de la règle.

b) Charondas Le Caron

Jurisconsulte et philosophe, Charondas Le Caron (env. 1534-1613), syncrétise la plupart des idées qui ont eu cours à propos de l'équité et débouche sur un mode d'interprétation extensif de la loi.

**Acception générale de l'équité.** Pour l'auteur, l'office du juge est de « garder et exécuter les lois<sup>1233</sup> », c'est-à-dire de préserver leur parole qui est la « vérité même<sup>1234</sup> » et leur statut de fondement de la République<sup>1235</sup>. Quant à l'équité, celle-ci s'entend de manière générale

---

<sup>1230</sup> THIREAU J.-L., *id.*, p. 89.

<sup>1231</sup> THIREAU J.-L., *id.*, p. 90.

<sup>1232</sup> *Ibid.*

<sup>1233</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, *Pandectes ou digeste du droit français*, L. 1, chap. V, Paris : Veyrat, 1637, p. 6.

<sup>1234</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, *id.*, p. 166.

<sup>1235</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, *id.*, p. 1 et p. 166.

comme ce qui est équitable au sens d'égalitaire et ne se présente pas comme antithétique à la loi. D'une part, l'équité lui sert de modèle, d'autre part, l'une et l'autre sont finalisées par l'utilité commune<sup>12361237</sup>.

**Champ et mode d'application de l'équité par le juge.** Lorsqu'il s'intéresse à l'équité dans son contexte pratique, Caron la définit comme n'étant « pas autre chose, que le jugement de raison, qui apporte une modération au droit écrit, comme d'autres l'ont plus généralement défini, une bonté née ou plutôt inspirée en l'homme, laquelle réduit et accommode autant qu'il est possible les choses à cette commune raison qui entretient l'égalité entre les hommes<sup>1238</sup> ». L'équité retrouve ses racines aristotéliennes<sup>1239</sup> teintées d'apports romains et canonistes<sup>1240</sup>.

En dépit de cette acception destinée semble-t-il aux juges, Caron leur dénie, de prime abord, la faculté de mettre en pratique ce jugement de raison afin d'en réserver l'usage au roi<sup>1241</sup>. Il s'agit, à vrai dire, pour l'auteur de souligner que l'équité du législateur a une portée générale alors que celle des magistrats n'est que relative. Les magistrats -principalement des cours souveraines mais également, dans une moindre mesure, des cours inférieures- sont donc invités, pour des raisons d'humanité, à employer l'équité, c'est-à-dire à corriger, modérer et suppléer les lois<sup>1242</sup> pour éviter que ne se vérifie *summum ius summum iniuria*<sup>1243</sup>. Toutefois, le juge ne saurait substituer son équité à celle du législateur lorsque la loi est claire. Ce n'est qu'à défaut de cette qualité que le juge est légitime à interpréter la loi.

Interpréter la loi, signifie considérer l'intention et la sentence de celle-ci et interpréter les mots avec lesquels elle est écrite « dans la plus humaine et convenable signification, et quelquefois restreindre la trop générale disposition par une équitable modération des particularités et

---

<sup>1236</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, id., pp. 43-44 : « le bon législateur s'efforce en tant que lui est possible, de faire les lois aux modèles de l'équité ».

<sup>1237</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, *Pandectes ou digeste du droit français*, Lyon : Veyrat, 1593, L. 1, chap. V, p. 44.

<sup>1238</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, id., pp. 43-44.

<sup>1239</sup> V. ALBIGES Ch., « Equité », *Rép. civ.* Dalloz, 2009, n° 4.

<sup>1240</sup> Le recours à la notion constituant une source de bienveillance, d'humanité (v. CHARONDAS LOYS LE CARON, id., p. 44).

<sup>1241</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, id., p. 46 : « le roi seul comme tout autre souverain peut user de l'équité pour la correction et déclaration de la Loi : et non les magistrats quelques souverains qu'ils soient : et combien qu'ils puissent aux jugements modérer ou interpréter et suppléer le défaut de la loi par équité, ils n'ont toutefois cette puissance, principalement les moindre juges, que leurs jugements puissent être tirer en conséquence et avoir force de loi ».

<sup>1242</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, id., p. 45.

<sup>1243</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, id., p. 48.

circonstances<sup>1244</sup> ». Alors « *il est loisible au magistrat ou je dirai plutôt qu'il est tenu de préférer la plus humaine et équitable interprétation à l'étroite et rigoureuse et que sans en faire renvoi au souverain, il le doit ainsi faire, en quoi consiste sa religion et sa conscience*<sup>1245</sup> ».

Telle qu'elle est comprise, l'équité correspond à un pouvoir octroyé au juge et au surplus note M. Berthiau un pouvoir « *extrêmement large, tant dans son intensité, car pour l'auteur il s'assimile à un devoir, que dans son étendue*<sup>1246</sup> ». En effet, aucune règle selon Caron n'est exempte de recevoir quelque exception en raison des changements générés par la vie en société<sup>1247</sup> ce qui équivaut, note M. Berthiau, à donner « un blanc seing en la matière<sup>1248</sup> ».

c) Jean Domat

**La rupture avec la science des Anciens.** L'œuvre de Jean Domat (1625-1696), le « plus grand jurisconsulte de la France classique<sup>1249</sup> », marque un tournant pour la science du droit, puisque celle-ci contribue grandement à l'abandon définitif du modèle scolastique et de la dialectique des anciens au profit du modèle géométrique<sup>1250</sup>. En puisant aux sources de la raison et particulièrement de la raison mathématique, Domat ouvre la voie à la science des Modernes<sup>1251</sup>. De manière générale, il s'agit désormais de recenser, d'analyser, de classer et de représenter les règles plutôt que de discuter et d'argumenter sur chacune d'entre elles isolément afin d'en découvrir le sens et la portée. La mutation est radicale car « *le fait de rassembler et d'articuler les normes en un tout, constituait une mutation essentielle, non seulement du mode d'exposition des règles, mais aussi, dans le même mouvement, des méthodes d'interprétation du droit*<sup>1252</sup> ».

---

<sup>1244</sup> Ibid.

<sup>1245</sup> Ibid.

<sup>1246</sup> BERTHIAU D., op. cit., n° 539.

<sup>1247</sup> CHARONDAS LOYS LE CARON, id., p. 50 : « *il n'y a ni règles ni disposition générale, qu'elle ne reçoive quelque exception ; souvent les temps et circonstances adviennent, qui font changer les choses et trouver injuste ce qu'autrefois était estimé juste* ».

<sup>1248</sup> BERTHIAU D., loc. cit.

<sup>1249</sup> RENOUX-ZAGAME M.-Fr., « DOMAT Jean », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Paris : Dalloz, 2008, p. 135.

<sup>1250</sup> FRYDMAN B., Le sens des lois, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, n° 124. V. aussi : RENOUX-ZAGAME M.-Fr., « DOMAT Jean », art. préc., pp. 137-138 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., Méthodologies du droit et des sciences du droit, Paris : Dalloz, 2014, n° 84 et s. ; THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., p. 49.

<sup>1251</sup> FRYDMAN B., loc. cit.

<sup>1252</sup> RENOUX-ZAGAME M.-Fr., « DOMAT Jean », art. préc., p. 135.

Exposer le droit à partir des prémisses morales et fixer les modes d'interprétation du juge sont les deux pans de l'œuvre de Domat destinés in fine à permettre aux juges de rendre la justice conformément aux desseins du Créateur<sup>1253</sup>.

**La raison : source de connaissance des principes du droit et de la science du droit.**

Inspiré des logiciens et des grammairiens<sup>1254</sup>, Domat souhaite rationaliser le droit en dégagant dans un premier temps par la raison ses principes fondateurs issus de Dieu afin d'en déduire, dans un second temps, des conséquences juridiques. La raison seule permet d'identifier « *tout ce qu'il y a de règles de l'équité naturelle dans les matières des contrats, des conventions, des hypothèques, des tutelles, etc.* »<sup>1255</sup>.

Domat recherche l'ordre naturel des lois c'est-à-dire les « lois naturelles » ou encore les règles de « l'équité naturelle » source morale des lois humaines, dont la connaissance par l'usage de la raison, associée au raisonnement logique permet d'examiner et de résoudre les « questions de toute nature »<sup>1256</sup>. Ces lois naturelles revêtent un double statut : normatif, elles constituent une source de droit ; épistémologique, elles sont les « fondements de toute la science du Droit »<sup>1257</sup>.

**Le but de Domat : encadrer la pratique judiciaire.**

Le projet de Domat est clair : il s'agit moins de changer radicalement le contenu du droit, que « les méthodes de la science juridique, c'est-à-dire *tout à la fois les procédés d'exposition des normes et, dans le même mouvement, les techniques de leur mise en œuvre* »<sup>1258</sup>. Domat s'adresse donc directement aux juges dont il a constaté les lacunes, afin de les aider à accomplir leur fonction qui, selon Domat, n'est pas d'une autre nature que divine<sup>1259</sup>.

---

<sup>1253</sup> V. THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », in, La doctrine juridique, Paris : PUF, 1993, p. 49.

<sup>1254</sup> M. Dubouchet rattache Domat à Descartes et Port-Royal ainsi qu'aux grammairiens Arnauld et Lancelot, (v. DUBOUCHET P., La pensée juridique avant et après le Code civil, p. 78 ; à propos de l'influence de Descartes sur Pothier et sur la science du droit en général, v. égal. FRYDMAN B., op. cit., n° 112).

<sup>1255</sup> DOMAT J., Droit public, p. VI, cité par DUBOUCHET P., op. cit., p. 78).

<sup>1256</sup> DOMAT J., Droit public, chap. XI, § 28, cité par DUBOUCHET P., La pensée juridique avant et après le Code civil, p. 78.

<sup>1257</sup> Ibid.

<sup>1258</sup> RENOUX-ZAGAME M.-Fr., « DOMAT Jean », art. préc., p. 137.

<sup>1259</sup> DOMAT J., Harangues, Assises de 1680, cité par ARNAUD A.-J., Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours, Paris : PUF, 1975, p. 111) : « *les juges (...) sont encore élevés par l'ordre de Dieu à tenir sa place en terre sur les autres hommes, et (...) par cette dignité, sont eux-mêmes appelés des Dieux...La première règle de l'imitation de Dieu, où les juges sont obligés, c'est d'éclairer leur entendement de cette lumière incorruptible de la loi, et de ne tenir pour juste et pour équitable que ce qui porte le caractère divin de cette lumière* ». V. égal. ARNAUD A.-J., « Le médium et le savant », Arch. phil. droit, n° 17, 1972, p. 170 ; RENOUX-

**Les premières lois naturelles : l'amour de Dieu et l'amour d'autrui.** Pour comprendre le rôle de l'équité dans cet ambitieux projet scientifique, il est nécessaire de revenir à l'ontologie domatienne du droit. Celle-ci aboutit à la *summa divisio* entre droit naturel (lois naturelles) et le droit positif (lois arbitraires) déjà entrevue chez Bodin.

Selon Domat, le premier principe est « la loi fondamentale de l'amour ». De celle-ci découlent deux principes fondamentaux : l'amour de Dieu et l'amour de son prochain<sup>1260</sup>, lesquels à leur tour se formalisent dans les deux premières lois naturelles qui s'imposent à l'homme : la première est « celle qui lui commande la recherche et l'amour de ce souverain bien, où il doit s'élever de toutes les forces de son esprit et de son cœur qui sont faits pour le posséder<sup>1261</sup> » ; la seconde loi est celle qui commande aux hommes de s'unir et de s'aimer entre eux<sup>1262</sup>. Par sa raison, chacun peut accéder plus ou moins distinctement à ces lois et en tirer les conséquences pratiques nécessaires :

« C'est cette lumière de la raison qui, faisant sentir à tous les hommes les règles communes de la justice et de l'équité, leur tient lieu d'une loi, qui est restée dans tous les esprits. Ainsi, tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles, qu'il ne faut faire tort à personne, qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses et d'autres règles semblables de la justice et de l'équité<sup>1263</sup> ».

**L'équité naturelle.** Ces lois naturelles sont désignées par les notions de « justice » et d'« équité » dite « naturelle ». L'équité naturelle comprend les « lois qui ont une justice immuable et qui est la même partout<sup>1264</sup> » et se distingue des lois humaines essentiellement contingentes. Alors que le droit positif, issu de l'autorité, est un acte de volition dont l'existence est indépendante de la Raison<sup>1265</sup>, les lois naturelles nécessitent d'être découvertes

---

ZAGAME M.-Fr., « DOMAT Jean », art. préc., p. 136 ; RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 31 et p. 34 ; GOYARD-FABRE S., *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris : Vrin, 2002, pp. 67-68.

<sup>1260</sup> V. GOYARD-FABRE S., *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris : Vrin, 2002, p 68 et s.

<sup>1261</sup> DOMAT J., *Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Durant, 1777, Liv. préél., I, §.XXXIII.

<sup>1262</sup> DOMAT J., id., chap. I, § VII et chap. IV, § V.

<sup>1263</sup> DOMAT J., id., chap. IX, § V. On constate la consécration des préceptes romains au rang de raison écrite.

<sup>1264</sup> DOMAT J., id., chap. II, § 1.

<sup>1265</sup> FRYDMAN B., op. cit., n° 123 : « la méthode moderne impose désormais de distinguer, d'une part, la spéculation rationnelle et, d'autre part, l'étude des autorités. (...) La raison critique, d'une part, et l'interprétation des textes, d'autre part, sont considérées comme deux modes d'investigation complètement différents et qui ne doivent surtout plus être confondus, mais bien séparés de manière étanche (...) Tandis que le droit naturel démontre et convainc, le droit positif commande et soumet. Le premier réalise l'accord des entendements ; le second réclame l'obéissance des sujets ».

par la Raison. Une fois connues, ces lois ne peuvent être, contrairement aux lois humaines, ni changées, ni abolies par aucune autorité, même légitime. *L'équité naturelle* figure alors comme une source de droit objectif à l'origine de certaines règles et institutions comme des causes d'incapacité ou des obligations tacites par exemple.

La notion d'équité naturelle étant posée et sa signification établie, il s'agit désormais de s'intéresser à la fonction que Domat lui assigne dans le cadre judiciaire.

**Le « principe d'interprétation des lois par l'équité ».** Afin d'aider les juges dans leur tâche quotidienne<sup>1266</sup>, Domat leur fournit des outils destinés à faciliter l'interprétation de la loi. A ce titre, il distingue deux hypothèses dans lesquels la loi doit faire l'objet d'une interprétation.

Pour Domat, l'interprétation survient en premier lieu, lorsque la loi présente quelques obscurités, ambiguïtés ou défauts d'expression<sup>1267</sup>. Cette interprétation dit-il « se borne à *l'expression, pour faire entendre ce que dit la loi*<sup>1268</sup> ». Très classiquement, il s'agit par l'interprétation, de compléter voire de corriger la lettre de la loi à la lumière de son sens général.

Plus originale est l'interprétation lorsque le sens des lois, « *tout évident qu'il paraît dans les termes, conduirait* », dit-il « à de fausses conséquences, et à des décisions qui seraient injustes, si elles étaient indistinctement appliquées à tout ce qui semble compris dans *l'expression*<sup>1269</sup> ». La cause de l'interprétation n'est plus l'insuffisance de l'énoncé de la loi, mais les conséquences iniques résultant de sa stricte et littérale application : « *l'évidence de l'injustice qui suivrait de ce sens apparent, oblige à découvrir par une espèce d'interprétation, non ce que dit la loi, mais ce qu'elle veut, et à juger par son intention quelle est l'étendue et quelles sont les bornes que doit avoir son sens*<sup>1270</sup> ». Il s'agit alors de délimiter le champ de la loi –qu'elle soit naturelle ou positive- à partir de son but. Comment le juge va-t-il parvenir à accéder à celui-ci ? L'exposition ordonnée du droit constitue à cette fin une aide précieuse, car indique Domat, « *cette manière d'interprétation dépend toujours du tempérament que quelque autre règle apporte à la loi qu'on serait en danger de mal*

---

<sup>1266</sup> « *Aux yeux de l'avocat du roi* », explique Mme Renoux-Zagamé, « les juges en France manquent presque continuellement à leur véritable mission. Or, s'il en est ainsi, c'est pour l'essentiel parce que les méthodes d'interprétation qu'ils mettent en œuvre ne leur permettent pas de le faire. Toute son œuvre, la mise « dans leur ordre naturel » des lois, va donc viser à leur fournir les moyens d'y parvenir » (RENOUX-ZAGAME M.-Fr., « DOMAT Jean », art. préc., p. 136.

<sup>1267</sup> DOMAT J., *Loix civiles dans leur ordre naturel*, op. cit., Titre I, sect. 2.

<sup>1268</sup> Ibid.

<sup>1269</sup> Ibid.

<sup>1270</sup> Ibid.

*appliquer, si on ne l'expliquait ; car c'est ce tempérament qui donne à cette loi son usage et sa vérité*<sup>1271</sup> ». Autrement dit, ce sont les autres lois dont l'exposition préalable favorisera la connaissance, qui éclaireront le sens et la portée de la loi applicable. Domat donne l'exemple de l'obligation qui pèse sur le dépositaire de restituer l'objet mis en dépôt à son propriétaire : cette obligation doit-elle être exécutée lorsque ce dernier a perdu la raison ? La règle étant muette à ce propos, le dépositaire devrait exécuter son obligation, néanmoins les conséquences de l'application de la règle pourraient s'avérer terribles pour le déposant. L'interprétation suggérée par Domat suppose de rechercher parmi les autres règles, celle dont le sens serait susceptible d'être opposé à l'obligation de restitution comme par exemple la règle qui défend de donner à un insensé une chose qui pourra périr entre ses mains. Le champ de l'obligation de restitution a priori indéfini se trouve, à la lumière de cette défense, borné dans les cas où le propriétaire perd la raison. Dans cette hypothèse, interpréter une règle signifie porter son attention sur les règles voisines :

*« pour bien entendre une règle, ce n'est pas assez de concevoir le sens apparent des termes, et de la voir seule ; mais il faut aussi considérer si d'autres règles ne la bornent point. Car il est certain que toute règle ayant sa justice, qui ne saurait être contraire à celle d'aucune autre règle, chacune a la sienne dans son étendue. Et c'est seulement la liaison de toutes ensemble qui, étant l'esprit universel de la justice, fait toutes les règles, et donne à chacune son usage propre. D'où il faut conclure que c'est la connaissance de cette équité et la vue générale de cet esprit des lois, qui est le premier fondement de l'usage et de l'interprétation particulière de toutes les règles*<sup>1272</sup> »

Cette interprétation de type systémique prend le nom de « *principe d'interprétation des lois par l'équité*<sup>1273</sup> ».

**Les modes d'« interprétation par l'équité » selon la nature des lois.** Le « principe d'interprétation des lois par l'équité » dit-il « ne regarde pas seulement les lois naturelles ; mais il s'étend aussi aux lois arbitraires, parce qu'elles ont toutes leur fondements dans les

---

<sup>1271</sup> Ibid.

<sup>1272</sup> Ibid. ; l'auteur ajoute : l'interprétation donnant « à la loi son juste effet est toujours fondée sur une autre règle ».

<sup>1273</sup> Ibid.

lois naturelles<sup>1274</sup> ». En dépit de cette connexité, les lois naturelles et positives ne s'interprètent pas identiquement. Le principe d'équité s'applique en considération de la nature volontariste de la loi et se soumet à l'intention du législateur : « dans ces sortes de lois, les *tempéraments de l'équité sont restreints à ce qui peut s'accorder avec l'intention du législateur, et ne s'étendent pas à tout ce qui aurait pu paraître équitable, avant que la loi arbitraire eût été établie*<sup>1275</sup> ». Domat, afin d'illustrer ce type d'interprétation limitée par l'intention du législateur, donne l'exemple suivant : selon l'équité naturelle, un acheteur ne peut se prévaloir de la nécessité du vendeur pour acheter à vil prix. De ce principe, il semblerait juste d'annuler toutes les ventes dont le prix serait en deçà du juste prix. Mais dit-il « les inconvénients de casser toutes les ventes où il se trouverait de pareilles lésions, ont donné sujet à une loi qui a restreint la liberté de résoudre les ventes par la vilité du prix à celle des immeubles où la lésion serait plus grande que de la moitié du juste prix de la chose vendue. Et cette loi fait cesser tout autre usage et toute autre application de l'équité pour la lésion dans le prix des ventes<sup>1276</sup> ».

Les deux modes d'interprétation qui procèdent de l'équité n'ont alors, mis à part leur dénomination et la défense du recours pour le juge à sa subjectivité, véritablement rien en commun. L'interprétation des lois naturelles est une interprétation de type systémique tandis que l'interprétation des lois arbitraires est davantage téléologique<sup>1277</sup>. Or, étant donné que le juge est amené à interpréter davantage les lois positives que les lois naturelles, il faut admettre avec M Berthiau, que la « *notion d'équité est rigoureusement circonscrite dans l'interprétation des lois positives humaines, et par là-même le pouvoir du juge en la matière se voit limité*<sup>1278</sup> ».

**Interprétation par équité et atténuation du droit.** Nous avons souvent rencontré la correspondance entre l'équité et la modération de la sévérité de la règle. L'équité correspond ici à une vertu assimilée à la bienveillance, l'humanité ou la miséricorde. Qu'en est-il dans le

---

<sup>1274</sup> Ibid.

<sup>1275</sup> Ibid.

<sup>1276</sup> Ibid.

<sup>1277</sup> DOMAT J., id. : « *ce n'est donc pas assez pour le bon usage de ce premier fondement de l'interprétation des lois, qui est l'équité, de sentir en chaque règle ce que la lumière de la raison trouve d'équitable dans son expression et dans l'étendue qu'elle paraît avoir ; mais il faut joindre à ce sentiment une vue générale de l'équité universelle, pour discerner, dans les cas qui sont à régler, si d'autres règles ne demandent pas une justice différente, afin de n'en détourner aucune hors de son usage, et d'appliquer aux faits et aux circonstances les règles qui y conviennent ; et si ce sont des lois naturelles, les concilier par l'étendue et les bornes de leur vérité ; ou si ce sont des lois arbitraires, fixer cette équité par l'intention du législateur* ».

<sup>1278</sup> BERTHIAU (D.), op. cit., n° 546

mode d'interprétation proposé par Domat ? Selon le jurisconsulte, si la dureté ou la rigueur de la règle est l'un de ses caractères essentiels, le sentiment d'injustice suscité par son application n'est qu'un effet trompe-l'œil. Tempérer l'application de ce type de règle serait en méconnaître l'esprit. Domat donne l'exemple des formalités ad validatem des testaments. Lorsque le juge pour quelque motif que ce soit fait produire les effets d'un testament manifestement nul pour défaut d'une condition de validité, il ne rend pas un jugement conforme à l'équité puisqu'il anéantit tout bonnement la loi positive et méconnaît l'intention du législateur. Dans les cas où la dureté de la règle n'est « pas une suite essentielle de la loi <sup>1279</sup> » et qu'elle en est séparable, le juge, admet Domat, peut exceptionnellement tempérer la règle par son application. Autrement dit, si les effets de la loi ne sont pas compromis par la modération de la règle interprétée et par « *quelque tempérament que demande l'équité, qui est l'esprit de la loi*<sup>1280</sup> », il faut alors dit Domat « *préférer l'équité à cette rigueur qui paraît demander la lettre, et suivre plutôt l'esprit et l'intention de la loi que la manière étroite et dure de l'interpréter*<sup>1281</sup> ». Le pouvoir d'équité du juge est ainsi partiellement restauré dans des limites assez peu précises, puisqu'il lui revient de déterminer dans quelles mesures la « dureté » de la loi participe à la loi elle-même. Vraisemblablement, seules les règles qui permettent au juge d'exercer un pouvoir d'appréciation ou d'estimation semblent se prêter à l'exercice de ce pouvoir de modération. En revanche toutes les règles consistant en la fixation de conditions telles que celles subordonnant la validité des actes, l'attribution des droits, la reconnaissance de statuts, etc. constituent autant de règles rigides que le juge ne saurait, sans abuser de ses prérogatives, tempérer au moment de leur application.

d) Robert-Joseph Pothier

Celui qu'on surnomme le « père du Code civil », Robert-Joseph Pothier (1699-1772) s'est intéressé tant à l'*aequitas* en droit romain qu'à l'équité en droit contemporain. La question de savoir si l'une et l'autre sont liées dans l'esprit de Pothier fut résolue par M. Humbert :

---

<sup>1279</sup> DOMAT J., loc. cit.

<sup>1280</sup> Ibid.

<sup>1281</sup> Ibid.

l'aequitas et l'équité pour Pothier prétendent à la même fonction mais répondent à des fondements distincts<sup>1282</sup>, à savoir respectivement la Nature et les principes chrétiens.

**L'aequitas romaine : instrument de critique du ius scriptum.** Selon Pothier, l'aequitas est, pour ainsi dire, l'une des « forces créatrices » du droit romain. Poursuivie par les préteurs à travers leurs édits et leur imperium, objet d'étude des jurisconsultes, l'aequitas est la source de la sophistication et de la perfection du droit romain. L'aequitas dans cette conception représente un donné naturel, contrairement au ius qui demeure un construit, et suppose le sentiment d'une priorité ou d'une supériorité de la Nature sur l'homme et ce qu'il produit<sup>1283</sup>. Instrument destiné à rapprocher l'homme de la Nature, l'aequitas présage du conflit entre l'ordre naturel et l'ordre positif. La nature subversive de *l'aequitas* n'a pas manqué à Pothier lorsqu'il l'a examinée. M. Humbert explique que l'aequitas :

« est ici perçue non comme une catégorie judiciaire plaisante, dont la flexibilité la rend apte à être employée dans toutes sortes de situations de nature incertaine, mais bien au contraire comme une arme, un instrument de critique forgé contre la lex, contre le ius civile, contre le ius scriptum. Le conflit entre aequitas et le ius civile, selon Pothier, a nourri le puissant développement du droit romain le faisant culminer jusqu'à l'ultime perfection que l'on connaît<sup>1284</sup> ».

Si l'aequitas en droit romain vise à conformer les rapports sociaux à la Nature, l'équité contemporaine est, selon Pothier le moyen de conformer le droit aux exigences de la moralité chrétienne<sup>1285</sup>. A l'instar de l'aequitas, Pothier souhaite faire de l'équité une force directrice du droit intimement liée le cas échéant aux préceptes chrétiens et en premier lieu à « *l'amour de son prochain*<sup>1286</sup> ». A cette fin, l'on trouve l'équité, analyse M. Humbert, au centre de trois

---

<sup>1282</sup> V. HUMBERT M., « The concept of Equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 29-47.

<sup>1283</sup> V. HUMBERT M., id., p. 38.

<sup>1284</sup> HUMBERT M., id., p. 30 (nous traduisons).

<sup>1285</sup> V. HUMBERT M., id., p. 47.

<sup>1286</sup> Pothier reste toutefois un homme de son temps. Cet amour fraternel disparaît dès lors qu'il s'agit de savoir si l'on doit indexer la valeur d'un « nègre » à son âge pour décider du montant de sa restitution en cas d'éviction de l'acquéreur : « *Dumoulin décide fort bien que le vendeur n'est tenu en ce cas de la restitution du prix qu'au prorata de ce qu'on estimera le temps incertain du reste de la vie de ce nègre. La raison est que quoiqu'un homme soit en soi un être indivisible, néanmoins c'est une espèce de bien dont la durée n'est pas perpétuelle et sans bornes, comme celle d'un fonds de terre ou d'une maison, mais qui a une durée bornée, qui est celle de sa vie ; et c'est sur cette durée que s'en règle le prix* » (POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, Paris : Lebigre, 1832, p. 122).

cercles concentriques dont chaque sphère est de plus en plus large. Le plus petit d'entre eux correspond à l'équité exercée par le juge ; le second correspond à l'équité comme source de prescriptions, enfin, le dernier se réfère à une norme d'interprétation des contrats.

**Strict encadrement du pouvoir d'équité judiciaire.** Dans son *Traité des obligations* Pothier ne fait qu'une seule référence au pouvoir de modération du droit par le juge, en l'occurrence lorsqu'il s'agit de diminuer les dommages et intérêts prévus par contrat<sup>1287</sup>. Pareillement, dans le *Traité de la vente*, ce pouvoir n'est évoqué qu'une seule fois : pour cause d'humanité et selon les circonstances, le juge peut modérer la rigueur du principe selon lequel l'acheteur ne peut demander une partie de la chose vendue avant d'avoir payé la totalité du prix<sup>1288</sup>. Le pouvoir d'équité se révèle ainsi extrêmement réduit. Le juge n'est pas autorisé, au travers de l'équité, à compléter ou corriger la loi. Il ne peut que modérer, exceptionnellement, la rigueur du droit lorsque les circonstances l'exigent.

**L'équité civile : source de prescriptions.** Dans un second temps, l'équité sert à justifier une solution dont Pothier suggère l'introduction en droit positif. L'équité est alors employée de *lege feranda* comme source de droit destinée à corriger ou à compléter le droit en vigueur. Elle sert à introduire par exemple une exception, à écarter l'application d'une loi ou justifie la création d'une obligation. Ces fonctions se révèlent à l'observation du langage déontique employé lorsque le sujet est l'« équité » : l'équité tour à tour « permet », « oblige<sup>1289</sup> », « veut<sup>1290</sup> », « rend obligatoire<sup>1291</sup> » ou, négativement, « ne permet pas<sup>1292</sup> ».

---

<sup>1287</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, préf. HALPERIN J.-L., Paris : Dalloz, 2011, p. 72 : « cette loi de Justinien, en tant qu'elle borne la modération des dommages et intérêts excessifs, précisément au double de la valeur de la chose, est en cela une loi arbitraire qui n'a pas autorité de loi dans nos provinces. Mais le principe sur lequel elle est fondée, qui ne permet pas qu'un débiteur à qui on ne peut reprocher aucun dol, soit tenu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de son obligation, au-delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter au plus haut, étant un principe fondé dans la raison et l'équité naturelle, nous devons le suivre, et modérer conformément à ce principe les dommages et intérêts, lorsqu'ils se trouvent excessifs, en laissant cette modération à l'arbitrage du juge » ; position consacrée à l'article 1150 du Code civil.

<sup>1288</sup> POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, Paris : Lebigre, 1832, p. 44.

<sup>1289</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 13 et p. 43.

<sup>1290</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 103.

<sup>1291</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 52.

<sup>1292</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 24 ; v. égal. p. 122, p. 124, p. 160, p. 173, p. 212, p. 222 et p. 303.

Lorsque Pothier constate une lacune du droit ayant pour effet de desservir inutilement les intérêts d'une partie, il emploie l'équité comme fondement ou cause d'obligation<sup>1293</sup>, d'exception ou de limitation, destinée à concilier les intérêts des parties. Fondamentalement, l'équité se conçoit positivement comme un principe d'égalité ou d'équivalence<sup>1294</sup> ou négativement, comme la norme prohibant l'enrichissement aux dépens d'autrui<sup>1295</sup>. En ce sens, l'équité est thérapeutique, elle vise à compenser par différents moyens les faiblesses du droit existant. A titre d'illustration, indiquons quelques solutions prodiguées par Pothier au nom de l'équité. Elle sert de fondement au quasi-contrat<sup>1296</sup>, elle fonde la limitation du montant des clauses pénales dans les contrats commutatifs<sup>1297</sup>, ainsi que l'obligation d'indemniser le contractant victime d'un préjudice résultant des circonstances particulières de la conclusion du contrat à distance<sup>1298</sup>. Elle fonde encore l'exception au principe admis par Pothier selon lequel le refus de remettre la chose vendue peut se résoudre soit par dommages et intérêts soit par la délivrance forcée. Pour cette solution, Pothier donne l'exemple de celui qui, ayant l'intention de détruire sa maison, propose par avance des poutres à la vente. Celui qui a exprimé son intention d'acquérir ses poutres ne serait fondé selon Pothier à exiger qu'elles lui soient remises si l'offrant renonce finalement à la démolition de sa maison :

---

<sup>1293</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 4 : « les causes des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits; quelquefois la loi ou l'équité seule ».

<sup>1294</sup> POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., p. 171 : « la justice et l'équité, dans ces contrats [de vente], consistent dans l'égalité. Tout ce qui tend à la blesser est donc contraire à l'équité ».

<sup>1295</sup> POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., p. 179 : « dans le contrat de vente, de même que dans tous les contrats commutatifs, l'équité veut que ce que chacune des parties donne soit l'équivalent de ce qu'elle reçoit, et que l'une des parties ne veuille par profiter aux dépens de l'autre ». V. encore p. 202.

<sup>1296</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 52-53 : « dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés quasi-contrats; parceque, sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats ».

<sup>1297</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 160 : « c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages et intérêts du créancier résultants de l'inexécution de l'obligation primitive. Cette décision doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que l'équité qui doit régner dans ces contrats, ne permettant pas que l'une des parties profite et s'enrichisse aux dépens de l'autre, il serait contraire à cette équité que le créancier s'enrichît aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop excessive, et trop manifestement au-dessus de ce qu'il a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive ».

<sup>1298</sup> Cas d'un acheteur qui envoie une lettre à un vendeur de marchandises pour lui commander une certaine quantité de celle-ci et qui se ravise par l'envoi d'une seconde lettre. Dans la période intermédiaire, si le vendeur a engagé des frais ou perdu l'occasion de vendre ses marchandises à un prix plus élevé, une obligation d'indemnisation née de la règle d'équité que personne ne doit souffrir du fait d'autrui, pèse sur l'acheteur qui s'est ravisé (v. POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., pp. 22-23).

L'équité justifie encore l'extinction de l'obligation de restitution de la chose du fait de sa disparition fortuite alors que ni le droit du propriétaire sur les restes ou les accessoires de la chose ni, corrélativement, l'obligation du débiteur de lui restituer ceux-ci ne disparaît, v. POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., pp. 335-337.

*« il y a un intérêt public qui s'oppose à la démolition d'un édifice ; et d'ailleurs, lorsque le débiteur doit ressentir de l'exécution de son obligation un dommage beaucoup plus considérable que celui que le créancier peut ressentir de l'inexécution, il est de l'équité que le créancier se contente d'être indemnisé de ce qu'il souffre de l'inexécution, par une condamnation de dommages et intérêts, et qu'il ne puisse contraindre en ce cas le débiteur à l'exécution précise de l'obligation. C'est ce qui résulte du second précepte de la loi, qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes<sup>1299</sup> ».*

L'équité, quand bien même elle est fondée sur l'obligation chrétienne d'aimer autrui, prend ici la forme d'une véritable « balance des intérêts ». Il faudra toutefois attendre Bentham pour que l'utilité soit poursuivie pour elle-même. A l'époque de Pothier, il convient encore de corréler la satisfaction des intérêts individuels avec une norme naturelle ou, en l'occurrence, divine. La satisfaction des intérêts, but pratique du droit, est facilitée par l'instrument de l'équité rattaché à Dieu, en témoigne, cette règle de l'équité : « étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien<sup>1300</sup> ».

**L'équité « de conscience ».** Enfin, dans son analyse, M. Humbert note que l'équité est employée pour introduire des principes d'interprétation du contrat<sup>1301</sup> attachés à l'équivalence des prestations<sup>1302</sup>. Néanmoins cette équité dite « de conscience » contraint moralement sans obliger juridiquement. L'analyse de la lésion par Pothier permet d'appréhender cette fonction morale de l'équité :

« L'équité doit régner dans les conventions : d'où il suit que dans les contrats intéressés dans lesquels l'un des contractants donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion que souffre l'un des contractants,

---

<sup>1299</sup> POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., p. 50.

<sup>1300</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 272 : « cette obligation du créancier de céder ses actions est fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien ».

<sup>1301</sup> Par exemple, le principe d'équité selon lequel il n'est pas permis de jouir de la chose et du prix (v. POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., pp. 211-212 ; HUMBERT M., « The concept of equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier », art. préc., p. 45).

<sup>1302</sup> Précisons que la notion « d'équilibre » n'est jamais employée –du moins dans son *Traité des obligations* et son *Traité du contrat de vente*.

quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux, parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner<sup>1303</sup> ».

Ce principe d'équité se voit cependant opposer la sûreté et la liberté commerciale :

« Quoique toute lésion, quelle qu'elle soit, rende les contrats iniques, et par conséquent vicieux, et que le for intérieur oblige à suppléer le juste prix, néanmoins, dans le for extérieur, les majeurs ne sont point écoutés à se plaindre de leurs conventions pour cause de lésion, à moins que la lésion ne soit énorme ; ce qui a été sagement établi pour la sûreté et la liberté du commerce, qui exige qu'on ne puisse facilement revenir contre les conventions; autrement nous n'oserions contracter, dans la crainte que celui avec qui nous aurions contracté, s'imaginant avoir été lésé, ne nous fit par la suite un procès<sup>1304</sup> ».

La solution qui résulte du conflit entre équité et sécurité juridique se résout donc par la distinction entre for intérieur et for extérieur. Tout déséquilibre des prestations ne saurait emporter lésion qu'au for intérieur, tandis qu'au for extérieur, prévaut la sécurité juridique. A l'instar de l'équité, cette distinction entre for extérieur et for intérieur est le moyen pour Pothier d'intégrer « dans le corps du droit des lois positives (qui peuvent être invoquées devant les tribunaux) et des lois naturelles (qui ne peuvent à elles seules donner naissance à un contentieux, sans être pour autant hors du droit)<sup>1305</sup> ». L'équité permet ainsi d'exiger, quoique seulement au for intérieur, le juste prix<sup>1306</sup> ou encore la communication des informations utiles<sup>1307</sup>, prodrome de l'obligation d'information.

L'équité au for intérieur comprend finalement des obligations essentiellement morales dont la sanction ne saurait aller, pour l'instant, au-delà de remords ou de la peur du pêché. Toutefois

---

<sup>1303</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 19.

<sup>1304</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. 19.

<sup>1305</sup> HALPERIN J.-L., « Préface », in, POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, op. cit., p. X.

<sup>1306</sup> POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., p. 218 : « *la même raison d'équité qui ne permet pas au vendeur de vendre au-delà du summum pretium du juste prix, ne permet pas non plus à l'acheteur d'acheter au-dessous de l'infimum pretium du juste prix* ».

<sup>1307</sup> POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, op. cit., p. 217 : « *la raison est, que la bonne foi et l'équité qui doivent régner dans le contrat de vente obligent les parties contractantes à ne rien dissimuler de ce qu'ils savent touchant la chose qui fait l'objet du marché* ».

cette équité « de conscience » ne repose pas sur d'autres principes que l'équité « civile » employée par Pothier pour suggérer des solutions objectives : l'« équité civile » est fondée sur la réparation des torts causés à autrui, la raison naturelle et la bonne foi, la nature des contrats, l'amour du prochain, tandis que l'« équité de conscience » est fondée sur la réparation, le respect des promesses, la bonne foi et l'équilibre<sup>1308</sup>. Dès lors considère M. Humbert, il faut plutôt envisager l'équité comme seule et unique : elle ne se décline chez Pothier que par degrés d'intégration au droit.

## Conclusion de la section une

Le discours de l'équilibre à Rome (aequum) a généré un discours jusnaturaliste de l'équilibre (aequitas). Les efforts de Cicéron ont payé puisque les juges, préteurs et jurisprudents se saisissent de la notion qui offre à l'interprète une grande marge de manœuvre ce qui lui permet de s'intéresser aux intérêts en présence. Une fois bien intégrée au droit romain, la notion se diffuse dans les ordres juridiques étrangers comme en France ou en Angleterre. Témoin de ce phénomène la doctrine tente de contenir la liberté du juge en tentant de définir l'aequitas à partir de la loi ou de l'esprit du législateur.

---

<sup>1308</sup> HUMBERT M., « The concept of equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier », art. préc., p. 46.

## Section 2 : Les fonctions de l'instrument d'équité

Sous couvert d'interpréter le droit à la lumière de l'équité, les juges, soit, créent du droit c'est-à-dire, suppléent ou complètent le droit existant, soit ils le corrigent.

### I) La création du droit

Le pouvoir d'équité a pu être exercé de manière positive pour créer de nouvelles règles en dehors de celles existantes. L'équité a servi à justifier des innovations juridiques afin de répondre aux besoins sociaux. Nous contenterons ici de présenter quelques illustrations notoires de l'emploi de la notion d'« équité » par les juges destiné à justifier le dépassement du droit strict rendu nécessaire par les évolutions sociales et ce en droit romain (A), français (B) et anglais (C)<sup>1309</sup>.

#### A) L'exemple de l'action de *in rem verso* en droit romain

Fondée sur l'*aequitas*<sup>1310</sup>, l'action de *in rem verso* est l'innovation juridique qui tire vraisemblablement le plus beau parti de l'idée d'équilibre<sup>1311</sup>.

L'objet de cette action consiste à rétablir une forme d'égalité patrimoniale entre les intéressés dans l'hypothèse où, à la suite d'un même fait, un patrimoine s'est enrichi tandis qu'un autre s'est corrélativement appauvri sans qu'aucune raison ne justifie leur perte et leur gain

---

<sup>1309</sup> L'équité canonique est elle-même source d'innovations. A partir de la compréhension large de l'*aequitas* fournie par Martinus, des instruments et des techniques étrangères comme la lettre de change et la clause à ordre ont pu être encadrés par le droit (v. THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », art. préc., in, p. 20) ; plus fondamentalement, diverses innovations juridiques trouvent dans l'équité canonique leurs sources. Citons parmi les innovations du droit canonique justifiées par l'équité, les règles qui conditionnent la formation du contrat et la prescription à la bonne foi ou encore celle qui prohibe le prêt à intérêt. Mais ces créations ne sont pas tant l'œuvre du juge que du législateur canonique lorsque celui-ci s'est emparé de l'équité.

<sup>1310</sup> GIRARD P. F., op. cit., p. 653 : « les Romains ont, à notre sens, admis dès une époque très ancienne, que celui qui se trouve retenir sans cause une chose venant d'autrui est débiteur de la restitution, y est obligé re. Et ils l'ont admis, non pas, comme dit une doctrine connue, en vertu d'une extension des règles du contrat (...) mais au contraire en vertu du principe selon lequel celui qui a acquis ou qui retient sans cause le bien d'autrui est obligé par l'équité à le rendre, non pas en vertu d'une idée de contrat, mais en vertu d'une idée d'acquisition ou plus largement de conservation sans cause ».

<sup>1311</sup> VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, p. 32 : « 'l'enrichissement sans cause'. Cette maxime exprime le principe de la justice commutative : si quelque chose est dérangé dans l'équilibre des patrimoines, si l'un s'est accru aux dépens de l'autre sans contrepartie, il faut rétablir l'équilibre ».

respectif. L'enrichissement sans cause, cette « *soupage d'équité* » disait Benabent<sup>1312</sup> est l'une des manifestations les plus évidentes du précepte moral de justice<sup>1313</sup> que l'on trouve déjà en substance chez Aristote<sup>1314</sup>.

Nous l'avons vu, aux III<sup>e</sup> et II<sup>e</sup> siècles av. J.-C., au travers des actions in bonum et aequum conceptae, le juge disposait de la faculté, exceptionnelle, « *d'empêcher qu'aucune des parties ne s'enrichisse aux dépens de l'autre*<sup>1315</sup> ». D'autres techniques spécifiques à chaque type de situation ont été développées et consistent de manière générale à obtenir la répétition de la valeur dont le transfert illégitime a causé, dans chacun des patrimoines, un appauvrissement et corrélativement un enrichissement. Ainsi, dès le II<sup>e</sup> siècle av. J.-C., l'acquisition d'une propriété ex inusta causa, permettait au propriétaire spolié de recouvrer son bien<sup>1316</sup>. Cela fut ensuite étendu à toute détention injuste d'une valeur issue d'un contrat exécuté ou non, d'un vol ou de toute autre cause qui en rend la conservation illégitime<sup>1317</sup>.

*B) Innovations en matière de responsabilité civile sous  
l'Ancien droit*

**L'équité sous les Parlements : au-delà des idées reçues.** L'équité sous l'Ancien Régime semble se réduire aux abus qui ont été commis en son nom. Ceux-ci furent probablement nombreux puisque au XVI<sup>e</sup> siècle la renommée des Parlements dépassait les frontières du territoire. En outre, à côté de l'usage de l'équité, les Parlements abusèrent d'autres moyens tels que les remontrances (pour retarder l'enregistrement des Lettres Patentes) et les arrêts de

---

<sup>1312</sup> BENABENT A., Droit des obligations, Paris : Lextenso, 2012, 13<sup>e</sup> éd., n° 484.

<sup>1313</sup> MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., Les obligations, Paris : Defrénois, 2005, 2<sup>e</sup> éd., n° 1056 : « *des profondeurs de l'histoire et de la conscience humaine vient un principe qui domine l'ensemble de la vie sociale : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Précepte moral qui traduit l'idée première du droit : suum cuique tribuere : rendre à chacun le sien* » ; FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, t.2, responsabilité civile et quasi-contrats, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2010, p. 3 : « empruntant aux célèbres formules du Digeste, on peut donc dire que le droit des engagements involontaire veille à ce que l'on ne nuise pas à autrui (*neminem laedere* : ne pas nuire à autrui) et, réciproquement, que l'on ne s'enrichisse pas indûment aux dépens d'autrui (*suum cuique tribuere* : rendre à chacun le sien) ».

<sup>1314</sup> PICHONNAZ P., Les fondements romains du droit privé, Genève, Schulthess, 2008, p. 347 : « dans son Ethique à Nicomaque, Aristote traite de la justice au sens étroit, considérant que chacun est tenu de restituer son enrichissement obtenu en violation des principes de justice. Plus loin, il précise que la « justice rectificative est composée de deux groupes : les transactions qui sont volontaires (...) parce qu'elles reposent sur la volonté, et celles qui sont involontaires, parfois clandestines (...), parfois violentes. Lorsqu'elles sont involontaires, il faut restituer l'enrichissement. On retrouve donc cette dualité contrat/délit, qui est en lien avec la notion d'enrichissement illégitime ».

<sup>1315</sup> V. supra.

<sup>1316</sup> V. GAUDEMET J., CHEVREAU E., Droit privé romain, Paris : Montchrestien, 2009, p. 286.

<sup>1317</sup> GIRARD P. F., op. cit., p. 653.

règlements. Précisons que l'historiographie du XIXe siècle a fortement contribué à répandre une image partiellement biaisée de l'équité sous l'Ancien Régime. Durant la période de l'exégèse et du légalisme, la doctrine, en dépoussiérant et en réitérant régulièrement « Dieu nous garde de l'équité des Parlements<sup>1318</sup> » réussit – les effets s'en ressentent encore- à faire accroire que la pratique de l'équité se résumait à l'exercice d'un pouvoir arbitraire, au règne de la subjectivité pure, à la fantaisie suprême du juge (l'« équité fantastique<sup>1319</sup> ») et qu'elle n'avait pour d'autre effet que de susciter la crainte des justiciables<sup>1320</sup>. Même le droit prétorien romain, loué par Pothier au siècle précédent, devenait aux yeux des romanistes du XIXe une « espèce d'usurpation du pouvoir législatif<sup>1321</sup> » et une « déviation des vrais principes politiques<sup>1322</sup> ».

Les quelques travaux sur l'équité sous l'Ancien régime montrent, à l'encontre des idées héritées, que l'équité ne se réduit pas, en tant que pratique, à ces abus et qu'elle ne fut « pas seulement un voile commode dissimulant tant bien que mal *partialité ou l'ignorance des juges*<sup>1323</sup> ». Avant d'être dévoyée l'équité entre les mains de juges consciencieux demeurait maîtrisée<sup>1324</sup>. A l'appui de plusieurs exemples, M. Boyer eut l'occasion de rappeler cette vérité. Parmi ces illustrations nous nous bornerons à évoquer quelques éléments introduits grâce à l'équité dans le champ de la responsabilité délictuelle sous les Parlements.

**Le droit de la responsabilité délictuelle au début du XVIe.** A cette époque, aucun principe général ne présidait au droit de la responsabilité délictuelle qui se composait essentiellement de règles spéciales issues de coutumes locales et de textes romains<sup>1325</sup>. Les efforts des canonistes et des romanistes pour rationaliser le corpus de règles éparses ont abouti à deux systèmes de responsabilité distincts. Celui des canonistes est axé sur la faute appréhendée comme un péché et celui des romanistes repose sur le dommage. Parce que la réparation est

---

<sup>1318</sup> Sur l'origine de l'adage, v. BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 211.

<sup>1319</sup> GRIMAUDET Fr., *Œuvres*, Paris : Fouët, 1669, p. 498.

<sup>1320</sup> M. Berthiau constate que cet adage n'est pas repris chez les auteurs sous l'Ancien Régime et qu'elle réapparaît dans les Principes de droit civil de Laurent en 1878 (v. BERTHIAU D., op. cit., n° 551) ; beaucoup de griefs contre l'équité constate M. Nivet sont « situés » à certaines époques de l'histoire ( v. NIVET F., « Equité et légalité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 168).

<sup>1321</sup> BLONDEAU J. B. A. H., *Chrestomathie*, Paris : Videcoq, 1830, p. 108.

<sup>1322</sup> Ibid.

<sup>1323</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., pp. 234-235.

<sup>1324</sup> Selon la formule de Mme Fouletier (v. FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, préf. PACTEAU B., Paris : LGDJ, 2003, p. 9).

<sup>1325</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 217-218.

perçue chez les canonistes comme une source d'expiation, la réparation du dommage était strictement subordonnée à la mesure de la faute. Au contraire, le système des romanistes suppose la réparation intégrale du dommage indépendamment de la nature de la faute. Chaque système présentait des lacunes puisque selon le premier, la victime demeurait partiellement indemnisée tandis que dans le second l'étendue de la responsabilité de l'auteur du dommage pouvait être, au regard de la faute commise, disproportionnée.

**Les innovations justifiées par l'équité.** La complémentarité de ces deux systèmes permettait aux juges de répondre à la plupart des besoins, néanmoins certains cas à la marge demeuraient privés de solution particulière. En cas d'insolvabilité de l'auteur de la faute, par exemple, les juges ont décidé d'étendre l'obligation de réparation à ses héritiers. Cette solution, fondée sur une « conception nouvelle<sup>1326</sup> » du droit à la réparation du dommage et sur l'équité canonique<sup>1327</sup>, permettait de pallier l'absence de compensation du dommage subi par la victime.

Une autre situation atteste du rôle créateur de l'équité. A la suite d'un dommage, lorsqu'aucune faute ne pouvait être imputée à un auteur précis, les Parlements au nom de l'équité se sont fondés sur un devoir de solidarité sociale incombant aux membres de la communauté. Ce devoir social se traduisait en obligation collective de réparation. Certains Parlements ont ainsi condamné des paroisses pour indemniser les victimes des exactions commises durant la guerre. Certains Parlements sont même allés jusqu'à condamner les habitants épargnés (voire ceux des communes avoisinantes) pour les obliger à contribuer aux réparations<sup>1328</sup>.

En matière de responsabilité extracontractuelle, conclut M. Boyer, le pouvoir d'équité a servi à élaborer « *non des règles précises, mais des directives dont l'application comportait une marge d'imprécision et, par suite, d'arbitraire*<sup>1329</sup> ».

### *C) Innovations en droit anglais*

---

<sup>1326</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 223.

<sup>1327</sup> Selon les canonistes (et contrairement aux civilistes), la réparation des torts est une obligation qui lie l'auteur et ses héritiers.

<sup>1328</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 229.

<sup>1329</sup> BOYER G., id., p. 235.

L'Equity repose sur un principe de conformité au droit commun : « Equity follows the law ». Cela signifie que les juridictions d'équité se conforment, au fond, aux règles de la Common law et n'interviennent, en principe, que pour la compléter, c'est-à-dire, remédier à ses lacunes<sup>1330</sup>.

Parmi les innovations les plus notables de la Cour de Chancellerie, citons la sanction contractuelle d'exécution forcée. Normalement en déclenchant une procédure devant une cour de Common law, le contractant n'ayant reçu de son cocontractant la chose promise ou la prestation convenue ne pouvait espérer qu'une exécution de l'obligation en argent. Cette sanction unique ne répondait pas complètement aux besoins du créancier lequel, dans certains cas, avait davantage intérêt à obtenir l'exécution en nature de la prestation à laquelle s'était engagé son débiteur. La Cour de Chancellerie a pallié cette lacune en proposant au créancier de solliciter auprès d'elle un décret d'exécution forcée (decree of specific performance) enjoignant le débiteur d'exécuter en nature l'obligation promise<sup>1331</sup>.

Toujours dans le domaine contractuel, l'Equity a permis d'étendre les causes de nullité du contrat pour vice du consentement. La Common law ne concevait, par exemple, quant au vice de violence, que les actes de violence physiques de nature à emporter le consentement. Au nom de *l'Equity*, le vice de violence a été admis lorsque celle-ci était de nature morale, par exemple, lorsqu'une partie a tiré partie de sa qualité (parent, tuteur, employeur, médecin etc.) pour déterminer le consentement de l'autre partie.

On peut encore citer l'intervention de *l'Equity* en matière probatoire. En droit de la Common law, le procès peut être comparé à « une sorte de tournoi dans lequel le juge a un rôle *d'arbitre*<sup>1332</sup> » : chacun rapporte les preuves de nature à soutenir sa prétention mais nul ne peut obliger l'autre à produire un document en sa possession. La Cour du Chancelier au contraire s'autorise à enjoindre une partie de produire ce type de document au travers d'un discovery order. Le but étant moins d'arbitrer selon des règles probatoires strictes susceptibles d'être détournées que de faire éclater la vérité pour apprécier en conscience la prétention de chaque partie.

---

<sup>1330</sup> V. POTTAGE A., Common law, Encyclopaedia Universalis ; SCHNERB J.-M., th. préc., p. 34 et s. ; sur la plus célèbre innovation de *l'Equity* à savoir le trust, v. HOLMES W. O., « Early english Equity, in, Select Essays in anglo-american legal history », Boston : Little Brown, 1906, p. 708 et s. ; ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, Paris : Rousseau, 1927, pp. 119 et s. ; CUNIBERTI G., Grands systèmes de droit contemporains, Paris : LGDJ, 2011, n° 132).

<sup>1331</sup> V. ANCEL M., op. cit., p. 119 et s.

<sup>1332</sup> DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., Les grands systèmes de droit contemporains, Paris : Dalloz, 2002, 11<sup>e</sup> éd., p. 253.

## Transition.

### II) La correction du droit

Lorsque la stricte application formelle de la règle aboutit, dans une espèce donnée, à une solution manifestement insatisfaisante pour les parties ou qui lèse excessivement les intérêts de l'une sans aucune justification matérielle (*summa ius, summum injuria*), le juge est tenté de ne pas appliquer exactement le droit en vigueur et d'opter pour une règle plus appropriée. Un tel irrespect des formes de la règle nécessite d'être justifié. L'équité remplit ce rôle. Quand l'équité est utilisée pour justifier une application contraire à la loi, elle est qualifiée de *contra legem* (ou *adversus legem*).

Pour illustrer la fonction correctrice de l'équité, nous observerons le cas de la rescision d'immeuble sous l'ancien droit (A). Nous examinerons également cette fonction en droit canonique attribuée non à l'équité/*aequitas* mais à l'équité/*epieikeia* (B).

#### A) La correction de la procédure de rescision sous l'Ancien Régime

Dans le domaine de la responsabilité, M. Boyer a relevé que l'équité des Parlements a contribué à corriger le droit en vigueur. L'équité justifiait la disparition de certaines mesures trop archaïques comme l'abandon noxal ou trop compliquées comme le *damnum infectum*. Mais l'on trouve un exemple de correction plus parlant dans le champ des procédures d'exécutions ou la procédure de rescision d'immeuble. Ce dernier exemple mérite que l'on s'y attarde, et ce d'autant plus qu'il illustre la nature subversive du pouvoir d'équité.

Le problème concernait deux ordonnances royales de 1539 et de 1551 disposant des modalités de la vente forcée des immeubles du débiteur afin que les créanciers puissent se payer sur le prix. De prime abord, ce dispositif en faveur des créanciers semblait assez brutal car il « *heurtait le sentiment, si profond dans l'ancienne France, qui poussait à la conservation des biens dans les familles*<sup>1333</sup> ». En outre, son efficacité s'avérait discutable : les immeubles

---

<sup>1333</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., pp. 215-216.

étaient vendus à vil prix au détriment et des débiteurs et des créanciers. Les désordres provoqués par les guerres de religion ayant creusés les dettes, les adjudications furent encore plus désastreuses pour les débiteurs. En réaction, le Parlement de Toulouse introduisit une procédure nouvelle consistant en l'octroi au profit du débiteur d'une action en rescision avec prescription décennale, pour rescinder la vente, « rabattre le décret », et recouvrer la propriété de l'immeuble dont il avait été exproprié. M. Boyer constate que cette jurisprudence transgressait ouvertement les dispositions impératives issues du pouvoir royal, pourtant, aucune réaction d'hostilité de la part des plaideurs ni de celle des officiers du roi fut relevée. Plus que tolérée, cette jurisprudence fut consacrée en 1736 par une déclaration royale : « *c'est la preuve que l'équité des Parlements était unanimement considéré comme une source du droit et non comme un abus de pouvoir*<sup>1334</sup> ».

#### B) *La correction du droit canonique à travers l'epikie*

**Définition de l'epikie.** Selon M. Schoupe, « *en tant qu'acte, l'epikie est un jugement privé et subjectif, relevant de la prudence, par lequel l'intéressé décide qu'en conscience il n'est pas tenu d'observer la loi, parce qu'il se trouve dans certaines circonstances particulières*<sup>1335</sup> ».

L'*aequitas canonica* ayant été appropriée par le législateur et l'autorité papale, la correction de la loi ne pouvait s'exercer au fondement de cette notion. C'est donc à partir d'une autre notion, relativement connexe, l'*epieikeia* d'Aristote, que les juges canoniques ont synthétisé un instrument correctif.

**Confusion de l'*epieikeia* et de l'*aequitas*.** Parallèlement à la formalisation de l'*aequitas canonica*, est restaurée l'équité aristotélicienne, l'*epieikeia*, que Saint Thomas d'Aquin avait traduite par *aequitas*<sup>1336</sup> et dont il avait précisé les motifs de recours. L'équité-epieikeia selon lui ne peut conduire à écarter la loi écrite que dans les cas où son application aboutirait à

---

<sup>1334</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 217.

<sup>1335</sup> SCHOUPE J.-P., *Le droit canonique*, préf. GAUDEMET J., Bruxelles : Story-Scientia, 1991, p. 132.

<sup>1336</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa-IIae, question 120, art. 1 et 2. V. aussi : DUBOIS M., « The virtue of Aequitas in the Moral Philosophy of Thomas Aquinas », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 140-150.

méconnaître l'égalité ou le droit naturel, ou encore à compromettre le bien commun<sup>1337</sup>. En outre, dans les cas où le recours à l'équité ne serait pas évident, Saint Thomas préconise au juge de consulter le législateur.

**La fonction correctrice de l'epikie.** En intégrant *l'epieikeia* à la pensée chrétienne, Saint Thomas joue au XIIe siècle un rôle décisif pour « la promotion au sein des sciences religieuses de cette notion philosophique d'équité<sup>1338</sup> ». A partir de son œuvre, Suarez va restaurer la notion d'*epieikeia*, sous forme d'*epikie* et lui attribuer un sens nouveau<sup>1339</sup>. Pour l'auteur, *l'epikie* ne concerne pas l'interprétation ou la modération de la loi mais la correction apportée dans l'application de la loi par ceux qu'elle oblige. *L'epikie* est la disposition par laquelle la conscience individuelle du sujet de droit ou du juge, en son for interne, justifie de ne pas respecter la loi. Trois cas sont toutefois expressément prévus par Suarez : lorsque l'obéissance à la loi produit une iniquité ou une sanction trop lourde, ou encore, lorsqu'à l'évidence le législateur n'a pas souhaité que la loi s'applique dans la situation précise où se trouve le sujet. Dans ce dernier cas, correspondant à l'habilitation présumée du juge par le législateur de corriger la loi, il s'agit de rechercher l'epikie du législateur lui-même.

L'epikie constitue donc l'instrument à disposition du juge canonique afin de corriger tempérer une loi lorsqu'elle lui semblera trop dure et à condition que cette dernière soit contraire au droit naturel, à la justice ou au bien commun<sup>1340</sup>.

## Conclusion de la section deux

Pour le juge, l'intérêt de l'« équité » réside dans le caractère indéfini du terme qui lui permet d'être relativement affranchi de la norme formelle. En ce sens, le juge dispose de la faculté de créer du droit, voire de corriger le droit produit par le souverain.

---

<sup>1337</sup> SAINT THOMAS D'AQUIN, Somme théologique, I-IIae, question 96 et IIa, IIae, question 120, art. 1 et 2.

<sup>1338</sup> ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 8.

<sup>1339</sup> V. LEFEBVRE Ch., « Epikie », in, NAZ R. (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*, Paris : Letouzey et Ané, 1935-1965.

<sup>1340</sup> SCHNERB J.-M., th. préc., p. 30.

### Section 3 : les effets critiques du pouvoir d'équité

La formalisation de *l'aequum*, de *l'aequitas*, de *l'équité* ou de *l'Equity* s'explique par le besoin, à une époque et à un lieu donnés, d'adapter les règles aux évolutions sociales. L'équité n'est que l'instrument opératoire destiné à atteindre cet objectif. Aussi utile soit-il, cet instrument employé par le juge pour s'affranchir des formes de la règle posée est une fiction qui, une fois entrée dans le langage des acteurs du droit, peut difficilement disparaître après avoir atteint l'objet pour lequel il a été élaboré. Cette phase critique se répercute à plusieurs niveaux.

La nature du pouvoir d'équité, sa puissance ainsi que ses effets ne vont pas sans poser une série de problèmes qu'il est possible de regrouper en trois ordres : épistémologique (I), social (II) et politique (III).

#### I) Le problème épistémologique

**La définition de l'équité : un faux problème.** Le problème épistémologique fondamental posé par l'équité serait sa définition<sup>1341</sup>. Néanmoins, ce problème ne découle pas de l'équité elle-même mais de la méthode choisie d'une part, à savoir celle consistant à saisir la signification d'un mot a priori et indépendamment de ses usages, comme si le mot « équité » pouvait supporter un sens juridique avant qu'il n'existe, et d'autre part, de l'idéalisme qui préside à cette méthode consistant à voir en le terme « équité » le signe référentiel d'un idéal<sup>1342</sup>. Or, la notion juridique d'« équité » est absolument rétive à cette méthode puisque cette notion, comme nous l'avons vu, a été créée de toute pièce à partir du terme *aequum* désignant originellement ce qui est équilibré, afin de servir à dépasser le formalisme du droit strict et juger en fonction des intérêts en jeu. Dès lors la définition du mot « équité » est un faux problème épistémologique dès lors qu'on adopte la perspective professée par Wittgenstein selon laquelle la communication répond à des « jeux de langage ». Pour s'intéresser aux significations de l'équité, il faut déterminer l'agent qui utilise le terme (le juge, le législateur, la doctrine), son intention par rapport au contexte et le résultat produit. L'on donnera un exemple très concret de cette démarche lorsque nous aborderons plus loin la

---

<sup>1341</sup> Pour une synthèse, v. ALBIGES Ch., « Equité », Rép. civ. Dalloz, 2009, n° 30 et s.

<sup>1342</sup> TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », art. préc., p. 297 : « *c'est également en prenant l'équité comme la justice en tant qu'idéal que nous comprendrons son ambivalence* ».

question épineuse soulevée par l'invitation du législateur adressée au juge de trancher en « équité ».

Preuve toutefois que la recherche de l'« essence » de l'équité est une vaine quête, nombre d'auteurs ont dirigés leurs efforts à la recherche de ses fonctions<sup>1343</sup>. On remarquera également, afin de se convaincre de la vacuité de la notion d'équité et de son caractère exclusivement fonctionnel, que le terme lorsqu'il n'est plus susceptible de remplir sa fonction créatrice ou correctrice est substitué. Ainsi en Angleterre, pour dépasser le droit strict et faire prévaloir la rationalité matérielle sur la rationalité formelle, on ne fait plus appel à l'équité (equity) mais à la « natural justice » ou à la « policy »<sup>1344</sup>, aux Etats-Unis, est utilisée la notion de fairness<sup>1345</sup>, en France celle d'« abus de droit », etc. Or, si le terme était porteur d'une signification propre ou s'il désignait une idée claire ou une essence, il n'y aurait aucune raison de recourir à ces autres notions qui répondent aux mêmes fonctions.

L'équité pose toutefois un véritable problème épistémologique lorsqu'elle pénètre l'ordre juridique. Il s'agit ici de s'intéresser au rapport entre l'équité et le concept de « source de droit ».

**Equité et source de droit.** Entrée dans le langage des acteurs du droit, la notion d'« équité » justifie l'interprète qui n'applique pas strictement l'énoncé de la loi au cas d'espèce. La répétition du procédé conduit à s'interroger sur la nature juridique de l'équité : s'agit-il qu'un terme rhétorique utile au juge ou au juriconsulte pour expliquer certaines solutions ou véritablement d'une source de droit<sup>1346</sup> ? La réponse ne saurait être uniforme en raison des usages de l'équité. Il faut alors distinguer les cas où l'équité ne constitue pas une source de droit et les cas où elle est considérée comme telle.

---

<sup>1343</sup> Pour les références v., ALBIGES Ch., « Equité », art. préc., n° 36 et s.

<sup>1344</sup> TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », art. préc., pp. 288-289 : « *l'équité sous le nom de natural justice, est venue, dans une troisième vague, pourrait-on dire, déferler et sur la Common law et sur l'Equity, et remplir par divers principes généraux quelques-unes de leurs lacunes. (...) On observe de plus en plus de décisions qui se fondent sur des considérations de policy, en d'autres termes sur des considérations de politique au sens aristotélicien du terme – on pourrait dire encore : de justice sociale ou d'équité* ».

<sup>1345</sup> TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », art. préc., p. 291.

<sup>1346</sup> Il est difficile de définir la notion de « source de droit ». Pour M. Mainguy il s'agit d'un « mécanisme d'émission du droit » ou « une procédure de production » (MAINGUY D., Introduction générale au droit, 6<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2013, p. 233) ; pour M. Terré, une source de droit correspond à l'« existence de points d'émergence de la règle juridique qui révéleraient en même ce qui fonde le caractère obligatoire de celle-ci » (TERRE Fr., Introduction générale au droit, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2009, p. 196).

**Un critère fondamental : la cristallisation de l'équité (ou l'« équité objective »).** Le facteur qui détermine généralement la reconnaissance de l'équité en source de droit est ce que l'on appelle la « cristallisation<sup>1347</sup> » ou l'« absorption<sup>1348</sup> » de l'équité ou encore le passage de *l'équité subjective* (la faculté du juge de s'affranchir de la règle) à *l'équité objective* (corps de règles résultant de l'exercice répété de cette faculté<sup>1349</sup>). Ce phénomène se produit lorsque la multiplication des jugements fondés en équité conduit à la formalisation progressive de certaines règles générales auxquelles les juges finissent par se référer pour trancher les nouveaux litiges qui se présentent à eux. Ce corps de règles issu de la répétition de l'usage particulier de l'équité par les juges et qu'on désigne également par « équité » pose généralement un nouveau problème épistémologique. Il est en effet paradoxal que l'« équité »<sup>1350</sup>, désignant traditionnellement l'instrument par lequel le juge s'affranchit de la règle posée, puisse désigner dans le même temps un corps de règles auxquelles le juge se conforme et in fine doit se conformer. Pour certains auteurs d'ailleurs, la cristallisation de l'équité aboutirait à sa disparition<sup>1351</sup>. Ce paradoxe est toutefois un faux problème puisqu'il est le résultat de la méthode essentialiste et conceptuelle, consistant en l'attribution a priori de signification aux termes indépendamment de leur usage<sup>1352</sup>, et destinée à rendre cohérent ce qui n'a nul besoin de l'être dès lors qu'on s'attache davantage aux fonctions et aux usages des termes. En effet, en adoptant l'approche analytique et historique, le paradoxe disparaît puisque la signification des termes dépend principalement de leurs usages, lesquels ne se comprennent qu'à partir du contexte et de l'intention des agents. En l'occurrence selon cette approche, le terme sert, d'une part et originellement, de justification à une solution judiciaire extra-légale et, d'autre part et conséquemment, à désigner, par métonymie, le corps

<sup>1347</sup> AGOSTINI E., « De l'équité », D., 1978, chr. 2, p. 7.

<sup>1348</sup> NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », RIDC, vol. 16, n° 2, avril-juin 1964, p. 287 : « dans les systèmes de "droit civil", l'absorption presque complète des principes de l'équité a provoqué la disparition de l'équité elle-même ».

<sup>1349</sup> L'équité peut être vue comme une notion constitutive de règles non écrites qui s'imposent de manière « parallèle au système préexistant, devenue trop rigide » (ALBIGES, th. préc., p. 14).

<sup>1350</sup> V. BOLLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, th. dactyl, Paris I, 2006, n° 73 et s., cité par ALBIGES Ch., « Equité », art. préc., n° 35.

<sup>1351</sup> L'équité est « pleinement montée à la vie juridique, mais, par là même, elle a cessé [...] d'être l'équité », (TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », art. préc., pp. 281 et s., spéc. p. 287, cité par ALBIGES Ch., « Equité », art. préc., n° 35).

<sup>1352</sup> WITTGENSTEIN L., *Investigations philosophiques*, in, *Tractatus logico-philosophicus*, intro. B. RUSSELL, Paris : Gallimard, 1961, p. 120 : « Quand nous disons : 'chaque mot du langage désigne quelque chose' nous n'avons absolument rien dit ».

de règles issues des solutions ainsi justifiées. En conséquence, d'après ces usages distincts quoique connexes, le terme d'« équité » est porteur de deux significations : c'est à la fois un terme désignant une entité fictive, à savoir, un « au-delà du droit » employé par l'interprète et destiné à outrepasser le droit strict, et, un terme désignant une entité réelle, à savoir, l'ensemble de règles positives fondées sur la fiction d'« équité ». Selon l'approche conceptuelle, on rend compte de la première signification par le concept d'« équité subjective » et de la seconde par celui d'« équité objective ».

**Cristallisation de l'équité et source de droit.** Comme nous l'avons indiqué la cristallisation des solutions d'équité en corps de règles générales tend à déterminer la reconnaissance de l'équité en source de droit. Par métonymie, si l'« équité » désigne un corps de règles, elle constitue également la source de celui-ci. Autrement dit, l'équité est considérée comme une source lorsque le corps de règles qui en résulte présente une certaine cohérence.

*A) La disqualification de l'équité en source de droit*

Quoique nous pourrions également évoquer le droit canonique<sup>1353</sup>, il semble plus éclairant de prendre en exemple le cas romain.

**L'*aequitas* selon la jurisprudence romaine.** Cicéron, qui était juriste (avocat, rhéteur, sénateur) mais pas jurisprudent considérait l'*aequitas* comme une source de droit alternative au *ius civile*<sup>1354</sup>. Précisons qu'en tant qu'avocat, il avait tout intérêt, afin de se doter d'un

---

<sup>1353</sup> Quant au droit canonique, l'équité au bas Moyen-Âge ne se présente pas davantage comme une source de droit à laquelle le juge peut puiser les motifs de sa décision. L'équité canonique est, selon M. Schnerb « cantonnée dans de strictes limites ; elle n'est pas source supplétive de droit. Elle reste dépendante des lois édictées dans des cas analogues et des principes généraux du Droit. (...) Cette équité qui représente (...) la notion extrême d'équité juridictionnelle, ce pouvoir de déroger au Droit, les canonistes n'en reconnaissent l'usage qu'au Prince et au Pape » (SCHNERB J.-M., th. préc., p. 28 ; contra BERTHIAU D., op. cit., n° 531 : « le pouvoir d'*aequitas scripta* » reconnu au juge par les canonistes, indique M. Berthiau, « permet à celui-ci d'avoir recours à un ensemble de sources de droit constituées, tant des règles redécouvertes des compilations de Justinien, que de celles plus propres au droit canonique, parfois même contre les sources des coutumes ou des ordonnances. Comme telle, l'équité s'assimile elle-même à une source de droit indépendante et positivement sanctionnée »).

<sup>1354</sup> V. KRUGER P., Manuel des antiquités romaines, vol. 16, Histoire des sources de droit romain, Paris : Thorin et fils, 1894, p. 166.

instrument susceptible d'influencer le juge, à qualifier *l'aequitas* de la sorte<sup>1355</sup>. Il est admis que ses idées, sans valeur juridique, n'ont pas particulièrement influencés les prudents<sup>1356</sup>.

Les auteurs qui se sont intéressés au regard porté par les prudents sur *l'aequitas* ont constaté que la question de *l'aequitas* comme source de droit n'a jamais été véritablement un sujet de controverse chez les romains, tout simplement parce qu'elle ne se présentait pas à leurs yeux comme une source de droit formelle<sup>1357</sup>. A l'instar du jus naturale ou du jus gentium, *l'aequitas* chez les prudents n'est selon M. Kruger qu'une conception philosophique « sans portée pratique<sup>1358</sup> ». En outre note-t-il, les jurisconsultes romains ne s'accordent pas sur la notion d'*aequitas*<sup>1359</sup>. Cette absence d'univocité amène à la conclusion que *l'aequitas*, loin d'être un ensemble borné est une notion « vague<sup>1360</sup> » insusceptible d'être considérée, sauf « en apparence<sup>1361</sup> », comme une source de droit.

---

<sup>1355</sup> NORENA C. F., *Imperial Ideals in the Roman West*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011, pp. 63-64 : « from these senses of *aequitas* come the term's principal meanings as justice or as fairness in decision-making, especially in judicial contexts. As a principle of jurisprudence *aequitas* was treated as one component of law (*ius*), frequently distinguished from other components of *ius* such as statutes (*leges*) or customs (*mores*). For the jurists *aequitas* was a force that could influence judges or "require" certain judgments. Sometimes it is paired with *iustitia*. ».

<sup>1356</sup> WATSON A., « Equity in time of Cicero », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 25 : « but what matters most is that it was the jurists, not orators, whose opinions made law. Cicero, as an orator and philosopher, was very far removed in his legal concerns from the jurists. In fact, one can deduce nothing about juristic concerns from Cicero's approaches to law in general ».

<sup>1357</sup> WATSON A., art. préc., p. 24 : « It is striking that equity never appears in any of the juristic discussions of the sources of the law : not in *Gaius' Institutes*, not in *Justinian's Digest*, and still not on his *Institutes*. Equity had no standing as a formal source of law » ; pour Gaius, les sources du droit sont les lois, les plébiscites, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, les édits et les réponses des prudents, *l'aequitas* n'y figure donc pas ; Pomponius et Papinien énumèrent sous d'autres dénominations les mêmes sources ; les *Institutes* de Justinien reproduisent la même énumération en ajoutant le droit non écrit auquel il présidait ( v. SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, t. 1, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1840, p. 103).

<sup>1358</sup> KRUGER P., op. cit., p. 169. La question en droit romain de la valeur juridique de concepts extra-juridiques, voire philosophiques issus du droit naturel, amène généralement au constat d'un paradoxe dans le rapport entre droit naturel et droit positif (v. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 78) ; il faut alors admettre que « les juristes romains n'accordaient guère d'attention (...) aux théories émises sur cette question.(...) Dans l'ensemble, le problème du jus naturale, loi supérieure invalidant droit positif incompatible, ne troubla guère les juristes romains, étant donné qu'il n'y avait pas de conflit entre autorités législatrices comme ce fut le cas par la suite » (FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, Paris : LGDJ, 1965, pp. 53-54).

<sup>1359</sup> KRUGER P., op. cit., p. 168 : « il résulte de tout ceci que *l'aequitas* n'est point, pour les juriconsultes romains, un principe unique ; elle représente à leurs yeux le progrès de la législation, elle comprend tout un ensemble de règles nouvelles en opposition avec l'ancien droit que l'on abandonnait parce qu'il n'était plus en harmonie avec l'état sociale de leur temps et parce qu'il était insuffisant, étant donné le grand développement des affaires durant l'empire ».

<sup>1360</sup> KRUGER P., id., p. 169.

<sup>1361</sup> KRUGER P., id., p. 165.

Pour s'en convaincre, il est intéressant de porter l'attention sur le statut de l'enrichissement sans cause à Rome, traditionnellement fondé sur l'*aequitas*, afin d'en déduire la qualité de l'*aequitas*.

**L'*aequitas* et son rapport à « l'enrichissement sans cause ».** Cette disqualification est illustrée par le sort réservé à l'enrichissement sans cause. Dès la fin de la République, l'activité des jurisprudents se porta sur la construction théorique de ces actions en répétition. S'ils ne parvinrent pas à fixer le régime à partir d'un principe unitaire, l'*aequitas* en tant que fondement ne semble pas faire l'objet d'équivoque<sup>1362</sup>. Toutefois, et bien qu'à l'époque classique, Quintus Mucius Scaevola<sup>1363</sup> eût introduit la notion d'enrichissement sans cause<sup>1364</sup> et que Pomponius l'eût rendu célèbre par la formule : « de droit naturel, il est équitable que *nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui*<sup>1365</sup> », il faut se résoudre à considérer l'enrichissement sans cause, en raison d'un défaut de consécration spécifique dans le *ius civile*, davantage comme un principe d'ordre moral que juridique<sup>1366</sup>. Malgré la création d'actions ayant pour objet la répétition en cas d'enrichissement injustifié aux dépens d'autrui, leur nombre restreint ainsi que leur nature exceptionnelle les rendaient marginales. Cette absence de systématisation exclut à nouveau la reconnaissance d'un principe général de répétition de l'enrichissement injuste en droit romain<sup>1367</sup>. Fondées sur l'*aequitas*, les différentes actions visant à obtenir la répétition constituent un ensemble insuffisamment cohérent et demeurent trop limitées pour appréhender l'intégralité des cas d'enrichissements sans cause : « il reste certainement, soit dans le droit de Justinien, soit auparavant, des cas multiples où une

---

<sup>1362</sup> GIRARD P. F., op. cit., p. 653.

<sup>1363</sup> V. SCHIAVONE A., *Ius L'invention du droit en occident*, trad. BOUFFARTIGUE G. et J., Paris : Belin, 2008, pp. 189 et s.

<sup>1364</sup> V. PIN X., « Quasi-contrats – Enrichissement sans cause – Fondements de l'action en restitution de l'enrichissement sans cause », *J.-Cl Civil Code*, fasc. 10, 2007, n° 15.

<sup>1365</sup> POMONIUS, *Digeste*, 50, 17, 106. V. aussi : GAUDEMET J., CHEVREAU E., op. cit., p. 286.

<sup>1366</sup> V. ALBIGES Ch., th. préc., n° 72 p. 42.

<sup>1367</sup> GAUDEMET J., CHEVREAU E., op. cit., p. 287 : « même dans le régime très libéral du droit de Justinien, on n'était pas parvenu au principe général de la répétition de tout enrichissement injuste. La répétition n'est en effet possible que lorsqu'il y a un rapport d'affaires entre les deux parties ». La généralisation de la répétition en cas d'enrichissement sans cause, au travers du champ d'application étendu de l'action de *in rem verso*, est finalement un phénomène récent : « le principe de droit naturel et d'équité, admis par les jurisconsultes romains dans les cas d'enrichissement injuste, n'a jamais eu en Droit romain l'application générale qu'il a reçue en Droit moderne » (GIFFARD A. E., *Précis de Droit romain*, n° 169, cité par ALBIGES Ch., th. préc., p. 43 ; ce dernier souligne que « contrairement au droit romain, qui respecta le caractère exceptionnel de l'action de *in rem verso*, cette dernière sera étendue, généralisée en droit français et consacrée comme un principe général du droit autonome » (ALBIGES Ch., loc. cit.). C'est d'ailleurs « assez arbitrairement » au XIXe siècle, que la Cour d'appel de Rennes retient cette dénomination pour désigner l'action qui sanctionne l'enrichissement sans cause, v. PIN X., art. préc., n° 16.

personne se trouve enrichie aux dépens *d'une autre sans que la seconde ait contre la première d'action en indemnité*<sup>1368</sup> ». L'absence de principe général amène à considérer les moyens juridiques de répétition de l'indu comme des remèdes à la marge. Partant, on ne peut reconnaître à l'*aequitas* que la qualité de fondement et non de source de droit<sup>1369</sup>.

**Conclusion sur le statut de l'*aequitas*.** Positivement, l'*aequitas* sert de fondement juridique en vue de légitimer ou de justifier a posteriori un instrument juridique opératoire (une action, un édit), et dans certains cas, son invocation est le moyen d'« *éviter de motiver d'une manière précise une règle de droit*<sup>1370</sup> ». D'un point de vue pratique l'*aequitas* est également un « lieu commun », une catégorie sous laquelle les compilateurs rangeaient certaines règles éparses et injustifiables selon le droit strict, afin de leur offrir un semblant de cohérence<sup>1371</sup>. Toutefois et négativement, l'*aequitas* ne constitue ni un principe applicable directement (l'*aequitas* ne peut produire en elle-même d'effet juridique) ni une source du droit.

### **Transition.**

#### *B) La qualification de l'équité en source de droit*

**L'équité sous l'ancien droit : une source de droit par défaut.** Sous l'Ancien Régime, les solutions issues du pouvoir d'équité se sont cristallisées en un ensemble plus ou moins cohérent de règles. Le corps de solutions résultant de l'exercice de ce pouvoir correspondait selon M. Boyer « à un certain nombre de principes d'applications délicate, mais

---

<sup>1368</sup> GIRARD P. F., op. cit., p. 662.

<sup>1369</sup> Contra, l'équité est envisagée, dans le cadre de l'interprétation de la norme par le juge, comme « une notion générale, parfois rattachée à la nature et s'imposant pour une part comme une norme supérieure au droit positif, conçue comme la norme juridique en particulier mais s'intégrant dans la définition générale du droit. L'équité est une source indépendante du droit. Elle se relie philosophiquement à la notion de justice » (BERTHIAU D., op. cit., p. 269).

<sup>1370</sup> KRUGER P., op. cit., p. 168 : « souvent, il est vrai, on ne se réfère à l'*aequitas* que pour éviter de motiver d'une manière précise une règle de droit ».

<sup>1371</sup> BERTHIAU D., loc. cit. : « Techniquement, l'équité sert à justifier en toute justice certaines solutions que les compilateurs auraient eu du mal à rattacher au droit, qu'ils nommèrent strict. L'équité devient un « lieu commun », cadre général créateur de solutions. Il ne faut pas oublier que c'est cette équité qui sera retrouvée par les canonistes et glossateurs ».

suffisamment définis pour qu'elle pût être considéré comme une source du droit non écrit à côté de la coutume<sup>1372</sup> ». M. Berthiau souscrit également à cette conclusion<sup>1373</sup>.

Ce corps de règles a d'autant plus pu s'imposer qu'il régnait une certaine confusion normative du fait de la diversité des sources de droit (ordonnances, lois, coutumes écrites, coutumes non écrites) de la séparation des pays de coutumes et des pays de droit romain et du pluralisme judiciaire (à cause des douze Parlements)<sup>1374</sup>. De cette confusion, ressortait par contraste l'équité en tant que « cadre de développement à certaines règles juridiques positives et générales<sup>1375</sup> ».

**L'Equity anglaise : une source de droit par excellence.** Au regard de la définition antérieure de l'Equity délivrée par Lévy-Ullmann<sup>1376</sup>, l'Equity est un « corps de règles juridiques » et par extension une source de droit<sup>1377</sup>. La compréhension de l'Equity comme source débute avant que le terme d'equity désigne les règles issues de la Cour de Chancellerie. Lévy-Ullmann constate que c'est à partir du *Dialogue du Docteur et de l'Etudiant* de Saint-Germain que l'Equity était perçue à l'époque (celle des Tudors) comme « une source de droit à part, distincte des autres sources du droit de l'Angleterre<sup>1378</sup> ». Ce n'est qu'à l'époque des Judicature Acts (1873-1875), que l'Equity désigne le corps de règles (a body of rules) issues des cours d'Equity<sup>1379</sup> sans que la qualité de source de droit ne disparaisse.

## II) Le problème social

---

<sup>1372</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 212.

<sup>1373</sup> BERTHIAU D., th. préc., n° 550 : « l'équité est incontestablement une source de droit à laquelle le magistrat peut avoir recours en cas de défaillance des ordonnances et des coutumes ».

<sup>1374</sup> BERTHIAU D., th. préc., n° 554 : « plus la source de droit à appliquer est unifiée, complète et claire, moins de latitude est laissée à l'équité du juge. Inversement, plus les sources de droit sont défaillantes et multiples, plus le pouvoir d'équité du juge aura de champ pour s'étendre, avec son risque d'arbitraire. La situation des sources du droit positif de l'Ancien Régime s'insère incontestablement dans la seconde affirmation ».

<sup>1375</sup> BERTHIAU D., th. préc., n° 552.

<sup>1376</sup> LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 431 : « un corps de règles juridiques ayant eu pour origine première, non la coutume ou la loi écrite, mais les données impératives de la conscience, règles exceptionnellement dégagées et développées par certaines Cours de justice, principalement celle de la Chancellerie ». V. égal. : KEETON G. W., *An introduction to Equity*, Londres, 1961, p. 3 cité par WALTER Ch., « L'équité en droit constitutionnel allemand », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, p. 57.

<sup>1377</sup> V. SEFTON-GREEN S., « Les genèses de l'équité dans le common law », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 65 ;

<sup>1378</sup> LEVY-ULLMANN H., op. cit., p. 488.

<sup>1379</sup> LEVY-ULLMANN H., id., p. 431.

Du point de vue des justiciables, l'équité pose deux problèmes : d'une part, elle constituerait un pouvoir arbitraire, d'autre part, elle ne répondrait pas aux besoins de sécurité juridique. Analysons chacun de ces éléments.

#### A) *L'équité et l'arbitraire*

L'équité est parfois présentée comme un pouvoir arbitraire, sinon en acte ou du moins en puissance<sup>1380</sup>. Pourtant, sur un plan strictement théorique, le pouvoir d'équité est à l'arbitraire, ce que la démocratie est à la démagogie, autrement dit, le second n'est que la forme corrompue du premier. Dès lors, on devrait davantage parler, d'un point de vue spéculatif, de risque d'arbitraire<sup>1381</sup>. L'équité est un pouvoir arbitraire lorsqu'il est exercé de manière déraisonnable ou par un juge médiocre<sup>1382</sup> – l'exercice de l'équité supposant un surcroît de compétences<sup>1383</sup>. L'histoire juridique montre que l'équité a produit des effets utiles partout où elle a été exercée parce qu'elle répondait à un besoin bien réel de flexibilité des règles du fait de leur caractère excessivement formel. Cela signifie qu'il n'existe aucune automaticité entre l'équité et l'arbitraire. Le pouvoir d'équité est un pouvoir discrétionnaire, dérogatoire, exorbitant et peut, faute de contrôle et de par son caractère flou, dégénérer en pouvoir arbitraire. Bodin exprimait déjà parfaitement cette idée :

« L'arbitraire est aussi dangereux dans son espèce chez les juges que chez les Rois ; mais l'arbitraire n'est pas l'équité. On doit convenir cependant que le nom d'équité peut servir aisément de prétexte à l'arbitraire ; la facilité de passer de l'un à l'autre est la seule raison que l'on puisse alléguer dans les lieux où on assujettit le juge au texte précis de la loi<sup>1384</sup> ».

---

<sup>1380</sup> V. GRAULICH L., « A propos du gouvernement des juges [d'Henri De Page] », RTD civ., 1932, p. 84.

<sup>1381</sup> En ce sens, v. NIVET F., « Equité et légalité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 168-169.

<sup>1382</sup> Le déclin de la qualité des magistrats de l'Ancien Régime et la perte de leur autorité morale peuvent expliquer, entre autres choses, les abus perpétrés au nom de l'équité et la défiance des justiciables, des chanceliers, du pouvoir royal contre les Parlements : au « XVIIIe siècle, la science du droit et la conscience professionnelle s'affaiblirent dans les Parlements qui ne comptèrent plus un seul juriste de renom, ils perdirent l'autorité morale qui faisait accepter leur pouvoir sans contrôle de se placer au-dessus des lois » (BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 235).

<sup>1383</sup> BODIN J., *Les Six Livres de la République*, Londres : Nourse, 1755, Liv. IV, chap. III : « l'opinion du jugement d'équité prédomine dans le monde, mais j'ai vu plusieurs juges, par une erreur impardonnable, l'embrasser en la regardant comme une dispense d'étude. Si on fait attention à ce que je viens de dire à ce sujet, on sera convaincu qu'il faut encore plus de savoir et de réflexion pour juger par équité que pour s'asservir à la loi ».

<sup>1384</sup> Ibid.

Le risque que le pouvoir d'équité dérive en pouvoir arbitraire constitue une cause supplémentaire d'insécurité juridique.

*B) L'équité et l'insécurité juridique*

**L'équité : la « justice » au détriment de la sécurité. L'équité : la « justice » au détriment de la sécurité.** Parmi les trois alternatives auxquelles est confronté tout système juridique (justice/utilité ; individualisme/collectivisme ; justice/sécurité)<sup>1385</sup>, le problème que pose l'équité s'inscrit dans l'alternative opposant la justice et la sécurité juridique. L'équité répond aux besoins de « justice » car elle est « un droit qui cherche une solution particulière pour chaque espèce, mieux une solution individuelle pour chaque être humain<sup>1386</sup> » cependant, dans le même temps, elle dessert les besoins de « sécurité juridique » car elle est pour les uns « un droit affranchi de règles »<sup>1387</sup> voire pour d'autres, « la négation du *droit*, l'absence de règle, [qui] soumet plaideurs et *citoyens au dangereux subjectivisme d'un juge* essentiellement faillible<sup>1388</sup> ». En effet, l'équité tend à saper l'une des fonctions principales du droit, à savoir apporter, à travers l'existence de règles générales et claires portées à la connaissance de tous, sécurité aux justiciables et stabilité dans leurs rapports. La connaissance par les justiciables des règles et la prévisibilité de leurs effets par l'organe chargé de les appliquer sont sources de sécurité. Il est aussi logique que légitime d'attendre, à l'étape de l'application de la norme, que l'organe compétent fasse produire les effets de droit escomptés par les justiciables qui se sont conformés au commandement exprimé par la loi. Au contraire, l'exercice de l'équité tend à produire des effets juridiques imprévisibles. L'affirmation selon laquelle l'équité produit une insécurité juridique ne peut être contestée.

**Le besoin de sécurité juridique est contingent.** La satisfaction du besoin de sécurité constitue, comme nous venons de le voir, une exigence impérieuse... parmi d'autres. L'existence d'autres exigences telles que celle que l'on désigne par la « justice » et qui implique de trouver une solution de droit conforme aux intérêts des parties, l'exigence de

---

<sup>1385</sup> BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 32.

<sup>1386</sup> CARBONNIER J., *Droit civil - Introduction*, 25<sup>e</sup> éd., 1995, n° 9.

<sup>1387</sup> Ibid.

<sup>1388</sup> TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », art. préc., p. 297.

progrès social<sup>1389</sup> ainsi que l'exigence d'une articulation entre ces trois nécessités expliquent que les degrés du sentiment d'insécurité face à un pouvoir discrétionnaire, fluctuent selon le contexte économique, politique et social. D'après Henri De Page, l'heure de gloire des magistrats correspond au moment où le besoin social de flexibilité des normes est ressenti par la population profitant de nouvelles opportunités techniques, commerciales ou sociales<sup>1390</sup> et que l'heure de la suspicion sonne lorsque le besoin de stabilité s'intensifie<sup>1391</sup>.

Autrement dit, l'insécurité des justiciables qui est inhérente à l'introduction dans un ordre juridique donné du pouvoir d'équité mérite d'être relativisée à l'aune des aspirations de ces justiciables et du contexte social, économique et technique dans lequel ce pouvoir s'exerce. Lorsque les conditions économiques et sociales sont en pleine mutation, l'exigence de sécurité apparaît comme un impératif de moindre importance que le besoin de souplesse. Le *ius honorarium* ou la création des cours *d'equity* a répondu à ce besoin de souplesse au détriment de la sécurité juridique dont l'abandon partiel était considéré dans chaque contexte, par les justiciables, comme un moindre mal.

### C) L'abus du pouvoir d'équité : l'exemple des Parlements

A cause des abus commis par les magistrats sous l'Ancien Régime<sup>1392</sup>, l'exercice de l'équité est devenu célèbre<sup>1393</sup>. Le laxisme avec lequel certains magistrats rendaient la justice en écartant la loi ou la coutume pour faire triompher l'équité<sup>1394</sup>, s'explique par la représentation qu'ils se faisaient de la loi, à savoir « un cadre vague, nullement obligatoire<sup>1395</sup> ». Corrélativement à cette appréhension libérale de la loi, l'équité leur offrait le moyen de

---

<sup>1389</sup> ROUBIER P., « La méthode sociologique et les doctrines contemporaines de la philosophie du droit », in, *Méthode sociologique et droit*, Paris : Dalloz, 1958, pp. 41-50.

<sup>1390</sup> GRAULICH L., « A propos du gouvernement des juges [d'Henri De Page] », *RTD civ.*, 1932, p. 80 : « aux secours variables et imprévisibles de l'équité, [la population] préfère la réglementation rigide et préétablie de la loi ». Pour De Page, ce besoin de stabilité résulte de la complexité des nouvelles conditions sociales et économiques nouvelles.

<sup>1391</sup> GRAULICH L., « A propos du gouvernement des juges » [d'Henri De Page], art. préc., p. 80.

<sup>1392</sup> On évoque traditionnellement la justice ou l'équité des Parlements lorsque l'on traite de l'abus de l'équité, mais il semblerait que le phénomène ne se soit pas limité, sous l'Ancien Régime, à ces seules juridictions, malgré la défense adressée aux juridictions inférieures, v. BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », p. 212) ; v. les témoignages de CHARONDAS LOYS LE CARON, *Pandectes ou digeste du droit français*, Lyon : Veyrat, 1593, L. 1, chap. V, p. 52 ; et ceux de BODIN J., *La république*, IV, chap. 4, de la justice criminelle).

<sup>1393</sup> Gardons à l'esprit que cette réputation fut délibérément entretenue pas la doctrine légaliste du XIXe siècle.

<sup>1394</sup> TIMBAL P.-CL., CASTALDO A., MAUSEN Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2009, n° 363.

<sup>1395</sup> SCHNERB J.-M., th. préc., p. 40.

remplir leur office et de justifier leur « appréciation subjective détachée de tout lien avec la loi existante<sup>1396</sup> », ce qui pouvait se traduire aussi bien par une modération du droit qu'une sévérité accrue. De nombreux exemples, notamment en droit des contrats<sup>1397</sup>, en droit des successions<sup>1398</sup> ou en matière fiscale<sup>1399</sup>, illustrent les excès dans l'exercice du pouvoir d'équité.

**Réaction populaire.** La justice des Parlements ne pouvait qu'inspirer la défiance des justiciables. Il est ici de bon ton de rappeler la supplique des savoyards adressée après l'annexion de leur région à François Ier pour qu'il fasse défense aux magistrats de juger en équité<sup>1400</sup>. Citons également les dictons et adages populaires qui traduisent le sentiment social que les juges inspirait : « Mistral, Durance et Parlement sont les trois fléaux de la Provence<sup>1401</sup> » ; « *ne soyons pas jugez d'Equité* » et évidemment : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements !<sup>1402</sup> » Ces adages expriment la défiance des justiciables à l'égard de ces juridictions, défiance relayée par les nombreuses critiques de la doctrine ou des chanceliers<sup>1403</sup>.

---

<sup>1396</sup> FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, Préf. B. Pacteau, Paris : LGDJ, 2003, p. 9.

<sup>1397</sup> En droit des contrats, l'équité pouvait mettre en échec la volonté des parties. Ainsi la sanction prévue dans la clause d'un contrat d'après laquelle l'échéance du terme du contrat vaudrait mise en demeure à l'encontre du débiteur a pu être commutée en simple menace. S'inspirant des solutions de Pothier et de Du Moulin, les juges ont pu décider que le débiteur était fondé à demander au juge de réduire au nom de l'équité les montants des dommages et intérêts prévus au contrat. De la même manière, ils ont pu interprétés une clause interdisant au preneur de sous-louer ou de céder son bail selon des motifs prétendument équitables et mettre de côté l'intention des parties. Selon les cas ils ignoraient les clauses dérogatoires ou bien au contraire ils leur faisaient produire plein effet (v. DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, Boisseau, 1934, pp. 136-137).

<sup>1398</sup> Dessens cite l'exemple de testaments nuls par la forme devenus valides en raison des faveurs octroyées aux institutions religieuses (v. DESSENS, th. préc., p. 137 et s.).

<sup>1399</sup> Une solution du 2 juillet 1616 rendue par le Parlement de Grenoble est désormais célèbre. Les juges avaient admis au nom de l'équité que le débiteur du fisc (un octogénaire chargé de 13 enfants) puisse opposer aux services des impôts la créance qu'il possédait contre l'agent du fisc chargé de recouvrement.

<sup>1400</sup> BODIN J., *La république*, IV, chap. 3.

<sup>1401</sup> TIMBAL P.-CL., CASTALDO A., MAUSEN Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, Paris : Dalloz, 2009, 12<sup>e</sup> éd., n° 469

<sup>1402</sup> A ce propos Bodin, qui distinguait l'idée d'équité du mot « équité », a pu écrire : « si l'expression dont ils se servaient était mauvaise, le sens de leur demande pouvait être bon » (BODIN J., loc. cit.).

<sup>1403</sup> A propos des juges, Michel de l'Hospital par exemple écrivait : « vous êtes juges du pré ou du champ, non de la vie, non des mœurs, non de la religion. Vous pensez bien faire d'adjuger la cause à celui que vous estimez plus homme de bien ou meilleur chrétien ; comme s'il était question entre les parties lequel d'entre eux est meilleur poète, orateur, artisan, et enfin de l'art, doctrine, force, vaillance, ou quelconque suffisance, non de la chose qui est amenée en jugement » (prononcée par Michel de l'Hospital dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle et citée par SCHNERB J.-M., th. préc., p. 42).

L'équité est à la fois un pouvoir exorbitant et à la fois un pouvoir éminemment fragile puisqu'il tient sur le seul mot d'« équité ». Ces deux caractères exposent ce pouvoir aux convoitises<sup>1404</sup>.

### III) Le problème politique

**Un pouvoir subversif.** Tant qu'il y a coopération entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, le maintien de l'équité en tant que pouvoir dérogatoire et exorbitant, exprime implicitement la confiance du législateur en le juge. Par exemple sous la République romaine<sup>1405</sup> ou encore sous l'Ancien Régime, la pratique de l'équité était tolérée voire acceptée par certains souverains car elle leur semblait « conforme à une bonne administration de la justice<sup>1406</sup> ». Cette situation peut durablement se pérenniser à la double condition que la pratique judiciaire de l'équité et l'appétit du législateur soient raisonnables. A défaut, l'équité s'apparente vite à une usurpation de pouvoir<sup>1407</sup> et à une atteinte à la séparation des pouvoirs<sup>1408</sup>. De nos jours, ce phénomène est désigné également sous l'appellation de « gouvernement des juges » quoique celle-ci se réfère originellement à la pratique judiciaire américaine de la première moitié du XXe siècle. Toujours est-il que la doctrine du XXe emploie fréquemment la formule pour désigner les risques encourus par l'ordre social et politique lorsque les juges sont capables de corriger la loi, notamment, par le truchement

---

<sup>1404</sup> SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 15 : « nos docteurs de la loi, nos princes et nos juges seraient-ils jalousement amoureux de la même étoile ? ».

<sup>1405</sup> BLONDEAU J. B. A. H., *Chrestomathie*, Paris : Videcoq, 1830, pp. 108-109 : « les Empereurs, si jaloux du pouvoir législatif (qu'ils avaient usurpé), ont cependant non seulement toléré cette invasion des Préteurs dans le domaine de la législation, mais ont été jusqu'à leur conférer eux-mêmes à des fonctionnaires de l'ordre judiciaire le droit de suppléer en quelque sorte aux lois ou de les corriger, en prenant pour base de leurs décisions l'équité, le droit naturel, l'honnêteté publique, etc. A la vérité, telle ne fut pas la conduite de tous les Empereurs, et quelques uns d'entre eux ont même formellement défendu aux juges de s'écarter des lois sous prétexte de se conformer à l'équité ».

<sup>1406</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », art. préc., p. 211.

<sup>1407</sup> Un auteur du XIXe définissait l'équité romaine en une « espèce d'usurpation du pouvoir législatif » et de « déviation des vrais principes politiques » (BLONDEAU J. B. A. H., *Chrestomathie*, Paris : Videcoq, 1830, p. 108 ; v. égal. AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, p. 628).

<sup>1408</sup> AGOSTINI E., « De l'équité », art. préc., p. 7 : « au mépris du principe de séparation des pouvoirs, dans un but d'équité, les organes chargés de veiller au respect de la loi enfreindront les règles qu'elle pose : l'équité est alors une exception au droit ».

d'instruments capables de déformaliser le droit à l'instar de l'équité<sup>1409</sup> ou, comme nous le verrons plus loin, de la « balance des intérêts ».

**Les réactions contre le pouvoir d'équité.** Pouvoir subversif contenant « un ferment d'anarchie<sup>1410</sup> », l'équité suscite deux tendances en sens contraire. En premier lieu, l'on constate les efforts des juges pour justifier, en vue de le conserver, leur pouvoir. En principe, « l'équité » suffit généralement à légitimer l'action du juge à l'égard des justiciables et du pouvoir politique, mais lorsque les tensions sont précisément provoquées par l'exercice de l'« équité », il convient pour ces derniers d'adopter une nouvelle stratégie. Nous prendrons l'exemple des juges de l'Ancien Régime qui trouvèrent en Dieu leur planche de salut (A). En second lieu, se produit une réaction à l'encontre des juges. Cette réaction provient principalement du législateur lequel est de manière générale jaloux<sup>1411</sup> et en particulier des juges<sup>1412</sup> surtout lorsque ceux-ci se dotent d'un moyen de corriger son œuvre<sup>1413</sup>. La contre-attaque du législateur se décline sous trois formes : contrôler, supprimer ou s'arroger l'équité (B). Notons que cette réaction peut également provenir des co-titulaires de la fonction judiciaire. Cette hypothèse est plus marginale toutefois elle s'est constatée en Angleterre lorsque les juges de la Common law au XVIIe siècle, las de voir leurs jugements annulés au nom de la « conscience » du Chancelier, se sont directement attaqués à la Cour de Chancellerie<sup>1414</sup>.

---

<sup>1409</sup> ALBIGES Ch., « Equité », art. préc., n° 30.

<sup>1410</sup> AGOSTINI E., « De l'équité », art. préc., p. 7 : « *L'équité avait fécondé le droit romain ; mais celui-ci, l'accaparant, en réduisit le ferment d'anarchie* ».

<sup>1411</sup> ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Paris : Pedone, 1974, t. 1, p. 54 : « la jurisprudence est souvent combattue par la loi, car elle en est tout à la fois le complément et le rival (...) les tribunaux sont des redresseurs de torts, et non des lois, parce que la mission de faire des lois est politique et relève d'un autre pouvoir ».

<sup>1412</sup> MALAURIE Ph., « La jurisprudence combattue par la loi », in, Mélanges René Savatier, Paris : Dalloz, 1965, p. 603 : « *le législateur est typiquement jaloux (...) [il] fut toujours un gardien jaloux de son œuvre : jaloux de la jurisprudence, jaloux de la doctrine* ».

<sup>1413</sup> D'AGUESSEAU H.-F., IXe mercuriales, Lyon, 1822, p. 287, cité par FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, préf. PACTEAU B., Paris : LGDJ, 2003, p. 9 : « *si [l'équité] paraît quelquefois ingénieuse à pénétrer dans l'intention secrète du législateur, c'est moins pour la connaître que pour l'éluder ; elle la sonde en ennemi capiteux plutôt qu'en ministre fidèle ; elle combat la lettre par l'esprit, et l'esprit par la lettre* ».

<sup>1414</sup> A l'origine, la Chancellerie se présente moins comme une juridiction qu'une autorité afin de d'éviter d'apparaître en usurpatrice des prérogatives des autres Cours Royales, sachant que toute affaire détournée au profit de la Cour de Chancellerie se traduit en perte sèche pour la Cour Royale. La terminologie employée par cette juridiction témoigne de cette précaution, (V. DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris : Dalloz, 2002, 11e éd., p. 253). En définitive, la Cour du Chancelier ne prétend pas statuer « en droit ».

### A) *La conservation du pouvoir d'équité par les juges*

Pour Machiavel, la but de la politique n'est pas la morale, mais la réussite, à savoir obtenir et conserver le pouvoir. En l'occurrence, si l'on comprend l'équité comme un pouvoir, on peut constater les efforts des juges de l'Ancien Régime pour le conserver. Pour ce faire, ils vont développer une rhétorique consistant à justifier leur pratique de l'équité. Grâce aux travaux de Mme Renoux-Zagamé relatifs aux discours des juges prononcés dans l'enceinte des Parlements publiés à partir du XVI<sup>e</sup> jusqu'à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, il est aisé d'observer les raisons principales qui furent invoquées par les juges pour justifier le pouvoir exorbitant d'équité et d'en réduire le caractère ostensiblement subversif.

**De la servitude volontaire...** Les juges, en puisant aux sources antiques et chrétiennes veulent se rattacher aux anciennes traditions légalistes. Le syncrétisme qui en résulte et auquel s'ajoute leur propre philosophie humaniste, concourt à attacher la pratique quotidienne des juges à une activité ancestrale et sacrée : faire vivre cette manifestation divine qu'est la loi. Fondement des sociétés, la loi est en effet perçue par les juges comme une œuvre de Dieu, c'est un « commandement » indique Mme Renoux-Zagamé « donné aux hommes comme un moyen pour retrouver un ordre originel perdu, mais un commandement qui vient tout entier *d'ailleurs, et cela jusque dans son écriture même*<sup>1415</sup> ». Ce culte religieux de la loi – culte qui se prolongera sous une forme laïcisée à partir de la Révolution- détermine le statut revendiqué par les juges-eux-mêmes d'« esclave de la loi<sup>1416</sup> ». Sous le prisme d'une loi dérivée de la volonté divine, les « vrais exécuteurs » de la loi conçoivent leur fonction comme un

---

Néanmoins, le développement de l'Equity a généré des conflits avec les juridictions de Common law. Par exemple, suite à l'affaire *Earl of Oxford's case* de 1615, dans laquelle un jugement du Lord Chief Justice Coke, fut attaqué devant la Court of Chancery par la partie perdante, qui réussit à obtenir du Lord Chancellor une injonction de ne pas appliquer le jugement premier, Coke a cherché à faire inculper le chancelier d'alors, Lord Ellesmere, pour « subversion des lois ». Le roi Jacques I<sup>er</sup> a tranché en confirmant que l'Equity prévalait sur la Common law et fit promettre à la Cour *d'Equity* de ne plus étendre sa compétence. Les juges de Common law dénonceront pendant longtemps la manière dont l'Equity « rongea le cœur » de la Common law (V. ALBIGES Ch., *L'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, Paris : LGDJ, 2000, p. 32 ; CUNIBERTI G., *Grands systèmes de th. préc.*, n° 131 ; DESSENS A., *th. préc.*, p. 147 ; LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2008, n° 26).

<sup>1415</sup>RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 25.

<sup>1416</sup> Expression que l'on trouve déjà dans un discours en 1693 et repris ensuite par D'Aguesseau (v. RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *art. préc.*, p. 27, note 49).

sacerdoce<sup>1417</sup> : il s'agit de donner vie à cette loi qui, sans eux, ne serait que l'expression d'un commandement privé de souffle. Bien que divine, leur mission s'exerce ici bas : les juges agissent pour « le salut de la République<sup>1418</sup> » et leurs jugements participent à la stabilité des fondements de la communauté. Juger ne se réduit pas, dans cet imaginaire, à trancher un conflit ou punir un délinquant, il s'agit d'un acte salvateur : « *c'est la Loi de Dieu qui, à travers l'acte de juger, retrouve sur la création l'empire qui n'aurait jamais dû cesser d'être le sien*<sup>1419</sup> ».

...à l'**affranchissement déguisé**. Les juges se perçoivent alors comme les ministres, les organes, les dépositaires, la voix de la loi ou encore – selon la formule devenue célèbre quoique mal comprise depuis que Montesquieu l'a reprise – la « bouche de la loi<sup>1420</sup> ». Si les juges clament leur soumission, par nécessité divine, à la loi, ils savent également que celle-ci, et par extension le législateur, dépendent d'eux : si le législateur donne naissance à la loi, le juge la maintient en vie<sup>1421</sup>. Puisque la loi ne peut *s'exécuter elle-même* et que le juge lui est assujetti, il s'ensuit un paradoxe : le juge est à la fois « actif et passif<sup>1422</sup> », maître et serviteur en somme. Ce rapport ambigu se projette également dans les relations entre le juge et le prince<sup>1423</sup>. En effet, comme il « ne fait que remplir le devoir de sa charge conformément

---

<sup>1417</sup> Les charges constituent un « sacerdoce royal » selon Denis Talon, cité par RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. préc., p. 27 note 45.

<sup>1418</sup> Le trésor des harangues et des remontrances faites aux ouvertures du parlement, Paris : 1668, t. II, p. 216 cité par RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. préc., p. 28.

<sup>1419</sup> Ibid.

<sup>1420</sup> Pour les références, nous renvoyons à l'article de RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. préc., p. 29. Notons que l'expression « bouche de la loi » signifie traditionnellement que le juge est « la loi parlante » tandis que la loi est un « magistrat muet » ; l'expression se réfère également à l'idée romaine que le Prince, et donc le juge, est une « loi animée » (v. RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. préc., p. 29 note 71) ; lorsque Montesquieu reprend cette expression, il lui attribue une autre signification, il s'agit d'un impératif : le juge ne doit-être rien d'autre que la bouche de la loi, le juge doit-être un automate.

<sup>1421</sup> L'on constate fréquemment, à propos de la loi et du rôle du juge, dans la rhétorique des discours des juges, la présence des champs lexicaux relatifs aux couples vie/mort et mutisme/voix.

<sup>1422</sup> Se proclamer « bouche de la loi », c'est donc pour les juges monarchiques se donner un rôle tout ensemble passif et actif : certes il ne sont là que pour faire parler la loi, mais comme la loi ne peut parler que par eux, la part qui leur revient en propre dans l'acte de jugement par lequel la loi atteint son but, c'est-à-dire s'incarne dans la vie des hommes, demeure essentielle » (v. RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », art. préc., p. 30).

<sup>1423</sup> RENOUX-ZAGAME M.-F., id., p. 31 : « Comme détenteur d'un pouvoir qui fait de lui le maître de la vie et des biens des membres de la communauté politique, le juge dépend, et reconnaît toujours sans ambiguïtés dépendre du souverain qui l'institue. Mais pour la *mise en œuvre* de ce pouvoir, qui le met certes en la place du Roi, aussi

à la volonté de celui qui la lui a confiée pour rendre le jugement de Dieu, non des hommes, et devant lequel il est directement responsable<sup>1424</sup> », le juge s'estime fondé à s'opposer au roi, duquel il ne dépend pas dans l'exercice de son pouvoir, afin de défendre « la vraie loi contre une volonté momentanée<sup>1425</sup> ». La revendication de la soumission à la Loi équivaut pour les juges à souligner qu'ils ne sont responsables que devant Dieu.

**L'équité, selon les juges, sauve la loi d'elle-même.** Pour le juge, l'équité intervient comme le moyen de préserver la loi, car sans équité, la loi est « un corps sans âme<sup>1426</sup> ». L'équité permet de découvrir et de conserver la loi, c'est-à-dire, son esprit, lequel figure comme la sagesse ou l'esprit divin. L'équité n'est cependant pas présenter de manière instrumentale mais davantage comme une fin en soi, comme « *l'âme de toutes les lois*<sup>1427</sup> ».

Les juges, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime justifiaient leur pouvoir d'équité d'après leur fonction représentée comme divine. L'équité ne se présente plus comme ce qu'elle est, un pouvoir, mais comme l'esprit de la loi que le juge a mission de sauvegarder, parfois, contre la lettre même de la loi, c'est-à-dire sa formulation.

#### *B) Les réactions du législateur contre le pouvoir d'équité*

En face de juges munis d'un instrument capable de priver la loi de ses effets, le législateur peut réagir de deux manières différentes : d'une part, laisser les juges exercer ce pouvoir librement ou d'autre part, s'immiscer afin d'encadrer, supprimer ou s'appropriier celui-ci. La première réaction, en faveur de l'équité, révèle avons-nous dit la confiance entre les organes législatifs et judiciaires. La seconde, a contrario, révèle la défiance du législateur à l'égard des juges. Nous allons, ici, nous intéresser aux réactions du législateur à l'encontre du pouvoir d'équité du juge.

##### 1) L'encadrement du pouvoir d'équité

---

et surtout en la place d'un Dieu dont tous les chrétiens savent que c'est d'abord en qualité de juge qu'il conduit les hommes, il doit faire passer l'obéissance à la loi divine avant celle qui va au commandement du Prince. »

<sup>1424</sup> RENOUX-ZAGAME M.-F., id., p. 32.

<sup>1425</sup> Ibid.

<sup>1426</sup> BOUCHEL, Bibliothèque ou Trésor du droit français, art. « Loi », t.II, p. 594, cité par RENOUX-ZAGAME M.-F., id., p. 35.

<sup>1427</sup> Cité par RENOUX-ZAGAME M.-F., id., p. 35.

Le contrôle de l'équité peut s'exercer selon différentes modalités et à des degrés divers.

**L'auto-contrôle du juge.** En premier lieu, les juges eux-mêmes peuvent dans une certaine mesure se soumettre spontanément et volontairement au pouvoir législatif et renoncer à l'exercice de leur pouvoir d'équité. Plusieurs motifs de nature politique, économique voire personnelle peuvent expliquer cette déférence judiciaire à l'égard du législateur, toutefois, celle-ci trouve également l'une de ses causes dans la personnalité du titulaire du pouvoir législatif et de la manière dont ce dernier est exercé. Ainsi sous le Haut-Empire romain, l'on constate une sclérose du droit prétorien et plus exactement de l'edictum perpetuum en raison notamment<sup>1428</sup> de l'attitude des juges à l'égard de l'empereur auquel le pouvoir législatif avait été transféré. Alors qu'ils détiennent toujours le pouvoir de promulguer des édits (jus edicendi), c'est-à-dire, de modifier ou de compléter, notamment en équité, les édits compilés<sup>1429</sup>, les préteurs ne l'exercent que parcimonieusement pour ne pas entrer en conflit avec l'empereur<sup>1430</sup>. Les juges procèdent alors à une forme d'auto-contrôle.

**L'habilitation du juge.** En second lieu, le contrôle de l'équité peut se manifester de manière plus formelle. L'encadrement de l'équité par le pouvoir législatif consiste de manière générale à autoriser expressément le juge à recourir au pouvoir d'équité. Cette habilitation peut manifester tant la confiance du législateur que sa méfiance. Tout dépend finalement de la destination de la norme habilitante : si son champ d'application est large, le législateur entend subordonner au pouvoir créateur du juge un grand nombre de situations<sup>1431</sup>. A contrario, en habilitant le juge à exercer cette faculté dans tel ou tel domaine strictement défini, le titulaire du pouvoir législatif lui dénie implicitement ce pouvoir dans les autres matières : « la référence des textes à l'équité paraît ainsi paradoxalement limiter le 'pouvoir donné au juge' »

---

<sup>1428</sup> Savigny indique également que la science du droit avait périclitée ; elle demeurait contenue dans les écrits des anciens jurisconsultes mais n'avait presque plus de représentants vivants (v. SAVIGNY F. C. V., Traité de droit romain, t. 1, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1840, p. 289).

<sup>1429</sup> Entre 125-138 après JC, l'empereur Hadrien confia au jurisconsulte Salvius Julianus la mission de codifier en quelque sorte le texte de l'edictum perpetuum. Ainsi ce qui avait été au moins pour partie de « l'équité jurisprudentielle » se ramène désormais à la loi (v. SCHNERB J.-M., th. préc., p. 21).

<sup>1430</sup> SCHNERB J.-M., loc. cit.

<sup>1431</sup> Par exemple, Code de Justinien, 3, 1, 8 : « Il est admis qu'en toute matière il convient d'avoir plus d'égard pour la justice et l'équité que pour le droit strict ».

*en l'enfermant dans les cas prévus*<sup>1432</sup> ». Le meilleur exemple<sup>1433</sup> de cette « politique législative<sup>1434</sup> » se trouve dans le Code civil de 1804 dans lequel la mention « équité » apparaît à trois reprises relativement au droit d'accession, aux conventions et aux sociétés. La méfiance du législateur se révèle lorsque l'on constate la présence de la mention « équité » dans des articles peu propices à l'extension<sup>1435</sup> et son absence de l'article 4 (ou de tout autre article s'y référant) lequel interdit au juge de refuser de trancher le litige « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Contraindre le juge à dégager une solution de droit en dépit des lacunes de la loi, c'est, sous réserve du référé législatif, admettre qu'il doive puiser à une autre source que la loi. Portalis dans l'avant projet de l'an VIII avait prévu qu'une disposition habilitant le juge à trancher en équité précède l'article 4<sup>1436</sup>, mais le souvenir de l'équité des Parlements était encore trop vivace dans les esprits et la proposition fut rejetée<sup>1437</sup>. « *C'en est fini* » avait souligné M. Arnaud, « pour longtemps, du règne du juge *ministre d'équité*<sup>1438</sup> ».

Ces trois mentions de l'équité dans le Code civil qui apparaissent de prime abord comme des points de détail révèlent avec contraste la volonté du codificateur de l'exclure du seul champ où elle s'avère utile – mais dangereuse – : celui où le droit est lacunaire. La graine qu'est l'équité ne disparaît pas car sa culture est autorisée, mais sur quelques terrains arides et clôturés à l'exclusion du seul champ véritablement fertile.

**« L'équité encadrée » est-elle encore l'équité ? Nouveau (faux) problème épistémologique.** L'équité contrôlée par le législateur suscite une interrogation : s'agit-il encore de l'équité ? En effet, lorsque la loi habilite expressément le juge dans telle situation à

---

<sup>1432</sup> CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 24, n°3, juillet-septembre 1972, p. 662.

<sup>1433</sup> Une autre illustration peut être évoquée. La codification du droit canon en 1917 marque également une volonté de contrôler l'équité. M. Echappé constate sa présence dans le Code dans la plupart des branches du droit sous différentes dénominations : équité naturelle, équité tout court, équité canonique, ex bono et aequo ou aequum. Lorsque l'équité canonique est mentionnée, il s'agit pour le juge d'une habilitation légale de suppléer le droit par analogie avec les lois comparables ou les principes généraux du droit. Les autres mentions l'autorisent à appliquer le droit avec tempérance (v. ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 12-13).

<sup>1434</sup> ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : Pedone, 1974, t.1, p. 53.

<sup>1435</sup> V. les articles 565, 1135 et 1854 du Code civil.

<sup>1436</sup> Article 11 du projet de l'an VIII : « Dans les matières, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité » (v. FENET P. A., *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, t. II, 1828, pp. 7-8, cité par SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 14.

<sup>1437</sup> V. ARNAUD A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris : PUF, 1975, p. 115.

<sup>1438</sup> ARNAUD A.-J., *id.*, p. 117.

juger « en équité » et que ce dernier s'exécute, il ne fait que se conformer strictement au législateur, or l'équité n'est-elle pas, en principe, rétive à la lettre de la loi voire corrective de celle-ci ? Ce paradoxe résulte à nouveau de l'attitude qui consiste, d'une part, à distinguer le mot (« équité ») et la chose (« quelque chose au-delà du droit strict ») que le mot désignerait, et d'autre part à considérer que la chose en question est une essence. En effet, en admettant que le mot « équité » désigne l'essence « le Juste en dehors de la loi écrite », on ne peut qu'aboutir à l'impasse lorsqu'il s'agit de décrire l'activité du juge qui, conformément aux dispositions de la loi, juge « en équité ». En effet, soit l'on considère que le juge tranche conformément à la loi « en équité » et cela signifie, étant donné que l'équité ne corrige plus la loi, que le mot et l'essence ne correspondent plus ; soit il ne juge pas « en équité » (c'est-à-dire, conformément à l'essence de l'équité) et cela signifie que le langage employé par le législateur est incorrect. Or comment le taxer d'incorrect lorsque la mention d'« équité » contenue dans la loi produit exactement l'effet escompté : le juge dispose d'une marge d'appréciation étendue et l'exerce au litige en cause.

Pour sortir de cette fausse aporie, on peut de nouveau se référer aux jeux de langage, c'est-à-dire à l'idée que la signification d'un élément du langage dépend du contexte (des règles du jeu) dans lequel il est employé. Lorsque le législateur habilite le juge à trancher selon « *l'équité* », il n'entend pas désigner quoique ce soit mais simplement conférer au juge un plus grand pouvoir d'appréciation des faits ou l'autorise à évaluer, selon son opinion, le montant de telle prestation ou de telle indemnité<sup>1439</sup>.

Le mot tire ici sa seule signification de la proposition générale par laquelle s'exprime la volonté du législateur d'octroyer un large pouvoir d'appréciation. Le terme d'équité pourrait d'ailleurs très bien être substitué par un autre terme ou une autre proposition sans que la fonction assignée à la règle légale ne soit différente. L'emploi du terme d'« équité » s'explique parce qu'il répond parfaitement à sa fonction communicative. Le juge accède aisément au sens de l'énoncé dans lequel le terme apparaît. Lorsque le juge prend connaissance de la règle en question, il ne saurait ignorer que le législateur a voulu étendre son pouvoir. Autrement dit le terme d'équité n'est ici qu'un moyen de communiquer efficacement la volonté d'autoriser l'interprète à faire un usage plus important de sa subjectivité.

---

<sup>1439</sup> Ce que M. Rotondi appelle l'appréciation technique discrétionnaire (v. ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », art. préc., p. 50).

Lorsque le législateur, dans une disposition légale, mentionne le terme d'« équité » et que le juge comprend ce que le législateur a voulu exprimer, à savoir l'habiliter à faire davantage usage de sa subjectivité, ce qui se manifeste par l'exercice de cette faculté pour trancher les litiges, on peut dire que dans le cadre du jeu de langage entre le législateur et le juge, les règles du jeu ayant été respectées, un « coup a été joué ». La mention de l'« équité » dans la loi est efficace puisque le comportement du juge s'en trouve modifié. Cette efficacité veut dire que le terme d'« équité » ainsi employé, est porteur d'une signification.

En conséquence, la question de savoir si la mention de *l'équité* dans la loi correspond ou non à « l'équité », c'est-à-dire, à *l'essence* de l'équité, n'a pas lieu d'être. Le mot « équité » lorsqu'il est employé par le législateur n'a pas pour fonction de désigner une chose ni une essence, il remplit simplement sa fonction de communication de la volonté du législateur d'octroyer au juge un plus large pouvoir.

## 2) La suppression du pouvoir d'équité

**En droit romain** Lors de la période impériale, certains empereurs ont formellement défendu aux juges de s'écarter des lois sous prétexte de se conformer à l'équité. Le titre relatif à l'office du juge dans les Institutes de Justinien débute ainsi : « Et avant tout le juge doit s'observer à ne pas juger autrement que suivant ce qui est prescrit par les lois, ou par les constitutions ou par les coutumes<sup>1440</sup> ». Afin de rendre cette prohibition effective, les juges étaient menacés d'être sanctionnés<sup>1441</sup>. On peut également comprendre la phrase d'Ulpien : « cela est bien dur ; mais la loi y est formelle<sup>1442</sup> » reprise sous la forme de l'adage *dura lex, sed lex*, comme s'adressant tant aux parties qu'aux juges afin d'enjoindre ces derniers à ne pas s'écarter des dispositions de la loi.

**Les tentatives de suppression de l'équité sous l'Ancien Régime.** Sous l'Ancien Régime l'équité figure, indique M. Sourieux comme un « *concept (...) au cœur de la lutte politique*

---

<sup>1440</sup> « Et quidem imprimis illud observare debet iudex ne aliter iudicet quam quod legibus, aut constitutionibus moribus proditum est » (Titre XVII de l'office du juge des Institutes de Justinien).

<sup>1441</sup> Digeste 48, 10, 1, 3 : « Si un juge a laissé sans exécution les Constitutions des Princes, il est puni » ; Digeste, 5, 1, 40, 1 « Si un juge omet par mauvaise foi quelque chose dans son jugement contre les ordonnances, il contrevient au loi ».

<sup>1442</sup> ULPYEN, Digeste. 40, 9, 12, 1.

entre le pouvoir monarchique et la puissance judiciaire<sup>1443</sup> ». Même si les tentatives de supprimer l'équité ont échoué, elles suffisent à révéler sans équivoque la volonté du monarque de retirer aux juges ce pouvoir. En 1536, François Ier, imploré par les députés, avait interdit au Parlement de Chambéry de statuer en équité. L'ordonnance de Blois en 1579 réitérait cette interdiction et la généralisait<sup>1444</sup>. L'interdiction est encore une fois formulée par ordonnance de Paris en 1629. Sous Louis XIV, l'ordonnance d'avril 1667 « touchant la réformation de la justice » disposait en son article 6 : « Voulons que toutes nos Ordonnances, Edits, Déclarations et Lettres Patentes, soient observées tant aux jugements des Procès *qu'autrement, sans y contrevenir ; ni que sous prétexte d'équité, bien public, accélération de la justice, ou de ce que nos Cours auraient à Nous représenter, elles ni les autres juges s'en puissent dispenser, ou en modérer les dispositions, en quelques cas, et pour quelque cause que ce soit*<sup>1445</sup> ». En dépit de ces défenses réitérées faites aux Cours d'user de leur pouvoir d'équité, les juges ont continué d'exercer leur pouvoir et les ordonnances sont longtemps restées lettre morte<sup>1446</sup>. La méthode létale n'est donc pas gage d'efficacité, au contraire de celle qui sera employée par le codificateur.

### 3) La réservation de l'équité

Autant l'encadrement et la suppression de l'équité correspondent à des mesures prises en vertu des pouvoirs politiques (ou « constitutionnels ») du législateur, autant la « captation » de l'équité se situe partiellement sur le même plan et partiellement sur un plan totalement distinct. L'on pourrait ainsi distinguer la « captation objective » lorsque le souverain se réserve expressément le pouvoir d'équité et la « captation subjective » qui correspond plus à une opération de communication.

---

<sup>1443</sup> SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 13.

<sup>1444</sup> Son article 208 dispose : « enjoignons à tous nos juges, magistrats, officiers et autres juges, tant des *seigneurs ecclésiastiques que séculiers, de les garder et faire garder exactement...., sans y contrevenir, ni s'en dispenser, ni modérer les peines contenues en icelles, pour quelque occasion, et sous quelque prétexte que ce soit, d'équité ou autrement* : déclarant, les jugements, sentences et arrêts qui seront donnés contre la forme et teneur d'icelles, nuls, et de nul effet et valeur », (cité par ALBIGES Ch., « De l'équité dans le jugement – étude de droit privé », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, p. 110).

<sup>1445</sup> JOUSSE D., *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris : Debure, 1757, t.1, pp. 5-6, cité par SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, p. 13. V. égal. : TIMBAL P.-Cl., CASTALDO A., MAUSEN Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2009, n° 367.

<sup>1446</sup> V. DESSENS A., th. préc., p. 137.

a) La réservation subjective

La captation subjective de l'équité est rendue possible moins parce que l'équité est ici appréhendée comme phénomène juridique que comme phénomène linguistique. Ce qu'on entend par captation de l'équité signifie les efforts du législateur ou du souverain pour s'approprier le mot « équité » afin d'en déterminer la signification et ainsi influencer l'exercice du pouvoir judiciaire d'équité. On pourrait dire que la captation de l'équité est une « opération de communication » de la part d'un organe politique contre l'organe judiciaire. On constate ce phénomène à Rome avec la notion d'*aequitas* dont l'une des acceptions se rapporte à la vertu « de se montrer humain dans son interprétation et son application de la loi<sup>1447</sup> ». Cette vertu ordinaire, proche de *l'humanitas*, fut progressivement élevée en vertu impériale<sup>1448</sup>.

**Subjectiviser l'équité : l'exemple de *l'aequitas* comme vertu impériale.** En jouant sur la polysémie du terme, il a été possible de créer un lien, certes peu consistant juridiquement mais substantiel dans les consciences, entre l'Empereur et *l'aequitas*.

Avant d'être associée au princeps, *l'aequitas* apparaît au Ier siècle avant notre ère pour désigner une vertu collective. Les romains, écrit par exemple Salluste, font preuve d'*aequitas* lorsqu'ils administrent leurs affaires et celles de l'Etat<sup>1449</sup>. C'est avec l'arrivée de Jules César au pouvoir que la signification de *l'aequitas* se dote d'une acception individuelle et désigne une vertu propre au chef d'Etat<sup>1450</sup>. Durant le conflit avec Pompée, César se présente lui-même au peuple comme celui qui saura faire preuve d'équité<sup>1451</sup>. Une fois au pouvoir, il pourra s'enorgueillir de posséder cette vertu qu'il prétend avoir exercé lorsqu'il a voulu annuler les dettes des romains. Grand promoteur de la notion d'*aequitas* et dans une moindre

---

<sup>1447</sup> BENFERHAT Y., « *Æquitas iudicis, æquitas Principis* », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3<sup>e</sup> série, LVI, 2009, p. 55.

<sup>1448</sup> V. WALLACE-HADRILL A., « The emperor and his virtues », *Historia*, vol. 30, n° 3, 1981, pp. 298-323 ; BENFERHAT Y., « *Æquitas iudicis, æquitas Principis* », art. préc., p. 55 et s.

<sup>1449</sup> V. BENFERHAT Y., « *Æquitas iudicis, æquitas Principis* », art. préc., p. 65 note 68, citant Salluste : « *c'est par ces deux qualités, l'audace en temps de guerre, l'équité [aequitate] une fois la paix venue, qu'ils géraient leurs affaires et celles de l'Etat* ».

<sup>1450</sup> V. BENFERHAT Y., id., p. 67 ; WALLACE-HADRILL A., « The emperor and his virtues », art. préc., p. 303.

<sup>1451</sup> V. BENFERHAT., loc. cit.

mesure de César, Cicéron « *se fait l'écho de cette propagande*<sup>1452</sup> » en attribuant à César cette vertu<sup>1453</sup>. Le terme est ensuite allègrement employé par l'historien Valère-Maxime pour qualifier Caton, César ou Auguste<sup>1454</sup>. Peu de temps après, dans l'une de ses fables, Phèdre met en scène un lion qui, une fois devenu roi des animaux, cherche à acquérir une réputation d'équité [aequitatis] en se contentant d'une nourriture sobre et en rendant des jugements intègres<sup>1455</sup>.

Plus tard, l'*aequitas* s'inscrit dans le decorum de la propagande impériale (notamment sur les pièces de monnaie<sup>1456</sup>) et compte parmi les vertus impériales à l'instar de la Pax, de la Clementia, de la Moderatio, de la Spes, de la Securitas, de la Iustitia etc<sup>1457</sup>. Ces vertus dans l'imaginaire sont celles que possède (ou doit posséder) l'Empereur ou le princeps pour gouverner. Elles justifient son pouvoir autant qu'elles participent à sa mystification. Selon la personnalité de chacun d'entre eux, ces vertus peuvent servir à le diviniser ou seulement à lui conférer, en tant que mortel, un charisme hors du commun. Pour Mme Benferhat, la mention d'*aequitas* dans la propagande impériale servirait à symboliser la modestie du chef qui entend servir l'Etat avec raison et sagesse. L'*aequitas*, contrairement à la iustitia, demeure une vertu « très humaine » ce qui explique pourquoi on la trouve rarement associée aux empereurs imbus de leur personne<sup>1458</sup>.

L'association de l'*aequitas* et de l'Empereur favorise la « captation objective » de l'équité consistant pour le souverain à se réserver le pouvoir d'équité.

#### b) La réservation politique

---

<sup>1452</sup> BENFERHAT Y., id., p. 68.

<sup>1453</sup> V. CICERON, Pro Marcello, 32 ; CICERON, Pro rege Deiotaro 7, cité par BENFERHAT Y., loc. cit.

<sup>1454</sup> V. BENFERHAT Y., « *Æquitas iudicis, æquitas Principis* », art. préc., pp. 69-70.

<sup>1455</sup> Fables, IV, 14, 1-5 (cité par BENFERHAT Y., id., p. 70).

<sup>1456</sup> A la suite des travaux entrepris par Mme Benferhat, nous pouvons dire que la mention *Æquitas Augusti* apparaît dès l'année 69. A partir des Flaviens le phénomène : nombre de pièces sont frappées avec cette légende ou des dérivées sous Vespasien et Titus. La mention disparaît sous Domitien et Néron puis revient avec Nerva. Sous le règne de Trajan (98-117), la mention *d'aequitas* est absente, toutefois la monnaie est frappée avec l'effigie d'une femme, debout ou assise, tenant des balances et une corne d'abondance qui peut être considérée comme la représentation de l'*aequitas*. La mention d'*aequitas* sur la monnaie a également pu être liée à la nature et à la fonction de la monnaie : l'*aequitas* et la balance qui la représente symbolisent la juste répartition des marchandises et le respect de la valeur de la monnaie.

<sup>1457</sup> Continentia, Humanitas, Civilitas, Comitatus, Veritas, Pietas.

<sup>1458</sup> V. BENFERHAT Y., « *Æquitas iudicis, æquitas Principis* », art. préc., pp. 71-72.

La réserve politique se manifeste lors de l'interprétation du droit et de la création du droit.

**L'interprétation du droit.** La réserve politique de l'équité dans le cadre de l'interprétation du droit est parfaitement illustrée par l'Empereur Constantin. Alors qu'au bas-Empire, l'empereur Constantin avait intimé aux juges de faire prévaloir *l'aequitas* sur le droit strict<sup>1459</sup>, l'empereur Justinien prohibe fermement aux juges d'exercer ce pouvoir. Il déclare : « il ne convient et n'appartient qu'à nous de donner une interprétation moyenne entre l'équité [aequitatem] et le droit<sup>1460</sup> ». S'il y a un doute sur le sens d'une loi, les juges doivent le soumettre à la décision de l'empereur en tant qu'unique législateur. Il s'agit bien, comme l'avait déjà noté Savigny, d'une réserve du pouvoir d'équité au profit exclusif de l'empereur<sup>1461</sup>.

**L'équité revendiquée pour justifier la création du droit.** La stratégie consiste pour les titulaires du pouvoir législatif de légitimer la création de nouvelles règles ou la transformation de règles existantes en utilisant l'équité comme moyen rhétorique. On rencontre l'usage de cette technique « pré-juridique »<sup>1462</sup> destiné à rendre acceptable les projets de lois chez les Empereurs convertis au christianisme<sup>1463</sup>. Cette stratégie législative fut notamment employée dans le domaine féodal ou international<sup>1464</sup>.

---

<sup>1459</sup> Code de Justinien, 3, 1, 8 (Constitution de Constantin et Licinius) : « Il est admis qu'en toute matière il convient d'avoir plus d'égard pour la justice et l'équité que pour le droit strict ».

<sup>1460</sup> Code de Justinien, 1, 14, 1 ; v. BERTHIAU D., th. préc., p. 269.

<sup>1461</sup> SAVIGNY F. C. V., Traité de droit romain, t. 1, trad. GUENOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1840, p. 289 : « quand la rigueur du droit a besoin d'être mitigée par l'aequitas, cette interprétation n'appartient qu'à l'empereur. Ici il n'est évidemment pas question de l'interprétation pure, mais d'une modification de la loi, d'une conquête de l'aequitas sur le domaine du droit strict jusque-là en vigueur. Ce pouvoir que le préteur exerçait légalement par son édit, et que souvent les jurisconsultes s'attribuaient de fait, est dès lors exclusivement réservé à l'empereur, changement très bien approprié à la constitution nouvelle de l'État ». V. égal. : BERTHIAU D., th. préc., p. 272 ; RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 10.

<sup>1462</sup> BISCARDI A., « on aequitas and Epieikeia », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, p. 9.

<sup>1463</sup> LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 128-129 : « The very concept of equity is often used to characterise and legitimate generally the legislation of the Christian emperors and by that reason is seen to be a special quality of new secular law. Equity is in this ideology the creative element for the development of law, a Ciceronian idea that was used by the emperors to justify changes of law already before the time of conversion to christianity ».

<sup>1464</sup> V. ZIEGLER K.-H., « Aequitas in Roman International Law », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 48-63.

L'équité canonique fut utilisée également en vue des mêmes fins. A l'instar des empereurs Romains, les papes invoquent *l'aequitas canonica* comme motif de législation et de modification du droit<sup>1465</sup>. Ce privilège fut facilité par Henri de Suze qui voyait en l'équité canonique non seulement un mode d'interprétation mais également l'un des principes suprêmes du droit canonique qu'il fallait suivre pour préserver les âmes des Chrétiens<sup>1466</sup>.

Parce que *l'aequitas* revêt une double signification, théologique et juridique, elle ouvre le passage d'un champ à l'autre et permet le transfert de notions spirituelles dans la sphère juridique à l'instar de la bonne foi. C'est en effet au travers de *l'aequitas* que le critère de la bonne foi a pu être introduit dans les règles légales canoniques. C'est ainsi au nom de l'équité canonique, que la prescription acquisitive ou extinctive fut conditionnée à l'exigence de la bonne foi du bénéficiaire<sup>1467</sup>. C'est encore au nom de *l'aequitas* et du principe *pacta sunt servanda*, que les contrats de bonne foi sont légalement passés du statut d'exception à celui de principe<sup>1468</sup>.

**Conclusion de la section (les effets critiques).** L'instrument d'équité est généré pour répondre à des problèmes très concrets ignorés des normes formelles. Néanmoins, pour imposer l'instrument, les juges et les juristes ont généralement recours à la métaphysique et aux abstractions. Lorsque les raisons pour lesquelles un tel instrument était nécessaire disparaissent, l'instrument et les abstractions, constitutifs d'un pouvoir pour le juge, demeurent et finissent par générer des effets critiques de moins en moins tolérés par les justiciables et les titulaires des autres pouvoirs politiques. Trois séries de problèmes naissent de l'exercice de cet instrument : d'une part, un problème épistémologique (comment définir l'équité ? quel est son statut ?), d'autre part, un problème social (l'insécurité juridique) et enfin, un problème politique (remise en cause des rapports entre les pouvoirs législatif et judiciaire).

---

<sup>1465</sup> V. LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », art. préc., p. 135.

<sup>1466</sup> V. LANDAU P., id., pp. 138-139.

<sup>1467</sup> Ibid.

<sup>1468</sup> V. JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, préf. FERRAND Fr., Paris : Dalloz, 2001, p. 32 ; ALBIGES Ch., th. préc., p. 105 ; CHARPENTIER E., « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 26, 1996, p. 311 ; DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, Boisseau, 1934, p. 135.

## Conclusion du chapitre trois

Lorsque le discours de l'équilibre tenu par les juristes dans le cadre de la science du droit pénètre le droit, le terme d'« équilibre » change de statut épistémologique. D'outil rhétorique il devient une notion juridique susceptible de produire des effets lorsqu'elle est employée par un acteur du droit. Le cas échéant, la notion est destinée au juge pour interpréter l'esprit de la règle et trancher les litiges à partir des intérêts en présence.

Introduit à Rome, cet instrument (l'« *aequitas* ») se diffuse et notamment en Angleterre (« *equity* ») et en France (« *équité* »). Dans chaque ordre, l'instrument remplit les mêmes fonctions : dépasser le droit strict pour permettre un examen et une conciliation des intérêts en présence. Témoin du phénomène et parfois méfiante, la doctrine tente de définir la notion d'équité afin d'encadrer le pouvoir du juge que celle-ci, pour ainsi dire, lui confère.

L'exercice de cet instrument par les juges est de nature à relativiser l'importance et les effets de la norme formelle posée par le législateur. L'instrument perturbe les pouvoirs politiques et suscite une réaction du législateur qui peut prendre plusieurs formes, de la simple tolérance à la prohibition pur et simple.

## Conclusion du titre un

Dans ce premier titre, nous avons examiné un cycle complet du discours de l'équilibre. Puisant ses racines dans la philosophie grecque et en particulier celle d'Aristote, lequel a développé une théorie de la justice reposant sur la constitution et la conservation des équilibres entre citoyens, le discours de l'équilibre (*aequum*) sert aux préteurs pour dépasser la rigueur du droit strict lorsque les circonstances l'exigent. Cicéron restaure la formule et lui donne une acception jusnaturaliste (*aequitas*). Sans constituer une source de droit, l'*aequitas* répond à plusieurs objectifs et notamment celui de pouvoir justifier certaines innovations juridiques et celui de favoriser une interprétation plus souple de la règle afin de l'adapter aux faits. Progressivement l'idée substantielle d'équilibre s'efface derrière la fonction subversive de l'instrument. Entré dans le langage des acteurs du droit, l'*aequitas* tend à se diffuser dans les autres ordres juridiques. De cette diffusion résultent, l'équité, l'*Equity* et l'*aequitas canonica* soit autant d'instrument à disposition des juges dans chacun des ordres correspondants pour créer voire corriger le droit. Ce pouvoir du juge suscite la jalousie du

pouvoir politique et tend à exaspérer les justiciables préférant la sécurité juridique à la recherche d'équité.

## Titre 2 : Le discours moderne de l'équilibre

« Droit subjectif, germe des abus du libéralisme<sup>1469</sup> »

Michel Villey

La structure précédente sera conservée car il s'avère que le discours de l'équilibre, à l'époque moderne, répond aux mêmes enjeux que le discours ancien de l'équilibre. Il s'agit à nouveau de dépasser le formalisme au travers d'une raison alternative, voire supérieure, au droit, afin d'adapter les règles aux nouvelles conditions sociales et économiques du XIXe siècle. Le discours de l'équilibre exprimé en Occident à la fin du XIXe siècle (Chapitre 2) trouve ses origines dans la pensée de Jeremy Bentham. Celle-ci est tellement radicale qu'il est préférable de la qualifier d'extra-juridique et de l'exclure de la doctrine traditionnelle<sup>1470</sup> (Chapitre 1). Les fruits de ce discours se matérialisent par les instruments judiciaires de la balance des intérêts et de la proportionnalité (Chapitre 3).

---

<sup>1469</sup> VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 152. Il souligne.

<sup>1470</sup> Sa science du droit constitue « un cas de figure assez exceptionnel » écrit M. Ost. « Il s'agit » ajoute-t-il « d'un savoir à la fois interne à son objet et le récusant quasi totalement dans son état présent. Se différenciant ainsi à la fois du modèle dogmatique qui adpote le point de vue interne propre à la pratique juridique sans le remettre en question sinon sur des points de détails, et du modèle critique qui entend expliquer le droit de l'extérieur (le cas échéant en tenant compte du point de vue interne des juristes), le modèle benthamien, qu'on pourrait qualifier de « réformateur » (et même de « réformateur radical ») partage les objectifs pratiques de la doctrine classique (du moins ceux qu'elle prétend poursuivre : améliorer la connaissance du droit en vue de parfaire son application et ainsi contribuer à une meilleur régulation sociale) tout en rejetant, avec la véhémence qu'on sait, ses méthodes et ses résultats actuels ». (OST F., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in, GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, p. 179).

# Chapitre 1 : Les racines du discours : la philosophie juridique de Jeremy Bentham

« l'utilitarisme représente l'un des mouvements périodiques de l'abstrait au concret, de l'idéalisme au matérialisme, de l'a priori à l'empirique <sup>1471</sup> »

Bentham s'avère doublement primordial. Il va radicalement se confronter à la pensée juridique traditionnelle nourrie au droit naturel et à sa capacité à produire des fictions telles que *l'équité*. Afin de mettre un terme à cette production de fictions nuisibles, il lui est nécessaire de remonter aux sources de ce mode de pensée, à savoir, l'aristotélisme. Parallèlement à sa tentative de « *mettre en pièce la masse de l'édifice aristotélicien* »<sup>1472</sup>, Bentham souhaite réformer radicalement le droit et la science du droit. Dans ce cadre Bentham pose les bases d'un nouveau discours de l'équilibre. Attaché aux intérêts et plus fondamentalement aux plaisirs et aux peines, ce discours vise à instaurer une approche empiriste du droit, purgée de toute trace de droit naturel. En ce sens, la pensée de Bentham doit être considérée comme l'origine du discours moderne de l'équilibre dit de la « balance des intérêts ».

Une brève présentation de l'auteur suivie de la réception de ses idées en France précèdera d'une part, l'étude de sa critique des fondements de la pensée juridique traditionnelle et d'autre part, l'étude de sa réflexion en ce qu'elle fournit les conditions de possibilité du nouveau discours de l'équilibre.

**A propos de Jeremy Bentham.** Avant de se consacrer à la rédaction de manuscrits et de lettres expédiées aux quatre coins du monde – qui s'étaleront sur 65 volumes<sup>1473</sup> – ainsi qu'à l'élaboration de projets de réformes, Jeremy Bentham (1748-1842) étudie le droit à la

---

<sup>1471</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 267.

<sup>1472</sup> BENTHAM J., *Chrestmoathia*, appendice xviii, p. 121, cité par SOUBBOTNIK M., « Le tissu de la fiction : approche de Bentham », *Revue du Littoral*, n° 36, 10/1992, p. 73

<sup>1473</sup> V. HALPERIN J.-L., « Bentham Jeremy », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008.

Queen's College d'Oxford où il suit les cours du « lassé et lassant<sup>1474</sup> » William Blackstone<sup>1475</sup>, puis exerce précocement la profession d'avocat, et ce brièvement en raison des faibles rentrées d'argent et du profond sentiment d'injustice que lui inspire le milieu judiciaire. Néanmoins, en tant qu'observateur lucide, cette expérience lui fournit la matière première de son œuvre critique et réformatrice<sup>1476</sup>. Juriste de formation puis philosophe, il consacre sa vie durant, toutes disciplines confondues, à découvrir les causes des plaisirs et des douleurs et à proposer les moyens de réaliser « le plus grand bonheur du plus grand nombre ». Bien que la plupart de ses projets les plus ambitieux – la codification du droit anglais, le Panopticon et le Pannomion<sup>1477</sup> – ne se concrétisent pas, celui qui estimait que les choses s'amélioreraient en 2440<sup>1478</sup>, a fourni une pensée dont la richesse n'a d'égal que le flot de réactions qu'elle a provoqué.

**La réception de la pensée de Bentham.** « Bête<sup>1479</sup> » pour les uns, « génie<sup>1480</sup> » pour les autres, et fondateur des « sciences humaines » selon tous<sup>1481</sup>, Bentham et avec lui

---

<sup>1474</sup> Selon les termes de Bentham (v. HALPERIN J.-L., « Bentham Jeremy », art. préc.).

<sup>1475</sup> Pour une présentation moins sarcastique et plus élogieuse de William Blackstone, v. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, pp. 259-274.

<sup>1476</sup> Sa première œuvre qu'il publie anonymement *Fragments sur le gouvernement*, est un « commentaire sur les commentaires de Blackstone », c'est à dire une virulente critique contre l'œuvre majeure de son ancien professeur et plus largement une charge contre les juristes, accusés d'abrutir le peuple et d'en tirer substantiellement avantage.

<sup>1477</sup> Le Pannomion est un corps complet de législation. Bentham l'a proposé à James Madison, président des Etats-Unis et au tsar Alexandre I. (v. LAVAL Ch., CLERO J.-P., *Le vocabulaire de Jeremy Bentham*, Paris : Ellipses, 2002, pp. 48-49).

<sup>1478</sup> BENTHAM J., *The Works of Jeremy Bentham*, éd. Bowring, VII, p. 320, cité par HART H. L. A., « La démystification du droit », in GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 91.

<sup>1479</sup> MARIS B., *Des économistes au-dessus de tout soupçon ou la grande mascarade des prédictions*, Paris : Albin Michel, 1990, p. 75. Selon cet économiste malheureusement disparu « la niaiserie tranquille » aurait pu être la devise de cet « étrange moraliste » (id., p. 74) qui « a le bon sens des publicités d'Edouard Leclerc ou des dialogues de Marcel Dassault au café du commerce » (id., p. 76) ; pour Schumpeter dans son *Histoire de l'analyse économique* l'utilitarisme benthamien n'est qu'un « conte de nourrice », une « mauvaise sociologie », « la plus creuse de toutes les philosophies inimaginables » (cité par LAVAL Ch., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 8 note 1).

<sup>1480</sup> EVERETT C. W., « The constitutional Code of Jeremy Bentham », in *Jeremy Bentham – Critical Assessments*, Vol. III, London and New York : Routledge, 1993, p. 503, cité par TUSSEAU G., *Jeremy Bentham et le droit constitutionnel : une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris : l'Harmattan, 2001, p. 17 ; selon Lacan, « ce personnage est loin de mériter le discrédit, voire le ridicule, dont une certaine critique philosophique pourrait faire état quant à son rôle au cours de l'histoire du progrès éthique » (LACAN J., *Le séminaire*, L. VII, p. 21 cité par CLERO J.-P., « introduction », in BENTHAM J., *La table des ressorts de l'action*, trad., notes et intro. CLERO J. P., Paris : L'unébévue, 2008, p. XLV, note 2). V. égal. CAUSIN E., « la logique sociale de la déontologie », in GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 452 : « son œuvre était géniale » ; Pour certains le « génie » de Bentham relèverait du syndrome d'Asperger... (v. LUCAS Ph., SHEERAN A., « Asperger's Syndrome and the Eccentricity and Genius of Jeremy Bentham », *Journal of Bentham Studies*, vol. 8, 2006, disponible sur :

l'utilitarisme, ont assurément provoqué une division dans le monde intellectuel. Cette division ne signifie pas qu'il y a d'un côté les pro et de l'autre les contra Bentham mais plutôt que la pensée de Bentham constitue, pour les premiers, l'objet d'un examen attentif, et, pour les seconds, l'objet d'oubli<sup>1482</sup>, de confusion<sup>1483</sup> voire de mépris<sup>1484</sup>. La ligne de cette division correspond, pour ainsi dire, aux frontières naturelles que sont l'océan Atlantique et la Manche<sup>1485</sup>.

En effet, les syndromes ne trompent pas et plusieurs experts sont formels : la France est affectée d'une benthamophobie aigüe. Ce trouble singulier de la pensée scientifique se manifeste le plus souvent par les symptômes suivants : indifférence, contresens, réduction, raccourci, citation tronquée, caricature, condescendance, sarcasme, etc. Plusieurs causes sont envisagées pour expliquer ce mal, lequel ne s'avère cependant pas chronique, puisqu'à ces débuts, Bentham jouissait d'une bonne réputation en France et sa pensée était bien accueillie.

**Les rapports entre la France et l'utilitarisme.** Alors qu'à la fin du XVIIIe siècle et au début du XIXe, Bentham jouissait d'une forte popularité en France, le milieu du XIXe siècle sera radicalement plus hostile. Pendant plus d'un siècle, une partie de la pensée hexagonale entichée de romantisme politique et social et remontée contre l'ordre bourgeois et la domination de l'intérêt va « complètement rejeter, mépriser, ignorer la nature et les enjeux

---

[http://discovery.ucl.ac.uk/1322989/1/008\\_Lucas\\_and\\_Sheeran\\_2006.pdf](http://discovery.ucl.ac.uk/1322989/1/008_Lucas_and_Sheeran_2006.pdf).

<sup>1481</sup> TROTIGNON J., « Jeremy Bentham », *Encyclopaedia Universalis* : « Bentham est probablement l'un des fondateurs de ce que l'on appelle aujourd'hui 'sciences humaines' : le plaisir et la douleur jouent dans l'analyse des phénomènes moraux le rôle que les faits jouent en physique » ; MARIS B., op. cit., p. 75 : « il est exact d'affirmer que Bentham est le père des sciences humaines. Le premier, il a fait sauter le couvercle du crâne pour trafiquer dans les méandres du cerveau armé de tenailles ».

<sup>1482</sup> TROTIGNON J., « Jeremy Bentham », art. préc. : « Jeremy Bentham a connu la grande crise révolutionnaire qui transforma l'Europe. Son oeuvre, trop souvent et très injustement oubliée, est une des sources idéologiques de la grande pensée bourgeoise du XIXe siècle ».

<sup>1483</sup> AUDARD Ch., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t.1, PUF, Paris : 1999, p. 1 : « peu de doctrines philosophiques auront attiré sur elles un aussi grand nombre de malentendus et de contresens (...) A cela s'est ajouté l'association avec l'image d'un homo oeconomicus calculateur et intéressé par sa seule « utilité » personnelle que véhicule l'usage du terme « utilité » par les économistes, et cela a suffi pour que l'utilitarisme soit perçu de manière totalement dénaturée quand il n'a pas été purement et simplement rejeté ».

<sup>1484</sup> AUDARD Ch., id., p. 1 : « la doctrine elle-même, en raison de son ambition de concilier, comme disait Bentham, ce qui est, c'est-à-dire le règne de l'intérêt égoïste, avec ce qui est souhaitable : le bonheur de tous ou du plus grand nombre, a été honnie par tous ceux qui soit rêvaient de desseins plus grandioses pour le genre humain, soit prônaient un réalisme beaucoup plus pessimiste ».

<sup>1485</sup> Pour René Sève, l'utilitarisme est, statistiquement, la doctrine la plus discutée dans le monde anglo-saxon de toutes les théories morales (v. SEVE R., « Utilitarisme », in, RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 1996, p. 711 ; v. égal. MBONGO P., « Bentham », LPA, 8 mai 2003, n° 92, p. 4 et s.). Il faut toutefois souligner que du côté de la Belgique, de nombreux auteurs se sont penchés sur Bentham (v. par ex., GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987).

*véritables de l'utilitarisme, se rangeant plus ou moins derrière la banderole de Marx : 'liberté, égalité, propriété et Bentham'<sup>1486</sup> ». Ce rejet de l'intérêt en Europe en général s'explique selon Tocqueville par l'absence de renoncement aux grands idéaux, « on feint encore tous les jours de grands dévouements qu'on n'a plus »<sup>1487</sup> .*

A partir de cette époque et jusqu'à peu, les relations entre la pensée française et l'utilitarisme sont, au mieux mitigées, au pire inexistantes<sup>1488</sup>. Concernant les causes de ce rejet, dont beaucoup s'accordent à souligner le caractère insolite, plusieurs hypothèses coexistent. En premier lieu, il faut imputer la responsabilité à l'utilitarisme lui-même : ses ambiguïtés, ses perpétuelles tensions entre individualisme et souci du bien commun ou entre hédonisme, exigence d'impartialité et justice, auraient compromis sa correcte appréhension et sa bonne réception. La seconde raison serait relative à l'influence de Rousseau et d'une tradition française méfiante à l'égard des intérêts privés<sup>1489</sup>. Plus largement, les différents accueils de l'utilitarisme s'expliqueraient par des cultures profondément hétérogènes. Alors que la culture pragmatique américaine embrasse la figure du bourgeois et la Vertu dans la mesure de leur utilité, la France, dont « la haine du bourgeois » habite la culture romantique, demeure, spéculant Mme Audard, une « terre hantée par l'échec de la Révolution Française à produire une morale digne de l'héroïsme de ceux qui, pour reprendre la formule de Rousseau, entreprirent de changer, pour ainsi dire, la nature humaine »<sup>1490</sup> ».

En outre, il règne une espèce d'incompatibilité entre la pensée conséquentialiste et empirique de Bentham et la pensée traditionnelle française forgée par le rationalisme et le cartésianisme.

---

<sup>1486</sup> AUDARD Ch., op. cit., p. 3 ; la citation de Marx est extraite de Marx K., *Le capital*, p. 726 ; enfin, Mme Audard cite M. Nicolet : « la France est peut-être le seul pays d'Europe qui n'a jamais admis la grande coupure, le grand mouvement intellectuel, scientifique et politique effectué dans l'Ecosse des Lumières, vers la fin du XVIIIe siècle, qui s'est voulu – et qui a réellement été l'acte de naissance de la modernité » (NICOLET C., *La pensée républicaine*, Paris : Gallimard, 1994, p. 479).

<sup>1487</sup> TOQUEVILLE A. De., *De la démocratie en Amérique*, Paris : Flammarion, 2008, p. 784. Il ajoutait encore à propos de la doctrine de l'intérêt (p. 786) : « Je ne crois pas, à toute prendre, qu'il n'y ait plus d'égoïsme parmi nous qu'en Amérique ; la seule différence, c'est que là il est éclairé et qu'ici il ne l'est point. Chaque Américain sait sacrifier une partie de ses intérêts particuliers pour sauver le reste. Nous voulons tout retenir, et souvent tout nous échappe ».

<sup>1488</sup> AUDARD Ch., op. cit., p. 4 : « ce mépris et cette ignorance conduiront, par exemple, à ce que l'un des grands livres parus en France sur l'utilitarisme, l'ouvrage de référence sur Bentham de Elie Halévy, *La formation du radicalisme philosophique*, ait dû passer près d'un siècle de pénitence dans son pays natal avant d'être réédité alors qu'il est toujours étudié comme un classique et discuté dans les pays anglophones ».

<sup>1489</sup> V. AUDARD Ch., id., p. 7.

<sup>1490</sup> Ibid.

Contrairement à cette dernière, l'utilitarisme n'est « pas une philosophie axée sur la fidélité à des principes ; *c'est plutôt une pensée se donnant pour but la réussite de ses objectifs*<sup>1491</sup> ». La pensée française axée sur la recherche de la validité des énoncés théoriques ne serait pas particulièrement appropriée pour examiner « *une philosophie de l'adaptation à la réalité, et (...) qui fait du compromis à la fois sa stratégie pragmatique et son objectif moral*<sup>1492</sup> ». Cette incompatibilité est attestée par la nature des critiques dont l'utilitarisme est l'objet. Les penseurs hexagonaux étudient prioritairement les principes de l'utilitarisme, procèdent à leur examen, puis au lieu de s'intéresser aux nombreux résultats concrets proposés par Bentham (en matière de liberté de la presse, de colonies, de religion, etc.) pour éventuellement les critiquer ou les valider, s'échinent, à la place, à inventer des exemples fantaisistes par le truchement desquels la mise en œuvre des principes aboutit a posteriori à un résultat aberrant. C'est donc au travers – et au prix – de la séparation de la théorie et de la pratique qu'est généralement analysé l'utilitarisme<sup>1493</sup>. Ainsi pour démontrer que le système de Bentham est « misérablement simpliste<sup>1494</sup> », Villey nous demande d'imaginer un phénomène pour le moins paranormal, celui d'« une société où tous les hommes seraient misérables, sauf un qui *jouirait d'une richesse et d'un bonheur inépuisable*<sup>1495</sup> » pour en arriver à la conclusion suivante : « *sans doute Bentham serait satisfait d'un tel état de chose, parce qu'un gros total est atteint*<sup>1496</sup> ». Cette pétition de principe témoigne à nouveau de ce dédain que d'aucuns trouvent intrigants<sup>1497</sup>.

<sup>1491</sup> LEROY M.-L., « Postface », in, BENTHAM J., *Garanties contre l'abus de pouvoir*, trad. LEROY M.-L., Paris : Rue d'Ulm, 2001, p. 256.

<sup>1492</sup> LEROY M.-L., « Postface », art. préc., p. 255. La consultation des textes de Bentham réunis par Mme Leroy est particulièrement éclairante car l'on constate à quel point la rhétorique de Bentham s'adapte en fonction de la nature des souffrances qu'il s'agit de réduire, au point de compromettre, en façade, la cohérence et l'unité de la pensée utilitariste. En effet, dans son allocution aux parlementaires français destinée à inciter la France à émanciper ses colonies, Bentham ne cherche pas à abattre les principes jusnaturalistes tel qu'il a pu le faire à la suite de la Révolution, mais les retourne à son profit pour défendre son propos et souligner l'incohérence de la politique française. De la même manière, lorsqu'il écrit au shah d'Iran, il va non seulement mettre de côté, ses idées relatives à la religion, mais surtout montrer une grande déférence à l'égard des croyants. Dans les deux cas, il serait très facile de souligner l'incohérence de Bentham entre ces écrits pratiques et ses œuvres plus théoriques mais pour Bentham, compromettre la cohérence et la sincérité du propos, n'est qu'un moindre mal lorsqu'il est question, en face, de réduire la misère des peuples opprimés.

<sup>1493</sup> Or « *quiconque sépare la théorie et la pratique ne comprend rien à l'utilitarisme* » (CLERO J.-P., « Introduction », in, BENTHAM J., *La table des ressorts de l'action*, trad., notes et intro. J.P. CLERO, Paris : L'unébévue, 2008, p. XLIV).

<sup>1494</sup> VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1957, p. 317.

<sup>1495</sup> Ibid.

<sup>1496</sup> Ibid.

<sup>1497</sup> V. AIRUT J.-P., « Utilitarisme », in, BLAY M. (dir.), *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Paris : Larousse, Cnrs, 2013, p. 807. Visiblement Villey a très mal lu Bentham. Selon l'historien, Bentham « ne veut aucune limite aux propriétés absolues des capitalistes » (VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1957, p. 314). Or, il suffit de lire l'auteur qui critique les abus du système capitaliste pour se

Enfin, une dernière hypothèse d'explication du rejet de l'utilitarisme en France peut être mentionnée<sup>1498</sup>. Il s'agit du parfum de collusion entre la pensée utilitariste et la pensée économique capitaliste voire ultra-libérale. S'il est indéniable de voir en Bentham à la fois un économiste et l'initiateur dans cette discipline d'un renouveau de la pensée<sup>1499</sup>, et de le rapprocher de Smith et de l'économie politique, il est contestable de confondre les deux philosophes<sup>1500</sup>, de même qu'il s'avère erroné d'amalgamer l'utilitarisme à l'économie politique<sup>1501</sup>. Selon M. Laval, la pensée économique de Bentham et sa préoccupation de la richesse matérielle ne sont qu'un élément, parmi les plus essentiels, de réponse à la question de la promotion du bonheur général<sup>1502</sup>. L'économie s'avère pleinement complémentaire,

---

convaincre de la contre-vérité formulée par Villey : « Pour le grand maître manufacturier, les souffrances de ces *serviteurs dont il s'est débarrassé ont généralement été de bien peu d'importance, voire d'importance nulle, bien qu'elles aient parfois concerné des centaines de gens. Mais, si étrange que cela puisse paraître aux yeux du maître, pas un seul de ces êtres humains n'a trouvé ces souffrance insignifiantes. Pour chacun des serviteurs congédiés, la différence qu'il y a entre subsister confortablement et mourir, ou recevoir du fonds de la paroisse une maigre subsistance, est en réalité bien plus importante que ne l'est, pour le capitaliste, la différence entre avoir l'habitude de faire des profits à un taux constant, et aspirer à faire des profits à des taux plus hauts.* »

Puisque la loi relative à ce sujet exprime toujours ou bien la volonté de *ce capitaliste ou bien celle d'un genre d'hommes qui font partie d'une classe encore plus insensible que lui aux misères de ceux qui sont moins fortunés qu'eux, l'acte par lequel on les prive de la totalité de leur subsistance n'est jamais considéré comme un crime, ni même un délit. En revanche, on punit comme un crime toute tentative de vengeance de la part des hommes que le capitaliste a privés de la totalité de leur subsistance, et qui essaient de le priver d'une partie même minime de sa vaste opulence, et on accuse des pires turpitudes ceux qui se rendent coupables de tels actes* » (BENTHAM J., *Garanties contre l'abus de pouvoir*, trad. et postf. LEROY M.-L., Paris : Rue d'Ulm, 2001, p. 120)

<sup>1498</sup> Notons également que Foucault dans *Surveiller et punir* tend à présenter Bentham en « savant fou des prisons » selon la formule de M. Airut... (AIRUT J.-P., « Utilitariste », art. préc., p. 813).

<sup>1499</sup> COMMONS J. R., « La valeur raisonnable dans l'économie politique américaine », in, *Introduction à l'étude du droit comparé* : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert, vol. 3, Paris : LGDJ, 1938, p. 383 : « les théories économiques des cent-soixante dernières années commencèrent en l'an 1776 par la répudiation de Blackstone par Jeremy Bentham. A partir de ce moment, les économistes poursuivirent les théories du bonheur ».

<sup>1500</sup> Pour Bentham, le but de Smith est la « science », c'est-à-dire, la connaissance, tandis que le sien est « l'art », c'est-à-dire, la tentative de résoudre par des suggestions auprès du législateur des questions pratiques à partir de la science (v. AUDARD Ch., op. cit., 1999, p. 311 et s.).

<sup>1501</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A., DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, 2010, p. 18 : « dans l'économie politique », dénonce Bentham, « un gouvernement tout occupé de commerce et de richesse, ne voit plus la société que comme un atelier, n'envisage plus les hommes que comme des machines productives, et s'embarrasse peu de les tourmenter, pourvu qu'il les enrichisse. Les douanes, les changes, les fonds publics absorbent toutes ses pensées. Il reste indifférent sur une foule de maux qu'il pourrait guérir. Tout ce qu'il veut, c'est qu'on produise beaucoup d'instruments de jouissance, tandis qu'il met sans cesse de nouveaux obstacles aux moyens de jouir ».

<sup>1502</sup> LAVAL Ch., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 10 : « l'utilitarisme de Bentham est d'abord une économie généralisée qui comprend tous les domaines de la vie humaine, et même, en certains moments, de la vie de tous les être sensibles. La richesse matérielle dont s'occupe par contre l'économie politique stricto sensu, que l'on peut appeler l'économie restreinte, ne saurait être qu'un élément partiel du bonheur humain. Élément indispensable, primitif sans doute, mais partie seulement qui ne saurait prétendre résumer tout ce dont l'homme a besoin et tout ce qu'il fait. C'est en quoi l'utilitarisme benthamien n'est pas un 'matérialisme grossier' comme on l'a souvent dit. La seconde dimension qui distingue la doctrine de Bentham de l'économie politique – au sens restreint du terme – tient à l'importance donnée à la langue, aux institutions,

quoique subordonnée, à la législation pour contribuer à la production de richesse et partant de bonheur<sup>1503</sup>. En fonction de ce qui sera le plus utile, la législation devra se retirer au profit de la liberté économique des agents (libre fixation des prix, libre concurrence) mais dans d'autres, elle devra intervenir notamment pour inciter à la production et à l'innovation ou pour protéger les plus faibles<sup>1504</sup>. En outre, remarque M. Laval, il ne faut réduire l'apport de Bentham pour les sciences économiques à l'introduction du modèle de l'*homo oeconomicus*<sup>1505</sup> car dans le même temps ce dernier envisageait les structures sociales dont l'Etat devrait se doter afin d'aider les exclus du modèle libéral. En ce sens, Bentham serait le précurseur de l'Etat-providence<sup>1506</sup>.

**Utilitarisme et pensée juridique française.** Ce phénomène singulier n'épargne pas la pensée juridique. En effet, en matière de théorie du droit, l'utilitarisme note Alain Strowel, constitue « un point de référence privilégié, voire obligé, pour toute entreprise, en tout cas anglo-saxonne<sup>1507</sup> ». Ainsi, constate-t-il, lorsque Rawls, Hayek ou Dworkin expose leur théorie de la justice ou du droit, chacun d'entre eux se fixe par rapport à la pensée utilitariste<sup>1508</sup>. Il est dans la pensée juridique anglo-saxonne, une habitude intellectuelle selon laquelle chaque théoricien est tenu, soit de régler son compte, soit, au moins, de prendre position par rapport à l'utilitarisme.

---

aux lois dans l'explication des actions économiques elles-mêmes. La richesse économique ne saurait échapper à certaines conditions juridiques et morales de la vie commune et de la motivation de l'action ».

<sup>1503</sup> V. AUDARD Ch., op. cit., p. 314.

<sup>1504</sup> V. BENTHAM J., *Garanties contre l'abus de pouvoir*, p. 120 ; LAVAL Ch., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 48.

<sup>1505</sup> LAVAL Ch., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 9. « *Si la critique de l'homo oeconomicus, dont Bentham passe pour l'un des principaux concepteurs, reste à beaucoup d'égards légitime, il n'est pas inutile de faire apparaître combien cet auteur a précisément conçu le calcul économique comme une fiction inséparable de cette texture des lois et institutions qui permet de fabriquer l'homme calculateur réclamé par le nouveau régime d'accumulation* ».

<sup>1506</sup> BENTHAM J., Stark, III, p. 258, cité par LAVAL Ch., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 122 : « *Je n'éprouve pas, je n'ai jamais éprouvé et n'éprouverai jamais, que ce soit par sentimentalisme ou par anarchisme, d'horreur à l'égard de la main de l'Etat. Je laisse à Adam Smith et aux champions des droits de l'homme (...) le soin de défendre la liberté naturelle contre de telles invasions* ».

<sup>1507</sup> STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – autour de Bentham et Posner », *Arch. phil. droit.*, n° 37, 1992, p. 143.

<sup>1508</sup> Alain Strowel, extraits à l'appui, montre que chacun de ses philosophes du droit, dans leur œuvre respective, *Théorie de la justice, Droit, législation et liberté*, ainsi que Prendre les droits au sérieux ont situé leur thèse en fonction de la pensée utilitariste, en l'occurrence, en opposition à elle. Ainsi Rawls veut construire une alternative à l'utilitarisme, Hayek veut démontrer que l'utilitarisme est dans l'erreur et Dworkin présente sa théorie comme étant sévèrement critique à son encontre (v. STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – autour de Bentham et Posner », art. préc., p. 143).

En France, l'utilitarisme ne bénéficie pas d'autant de considération. Trois tendances se profilent : l'indifférence<sup>1509</sup> ; la critique issue de lecteurs « trop peu curieux, ou trop pressés de conclure<sup>1510</sup> », qui prend traditionnellement la forme d'une pétition de principe, puisque l'utilitarisme qu'il s'agit de commenter est présenté, à l'issue d'un réductionnisme liminaire, de manière condamnable<sup>1511</sup> ; et, enfin, la tendance restauratrice. Cette dernière tendance vise, « *face à ce cas unique de rejet d'une philosophie devenue complètement étrangère à notre culture*<sup>1512</sup> » à restaurer dans toute sa complexité la pensée de Bentham, afin de conjurer l'ignorance, le rejet, ou le « réductionnisme grossier<sup>1513</sup> » dont elle a, et fait encore, l'objet. Appartenant pour la plupart au Centre Bentham, ces auteurs<sup>1514</sup>, s'ils témoignent dans une certaine mesure d'« une sympathie critique » à l'égard du juriste anglais, ne se détournent néanmoins pas de l'objectif premier qui est le leur : réhabiliter ou exposer l'œuvre de Bentham de manière objective afin de dépasser les préjugés et d'en favoriser la connaissance. Seulement alors, la critique contre les thèses de Bentham sera fondée.

**Annnonce de plan.** Ce chapitre sera consacré d'une part à l'étude de l'aspect critique de l'œuvre de Bentham, d'autre part à l'étude de ses propositions en matière juridique. Dans ce cadre, nous constaterons que Bentham vise, en arrachant ses racines, à empêcher au discours ancien de l'équilibre de produire ses effets (section 1) puis, en élevant l'utilité en principe souverain et en consacrant la logique de l'utilité comme outil de création de droit, il pose les conditions d'existence du discours moderne de l'équilibre (Section 2).

---

<sup>1509</sup> En ce sens, v. MBONGO P., « Bentham », LPA, 8 mai 2003, n° 92, p. 4.

<sup>1510</sup> LAVAL Ch., « Fiction et utilité chez Jeremy Bentham », p. 2, disponible sur : [http://www.centrebentham.fr/Articles/Fiction\\_utilite.pdf](http://www.centrebentham.fr/Articles/Fiction_utilite.pdf)

<sup>1511</sup> On retrouve cette méthode, à notre avis, dans l'introduction de l'article de M. Gautier, GAUTIER P.-Y., « Contre Bentham : l'inutile et le droit », RTD civ., 1995, n° 4, p. 799 et s. ; ainsi que dans l'ouvrage de Villey, VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, p. 112 et s.

<sup>1512</sup> AUDARD Ch., op. cit., p. 8.

<sup>1513</sup> LAVAL CH., « Fiction et utilité chez Jeremy Bentham », art. préc.

<sup>1514</sup> En France, les travaux de MMe Audard, Des Champs, Leroy ainsi que ceux de MM. Laval, Cléro (à partir des années 1990), Vergara, Tusseau, Bozzo-Rey, Sève, Mbongo, auxquels ont précédés ceux en Belgique de MM. Gerard, Ost, Van de Kerchove et Strowel, contribuent de manière remarquable à porter à la connaissance « du plus grand nombre » la pensée particulièrement de Jeremy Bentham.

## Section 1 : Les conditions d'impossibilité de l'ancien discours de l'équilibre

« La lumière de l'esprit humain, ce sont les mots clairs, épurés en premier lieu, et purgés de toute ambiguïté, par des définitions exactes. La raison en est la marche, l'accroissement de la science en est le chemin, et le bien de l'humanité, l'aboutissement. Au contraire, les métaphores, les mots ambigus ou qui ne veulent rien dire, sont comme des feu-follets ; s'en servir pour raisonner, c'est errer parmi d'innombrables absurdités ; leur aboutissement, ce sont les conflits, les discordes, le mépris »<sup>1515</sup>.

Très vite Bentham s'est opposé aux juristes de son temps qu'il accuse d'exploiter les failles du système judiciaire et juridique (A). Cette critique qui repose pour l'essentiel sur la défection du langage juridique ne s'attaque qu'au sommet de l'iceberg du modèle juridique traditionnel. Le mal, selon Bentham est plus profond. Il s'agit non seulement de mettre un terme au langage vicié des juristes et de tous les titulaires de pouvoirs en général, mais également de supprimer le mode de pensée qui a pu générer ce langage par lequel le peuple est trompé. En suivant les linéaments de ce système producteur d'abus, Bentham remonte à la pensée d'Aristote. Pour Bentham, la pensée du Stagirite est l'une des principales causes de la manière dont les juristes contemporains réussissent à raisonner dans le vide en usant de notions sans signification telles que le droit naturel, l'équité ou la justice...<sup>1516</sup> Attaquer

---

<sup>1515</sup> HOBBS Th., *Léviathan*, trad. et introd. Fr. Tricaud, Paris : Dalloz, 1999, p. 44.

<sup>1516</sup> Il faut ici reconnaître le tribut que Bentham doit à Hobbes. L'auteur du *Léviathan*, dans sa critique contre l'Eglise, avait démontré comment l'usage et l'enseignement de la philosophie d'Aristote, l'emploi du latin, le recours aux textes sains servaient les intérêts du clergé (v. le chapitre XLVII de la partie quatre intitulé « Des avantages qui procèdent de ces Ténèbres, et qui en bénéficient », HOBBS Th., *Léviathan*, trad. et intro. TRICAUD F, Paris : Dalloz, 1999, pp. 701-712).

Aristote est le moyen pour Bentham d'une part de couper les dernières attaches avec la pensée qu'il juge archaïque et non-scientifique, et d'autre part d'empêcher toute possibilité de génération ou régénération de ces « fictions » (B). L'équilibre tel que nous l'avons identifié chez Aristote, ou l'*aequum* et l'*aequitas* ne sont pas, à proprement parler, pris à parti par Bentham, néanmoins, ces notions appartiennent à l'ensemble des fictions ou de non-entités dénoncées par Bentham.

## I) La critique du langage juridique

### A) *La fiction, instrument de domination politique*

**Les intérêts camouflés derrière le langage.** Lorsque Bentham exerçait la profession d'avocat, il conseillait à ses clients de rechercher de préférence une solution à l'amiable plutôt que de saisir le juge en raison des effets imprévisibles qu'un tel recours en justice générerait. Selon Bentham, les raisons de cette insécurité résident principalement dans la complexité de la procédure, l'évanescence de la *common law*, l'irrationalité de l'*Equity*, la fluctuation et l'instabilité du sens des termes juridiques, tantôt techniques, tantôt métaphysiques ainsi que le flou volontairement entretenu qui les entoure<sup>1517</sup>.

Pour mettre un terme à « l'insupportable contradiction entre la réalité de la société et les expressions juridiques des rapports entre les hommes<sup>1518</sup> », Bentham se propose, à travers l'examen du langage et des pratiques, de démystifier le système juridique et de dénoncer au grand jour les acteurs qui en tirent avantage<sup>1519</sup>. Les vices du système juridique ne sont, en effet, pas fortuits. Une intention dissimulée, masquée et servie par le discours juridique, préside à la pérennité de la confusion et de la complexité des règles et des procédures. Certains tirent avantage à modeler le droit pour le placer au-delà ou en deçà de la portée de l'entendement du commun des mortels, de le rendre – selon l'un des mots inventés par

---

<sup>1517</sup> BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, trad., notes, préf. CLERO J.-P., Paris : LGDJ et Bruylant, 1996, p. 322 : « pour trouver le seul mot qui convienne à son propos, L'avocat de la corruption est obligé de grimper haut sur l'échelle de la généralisation, de s'élever dans la région du flou, jusqu'à ce qu'il parvienne à un mot dont la signification très large lui permet de rendre la pensée confuse par la confusion du langage. Ainsi il peut, sans craindre d'être déjoué, défendre avec une bonne chance de réussir, un objet qu'il n'aurait pu espérer défendre sous son nom propre et spécifique ».

<sup>1518</sup> TROTIGNON P., « Jeremy Bentham », art. préc.

<sup>1519</sup> V. HART H. L. A., « La démystification du droit », in, GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 301-352.

Bentham pour l'occasion – « uncognoscible<sup>1520</sup> ». Le langage ou le discours qu'est le droit ne remplit plus ici sa fonction cognitive, c'est-à-dire communicationnelle ou référentielle. Au contraire, il est détourné pour servir les « intérêts sinistres » des juristes. En freinant tout « *progrès de l'art de légiférer*<sup>1521</sup> » et en maintenant le droit à un niveau de compréhension inaccessible pour les justiciables, ce sont les avocats et magistrats (la « confrérie des juristes<sup>1522</sup> »), les responsables de l'incertitude et de l'insécurité qui règnent dans l'ordre juridique anglais<sup>1523</sup>.

Par ailleurs, les juristes n'ont pas besoin de déployer de grands efforts pour compliquer le droit. L'obscurité des règles de fond et la complexité des procédures sont au demeurant des caractères propres au système juridique anglais composé de la common law et de la fameuse Equity, « maîtresse incompréhensible et capricieuse de nos destins dont jamais ni notre auteur [Blackstone], ni peut-être (...) *quiconque n'a été capable de cerner les caractéristiques*<sup>1524</sup> ». Rédigées le plus souvent en latin<sup>1525</sup> voire encore en français, les décisions des diverses cours et tribunaux anglais demeurent, en outre, éparpillées. L'absence

---

<sup>1520</sup> Cité par AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, p. 631.

<sup>1521</sup>BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, p. 335 : « en aucune de ces sciences [naturelles], il n'est facile de trouver une personne qui s'oppose à l'avancement du savoir ; tandis que, dans la profession juridique, il n'est pas une seule personne dont l'intérêt ne s'oppose au progrès de l'art de légiférer ; en d'autres termes : il n'est pas une seule personne pour qui ce progrès ne serait pas soit immédiatement désavantageux, soit dangereux en dernier ressort ».

<sup>1522</sup>BENTHAM J., *id.*, p. 181. Ce que dénonce Bentham est propre à l'Angleterre. En France, en raison de la codification, les critiques essentielles de Bentham contre le système anglais ne tiennent plus. Ce qu'il reproche, par contre, aux juristes français, c'est de servir le politique et de ne pas suivre le principe d'utilité : « *l'alliance de la confrérie des juristes et de la tyrannie politique peut être repérée comme la source de cette confusion [entre la faute et la peine] dans le cas de l'Angleterre ; dans le cas de la France, c'est la soumission de la confrérie des juristes à la tyrannie politique. En Angleterre, c'est l'intérêt de l'homme de loi que la règle de l'action reste dans un état d'incertitude et d'inintelligibilité aussi générale que possible. [...] En France, où le juriste n'est pas l'allié du politique mais son esclave, ce que le politique s'efforce d'écarter de la vue du citoyen n'est pas ce qu'est la loi, mais plutôt ce que la loi doit être* » (*id.*, p. 324).

<sup>1523</sup>BENTHAM J., *id.*, p. 207 : « il est de l'intérêt du peuple que la lenteur, la tracasserie et le coût de la procédure soient aussi réduits que possible ; c'est celui de l'avocat qu'ils soient aussi considérables que possible.(...) *Quant à l'incertitude de la loi, il est de l'intérêt du peuple que la protection de chacun contre l'injustice soit aussi complète que possible, qu'il connaisse tous ses droits ; que tous les actes qui seront traités comme des infractions, au cas où il s'y livrerait, puissent être connus de lui comme tels, avec le châtement qu'il encourt éventuellement, de sorte qu'il puisse éviter de les commettre et que les autres aient à pâtir le plus rarement possible soit de l'injustice, soit de son remède coûteux et tracassier. (...) Il est de l'intérêt du juriste de maintenir au plus bas degré possible ce savoir que chacun doit, pour son intérêt, posséder au degré le plus haut* ».

<sup>1524</sup> L'auteur poursuit : « *de l'équité, [Equity] qui ayant été à l'origine un fleuron de la loi, arraché depuis en quelque époque obscure par une main qui est moins celle de Dieu que celle de juges zélés, en impose désormais à sa sœur [la Common law]*» (BENTHAM J., *id.*, p. 89).

<sup>1525</sup>Ce qui apparaît aujourd'hui comme une aberration était fermement défendue par les juristes comme Blackstone. Lorsque l'anglais fut réintroduit dans les procès, ce dernier a dit « je suis prêt à soupçonner que le peuple, après de nombreuses années d'expérience, est resté aussi totalement ignorant en matière juridique qu'il l'était auparavant » (BLACKSTONE W., cité par BENTHAM J., *id.*, p. 100, note 23).

de compilation officielle, la concurrence entre les cours<sup>1526</sup>, les différents ordres de droit, l'imprévisibilité et la rétroactivité des normes issues des cours anglaises constituent autant de causes d'insécurité juridique : « *c'était déjà beaucoup ; mais ce n'était pas tout. La fiction, la tautologie, la technicité, la circularité, l'irrégularité, l'inconstance demeuraient. Mais par-dessus tout, le souffle pestilentiel de la Fiction empoisonnait le sens de tout instrument qu'elle approchait*<sup>1527</sup> ».

**La fiction, instrument d'asservissement.** Parmi toutes les manœuvres destinées à maintenir la connaissance du droit dans un cercle d'initiés et à s'arroger le pouvoir sur les esprits auquel le maniement du langage juridique s'apparente, la plus nuisible selon Bentham est, sans aucun doute, la fiction juridique. Avant d'évoquer ce qui est au cœur de la critique benthamienne du droit, notons que le procédé de la fiction n'est pas l'apanage exclusif des juristes. Il est, plus largement, celui de toute institution et des membres qui la composent, cherchant à conserver l'autorité sur les individus. Les fictions appartiennent aux sophismes (fallacies) dont Bentham a dressé une liste après celle d'Aristote. Les sophismes ou résultats de l'art de déraisonner constituent un ensemble de moyens, généralement des arguments, destinés à tromper l'interlocuteur. La fiction, employée fallacieusement, tend également dans le fil du langage à tromper le destinataire du discours en s'insinuant insidieusement dans son esprit. Elle agit de manière et dans un but analogues aux messages subliminaux dans les messages publicitaires d'aujourd'hui : en se logeant sous le seuil de la conscience du destinataire, la fiction a vocation à déterminer la volonté et l'action de celui-ci. La fiction est une arme redoutablement efficace : elle ne prête même pas à discussion car elle la paralyse<sup>1528</sup>.

Ainsi, aux yeux de Bentham, les hommes de pouvoir que sont le roi, les hommes politiques, les juristes et autres gens d'église produisent et entretiennent des sophismes et des fictions

---

<sup>1526</sup> L'idée de concurrence entre les cours, pour le juriste continental, semble au premier abord surprenante. Comme nous l'avons vu, l'achat du writ était le point de départ de l'instance judiciaire. Au XVIIe siècle chacune des trois juridictions spécialisées de la cour de Westminster (King's Bench, Common Pleas et Exchequer) offrait tout un éventail de writs destinés à proposer pour chaque type de litige une procédure appropriée. Il y avait donc, entre les cours, une concurrence sur le « marché du writ », et l'historien du droit anglais Maitland invitait à concevoir les trois chambres comme des « marchands de justice, chacune cherchant à élargir sa clientèle », (POTTAGE A., « Common law », Encyclopaedia Universalis).

<sup>1527</sup> BENTHAM J., op. cit., p. 100, n° 23.

<sup>1528</sup> BENTHAM J., id., p. 122 : « *ce qui me chagrine, ce n'est pas de rencontrer des positions que j'estime fausses, dont je puis difficilement prouver la fausseté, mais c'est de ne pas rencontrer de positions, vraies ou fausses, (sauf ça et là quelque truisme) auxquelles je puisse trouver un sens. Si je ne puis accéder à aucun sens positif, il ne m'est pas non plus possible de contredire* ».

destinés à soumettre le peuple à leur autorité<sup>1529</sup>. « Les décalages, inaperçus de celui qui les vit [les fictions], les pratique ou les subit » remarquent MM. Laval et Cléro « sont les véritables lieux et les forces qui les provoquent sont les véritables moteurs de *l'asservissement du plus grand nombre*<sup>1530</sup> ». Ces fictions ne sont ici « *qu'un instrument au service d'une classe déterminée*<sup>1531</sup> », un instrument d'autant plus généralisé et répandu que *l'effet de réseau* dont il profite est généré par la solidarité des membres de la classe qui les utilise<sup>1532</sup>. En d'autres termes, il est dans l'intérêt mutuel des membres de cette classe déterminée de propager les fictions.

Si la royauté, le clergé et la noblesse ont charrié leur lot de fictions destinées à maintenir l'inégalité sociale, sont apparues avec les Lumières et l'avènement de la classe bourgeoise, de nouvelles fictions telle que celle du « contrat social » destinée, par le truchement d'une réinvention de ses origines, à maintenir au profit de la société bourgeoise une hiérarchie sociale<sup>1533</sup>. Certes, reconnaît Bentham, les effets de cette fiction furent bénéfiques puisqu'elle a contribué à renverser les monarchies absolues<sup>1534</sup>, néanmoins, elle n'est désormais plus utile. Autrement dit, « la saison de la fiction » déclare-t-il, « est désormais terminée »<sup>1535</sup>.

Bentham a levé le voile sur les enjeux considérables attachés au langage. Plus qu'une simple lubie aux fins de précision sémantique, cette détermination à fixer le langage poursuit une fin

---

<sup>1529</sup> V. TUSSEAU G., *Jeremy Bentham - La guerre des mots*, Paris : Dalloz, 2011, p. 84 ; MARI E., *Jeremy Bentham : du « souffle pestilentiel de la fiction » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction*, in, GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, p. 362 et s.

<sup>1530</sup> LAVAL Ch., CLERO J.-P., *Le vocabulaire de Jeremy Bentham*, Paris : Ellipses, 2002, p. 9.

<sup>1531</sup> TUSSEAU G., op. cit., p. 84.

<sup>1532</sup> BENTHAM J., op. cit., p. 352 : « *aussi longtemps qu'un individu aura en lui la moindre particule d'intérêt suspect, il éprouvera un sentiment de solidarité avec tout autre individu qui, dans la même situation aura un intérêt de la même espèce. Attaquez l'un d'entre eux et vous les attaquez tous. Dans la mesure où chacun sent que sa part de l'intérêt commun lui est chère, il est prêt à défendre la part de tout autre confédéré avec non moins d'entrain que s'il s'agissait de la sienne. Mais c'est l'un des critères de l'abus de ne pouvoir être défendu que par sophisme. Il est par conséquent de l'intérêt de tous les confédérés de l'abus de mettre les sophismes le plus possible en circulation, non seulement ceux qui peuvent servir à titre individuel, mais aussi à ceux qui peuvent être d'usage général. Il est de la plus haute importance pour de telles personnes de tenir l'esprit humain dans un tel état d'imbécilité qu'il le rend incapable de distinguer la vérité de l'erreur* ».

<sup>1533</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A., E. DE CHAMPS, Paris : Dalloz, 2010, p. 56 : « ce qu'il y a de commun dans ces trois systèmes si directement opposés [les thèses contractualistes de Locke, Hobbes et Rousseau], c'est de commencer toute la théorie politique par une fiction ; car ces trois contrats sont également fictifs. Ils n'existent que dans l'imagination de leurs auteurs. Non-seulement on n'en trouve aucune trace dans l'histoire, mais elle fournit partout les preuves du contraire ».

<sup>1534</sup> BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, p. 122 : « il fut un temps où cette fiction a pu, comme d'autres, servir à cet effet. Je ne nierai pas, qu'avec des instruments de ce style, un travail politique ait pu s'effectuer, et que ce travail utile, étant données les circonstances qui existaient alors, n'aurait guère pu se faire avec un autre instrument ».

<sup>1535</sup> Ibid.

éminemment politique. Toute défection du langage, même involontaire, n'est pas sans conséquence. La fausseté écrit-il est un instrument entre les mains de la délinquance et les fautes de logique, les relâchements de l'argumentation, les ambiguïtés du langage profitent invariablement au despotisme. D'après lui, la guerre des mots est toujours le prélude ou l'épilogue de la guerre tout court<sup>1536</sup>.

## B) *La critique des fictions juridiques*

### 1) La fiction en droit

**Définition de la fiction juridique.** De manière objective, la fiction juridique est selon Bentham « *une assertion fausse [...] qui, quoique reconnue comme étant fausse, suscite en même temps des raisonnements et des actions comme si elle était vraie*<sup>1537</sup> ». Créée à Rome, la fictio iuris fut l'un des moyens auquel les préteurs eurent recours pour étendre le champ d'application très restrictif du ius civile à certaines situations ou à certaines personnes<sup>1538</sup>. Comme les préteurs romains, les juges anglais s'étaient fréquemment trouvés confrontés aux mêmes lacunes à savoir les vides juridiques. Dès lors, afin de combler celles-ci et trouver une solution aux cas nouveaux sans avoir à multiplier des normes, ils usèrent de la fiction pour subsumer « délibérément une chose, un fait ou une personne, sous une catégorie impropre mais juridiquement disponible<sup>1539</sup> ». De ce point de vue, la fiction est un procédé spécifique, une technique judiciaire particulière destinée à pallier une défection de la règle de droit. Mais, déjà avant Bentham, la technique était sujette à critique. John Austin cite le juriste allemand Heineccius (1681-1741) qui, dans son *Antiquitatum romanarum syntagma*, s'opposait à l'idée traditionnellement reçue que les préteurs romains firent œuvre d'inventivité pour adapter les règles de droit aux nouvelles conditions sociales. Pour Heineccius, les préteurs en corrigeant ou en adaptant « per artes » les règles du ius civile, et notamment par l'usage de fictions, usurpèrent le rôle conféré au législateur<sup>1540</sup>. L'opinion selon laquelle la fiction n'est qu'un

---

<sup>1536</sup> V. LAVAL Ch., CLERO J.-P., *Le vocabulaire de Jeremy Bentham*, Paris : Ellipses, 2002, p. 9 ; TUSSEAU G., *Jeremy Bentham - La guerre des mots*, Paris : Dalloz, 2011.

<sup>1537</sup> BENTHAM J., « *Constitutional Code* », in, *Works*, p. 77, cité par TUSSEAU G., op. cit., p. 73.

<sup>1538</sup> Sur la fiction en droit romain, v. THOMAS Y., *Les opérations du droit*, Paris : Seuil/Gallimard, 2011, p. 133 et s.

<sup>1539</sup> LAVAL CH., CLERO J.-P., op. cit., p. 36.

<sup>1540</sup> HEINECCIUS, *Antiquitatum romanarum syntagma*, Livre I, Titre 2, § 24, cité par AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, pp. 628-629.

« mensonge », avec tout ce que cela implique, n'était donc pas nouvelle. L'approche critique de Bentham contre les fictions, outre qu'elle concerne hic et nunc le droit anglais, se veut surtout exhaustive et systématique. Selon lui, le recours aux fictions en général et par les juristes anglais en particulier est devenu une pratique abusive et, par conséquent, nuisible au plus grand nombre<sup>1541</sup>. De l'instrument technique communément voire favorablement admis par la communauté juridique, la fiction juridique prend la forme avec Bentham, d'un instrument grâce auquel les juges détournent le pouvoir législatif et donne « à l'injustice les couleurs de la justice<sup>1542</sup> ».

**La pratique abusive des fictions.** D'emblée, le recours au terme de fiction afin de qualifier ce procédé est source de méprise selon Bentham<sup>1543</sup>. L'exportation d'un terme issu de l'art poétique au domaine juridique nécessitant clarté et vérité, réduit la rigueur imposée à la science juridique.<sup>1544</sup>

Bentham s'évertue à dresser l'inventaire des fictions dont le détournement par les juges et les avocats est devenu une pratique quasi-institutionnelle<sup>1545</sup>. Employées parfois en droit substantiel<sup>1546</sup>, les fictions sont surtout utilisées pour contourner les lourdes contraintes procédurales et se jouer des règles de compétence juridictionnelle. Pour le justiciable et son

---

<sup>1541</sup> Pour Bentham, l'abus est « une mauvaise disposition considérée comme déjà établie et existante », et une mauvaise disposition est celle « *par laquelle l'intérêt du plus grand nombre est sacrifié à celui du plus petit* » (LAVAL Ch., CLERO J.-P., op. cit., p. 11).

<sup>1542</sup> LAVAL C., CLERO J.-P., *Le vocabulaire de Jeremy Bentham*, Paris : Ellipses, 2002, p. 37. V. aussi MARI E., « Jeremy Bentham : du 'souffle pestilentiel de la fiction' dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », in, GERARD PH., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, p. 359. John Austin est moins soupçonneux que Bentham. Pour lui, l'usage des fictions s'explique d'une part, en raison de la volonté de préserver l'intégrité de loi, et d'autre part, par un souci de conciliation des juristes avec les amis (friends) ou les amoureux (lovers) de la loi. L'abus qu'il constate également, ne résulte pas tant d'une intention retorse, mais plus simplement de la stupidité (v. AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, pp. 630-631).

<sup>1543</sup> BENTHAM J., *Justice and codification*, p. 452, cité par TUSSEAU G., op. cit., p. 73 : « énoncée par les hommes en général, une fausseté volontaire est appelée une fausseté volontaire ; énoncée par un juge en tant que tel, elle est appelée une fiction, c'est-à-dire une fiction judiciaire »,.

<sup>1544</sup> De plus, cette connotation poétique n'est pas axiologiquement neutre, « le simple changement de dénomination conduit à modifier le regard porté sur un procédé qui, en lui-même, demeure identique » (TUSSEAU G., op. cit., p. 73).

<sup>1545</sup> V. TUSSEAU G., id., p. 73 et s.

<sup>1546</sup> Cet exemple tiré du droit pénal est devenu célèbre. En Angleterre, le crime de grand larceny consistait dans le vol d'un bien dont la valeur était supérieure à 40 schillings. Afin d'éviter à l'auteur la condamnation à mort, telle que le prévoyait la loi, les juges par le biais de la fiction, réévaluèrent les choses soustraites en deçà du seuil conditionnant la constitution de l'infraction. Ce qui devait arriver arriva : suivant cette technique les juges parvinrent même à déclarer qu'une somme de 200 schillings fut inférieure à 39 (v. BENTHAM J., « *Rationale of judicial Evidence Specially Applied to English Practice* », in, *Works*, vol. VII, p. 418. V. égal. PERELMAN Ch. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1979, p. 63 ; TUSSEAU G., op. cit., n° 42 et s. ; XIFARAS M., « Fictions juridiques », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 3, n° 2011, p. 454.

avocat, la fiction permettait par exemple de contourner l'obligation de réunir deux garants pour ester en justice par la simple création de garants fictifs. Entre les mains des juges, les fictions servaient, entre autres, à détourner les affaires des juridictions normalement compétentes afin de les accueillir dans leur propre juridiction et d'en percevoir les honoraires<sup>1547</sup>.

**Critique de l'Equity.** La notion d'*equity* telle qu'elle est employée en Angleterre pour désigner les juridictions qui n'appliquent pas la common law à l'instar de la Cour de Chancellerie fait évidemment l'objet des critiques de la part de Bentham. Non qu'il rejette le fait que le mot soit porteur de signification (selon lui l'égalité<sup>1548</sup>), mais il condamne son association au mot « cour », car il en résulte « abracadabra : un mot sans aucune signification<sup>1549</sup> ». Selon Bentham, le terme d'*equity* n'est pas plus utile pour expliquer le travail (business) de ces juridictions<sup>1550</sup> que le mot étoile pour rendre compte de celui de la Cour de la chambre étoilée (Star-chamber) ; dans le même sens, il ne garantit pas plus que le mot common law la probité du juge<sup>1551</sup>. Il explique son usage par le Chancelier par une raison de pur opportunisme : « *tout ce qu'une juridiction pouvait faire, il [le Chancelier] était prêt à le faire : ainsi compris, tant que de l'argent pouvait être obtenu pour le faire. Ce grand officier choisit pour devise le mot Equity*<sup>1552</sup> ». Comme nous l'avons vu, le choix du mot Equity pour désigner la juridiction de la Chancellerie et le droit qu'elle élaborait, était destiné à se substituer à la notion de « conscience » qui exposait cette juridiction aux critiques d'arbitraire exprimées par les juges de la common law.

Selon Bentham, l'*equity* est l'exemple typique d'un terme « eulogistique<sup>1553</sup> » ou « approbatif », c'est-à-dire, un artifice pour séduire et marquer l'imagination des hommes afin

---

<sup>1547</sup> Pour des exemples, v. TUSSEAU G., op. cit., p. 77 et s.

<sup>1548</sup> Pour Bentham, dans sa signification originelle, equity est « l'exact synonyme » d'*equality*, c'est-à-dire d'égalité. Selon lui, dans une minorité de cas, « les dictats de l'utilité requièrent que l'attribution et la distribution faites par la loi de bénéfice et de charges aux ou parmi des individus en relations entre eux, la proportion de l'égalité devrait être observée. », (BENTHAM J., *Rationale of Judicial Evidence* (vol. 4): *Specially Applied to English Practice*, London : Hunt & Clarke, 1827, p. 339 ; nous traduisons).

<sup>1549</sup> BENTHAM J., *Rationale of Judicial Evidence* (vol. 4): *Specially Applied to English Practice*, London : Hunt & Clarke, 1827, p. 328 (nous traduisons).

<sup>1550</sup> Ibid. La Cour de la chambre étoilée est une haute cour de justice apparue sous Henri VII qui tire son nom des étoiles en or qui ornaient la salle où se réunissaient les conseillers du roi.

<sup>1551</sup> BENTHAM J., id., p. 339 : « un juge avec le titre de chancelier et le mot equity entre les lèvres ne sera pas moins exposé qu'un juge avec le titre de juge et les mots loi et common law entre les lèvres, à être détourné, par imbécilité ou par ruse, vers les voies de l'injustice ou l'iniquité » (nous traduisons).

<sup>1552</sup> BENTHAM J., id., p. 338.

<sup>1553</sup> BENTHAM J., id., p. 340.

de les diriger comme l'on veut<sup>1554</sup>. Avec *l'Equity* (en tant que corps de règles), remarque Bentham, les hommes en sont venus à imaginer une sorte de double raffiné de la loi, distincte et supérieure à elle, ce qui a progressivement, dans l'esprit de chacun, conduit à placer la loi sous *l'Equity*. Cette représentation est inadmissible pour Bentham puisque selon lui, le progrès social ne peut advenir efficacement que par la loi.

L'examen critique de *l'Equity* par Bentham montre que celui-ci n'éprouve aucune espèce d'intérêt au caractère historique du droit. Nous l'avions vu, lorsque les juges eurent recours à la « conscience » et à l'« equity » (à l'instar de l'« *aequum* » et l'« *aequitas* »), il s'agissait généralement de justifier l'irrespect des règles pour des motifs principalement d'utilité<sup>1555</sup>. En ce sens, ces termes qui trouvent leur origine sémantique dans l'idée d'équilibre sont bien des termes « eulogistique » car il s'agit de convaincre les destinataires des règles et les titulaires du pouvoir que la raison de cet irrespect des règles par les juges est justifiée par un motif supérieur qui prend la forme du mot « équité ».

Bentham regrette que ce « motif supérieur » qui laisse accroire à une sorte de droit supérieur, ne soit pas désigné par son véritable nom à savoir *l'utilité*. Par exemple, concernant la fiction du « contrat social », Bentham reconnaît qu'elle a été utile mais regrette qu'elle soit toujours d'usage alors que les monarchies absolues sont tombées. Il en est de même pour *l'Equity*. A son époque, la division des Cours et la prévalence occasionnelle de *l'Equity* sur les statutes law ne se justifient absolument plus. Elle ne sert selon lui qu'à enrichir les titulaires du pouvoir juridictionnel au détriment du peuple : « quand la Common law a ramassé les os de *la cause*, *l'Equity* intervient pour sucer la moelle<sup>1556</sup> ».

## 2) La fiction dans la science du droit

---

<sup>1554</sup> BENTHAM J., id., p. 350 : « pour diriger un chameau, les Arabes placent un anneau dans son nez, pour gouverner un homme, on prononce un mot insidieux à son oreille : église, liberté, équité, jury, et avec, le bipède *est mené là où l'on veut* » (nous traduisons).

<sup>1555</sup> Rappelons que Bentham ne nie pas l'application antérieure du principe d'utilité : « ce n'est pas le principe de l'utilité qui est nouveau ; au contraire, il est nécessairement aussi ancien que l'espèce humaine. Tout ce qu'il y a de vrai dans la morale, tout ce qu'il y a de bon dans les lois, émane de ce principe ; mais il a été le plus souvent suivi par instinct, tandis qu'il était combattu par raisonnement » (BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 55).

<sup>1556</sup> BENTHAM J., id., p. 355.

**Critique du fondement de la fiction juridique : l'*aequitas*.** En l'absence de statute law, la fiction permet de résoudre des cas à l'égard desquels la stricte application de la common law aurait produit une solution inappropriée aux intérêts des parties au litige. Ce motif, que Bentham ne nie pas, était systématiquement invoqué par les juristes à l'instar du plus influent de l'époque, celui qui selon Bentham est « presque toujours apologiste de tout ce qui est établi<sup>1557</sup> », William Blackstone. Selon ce dernier, la fiction juridique se justifie par la nécessité et par les solutions équitables qu'elle contribue à produire<sup>1558</sup>.

Adepte du rationalisme jusnaturaliste indique M. Mari, Blackstone poursuit la démarche des médiévistes et celle de Bartole en particulier consistant à ancrer les fictions ou les présomptions légales dans « le sol métapositif » et particulièrement fertile « de l'*aequitas*<sup>1559</sup> ». L'équité/*aequitas*<sup>1560</sup> en tant que « valeur constituante de la juridicité<sup>1561</sup> » constitue pour Blackstone le fondement de la fiction<sup>1562</sup> : « in fictione juris semper subsistit *aequitas*<sup>1563</sup> ». L'*aequitas* est l'un des principes du « métapositivisme jusnaturaliste<sup>1564</sup> » de Blackstone auquel Bentham voulait mettre fin au nom de la science et de l'utilité. Il est impératif pour Bentham, indique M. Mari, « de réagir contre la relève métaphysico-rationaliste de la scolastique et d'éviter la réintroduction de cette association établie entre fictio juris – *aequitas* et ratio naturalis d'une manière subreptice sous la forme de l'emploi des fictions<sup>1565</sup> ».

**Critique du droit naturel.** La critique de l'*aequitas* s'intègre à celle plus générale à l'encontre du droit naturel. Pour Bentham, le droit naturel tel qu'il se présente en Angleterre

---

<sup>1557</sup> BENTHAM J., *De l'organisation judiciaire et de la codification*, trad. E. Dumont, Paris : Bossange, 1828, p. 368.

<sup>1558</sup> BLACKSTONE W., *Blackstone's Commentaries on the Laws of England*, L. III, chap. 19 : Of Process, p. 283, [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/blackstone.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp) ; « voici l'un des artifices des hommes de loi », réagit Bentham, « ils refusent de vous faire justice si vous n'adoptez pas leur fictions et ensuite ils proclament, voyez comme la fiction est nécessaire à la justice » (BENTHAM J., *Constitutional code*, art. préc., cité par TUSSEAU G., op. cit., p. 82).

<sup>1559</sup> MARI E., « Jeremy Bentham : du 'souffle pestilentiel de la fiction' » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », art. préc., p. 354.

<sup>1560</sup> Sur la position de Blackstone relative à l'équité v. LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris : Panthéon-Assas, 1999, p. 443 et s.

<sup>1561</sup> MARI E., « Jeremy Bentham : du 'souffle pestilentiel de la fiction' » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », art. préc., p. 354.

<sup>1562</sup> V. BLACKSTONE W., op. cit., L. II, chap. 20 ; L. III chap 19 précité et chap. 4.

<sup>1563</sup> Ibid.

<sup>1564</sup> MARI E., « Jeremy Bentham : du 'souffle pestilentiel de la fiction' » dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », art. préc., p. 328.

<sup>1565</sup> MARI E., id., p. 354.

et dont *l'aequitas* constitue l'un des moyens d'introduction dans l'ordre positif est l'un des premiers artifices dont il faut se délester en raison de son origine obscure, de l'absence de contenu fixe et de l'insécurité qu'il provoque à l'égard des justiciables. Par exemple, la loi de nature issue du Créateur et fondée selon Blackstone sur des relations de justice présentes dans la nature des choses et que la raison peut découvrir, contient les trois principes formulés par Ulpien : *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Pour Bentham, ces principes prescrivant, *grosso modo*, de faire ce que l'on doit faire, étant inutiles et absconds doivent être abandonnés en raison de l'imprévisibilité et de l'insécurité que leur vacuité et leur imprécision impliquent<sup>1566</sup>.

**Le principe d'arbitraire.** Puisqu'il est impossible de raisonner avec « des fanatiques armés *d'un droit naturel*<sup>1567</sup> » et parce que ceux-ci semblent incapables de s'accorder sur une définition et sur un contenu ferme<sup>1568</sup>, Bentham en conclut que le droit naturel, la justice, l'équité, c'est-à-dire « ces mots répétés par tout le monde, sans être expliqués par personne, n'expriment qu'un sentiment d'approbation<sup>1569</sup> ». Ces derniers doivent être rangés sous un même principe, dit *principe d'arbitraire*<sup>1570</sup>, grâce auquel le juriste apprécie une règle de droit<sup>1571</sup>. Le droit naturel de même que *l'aequitas* en possession des juristes s'avère alors particulièrement dangereux car le juriste peut, grâce à ces notions, fustiger ou approuver capricieusement une loi, encourager le peuple tantôt à désobéir à certaines tantôt à obéir à d'autres<sup>1572</sup>.

---

<sup>1566</sup> TUSSEAU G., op. cit., p 47-48.

<sup>1567</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A., DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, 2010, p. 60 : « ...que chacun entend comme il lui plaît, applique comme il lui convient, dont il ne peut rien céder, rien retrancher, qui est inflexible en même temps qu'inintelligible, qui est consacré à ses yeux comme un dogme, et dont on ne peut s'écarter sans crime ».

<sup>1568</sup> BENTHAM J., id., p. 15 : « vous entendrez une multitude de professeurs, de juristes, de magistrats, de philosophes, qui feront retentir à vos oreilles la loi de la nature : ils se disputent tous, il est vrai, sur chaque point de leur système ; mais n'importe ; chacun d'eux procède avec la même intrépidité de confiance, et vous débite ses opinions comme autant de chapitres de la loi de la nature. La phrase est quelquefois modifiée : on dit le droit naturel, l'équité naturelle, les droits de l'homme, etc. » (les termes sont soulignés par l'auteur).

<sup>1569</sup> BENTHAM J., id., p. 205.

<sup>1570</sup> BENTHAM J., id., p. 15 : « tous ces systèmes et beaucoup d'autres ne sont au fond que le principe arbitraire, le principe de sympathie et d'antipathie, masqué sous différentes formes de langage. On veut faire triompher ses sentiments sans les comparer à ceux des autres : ces prétendus principes servent de prétexte et d'aliment au despotisme, du moins à ce despotisme en disposition, qui n'a que trop de pente à se développer en pratique quand il le peut impunément » (les termes sont soulignés par l'auteur).

<sup>1571</sup> BENTHAM J., id., p. 62 : « au lieu d'examiner les lois par leurs effets, au lieu de les juger comme bonnes ou comme mauvaises, ils les considèrent par leur rapport avec ce prétendu droit naturel : c'est-à-dire qu'ils substituent au raisonnement de l'expérience toutes les chimères de leur imagination ».

<sup>1572</sup> Bentham cite Blackstone : « il faut obéir aux lois qui sont d'accord avec la nature, les autres sont nulles par le fait, et au lieu de leur obéir, il faut leur résister. Dès que les droits naturels sont attaqués, tout citoyen

**La distinction des fonctions du juriste comme remède au principe d'arbitraire.** Les risques de conservatisme ou d'anarchie<sup>1573</sup> résultant de la méthode peu rigoureuse de Blackstone encouragèrent Bentham à clarifier la double fonction du juriste. Le juriste, dans son discours, doit veiller à distinguer sa mission d'exposition du droit, consistant à exposer le droit *tel qu'il est*, et sa mission de censeur ou de critique, consistant à indiquer ce que le droit doit-être (suivant le principe d'utilité). Ce qui n'est qu'une distinction d'ordre méthodologique relative à l'exercice de la tâche quotidienne du juriste et destinée à favoriser tant la clarté de leur discours que la pertinence de leurs critiques, produira un véritable schisme au sein de la science juridique, partagée entre ceux qui ne s'intéressent qu'au droit tel qu'il est (positivistes) et les défenseurs du droit tel qu'il devrait être (jusnaturalistes ou idéalistes). Pourtant, comme l'indique Luc Heuschling, l'intention de Bentham ne vise pas à séparer l'être du devoir être mais uniquement à souligner leur nécessaire distinction<sup>1574</sup> afin, d'une part, d'empêcher les « Blackstone » de semer la confusion dans les esprits et d'autre part, de favoriser le progrès juridique. Le conflit entre Blackstone et Bentham ne peut en aucun cas être appréhendé comme l'opposition entre un jusnaturaliste et un positiviste, mais davantage comme « une querelle entre deux jusnaturalistes sur le contenu, plus ou moins progressiste, du droit naturel<sup>1575</sup> ». A notre avis, pour éviter toute confusion avec la notion de droit naturel, il est préférable de ranger Bentham, lorsqu'il traite dans une perspective normative des moyens pour promouvoir « le plus grand bonheur du plus grand monde » dans la catégorie des idéalistes de type sociologique<sup>1576</sup> (par opposition à l'idéalisme essentialiste d'un Platon ou d'un Aristote).

---

vertueux doit être aidé à les défendre. Ces droits évidents par eux-mêmes n'ont pas besoin qu'on les prouve ; il suffit de les déclarer. Comment prouver l'évidence ? Le simple doute implique un défaut de sens ou un vice de l'âme, etc. (...) *On ne doit pas souffrir*, dit-il [Blackstone], que les lois humaines contredisent celles-là : si une loi humaine nous ordonne une chose défendue par les lois naturelles ou divines, nous sommes tenus de transgresser cette loi humaine, etc. » (BENTHAM J., id., p. 63). Bentham poursuit en son nom propre : « N'est-ce pas mettre les armes à la main de tous les fanatiques contre tous les gouvernements ? Dans l'immense variété des idées sur la loi naturelle et la loi divine, chacun ne trouvera-t-il pas quelque raison pour résister à toutes les lois humaines ? Y a-t-il un seul état qui pût se maintenir un jour, si chacun se croyait en conscience tenu de résister aux lois, à moins qu'elles ne fussent conformes à ses idées particulières sur la loi naturelle et la loi révélée ? Quel horrible coupe-gorge entre tous les interprètes du code de la nature et toutes les sectes religieuses ? ».

<sup>1573</sup> BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, trad., notes, préf. CLERO J.-P., Paris : LGDJ et Bruylant, 1996, p. 90.

<sup>1574</sup> HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, préf. DREYFUS Fr., Paris : Dalloz, 2002, p. 220.

<sup>1575</sup> HEUSCHLING L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, préf. DREYFUS Fr., Paris : Dalloz, 2002, p. 223.

<sup>1576</sup> FRIEDMANN W., *op. cit.*, p. 272.

**Conclusion + transition.** Fondée traditionnellement sur l'*aequitas*, la fiction juridique (*fictio juris*) était porteuse d'une légitimité selon les canons de la science juridique anglaise difficilement contestable, en raison d'une part de son fondement et d'autre part de son utilité.

Bentham veut attaquer Blackstone et ses comparses sur le terrain du droit naturel mais il en est incapable en raison de la vacuité sémantique de ces mots (raison, équité, nature, etc.) qui ne donnent aucune prise à l'entendement. Ce langage défectueux et les fictions politiques et juridiques ne sont, à vrai dire, que le résultat d'un mode de pensée doublement millénaire.

## II) La critique de la pensée d'Aristote

La fiction juridique est l'épiphénomène d'un mode général de pensée dont Bentham décèle les soubassements, après Hobbes et Hume, dans la philosophie aristotélicienne. L'objectif de Bentham consiste à débarrasser du domaine des sciences humaines en général et du droit en particulier toute trace de la pensée d'Aristote, que ce soit dans le langage, dans les méthodes logiques ou dans les axiomes scientifiques. Ce n'est qu'une fois la « forteresse » tombée, que Bentham pourra construire l'ouvrage qui contribuera au bonheur du plus grand nombre :

*« S'en prendre directement à Aristote et à ses successeurs »* écrivent MM. Laval et Cléro « et relire la logique et la métaphysique à la lumière de la *théorie des fictions*, c'est donc s'emparer de la forteresse, pour reprendre une métaphore humienne, qui commande le champ entier de la pensée et de l'action et détruire les prétentions dominatrices d'une ontologie multimillénaire qui a partie liée avec la domination politique du petit nombre<sup>1577</sup> ».

**Gloire et déclin de la pensée d'Aristote entre les XIIe et XVIIIe siècles.** Disparue en Europe à la chute de l'Empire romain d'Occident, la pensée d'Aristote se diffuse en Orient avant d'être restaurée en Occident par Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) qui l'adapte au dogme chrétien. En substituant Dieu au premier moteur par lequel Aristote expliquait le mouvement originel, Saint Thomas combine les principes de la Métaphysique aux fondements de la pensée chrétienne et restaure la nature quasi-théologique de l'œuvre du Stagirite. Il redécouvre également la logique d'Aristote qu'il érige en propédeutique à la science et à la

---

<sup>1577</sup> CLÉRO J.-P. et LAVAL Ch., « Commentaire », in, BENTHAM J., *De l'ontologie*, Paris : Seuil, 1997, p. 234.

métaphysique<sup>1578</sup>. Le come-back d'Aristote est une success-story : doctrine officielle de l'Eglise catholique romaine, au cœur des programmes de toute bonne université, l'aristotélisme supplante les autres courants de pensée malgré les premières manifestations du nominalisme.

La fin du Moyen Âge signe pourtant le déclin de l'aristotélisme. Les outils méthodologiques d'Aristote, destinés à l'origine à étudier le réel, deviennent, en raison de l'orthodoxie avec laquelle ils sont employés, un ensemble de notions métaphysiques et formelles contre lequel achoppent les théories scientifiques nouvelles, comme celle de Galilée<sup>1579</sup>. La logique, « simple » instrument pour Aristote, se voit détachée de la science pour figurer comme discipline autonome et séparée du réel : « *la subtilité l'emportera sur la profondeur et le système finira par tourner à vide*<sup>1580</sup> ». C'était déjà l'avis de Grotius : « Plût à Dieu que cette supériorité ne fût pas tournée depuis quelque siècle en tyrannie, au point que la vérité à laquelle Aristote a fidèlement consacré ses soins ne trouve pas de plus grand oppresseur que *dans le nom d'Aristote lui-même*<sup>1581</sup> ».

A la sortie du Moyen Âge, les assauts portés contre l'Eglise atteignent inmanquablement l'aristotélisme<sup>1582</sup>, qui se trouve confronté à de nouveaux courants de pensée plus ou moins liés aux anciennes thèses présocratique, platonicienne, épicurienne et stoïcienne.

L'humanisme et le protestantisme en premier, le rationalisme scientifique de Descartes ensuite<sup>1583</sup>, l'empirisme enfin<sup>1584</sup>, achèvent la logique aristotélicienne que la scolastique médiévale avait élevée au dernier degré du formalisme.

---

<sup>1578</sup> CHENIQUE F., *Eléments de logique classique*, Paris : L'Harmattan, 2006, p. 36.

<sup>1579</sup> Par exemple, dans *Dialogue sur les deux grands systèmes du monde*, Galilée démontre à travers une discussion fictive entre un aristotélicien et un défenseur du système Copernicien, l'invalidité des thèses traditionnelles. Galilée sera condamné par l'Eglise catholique romaine en 1633 suite à un procès demeuré célèbre, pour avoir professé dans cet ouvrage une doctrine hérétique. COMBY J.-U., « Procès de Galilée », *Encyclopaedia Universalis*. V. égal., STABILE G., « Qualités primaires et qualités secondaires chez Galilée », in, *Philosophie de la nature*, actes du Colloque des 20 et 27 mars, 27 novembre et 4 décembre 1994 à L'Université Paris I, Publications de la Sorbonne, Paris : 2000, p. 125 et s.

<sup>1580</sup> CHENIQUE F., loc. cit., p. 36.

<sup>1581</sup> GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. PRADIER-FODERE P., Paris : PUF, 1999, p. 23. Paul Ricoeur résume ainsi le déclin de la pensée d'Aristote par excès de dogmatisme et le retour corrélatif d'une réflexion de type platonicien : « *historiquement, c'est bien ainsi que l'aristotélisme a agi, la théorie des formes substantielles, la distinction de l'acte et de la puissance et même la différenciation des catégories ont cessé d'animer une analyse vivante du réel pour s'enliser dans un dogmatisme paresseux qui a barré la route de l'expérience ; c'est pourquoi la physique galiléenne et cartésienne a dû se constituer contre l'aristotélisme, dont le caractère métaphysique apparaissait par contraste. Par un curieux contraste, la même philosophie qui, à l'origine, avait marqué l'intelligibilité du réel contre le platonisme apparaissait, au terme d'un parcours de dix-huit siècles, comme la consécration de la métaphysique du sens commun ; celle-ci ne pouvait être brisée que par un retour au mathématisme platonicien qui, du même coup, se révélait le plus fécond pour fonder la physique mathématique* » (RICOEUR P., « Ontologie », *Encyclopaedia Universalis*).

<sup>1582</sup> CHENIQUE F., loc. cit.

Dans la querelle des universaux, le réalisme cède devant le nominalisme<sup>1585</sup> et la scission ontologique entre les individualités et les universalités s'avère consommée : les premières existent en tant qu'être, les secondes en tant que mots.

Dans l'ancien domaine de la physique, ce sont principalement les différentes causes d'Aristote qui essuient les attaques des scientifiques modernes. Les méthodes aprioristique et déductive auxquelles est désormais attaché Aristote sont écartées au profit de l'empirisme et de l'induction. L'expérience constate l'existence de corps, mais rien n'atteste l'existence des essences qui sont en conséquence exclues. Le mouvement des corps dont la substance n'est plus que matière ne s'explique plus que par la seule causalité reconnue (la cause efficiente ou motrice) tandis que la cause formelle (l'essence) est réduite à ne désigner qu'une quantité de manière. La cause finale, considérée comme l'expression d'une pensée archaïque attachée à la personnification de la nature, est abandonnée par les sciences naturelles.

Enfin, ces critiques à l'égard de l'aristotélisme portent également en filigrane une charge politique contre l'autorité. S'attaquer à Aristote c'est aussi combattre « une ontologie multimillénaire qui a partie liée avec la domination politique du petit nombre<sup>1586</sup> ». Sur les plans de la science et de la philosophie, les critiques, spécialement celles des courants nominaliste et empiriste, visent ainsi à mettre un terme aux abus en matière sociale et politique, que l'on justifiait grâce à l'appareillage aristotélien. C'est dans ce sens qu'a été soutenue l'idée que l'opposition philosophique entre réalisme et nominalisme expliquait historiquement la transition entre autocratie et démocratie<sup>1587</sup>.

---

<sup>1583</sup> CHENIQUE F., id., p. 37 « *c'est René Descartes qui mène le plus violent combat contre Aristote. La notion de qualité est éliminée au profit de la notion de quantité, et spécialement de quantité spatiale puisque l'étendue est en quelque sorte l'essence de la matière. Pour Descartes, la méthode des mathématiques doit remplacer la logique formelle d'Aristote, car l'art de bien raisonner se trouve dans les mathématiques, 'ces longues chaînes de raisons, toutes simples et faciles, dont les géomètres ont coutume de se servir pour parvenir à leurs plus difficiles démonstrations'. (...) Descartes emprunte aux 'géomètres' les trois règles suivantes : la règle de l'analyse, la règle de la synthèse et la règle de l'énumération. Les règles de la méthode contiennent toutes les exigences de la pensée scientifique* ».

<sup>1584</sup> Dans le *Nouvel Organon*, « Bacon veut substituer une nouvelle logique expérimentale et inductive à la logique d'Aristote, aprioriste et déductive » (CHENIQUE F., id., p. 37).

<sup>1585</sup> V. VIGNAUX P., « Nominalisme », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>1586</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLÉRO J.-P. et LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, p. 234.

<sup>1587</sup> VIALA A., *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, 2010, pp. 42-43 : « Si le réalisme aristotélien est un *essentialisme voué à cacher la réalité derrière des formes imaginaires à des fins conservatrices*, l'idéalisme occamien est un empirisme anti-métaphysique destiné à inviter les hommes à regarder le monde avec lucidité afin qu'ils en saisissent les sources de leur aliénation. C'est dans cette culture empiriste que Hans Hahn aperçoit l'origine de la démocratie dont l'Angleterre constitue le berceau. (...) Aux prédispositions démocratiques de la philosophie nominaliste, il n'est pas difficile d'opposer la pesanteur conservatrice du réalisme aristotélien en se tournant tout simplement vers la véritable vocation originelle de celui-ci qui consiste à attribuer à la nature une finalité normative destinée à régler de façon immuable le comportement social et politique des êtres humains ».

**L'objet de l'opposition de Bentham contre Aristote.** Bentham s'inscrit dans le prolongement de ce courant hostile et pluriséculaire contre l'aristotélisme, s'étendant à presque tous les champs auxquels le Stagirite a contribué et qui, dans une certaine mesure, contient une charge politique et sociale. La critique de Bentham se comprend également dans cette perspective. Quand il s'attaque à la pensée du fondateur du Lycée, c'est davantage en vue de dénoncer les abus hic et nunc des élites que ces dernières justifient par celle-ci, que par pure opposition intellectuelle. Bentham attaque Aristote parce que, et dans la mesure où, sa pensée et surtout son langage génèrent à son époque des effets nuisibles.

Bien que juriste, Bentham ne s'attaque pas directement à la philosophie du droit d'Aristote contenue dans le livre V de l'*Ethique à Nicomaque*. Celle-ci, pour rappel, se présente sous la forme d'une application de la méthode dialectique à un objet : la justice, conçue selon une métaphysique réaliste. D'un point de vue épistémologique, les moyens de connaissance du droit dérivent de l'art du probable qu'est la méthode du syllogisme dialectique : mise en opposition des opinions afin de dégager, à partir de lieux communs relatifs à la justice, un savoir vraisemblable. D'un point de vue ontologique, la justice est une vertu, mais s'incarne également dans une chose : le rapport juste ou le droit (*dikaion*), dont la finalité subordonnée est l'équilibre des rapports entre citoyens et la finalité dernière, l'équilibre ou l'harmonie de la cité.

Bien qu'in fine toutes les charges de type utilitariste convergent vers la redéfinition du droit, de ses sources et de ses méthodes, ce n'est ni sur le terrain du droit ni sur celui de la philosophie du droit que Bentham procède au démantèlement de l'édifice aristotélicien. Bentham va s'attaquer à la philosophie même d'Aristote responsable de générer des fictions ou des non-entités telles que les essences à partir desquelles se forment le droit naturel, la justice et l'équité. En effet, en dépit de son caractère dit réaliste (par contraste avec l'idéalisme platonicien), la philosophie aristotélicienne repose sur un « subtil jeu de distinction [qui] *tend essentiellement à faire prévaloir au cœur même du réel, le déterminé, l'intelligible, l'immuable*<sup>1588</sup> ». Ainsi conclut Ricœur : « un subtil platonisme des formes se trouve ainsi préservé au cœur du réel, à la faveur même de la critique des idées<sup>1589</sup> ». Cela signifie que l'essentialisme d'Aristote est rendu possible grâce à tout un ensemble de procédés méthodologiques et linguistiques telles que l'étiologie, les catégories, les

---

<sup>1588</sup> RICOEUR P., « Ontologie », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>1589</sup> Ibid.

distinctions puissance/acte ou matière/essence. Il faut alors pour Bentham non seulement condamner les essences mais encore briser les méthodes dont elles sont le produit. En d'autres termes, Bentham pour mettre un terme à l'ontologie ou métaphysique aristotélicienne productrice des fictions et autres mots sans significations qui infestent le droit anglais va focaliser ses attaques sur l'épistémologie d'Aristote et, en ce faisant, il achèvera « la coupure entre le monde juridique moderne, *et le monde juridique de l'Antiquité classique*<sup>1590</sup> ». Si nous réfléchissons en termes de concept, il s'agirait ici, précisément, du moment où l'équilibre positiviste (ou moderne) vient remplacer l'équilibre métaphysique (ou ancien).

L'opposition entre Bentham et Aristote a fait l'objet de la thèse de M. El Shakankiri à laquelle nous renvoyons le lecteur, avec quelques réserves<sup>1591</sup>, pour une analyse complète. Pour notre part, nous nous contenterons de présenter trois points d'achoppement entre les philosophes. Nous nous intéresserons en premier lieu à la question de la connaissance, puis aux sciences, et enfin à la méthode dialectique dans la mesure où chacun de ces aspects sur lesquels Bentham critique Aristote participe à une conception métaphysique de l'équilibre.

#### A) *Sur la connaissance*

La question de la connaissance divise Aristote et Bentham sur son objet comme sur son mode d'acquisition.

---

<sup>1590</sup> SHAKANKIRI M. E., *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris : LGDJ, 1970, p. 12.

<sup>1591</sup> V. SHAKANKIRI M. E., th préc. Dans ce travail publié en 1970, l'auteur expose de manière précise et systématique la pensée scientifique, philosophique et juridique de Bentham laquelle, lorsqu'elle n'est pas en confrontation directe et personnelle avec celle d'Aristote, est selon l'auteur, quasiment toujours opposée à cette dernière. Si M. Shakankiri a l'indubitable mérite – encore actuel – de présenter et d'interpréter la pensée extrêmement vaste et fourmillante de Jeremy Bentham, ainsi que d'introduire la théorie du langage souvent ignorée en France, son travail dirigé par M. Villey, perd de vue, à plusieurs reprises l'objectivité qu'il importait de conserver dans ce genre d'exercice destiné à exposer la pensée d'un auteur avant de la commenter. Pour prendre un exemple, qui n'est d'ailleurs pas le plus représentatif puisqu'il n'engage que l'opinion de l'auteur, mais qui donne une idée de la perspective à partir de laquelle l'auteur a étudié la pensée de Bentham, citons la dernière phrase de l'introduction de la thèse M. Shakankiri « nous aborderons effectivement cette étude avec *beaucoup de sympathie pour Bentham, et d'antipathie pour son œuvre* : Jeremy Bentham, ce végétarien, ce célibataire, ce savant austère et méthodique d'une probité intellectuelle scrupuleuse, a donné à l'humanité, pensons-nous, la doctrine la plus grossière qui soit dans l'histoire de la philosophie du droit » (SHAKANKIRI M. E., id., p. 33). A propos de la thèse de M. Shakankiri, Pierre Legendre avait déjà constaté : « *l'ouvrage pourrait être un guide, s'il n'était cependant aussi tranchant. Nous ne lisons pas chez Bentham les mêmes choses ! Libre à l'auteur d'en faire un 'idéosophe'* » (LEGENDRE P., « Compte-rendu », RIDC, vol. 22, 1970, n° 4, p. 790).

**Le mode d'acquisition des connaissances selon Aristote.** A l'encontre de l'innéisme et l'idéalisme pléniers de Platon, la connaissance, en tant que rapport de la pensée à la réalité extérieure, résulte pour Aristote de la mise en œuvre du couple composé de l'expérience et de l'abstraction. L'expérience sensible donne accès à certains caractères particuliers attachés à l'objet tandis que le processus intellectuel d'abstraction est chargé de découvrir, par le truchement de l'instrument qu'est la logique, les éléments essentiels que les sens ne peuvent directement appréhender<sup>1592</sup>. Autrement dit, ce qu'il y a de concret et d'individuel dans les choses est saisi passivement par les sens alors que ce qu'il y a d'abstrait et d'universel est saisi activement par l'intellect. Dans cette perspective réaliste (et non plus idéaliste), la connaissance a pour point de départ l'observation par le sujet de la chose, et, pour point d'arriver la découverte de son essence<sup>1593</sup>. Entre ces deux phases, tout n'est qu'affaire d'*organon*, d'instrument, c'est-à-dire, de logique grâce à laquelle, il est possible d'accéder à la connaissance.

L'expérience n'est donc jamais qu'une condition, certes nécessaire, mais insuffisante à la connaissance car elle ne fournit que des résultats circonscrits au particulier, à l'accidentel, au contingent, alors que l'objet de toute connaissance porte sur l'essentiel, l'universel et le nécessaire.

L'ambition d'Aristote est de parvenir à dégager une série d'outils épistémologiques susceptibles de donner sens, grâce à l'entendement, aux choses observées : *l'étiologie* explique le mouvement, la distinction puissance/acte donne sens à la multiplicité des êtres, la distinction essence/accident discrimine l'ordre de l'être de l'ordre de ses attributs, la catégorisation aboutit à la hiérarchie des manières d'être, etc.

**L'utilitarisme comme théorie de la connaissance.** La connaissance, pour l'utilitarisme, s'avère primordiale en raison de son ambition pratique. La finalité que se fixe l'utilitarisme

---

<sup>1592</sup> AUBENQUE P., « Aristote », Encyclopaedia Universalis : « Aristote insiste sur la continuité du passage qui permet de s'élever de la sensation à la science, passage qui n'est au demeurant que l'actualisation de ce qui est en puissance dans la sensation : car le particulier, objet de la sensation, contient en puissance l'universel, objet de la science ».

<sup>1593</sup> LADRIERE J., « Connaissance », Encyclopaedia Universalis : « la position réaliste accorde la priorité à *l'être, à la réalité objective (c'est-à-dire à la réalité considérée indépendamment des actes de connaissance qui portent sur elle)*, et elle conçoit corrélativement la connaissance, comme un processus essentiellement réceptif : *le sujet n'est qu'une capacité d'être affecté par une action venue du dehors* ».

(le bonheur du plus grand nombre) dépend foncièrement de la science consistant à connaître le bien de la communauté<sup>1594</sup>.

Pour M. Shakankiri, l'objet de la connaissance selon l'utilitarisme, et plus largement, l'ensemble de la philosophie de Bentham, serait tributaire de sa conception physique du monde. Autrement dit, l'utilitarisme de Bentham découle d'une conception mécaniste et nominaliste du monde que Bentham aurait hérité de Newton, Bacon, Locke, Hume, etc.<sup>1595</sup>. Si la corrélation entre la conception du monde et la philosophie à laquelle s'attache ou se rattache un auteur est indéniable et que l'une procède en général de l'autre, nous pensons dans le cas de Bentham que son appréhension du monde est déterminée par l'utilitarisme en tant qu'il constitue également une théorie de la connaissance<sup>1596</sup>. Primitivement, l'utilitarisme de Bentham repose sur un seul axiome : seuls le plaisir et la douleur sont tenus pour être totalement vrais ou réels, ou tout du moins, rien, aucun corps, aucune pensée, ne peut plus être objet de certitude que le plaisir et la douleur<sup>1597</sup>. C'est à partir de ce postulat que Bentham constate que les hommes cherchent à ressentir le premier et à fuir la seconde, et qu'il en tire le principe d'utilité consistant à jauger l'acte et le jugement en fonction de la somme des plaisirs et des peines. En d'autres termes, il nous semble que Bentham est matérialiste et nominaliste parce qu'il est utilitariste, et non utilitariste en raison de son matérialisme :

*« Je suppose, en un mot, l'existence de ce qui est appelé le monde matériel [...]. Tout cela, je dis que je le suppose, et cela sans le moindre scrupule, en dépit du fait que cela a été l'objet de nombreuses controverses. Je le suppose hardiment pour cette raison : parce, d'un point de vue pratique, aucune conséquence néfaste ne peut, ainsi que chacun est prêt à le reconnaître,*

---

<sup>1594</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 11 : « le bonheur public doit être l'objet du législateur ; l'utilité générale doit être le principe du raisonnement en législation. Connaître le bien de la communauté dont les intérêts sont en question, voilà ce qui constitue la science ; trouver les moyens de le réaliser, voilà ce qui constitue l'art ».

<sup>1595</sup> SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 52 et s.

<sup>1596</sup> BENTHAM J., « *Chrestomathia* », in, *The Works of Jeremy Bentham*, éd. Bowring, XV, p. 233 : « But except, and in so far as in some shape or other, it leads to and is productive of well-being - a balance on the side of happiness, what is all the knowledge in the world worth ? Just nothing » (« Mais excepté, et dans la mesure où, sous une forme ou une autre, cela conduit au et produit du bien-être – un poids dans la balance en faveur du bonheur, à quoi servent toutes les connaissances du monde ? A rien ». Nous traduisons).

<sup>1597</sup> Bentham s'interroge en effet sur le degré de la réalité, sur la probabilité de la réalité du perçu grâce à nos sens, et va jusqu'à dire, cette fois dans la tradition de Berkeley et de Hume, que ce sont nos perceptions qui peuvent apparaître plus certaines que les corps qu'elles perçoivent (v. CLERO J.-P., LAVAL Ch., « Glossaire », in, BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P., LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, p. 206).

résulter du fait de considérer cela comme vrai ; et parce que les pires conséquences ne *manqueront pas de s'ensuivre si on le considère comme faux*<sup>1598</sup> »

Cette précision n'emporte pas ici de grandes conséquences puisque, en tout état de cause, la perception du monde par Bentham s'oppose bien, comme le soutient M. Shakankiri, à celle d'Aristote. Néanmoins, elle permet de rendre compte de la cohérence du système que Bentham construit minutieusement et évite l'écueil de présenter la conception mécaniste de Bentham comme étant « un donné » car, tout au contraire, la philosophie de Bentham vise, dans la parfaite lignée de Locke à, sinon rejeter, du moins questionner tout « donné ».

Toujours est-il, et puisque l'utile est nécessairement tributaire de la connaissance des multiples causes des plaisirs et des peines, la connaissance doit, de manière générale, demeurer la moins incertaine possible. Une telle affirmation peut sembler être au mieux une évidence, au pire une tautologie. Elle est toutefois fondamentale car l'erreur, dans la pensée de Bentham, ne représente pas tant une cause de confusion et d'ignorance, qu'une cause probable de douleurs ou la source d'un « manque à gagner » de plaisirs. Il est alors préférable de déplorer un manque de connaissances que d'être en possession de connaissances erronées qui serviraient de base à l'action. La pensée utilitariste applique donc, à toute production de connaissance, un véritable principe de précaution.

**Le mode d'acquisition des connaissances selon Bentham.** En effet, pour Bentham deux modes de connaissance permettent d'attester l'existence de ce qu'il nomme les entités réelles : la perception et le raisonnement. Corrélativement, il distingue les entités réelles perceptibles qui sont « *les entités dont l'existence est connue directement par le témoignage de nos sens*<sup>1599</sup> » et les entités réelles inférentielles, « qui ne se font pas connaître des humains en

---

<sup>1598</sup> BENTHAM J., cité par LONG D., « Censorial Jurisprudence and Political Radicalism : A Reconsideration of the Early Bentham », The Bentham Newsletter, 1998, n° 12, p. 18. V. égal. TUSSEAU G., op. cit., p. 93.

<sup>1599</sup> V. BENTHAM J., *De l'ontologie*, annexe B, p. 165 ; BENTHAM J., *Ontology*, Chap. I, sec. IV, Bowering, vol. VIII, p. 197, cité par SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 100 : « supposez la non-existence des substances corporelles, de quelque substance corporelle dure qui s'oppose à vous, et cette supposition faite, agissez sur elle ! La douleur, la perception de la douleur témoignera immédiatement contre vous. Telle sera votre punition, votre punition méritée. Supposer maintenant la non-existence d'une ou de toutes les substances incorporelles inférentielles, et une fois cette supposition faite, agissez sur l'une d'elles ! ».

général par le témoignage des sens, mais qui est inféré à partir d'une chaîne de raisonnements<sup>1600</sup> ».

La production de connaissances, qu'elles soient médiates ou immédiates, débute donc nécessairement de l'expérience. Mais si la phase expérimentale s'avère nécessaire, elle demeure néanmoins insuffisante, car la connaissance suppose que les résultats de l'expérience soient traités, ce qui sollicite l'intervention d'un processus intellectuel<sup>1601</sup>. Sur ce point, Bentham suit Aristote. La différence entre les deux concerne l'objet et la portée de la seconde phase faisant intervenir l'entendement. Pour le Stagirite, l'intellect doit conduire par l'abstraction au-delà de ce qui est perceptible, pour gagner les essences, objet de connaissance. Pour Bentham, les facultés cognitives sollicitées par l'entendement<sup>1602</sup> permettent, à partir des données sensibles recueillies à l'occasion d'expériences, de dégager de manière également abstraite, les caractéristiques de l'objet d'étude et d'induire des premières des propriétés générales de celui-ci.

Indiquons ici, bien que nous le constaterons davantage par la suite, que c'est à ce moment précis qu'Aristote et Bentham se séparent définitivement : tandis que le premier poursuit ses investigations dans l'ordre du réel, le second n'y voit qu'un ordre nominal, voire un non-ordre. En effet, pour l'Anglais, les connaissances relatives aux caractères et aux propriétés de l'objet ne sont pas, comme chez Aristote, destinées à trouver la pierre philosophale à laquelle Bentham compare la recherche « métaphysique » de l'être, des essences et des qualités<sup>1603</sup> ; elles ne s'apparentent qu'à un ensemble de termes grâce auxquels il est possible de former et de communiquer des idées toujours plus serrées de l'objet. L'accroissement de l'intelligibilité globale des choses relève d'outils épistémologiques de classification et de catégorisation des entités en fonction de leurs caractères intrinsèques, de leurs différences et de leurs

---

<sup>1600</sup> V. BENTHAM J., *De l'ontologie*, annexe B, p. 165 ; l'esprit ou Dieu, quant à eux, comptent parmi les entités inférentielles dont la nature empêche la connaissance par l'expérience sensible. Si les deux types d'entités réelles perceptibles et inférentielles sont considérés comme désignant des choses pourvues d'une existence propre, Bentham en raison du degré d'incertitude qui caractérise le mode de connaissance des entités inférentielles, préfère, pour des raisons d'utilité, les exclure du champ des sciences. « L'étudiant comme l'enseignant de logique utile peuvent abandonner tous ces objets d'ontologie là où ils les ont trouvés sans grand dommage, croyons-nous, pour tout autre art », (V. BENTHAM J., *De l'ontologie*, annexe B, p. 181).

<sup>1601</sup> L'expérience, l'observation, la réflexion sur les résultats de ces opérations...Voilà les moyens et les instruments de la connaissance (v. BENTHAM J., *Essay on Logic*, chap V, sec. II, Bowring, vol. VIII p. 238, cité par SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 55).

<sup>1602</sup> *La mémoire, l'imagination, l'invention*, la désignation, la dénomination, v. BENTHAM J., *Essay on Logic*, chap V, sec. II, Bowring, vol. VIII p. 238, cité par SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 55.

<sup>1603</sup> V. SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 105 et s.

ressemblances<sup>1604</sup>. La connaissance demeure toujours attachée à l'objet ou à la perception sensible de l'objet, par une chaîne de raisonnement. Cette chaîne, une fois rompue, signifie la fausseté ou le caractère irréel ou fabuleux de l'objet prétendument connaissable.

## B) Sur les sciences

### 1) Métaphysique/ontologie et physique

**Métaphysique et physique d'Aristote.** Chez Aristote, les sciences se composent d'une science première, la métaphysique, et de sciences secondes, parmi lesquelles, la physique que nous prendrons comme exemple afin d'éclairer les rapports entre ces deux ordres de sciences.

La métaphysique de manière générale pose la question du fondement et de l'origine de la pensée de l'être humain et de son rapport avec les choses<sup>1605</sup>. A partir d'une étymologie erronée, on définit ordinairement la « métaphysique » comme ce qui est « au-delà » de la « physique<sup>1606</sup> ». Si les questions de cet ordre furent déjà posées par les présocratiques puis par Platon<sup>1607</sup>, le statut et le domaine de la métaphysique furent définis par Aristote. Il lui assigne deux missions : la découverte des principes premiers et la question de l'être. Pour lui, l'objet de cette science porte sur ce qui est immobile, immatériel et universel<sup>1608</sup> au sein de l'être et se distingue de la physique dont l'objet est au contraire, le mobile, le matériel et l'individuel. La métaphysique est pour Aristote la science première car son objet d'investigation est les causes premières appelées également causes divines<sup>1609</sup>. Puisqu'elle

---

<sup>1604</sup> La principale étant la méthodisation par laquelle Bentham entend le processus d'ordonnement des divers objets en fonction de certains critères. « Ces opérations de méthodisation qui permettent de construire des enclosures, des 'boîtes', des 'rangées', des 'lignes', ou encore, quand on les combine, des rangées ou des ordres de boîtes ou de parcelles », (CLERO J.-P., LAVAL Ch., « glossaire », in, BENTHAM J., *De l'ontologie*, p. 228).

<sup>1605</sup> V. ALQUIE F., « Métaphysique », Encyclopaedia Universalis.

<sup>1606</sup> La métaphysique, comme science de « l'au-delà » de la nature, résulte, à l'origine, d'un contresens sur le mot grec « méta » signifiant « après ». L'ouvrage d'Aristote fut simplement nommé ainsi par un éditeur car celui-ci apparaissait « après » ou, succédait à, la Physique (v. ALQUIE F., « Métaphysique », Encyclopaedia Universalis ; POIRIER J.-L., « Introduction », in, ARISTOTE, *Métaphysique*, Paris : Presses Pocket, 1991, p. 5).

<sup>1607</sup> V. Ricoeur, « Ontologie », Encyclopaedia Universalis.

<sup>1608</sup> ARISTOTE, *Métaphysique*, E chap I, 1026 a.

<sup>1609</sup> ARISTOTE, *Métaphysique*, E, CH 1, 1026 a : « si donc il n'y avait pas au monde une autre substance que celles qui sont formées par la nature, la Physique serait incontestablement la science première ; mais, s'il existe une substance immobile, cette substance est supérieure à tout le reste ; et il y a une Philosophie première, qui est universelle par cela seul qu'elle est première ».

s'intéresse à *l'unité* des êtres provenant de leur statut *d'être*, la métaphysique est définie par Aristote comme étant la science de l'être en tant qu'être<sup>1610</sup>.

Nous l'avons rappelé, pour Aristote, tout corps est une substance composée de matière et d'essence. L'essence n'est pas extérieure au monde sensible comme les idéaux de Platon, mais dans la chose même et il appartient à l'homme par son intellect de la découvrir. L'existence et l'immanence de l'essence causent ontologiquement l'unité des êtres et épistémologiquement leur intelligibilité<sup>1611</sup>. Néanmoins, comment parler d'unité quand l'expérience atteste de la multiplicité des êtres ?

C'est dans la Physique qu'Aristote donne la réponse de la cause de la multiplicité des individus. Chacun d'entre eux est en mouvement et se meut en fonction des causes que nous avons étudiées et qui alternativement ou cumulativement provoquent différents accidents qui les éloignent autant de leur fin commune. Certains atteindront leur fin et se seront ainsi actualisés tandis que d'autres demeureront en puissance. Autrement dit, les êtres ne sont pas différents par essence, ils le deviennent par accident. Il est difficile d'atteindre la fin qui est la sienne et aisé de s'en écarter, car si le souverain bien est unique, le mal est multiple. La dynamique des être naturels explique ainsi les différences entre les individus en dépit de leur essence commune. Nous l'avons vu le caractère finaliste de cette conception de la nature se constate, dans une certaine mesure, dans la partie normative de l'éthique d'Aristote. Pour tendre vers sa fin qui est le bonheur, pour réaliser sa nature, l'homme doit tendre à la Vertu : se montrer juste, tempérant, prudent.

**La physique selon Bentham.** La conception de la physique à laquelle Bentham attache son système dans le *Chrestomathia*, est celle qui domine depuis Descartes, Newton et Bacon. Qualifiée de quantitative, elle présente certains caractères (le matérialisme, le mécanisme<sup>1612</sup>) totalement opposés à la physique qualitative et finaliste aristotélicienne.

---

<sup>1610</sup> ALQUIE F., « Métaphysique », art. préc. : « Toutes les sciences portent sur un genre déterminé d'être, sur des *objets spécifiés et considérés en leur particularité propre*. Mais tous les objets étudiés par les sciences (...) ont ceci de commun qu'ils sont : l'être est leur caractère le plus général. Il doit donc y avoir une science portant sur l'être en tant qu'être, sur l'être en tant que tel, science qui méritera le nom de science première, ou de philosophie première, science qu'on appelle aujourd'hui métaphysique ».

<sup>1611</sup> CHENIQUE F., *Eléments de logique classique*, Paris : L'Harmattan, 2006, p. 36 : « les essences existent dans *les choses, mais d'une autre manière que dans notre esprit* : dans les choses elles sont concrètes et singulières, alors que dans notre esprit elles sont abstraites et générales. ».

<sup>1612</sup> SHAKANKIRI M., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », art. préc., pp. 119-120 : « Matérialisme, car il ne s'agit plus d'une observation portant sur la totalité de la nature extérieure, mais simplement sur le quantitatif et le mesurable. Les qualités et les valeurs ne font plus partie de la nature extérieure. Mécanisme et actualisme, car la nature n'est plus observée par les yeux d'un botaniste qui

En effet, Bentham rejette tout ce qui dépasse le domaine de l'observable et en particulier le caractère « théologique » – selon le mot de Hart<sup>1613</sup> – de la nature aristotélicienne<sup>1614</sup>. Le champ de la physique pour Bentham correspond donc à celui de la physique classique ou newtonienne qui a encore cours aujourd'hui, et qui se propose d'étudier les corps mobiles soumis au principe de causalité efficiente. Ce qu'Aristote entendait par essence est renvoyé par les fondateurs de cette discipline, à la « métaphysique » (dans son sens péjoratif) tandis que la finalité est reléguée à « *l'archéologie de l'esprit*<sup>1615</sup> ».

**L'ontologie de Bentham.** Pour Aristote, « au-delà » de la physique, science seconde, il y a la métaphysique, science première qui porte sur les causes divines. Pour Bentham, « au-delà » de la physique, il n'y a que des mots<sup>1616</sup> lesquels, soit renvoient à la physique et à la psychologie, soit désignent des fantômes ou plus techniquement des non-entités<sup>1617</sup>, c'est-à-dire simplement des choses dépourvues d'existence dont on cherche, en les désignant par des mots, à faire accroire. Certains de ces mots sont donc pourvus de sens – c'est-à-dire qu'ils se rattachent avec plus ou moins d'intermédiaires à quelque chose de réel – tandis que d'autres ne sont que signes et autres sons.

Les premiers sont l'objet de l'Ontologie de Bentham, ouvrage dans lequel il s'évertue à définir les principales notions grâce auxquelles il est possible de discourir sur les choses

---

verrait, par exemple, dans la production de fruits la finalité d'un arbre, ou dans l'éclosion d'une fleur la finalité d'une plante. Elle n'est plus observée par les yeux d'un juriste cherchant des modèles d'équilibres ou de justice dans les conséquences d'un bon jugement ou d'un bon partage des biens. La nature, dorénavant, est observée par les instruments d'un physicien qui ne cherche et ne veut rien connaître d'elle que les lois régissant les mouvements de ses molécules atomiques ».

<sup>1613</sup> Hart dénomme la physique d'Aristote « the theological conception of nature » (v. SHAKANKIRI M., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américain de Bentham à Hart », art. préc., p. 148).

<sup>1614</sup> « La nature », dit Bentham, « est une espèce de personnage fictif, sans l'assistance duquel, il est très difficile d'écrire ou de parler. Mais pour la connaître, nous devons l'observer dans sa nudité originelle telle qu'elle se trouve sans attributs et sans aucune qualité normative » (v. BENTHAM J., *Chrestomathia*, Appendix n° IV, Bowring, vol. VIII p. 125, cité par SHAKANKIRI M., th. préc., p. 63).

<sup>1615</sup> RUYER R., « Finalité », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>1616</sup> Pour Bentham la métaphysique d'Aristote « *s'avère n'avoir pour sujet ni plus ni moins que quelques termes de la signification [...] la plus extensive et la plus fréquemment instanciée* » (v. BENTHAM J., *Essay on logic*, I.iii, p. 220, cité par SOUBBOTNIK M., « Le tissu de la fiction : approche de Bentham », *Revue du Littoral*, n° 36, 10/1992, p. 74).

<sup>1617</sup> Voilà comment Bentham présente la non-entité : « dans la maison désignée par tel numéro (qui l'indique), dans telle rue, dans telle ville, vit un être appelé le Diable, qui a la tête, le corps et les membres d'un homme, les cornes d'un bouc, les ailes d'une chauve-souris et la queue d'un singe. Supposons que l'on fasse cette assertion, une observation montrerait naturellement que le Diable ainsi décrit est une non-entité : on déclare vraie par là qu'un objet répondant à cette description existe réellement ; si une telle déclaration est faite avec sérieux, elle n'a pas d'autre objet ni d'autre finalité que de produire, dans les esprits auxquels elle s'adresse une telle communication, une persuasion sérieuse de l'existence d'un objet conforme à la description qui a été ainsi formulée » (BENTHAM J., *De l'ontologie*, p. 85)

pourvues d'existence. Or, comme l'avait déjà indiqué John Locke, auquel Bentham se sait tributaire, la plupart des mots sont des termes généraux. Circonscrit au langage scientifique, l'*ontologie* se présente alors comme l'étude des « données les plus générales et les plus extensives de la physique (...) qui comprend l'étude des corps matériels et celle de la psychologie humaine<sup>1618</sup> ».

Présentée sous une forme de glossaire, son *Ontologie*, se borne à définir précisément les termes généraux utiles aux sciences sus mentionnées, à indiquer les rapports entre les mots et les choses, c'est-à-dire les degrés qui les séparent des entités réelles sur lesquelles elles portent médiatement, à les catégoriser et à expliquer les rapports que ces mots entretiennent entre eux. Bentham fixe, pour ainsi dire, les règles linguistiques du discours sur les entités réelles corporelles et perceptibles.

Il y a chez Bentham, encore une fois, une démarche intellectuelle qui renvoie à celle d'Aristote lorsque ce dernier a entrepris avec les Catégories de répertorier les différentes façons de signifier et de désigner ce qui est en général. Pour chacun des deux philosophes et en dépit de raisons distinctes, le langage et le discours entretiennent des rapports nécessaires avec le réel. Toutefois, le contenu distinct qu'ils reconnaissent au réel et la méfiance permanente de Bentham à l'égard du langage commun<sup>1619</sup>, ne peuvent que les opposer : pour Bentham, les termes qu'il fait figurer dans l'*ontologie*, ne sont pas destinés à permettre un discours sur « l'être » métaphysique mais sur les « entités » c'est-à-dire, des corps ou des sensations de plaisirs et de douleurs. En restreignant l'objet d'étude, Bentham vise principalement à purger le discours de certaines fictions<sup>1620</sup>, lesquelles ne sont plus systématiquement considérées comme fallacieuses a priori, mais définies comme un procédé linguistique neutre per se. En effet le rapport de Bentham aux fictions change<sup>1621</sup> : les fictions,

---

<sup>1618</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, p. 81.

<sup>1619</sup> Cette méfiance rapprocherait d'ailleurs Bentham de la démarche de Platon (v. STROWEL A., « Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart », in, GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 321).

<sup>1620</sup> SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 40 : « le but qu'avait en vue Bentham lorsqu'il écrivit son *Ontologie*, c'est-à-dire, son ouvrage sur la science de l'être, était simplement de démêler le « réel » du « fictif » au point de vue linguistique. Sa métaphysique produisit une sémantique générale, ou, pour parler le langage de son époque, une théorie nominaliste, et sans doute géniale, des signes et de leur significations ».

<sup>1621</sup> CLERO J.-P., LAVAL Ch., « Introduction », in, BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P., LAVAL Ch., Laval, Paris : Seuil, 1997, p. 24.

étant une nécessité du langage<sup>1622</sup> se répartissent entre fictions utiles au discours et fictions nuisibles lorsqu'elles tendent à faire accroire à l'existence d'une « non-entité ».

## 2) Les causes d'Aristote revisitées par Bentham

Les fictions étudiées dans *De l'Ontologie* sont pour la plupart des notions déjà employées par Aristote. Pour prendre la « forteresse », Bentham va méthodiquement, scrupuleusement, et progressivement, la démanteler pierre par pierre, rempart après rempart, tour après tour. En s'attaquant à la sémantique aristotélicienne, il cherche à priver les mots de leur sens métaphysique. Les notions de substance<sup>1623</sup>, d'essence, de finalité, de mouvement ou de qualité<sup>1624</sup> sont redéfinies sous l'angle du matérialisme et de la causalité mécanique.

Nous allons ici nous contenter d'observer la révision de l'étiologie aristotélicienne. L'étude du droit au travers des causes d'Aristote nous avait servi à montrer que l'équilibre constituait sa finalité. En s'attaquant aux causes, Bentham, par la même occasion, empêche toute possibilité d'analyse du droit à travers cette méthodologie naturaliste et prive la notion d'équilibre, attachée à la finalité de la Nature, de son sens « métaphysique ».

**La redéfinition des causes aristotéliciennes.** Se proposant de définir les notions élémentaires de la physique, Bentham s'intéresse longuement aux termes relatifs au mouvement et au rapport entre la cause et l'effet<sup>1625</sup>. A la fin de son exposé, il se réfère aux causes aristotéliciennes dont il entreprend, en partie, la rénovation. Aucune nécessité de

---

<sup>1622</sup> BENTHAM J., *Chrestomathia*, 1983, cité par CLERO J.-P., LAVAL Ch., « Glossaire », in, BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P., LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, p. 37 : « dire que, dans le discours, on ne doit jamais recourir, sous aucun prétexte, au langage des fictions, reviendrait à dire qu'il ne faut jamais tenir de discours sur des sujets qui impliquent des opérations ou des affections, ou d'autres phénomènes de l'esprit ».

<sup>1623</sup> La « substance » est un nom d'entité réelle parce qu'il désigne un corps : la substance se réfèrera tantôt à tel astre, tel arbre, tel animal, tel individu, telle pierre etc. La substance ne se comprend plus à la manière d'Aristote comme ce qui constitue *l'être*, composé de matière et d'une essence, mais simplement comme un « réceptacle » de matière (BENTHAM J., *De l'ontologie*, p. 91)

<sup>1624</sup> Pour Bentham, la qualité correspond à ce que l'on désigne communément par le bon et le mauvais. Chez Aristote, attribut de l'être ou catégorie, la qualité implique l'objectivité alors qu'elle renvoie à la subjectivité chez Bentham et plus spécifiquement à l'intérêt « source de toute pensée comme la cause de toute action ». Les termes bon et mauvais, conjecture-t-il, seraient d'ailleurs historiquement les tous premiers auxquels la faculté du discours auraient donné naissance, puisque ce serait les premiers qui viendraient à l'esprit pour désigner la relation les causes de plaisir et de douleurs. Le désir du plaisir et d'exemption de la douleur étant la cause de toute action, en l'occurrence la désignation et la dénomination, ces mots seraient naturellement apparus pour désigner l'effet que produisent les personnes et les choses relativement à l'intérêt personnel (BENTHAM J., *De l'Ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P. et LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, pp. 99-101).

<sup>1625</sup> BENTHAM J., *De l'Ontologie*, p. 129 et s.

nature scientifique ne justifiait de réintroduire l'étiologie d'Aristote puisque Bentham avait déjà substantiellement exposé ses idées à propos de la causalité. Ce n'était pourtant pas suffisant pour Bentham en raison de l'autorité d'Aristote sur ce thème, qui se manifeste dans la langue des écoles aristotéliennes et « même dans les plus hautes formes de la langue commune<sup>1626</sup> ». En outre, Bentham ne considère pas que la distinction à laquelle a procédé Aristote soit dénuée d'intérêt<sup>1627</sup>. Néanmoins, aussi utile soit-elle, Bentham ne veut laisser aucune chance à la métaphysique d'Aristote d'être restaurée. Dès lors, Bentham reprend point par point les quatre causes distinguées par Aristote ; il précise le sens de chacune quand il ne leur attribue pas un nouveau, et ce, afin d'empêcher toute persistance ou tentative de restauration des essences que Bentham range sous la catégorie des non-entités.

**La cause motrice ou efficiente.** En premier lieu, Bentham constate une confusion fréquente lors de l'usage du terme « cause », entre d'une part l'action constitutive d'une certaine cause et d'autre part l'auteur qui a accompli l'action correspondant à cette cause. Lorsque l'on recherche une cause d'un certain effet, pour Bentham, l'on ne peut trouver qu'une action, un mouvement ou une opération, mais jamais d'agent, ni d'opérateur ou d'auteur. La cause efficiente se définit alors « pour autant que quelque idée claire et distincte *s'attache à ce terme* » comme « *le mouvement d'un corps ou de plusieurs corps*<sup>1628</sup> ». Le sculpteur chez

---

<sup>1626</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P. et LAVAL Ch, Paris : Seuil, 1997, p. 147. La défiance de Bentham à l'égard de l'autorité se manifeste également à l'égard des *arguments d'autorité* rebaptisés « *sophismes d'autorité* » dont l'objet « est de réprimer toute exercice de la faculté de raisonner » (BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, trad., notes, préf. CLERO J.-P., Paris : LGDJ et Bruylant, 1996, p. 193 et s). ; en s'attaquant à ce mode argumentatif, Bentham veut faire tomber la principale méthode héritée des scolastiques : « *l'autorité témoigne de la reconnaissance officielle d'un texte, ou d'un ensemble de textes, comme faisant foi de la vérité dans une discipline donnée* » (FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, pp. 204-205.).

<sup>1627</sup> Alors que le texte d'origine est le même (citation à l'appui), le propos de Bentham relativement aux causes aristotéliennes a été traduit de deux manières non seulement différentes, mais totalement opposées, par M. Shakankiri d'un côté et MM. Laval et Cléro de l'autre. Pour le premier auteur, Bentham aurait écrit « nous devons remarquer qu'il est impossible de les [les différentes espèces de causes] appliquer dans la pratique, ou même tirer de leur application aucun avantage » (SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 65) ; pour MM. Cléro et Laval, dont nous partageons la traduction, Bentham aurait dit « ces distinctions, qui ne sont ni incapables de *s'appliquer à la pratique ni incapables non plus de le faire quelquefois avantageusement, réclament en cet endroit une attention légitime* » (BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P. et LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, p. 149). Le texte original que l'on retrouve dans les deux ouvrages et dont on ne peut contester la forme alambiquée, est le suivant : « Neither incapable of being applied to practice – nor of being ever applied with advantage, these distinctions present in this place a just claim to notice ». Outre la conformité avec le texte d'origine, la traduction de MM Cléro et Laval semble, par ailleurs, plus cohérente avec la dernière portion de phrase (que nous soulignons) que M. Shakankiri ne traduit pas. Enfin, si les causes d'Aristote présentaient aussi peu d'intérêt pour Bentham, nous ne comprenons pas pour quelle motif ce dernier s'évertue dans les paragraphes subséquents à les redéfinir avec précision. A notre avis, Bentham considère la distinction de ces causes comme étant avantageuse ; c'est la raison pour laquelle, il entreprend de définir chacune d'entre elles. La traduction erronée de M. Shakankiri résulte peut-être d'une vision qui oppose trop systématiquement Bentham à Aristote.

<sup>1628</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P. et LAVAL Ch, Paris : Seuil, 1997, p. 149.

Aristote qui constituait la cause motrice de la statue n'est plus une cause selon Bentham, mais correspond à l'agent qui déplace l'outil, dont le mouvement constitue la cause de la statue.

**La cause matérielle.** Aristote et Bentham sont ici d'accord. La matière pour Bentham « désigne habituellement que les substances corporelles, à l'exclusion des substances incorporelles<sup>1629</sup> ». Il s'agit bien pour les deux de ce par quoi la chose est faite. Pour Bentham, à l'instar d'Aristote, la matière constitue avec la forme, la substance de la chose<sup>1630</sup>.

**La cause formelle.** La cause formelle représente, avec la cause finale, le point d'achoppement suprême entre Aristote et Bentham. Bentham veut tout simplement supprimer toute signification aristotélicienne de la forme. La cause formelle écrit simplement Bentham, « indique la forme de ce même corps<sup>1631</sup> ». Suivant Bacon et Descartes<sup>1632</sup>, Bentham comprend la forme comme synonyme d'« apparence », de « configuration » ou d'« aspect »<sup>1633</sup>. Par la réduction de la forme à « l'aspect » voire à une quantité de matière déterminée<sup>1634</sup>, Bentham rejette ici l'essentialisme ou l'idéalisme aristotélicien.

**La cause finale.** Primordiale dans la pensée Aristote en tant qu'elle participe aux rapports fondamentaux de la matière et de la forme, de la puissance et de l'acte, et correspond à un devoir-être inscrit dans chaque être<sup>1635</sup>, la cause finale subit, avec Bentham, une complète redéfinition à la mode utilitariste puisqu'elle désigne désormais le but poursuivi. Lourde de conséquences, cette révision de la cause finale que l'on retrouvera, au mot près, dans l'œuvre phare du second Ihering « Le but dans le droit » (Der Zweck im Recht), apparaît comme l'un des avatars de la révolution copernicienne de la pensée philosophique et juridique dont parlait Villey, puisque, en assimilant fin et but, Bentham abandonne l'objectivité, la transcendance et la plénitude de la Nature conçue comme source de droit, au profit du réel, de la subjectivité,

---

<sup>1629</sup> BENTHAM J., id., p. 89.

<sup>1630</sup> Ibid. V. égal. : SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 62 : « il n'y a de forme que d'une matière, et de matière que d'une forme. Et la réunion de ces deux réalités dans un être individuel constitue ce qu'Aristote appelle la substance ».

<sup>1631</sup> BENTHAM J., op. cit., p. 149.

<sup>1632</sup> V. SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 60 et p. 67.

<sup>1633</sup> BENTHAM J., id., p. 91.

<sup>1634</sup> V. SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 67.

<sup>1635</sup> V. SHAKANKIRI M. E., id., p. 66.

de l'individualisme et du volontarisme humain<sup>1636</sup>. Le mouvement d'un être doté de volonté ne s'explique plus à partir de la finalité attachée à sa nature mais simplement par le but qu'il poursuit. Pour Bentham, toute téléologie assignée à la nature relèverait d'une intention de « faire apparaître des non-entités<sup>1637</sup> ».

« Pour autant que cela veut dire quelque chose<sup>1638</sup> », écrit Bentham, la cause finale désigne le but que l'agent avait en vue. Sachant que l'homme a « pour unique objet de chercher le plaisir, [et] d'éviter la douleur<sup>1639</sup> », la cause finale désigne plus exactement « le bien vers lequel l'acte est dirigé, le bien, c'est-à-dire » précise Bentham, « le plaisir ou les plaisirs, l'évitement de la douleur ou la sécurité à l'égard de tel ou tel type de douleur »<sup>1640</sup>.

Chez Aristote, la cause finale concernait la nature en général et tout ce qui en relevait. Suivant la définition de Bentham, et conformément à sa conception du réel, la cause finale ne peut plus être attachée qu'à certains sujets :

« C'est donc seulement pour autant que l'effet est le résultat d'un dessein de la part d'un être sensible, c'est-à-dire d'un être susceptible de douleurs et de plaisirs, de ces sensations dont nous faisons l'expérience et que nous connaissons par les noms de « plaisir » et de « douleurs », qu'à cours l'espèce de cause appelée ici cause finale. La doctrine des causes finales suppose donc de la part de l'agent l'expérience du plaisir et de la douleur, de ces mêmes plaisirs et douleurs dont nous avons l'expérience<sup>1641</sup> ».

Les corps sensibles ou « doués de vie sensitive<sup>1642</sup> » selon Bentham comprennent les hommes et les animaux, car les premiers comme les seconds éprouvent plaisir et douleur. Ce critère exclut les corps doués de vie non sensitive (les végétaux) et les corps qui ne sont pas doués de vie (minéraux). Incapable de ressentir le plaisir et la douleur, ces derniers n'ont aucun but à poursuivre : ni la poursuite du premier, ni l'évitement du second. Leur mouvement ne peut

---

<sup>1636</sup> Villey d'ailleurs insistait bien sur la différence entre la fin et le but : « *le juste n'est pas une donnée en fonction de laquelle on puisse calculer un arsenal de moyens techniques. L'art juridique est à la quête d'une fin, non d'un but. En quoi le droit est naturel. Construire une route vers un but fixé par le cerveau de l'homme est le propre de l'artificiel* » (VILLEY M., « Préface historique », Arch. phil. droit, n° 26, 1981, p. 10).

<sup>1637</sup> BENTHAM J., op. cit., pp 149-151.

<sup>1638</sup> BENTHAM J., id., p. 151.

<sup>1639</sup> BENTHAM J., Traité de législation civile et pénale, p. 11 ; c'est dans la droite lignée de Hobbes : « l'objet des actes volontaires de chaque homme est quelque bien pour lui-même » (HOBBS Th., Léviathan, trad. et introd. Fr. Tricaud, Paris : Dalloz, 1999, p. 131).

<sup>1640</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, p. 151.

<sup>1641</sup> Ibid.

<sup>1642</sup> BENTHAM J., id. p. 171.

donc être analysé qu'à partir des causes efficiente, matérielle, et formelle : la notion de cause finale doit en conséquence être écartée de l'ordre de la nature. Cette exclusion emporte l'invalidation de l'idée d'une nature dynamique et finalisée. La notion de cause finale, si chère à Aristote, se comprend désormais comme le dessein d'un agent, homme ou animal, de poursuivre le plaisir et d'éviter la douleur.

Nous avons tenté d'adapter l'étiologie d'Aristote à sa propre conception du droit. Cette tentative avait abouti aux résultats suivants : la loi et le juge figuraient comme la cause motrice, les rapports entre les citoyens et les choses constituaient la cause matérielle, l'égalité géométrique et l'égalité arithmétique correspondaient à la cause formelle, enfin l'équilibre des rapports entre citoyens était présenté comme la cause finale du droit.

Chez Bentham, au regard de ces causes, l'équilibre ne peut avoir que deux sens : il s'agit soit, selon la causalité efficiente, d'un état résultant de plusieurs forces contraires, soit, selon la cause finale, du but auquel tend l'agent.

La cause finale, correspondant dans le système d'Aristote à l'équilibre dans les rapports entre citoyens auxquels tendait le droit, fait son retour dans la science juridique pourvue toutefois, au grand dam de Michel Villey<sup>1643</sup>, d'une acception mécaniste ou volontariste.

### *C) Sur la méthode dialectique*

**La fonction de la méthode dialectique aristotélicienne.** Pour Aristote la logique est un instrument, un préalable à la connaissance philosophique et scientifique, une « science du penser<sup>1644</sup> ». C'est à partir du langage constitutif du discours, et non des symboles mathématiques, qu'Aristote va élaborer une logique qui sera qualifiée a posteriori de formelle<sup>1645</sup>.

A dire vrai, Aristote distingue deux types de raisonnement. D'une part, dans les premières et secondes Analytiques, Aristote élabore le syllogisme démonstratif ou simplement syllogisme

---

<sup>1643</sup> VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, p. 187 : « la fin du métier juridique n'est pas d'être utile au bonheur de tel ou tel individu, d'une classe ou collectivité, mais de chercher le partage le plus juste entre ces divers intérêts. Cet équilibre à découvrir ne saurait constituer un but, en fonction duquel se construise un système utilitariste ».

<sup>1644</sup> TREMOLIERES F., « Organon, Aristote », Encyclopædia Universalis.

<sup>1645</sup> AUBENQUE P., « Aristote », Encyclopædia Universalis : « Aristote n'est jamais parvenu à l'idée claire d'une logique formelle, impliquant une séparation rigoureuse de la forme du discours et de son contenu, au sens où l'entendront les modernes ».

qui relève de la logique formelle. D'autre part, dans les Topiques, il présente le syllogisme dialectique ou la dialectique, assimilée à la controverse ou « pensée dialoguée<sup>1646</sup> ».

Le syllogisme, consistant à établir l'appartenance d'un prédicat (majeur) à un sujet (mineur) par l'introduction d'un terme intermédiaire (moyen terme), sert à la démonstration, c'est-à-dire, à l'exposition de la nécessité interne qui gouverne les choses<sup>1647</sup>. Tandis que la dialectique, – dialogue au cours duquel la présence critique de l'interlocuteur sert d'aiguillon et de frein garantissant progression et rigueur de la connaissance<sup>1648</sup> – ne s'emploie pas pour démontrer ni exposer, mais pour découvrir.

Chacune des deux a sa sphère de compétence. Le recours au syllogisme se justifie en raison du statut des prémisses, réputées vraies. A défaut, lorsque les prémisses sont probables, telles que les propositions nommées « lieux communs », Aristote emploie la dialectique, car celle-ci est, davantage que le syllogisme, susceptible d'engendrer des résultats vraisemblables. Le choix de la méthode est donc déterminé par la nature de l'objet auquel elle est a priori adaptée<sup>1649</sup>. Ainsi, les sciences nécessaires sont exposées selon la logique formelle, déductive et analytique, tandis que les sciences humaines ainsi que la science première (la métaphysique<sup>1650</sup>) sont étudiées au travers de raisonnements qui portent sur des opinions probables. Le syllogisme, s'il est approprié à la physique pour établir la cause des phénomènes, ne l'est pas pour la métaphysique en raison du statut principiel de cette dernière ni pour les sciences humaines en raison de la nature contingente de l'objet sur lequel elles s'interrogent<sup>1651</sup>. Il est, selon Aristote, des matières qui, étant elles-mêmes imprécises ou non

---

<sup>1646</sup> AUBENQUE P., « Aristote », art. préc.

<sup>1647</sup> V. AUBENQUE P., « Aristote », art. préc.

<sup>1648</sup> Ibid.

<sup>1649</sup> ARISTOTE, « Ethique à Nicomaque », L I, III, 1094 b, cité par SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 178 : « il ne faut pas (...) exiger la même rigueur de tous les raisonnements (...) car c'est la marque d'un homme cultivé d'exiger seulement en chaque matière la rigueur que comporte la nature du sujet : il serait également absurde d'accepter d'un mathématicien des raisonnements probables et de réclamer d'un orateur des démonstrations ».

<sup>1650</sup> La conclusion auquel aboutirait le syllogisme ne pourrait jamais prétendre au statut de cause première, puisqu'elle appartient nécessairement à une prémisse majeure. Employer ici le syllogisme impliquerait de remonter à l'infini vers des causes prétendument premières.

<sup>1651</sup> La dialectique pour Aristote, plutôt qu'une science nécessaire du nécessaire, portant sur un genre déterminé de l'être, est un art du probable, qui permet de soumettre n'importe quelle thèse à l'épreuve du pour et du contre : c'est ce qui la distingue en particulier de l'analytique, qui étudie le fonctionnement du syllogisme démonstratif fondé sur des prémisses certaines. La dialectique établit donc les formes d'une connaissance absolument commune, qui raisonne à partir de principes sans se poser la question de savoir s'ils sont établis ou non : tout se passe comme s'il s'agissait d'établir, en fonction de la convention et de l'autorité (v. BALIBAR E., MACHERE P., « Dialectique », Encyclopædia Universalis ; AUBENQUE P. « Aristote », Encyclopædia Universalis ; SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 181).

nécessaires, ne permettent pas qu'on en parle avec précision, ou qu'on les renferme dans un cadre logique clos<sup>1652</sup>.

C'est en raison de cette indétermination initiale inhérente aux objets des sciences humaines, qu'Aristote emploie la dialectique pour définir la vertu de justice et le droit. A partir des opinions communes sur le sens des mots relatifs à la justice et des théories précédentes comme celle des Pythagoriciens, il identifie progressivement diverses conceptions de la justice et du droit, puis ordonne progressivement selon un ensemble de distinctions, les différents sens dont les notions sont porteuses (universelle/particulière, égale/légale, distributive/corrective...)

**Critique de la dialectique.** Alors qu'Aristote s'est évertué à les séparer<sup>1653</sup>, Bentham assimile dialectique et rhétorique<sup>1654</sup>. Pour Bentham, l'imprécision de cette méthode qu'il qualifie d'archaïque fait le lit de la dictature car elle ne peut générer que des connaissances subjectives, passionnelles et verbales<sup>1655</sup>. Selon lui, seule la science rigoureuse telle que celle employée pour l'étude de la nature doit être employée mutadis mutandis aux domaines éthiques et politiques.

Cette méthode, employée par Aristote pour découvrir la justice, ne peut donc satisfaire l'exigence de précaution qui gouverne la production de connaissances selon Bentham et ne peut qu'attiser la méfiance de Bentham à l'égard du discours. L'incertain, l'abstrait, le flou

---

<sup>1652</sup> SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 181.

<sup>1653</sup> La dialectique – instrument de connaissance- chez Aristote, ne se confond pas avec la rhétorique –instrument de persuasion-. Comme l'indique M. Aubenque : « à la différence du discours dialectique, qui s'adresse à l'homme en tant seulement qu'il peut répondre à ce qu'on lui dit, c'est-à-dire à l'homme en tant que parlant, le discours rhétorique s'adresse à l'homme total, capable de jugement, mais aussi de passions, que, selon les circonstances, l'orateur doit savoir apaiser ou, au contraire, exciter » (AUBENQUE P., « Aristote », art. préc.)

<sup>1654</sup> En effet, pour Bentham la dialectique est un procédé discursif dans lequel les discutants ont moins vocation à informer qu'à persuader. Le siège de l'opération de persuasion ne réside non dans l'entendement, mais dans les passions. Le caractère subjectif inhérent aux passions compromet la neutralité scientifique nécessaire à l'élaboration objective de la connaissance. En outre, cette méthode ayant pour fin une connaissance vraisemblable fondée sur la convention, est faussée par les facultés inégalement réparties de l'art du discours. Les sophismes sous forme de figures de styles, d'arguments fallacieux et de fictions sont autant de techniques à disposition de l'orateur, de nature à emporter la conviction de l'adversaire et poser pour vraisemblable voire vrai, ce qui relève de la volition. Par exemple, les arguments d'autorité tendent à convaincre l'interlocuteur moins par la qualité du raisonnement que par l'impression de supériorité et corrélativement d'infériorité personnelle que suscite l'autorité invoquée. Pour Bentham, le recours aux autorités n'est pas de nature à fournir des connaissances, sauf s'il s'agit de les critiquer, car si l'opinion d'autorité sur lequel s'appuie un discours est scientifiquement correcte, il est alors plus utile de s'appuyer *d'abord* sur l'argument de nature scientifique plutôt que sur les noms propres (v. SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 183).

<sup>1655</sup> Bentham, *Essay on logic*, chap V, sec I et II, Bowring, vol VIII, p 236 et s., cité par SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 183.

sont les armes de ceux qui sont en mesure de tourner à leur avantage le sens des mots. La justice doit être simplement définie et rigoureusement obtenue selon une méthode scientifique d'identification et de calcul des intérêts (*logique de l'utilité*).

Bentham ne rejette pas expressément l'ontologie ou la métaphysique réaliste de la justice d'Aristote. Néanmoins en s'attaquant aux fondements épistémologiques, c'est-à-dire, aux moyens de parvenir à une telle conception de la justice, et, en redéfinissant les termes généraux du langage purgé de ceux porteurs de significations imaginaires, il annihile les possibilités de concevoir la justice aristotélicienne.

En s'attaquant à l'étiologie d'Aristote, Bentham empêche de se représenter la cité comme une chose naturelle, dynamique et dont l'équilibre est la fin, puisque pour Bentham le finalisme ne peut se détacher de la volonté de poursuivre son intérêt. Corrélativement, l'équilibre en tant que fin du droit chez Aristote ne peut satisfaire Bentham en raison de l'imprécision de l'idée que le terme désigne. Dès lors, et au même titre, que la cause finale, ce n'est pas l'idée d'équilibre en tant que telle qui pose problème, mais l'absence de contenu fixe, concret et immédiat.

## Conclusion de la section une

Bentham présente un double intérêt pour notre étude. Il achève le discours ancien de l'équilibre en coupant à la racine la pensée d'Aristote en ce qu'elle est génératrice de fictions et pose les bases du nouveau discours de l'équilibre. Dans son approche critique, Bentham récuse la plupart des aspects de la pensée d'Aristote et notamment la cause finale qu'il retraduit en but ou en objectif.

## Section 2 : Les conditions de possibilité d'un nouveau discours de l'équilibre

« Les hommes, les choses, les opinions, tout doit être vu en grand. La conciliation doit être l'objet du Législateur, et non le triomphe<sup>1656</sup> ».

J. Bentham

**Equilibre et pensée benthamienne.** La pensée juridique de Bentham, volontariste et légaliste, est souvent reformulée par les commentateurs à l'aide du terme équilibre ou celui de balance. Pour Halévy, « le législateur [selon Bentham] est, dans la société, le grand dispensateur des *plaisirs et des peines*. *C'est lui qui crée l'ordre moral, l'équilibre des intérêts*<sup>1657</sup> ». Dans le même sens pour François Ost, il appartient selon Bentham « *au législateur de créer l'ordre social, de réaliser l'équilibre des intérêts en disposant sagement des plaisirs et des peines*<sup>1658</sup> ». Plus globalement, pour Friedmann, Bentham « considérait le droit comme un équilibre des intérêts<sup>1659</sup> ».

Chez Bentham, comme nous allons le découvrir, nous ne trouvons pas l'expression d'« équilibre des intérêts » mais davantage celle de « balance des intérêts » encore que celle-ci ne soit utilisée qu'à titre marginal. Cette métaphore désigne la méthode du raisonnement utilitariste ou, autrement dit, « *la logique de l'utilité* ». Si l'expression de « balance des intérêts » ne présente aucun caractère systématique dans les écrits de Bentham, la méthode sous-tendant la formule, est quant à elle, systématiquement employé par l'auteur.

---

<sup>1656</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 154.

<sup>1657</sup> HALEVY E., *La formation du radicalisme philosophique*, vol.3, Paris : PUF, 1995, p. 213.

<sup>1658</sup> OST F., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 168 ; V. égal. FARAGO F., *La justice*, Paris : Armand Colin, 2002, n° 2.1.2 : « Bentham érige un système où le droit et l'Etat sont insérés dans une sorte de comptabilité du bonheur et de l'utile (...) Il faut donc concevoir le droit et l'Etat comme un système d'équilibre entre les intérêts de chacun et l'intérêt de la communauté dans laquelle nous vivons » ; évoquant la « balance des intérêts », v. aussi : GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M., « Avant-propos », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *op. cit.*, p. 7.

<sup>1659</sup> FRIEDMANN W., *op. cit.*, p. 272.

Cela signifie que Bentham se voit davantage attribué la formule d'« équilibre des intérêts » ou de « balance des intérêts » qu'il ne l'utilise. C'est une particularité qu'il partage avec Aristote. En effet, comme nous l'avons constaté, la notion d'équilibre chez Aristote, faute de signifiant approprié, n'apparaît pas. Aristote préfère employer le « juste milieu », l'« égalité », la « proportion », et l'« égalité proportionnelle » pour exprimer ses idées qui ont été allègrement reformulées (y compris par nous) grâce au terme d'« équilibre ». Comme Aristote, Bentham emploie davantage les notions d'« égalité » et de « proportion » que celle de « balance ».

**Distinction entre la « balance » et l'« équilibre » des intérêts.** Comme il a souvent été relevé, l'utilitarisme se présente sous un versant descriptif et sous un versant normatif<sup>1660</sup>. Cette distinction se traduit dans la pensée de Bentham par la différence entre ce qu'il désigne par la science (la connaissance objective des plaisirs et des peines) et l'art (les moyens à dégager pour promouvoir le plus grand bonheur du plus grand monde). Le droit se présente comme un complexe de sciences et d'art car il repose sur des bases formées par la science mais demeure contingent de l'imagination humaine pour l'élaboration des moyens les plus efficaces pour atteindre la fin suprême. Relativement à l'idée d'*équilibre*, cette distinction trouve encore à s'appliquer. Néanmoins, il est indispensable ici de distinguer la notion de « balance » (souvent employée par Bentham) de celle d'« équilibre » (qui, elle, n'est jamais employée au sens d'« équilibre des intérêts »). La notion de « balance » se réfère au mode de raisonnement utilitariste dénommé « logique de l'utilité » et constitue une opération de traitement des données de la science. La métaphore de la « balance des intérêts » désigne alors l'instrument au service du principe normatif d'utilité. Quant à l'« équilibre », il faut convenir, afin de lui attribuer une signification propre à la pensée de Bentham, de le rattacher à l'idée de maximisation des intérêts<sup>1661</sup> correspondant, sous une formulation fictive, au plus grand bonheur du plus grand monde. Autrement dit, l'idée d'*équilibre* des intérêts, sous sa forme finalisée (maximisation) ou instrumentale (balance), à l'instar du principe du plus grand bonheur du plus grand nombre dont il est également une reformulation, se distribue « analytiquement en fins et en moyens <sup>1662</sup>».

---

<sup>1660</sup> Par ex., OST Fr., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », art. préc., pp. 163-230.

<sup>1661</sup> En ce sens, v. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, n° 211.

<sup>1662</sup> LAVAL C., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 34.

## I) La balance: instrument au service du principe d'utilité

**Définition du principe d'utilité.** Le plaisir et la douleur sont à la source du principe d'utilité. C'est par eux et en fonction d'eux que la norme utilitariste est érigée :

« La nature a placé l'homme sous l'empire du plaisir et de la douleur. Nous leur devons toutes nos idées ; nous leur rapportons tous nos jugements, toutes les déterminations de notre vie. Celui qui prétend se soustraire à cet assujettissement, ne sait ce qu'il dit : il a pour unique objet de chercher le plaisir, d'éviter la douleur, dans le moment même où il se refuse aux plus grands plaisirs, et où il embrasse les plus vives douleurs. Ces sentiments éternels et irrésistibles doivent être la grande étude du moraliste et du législateur. Le principe de l'utilité subordonne tout à ces deux mobiles. Utilité est un terme abstrait. Il exprime la propriété ou la tendance d'une chose à préserver de quelque mal ou à procurer quelque bien. Mal, c'est peine, douleur ou cause de douleur. Bien, c'est plaisir ou cause de plaisir. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'un individu, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale de son bien-être. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt, d'une communauté, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale du bien-être des individus qui la composent <sup>1663</sup> ».

**Balance et principe d'utilité.** Le mot « balance » désigne métaphoriquement l'instrument grâce auquel Bentham applique le principe d'utilité. Auparavant, comme nous l'avions aperçu, la balance et plus exactement la balance « de la justice » était employée comme symbole de la justice divine ou naturelle. Avec Bentham, bien que le terme serve in fine une vision idéaliste du droit, celle-ci se présente comme indépendante et exclusive de toute

---

<sup>1663</sup> BENTHAM J., Traité de législation civile et pénale, p. 13. Pour avoir soutenu que l'homme n'est mû uniquement en vue de poursuivre le plaisir et fuir la douleur, Bentham fut sévèrement critiqué. Pour son disciple John Stuart Mill, la conception de Bentham, hermétique à l'idée d'élévation spirituelle de l'être humain dénigre et rabaisse l'Homme (v. MILL J. St., *L'utilitarisme, essai sur Bentham*, p. 201, cité par CLERO J.-P., « Introduction », in, BENTHAM J., *La table des ressorts de l'action*, trad., notes et intro. CLERO J.-P., Paris : L'unébévue, 2008, p. XIII et s.).

Pour avoir soutenu que la Nature en était responsable, sa philosophie passa pour simpliste. Mais, la malice du discours de Bentham s'est endormie au creux de l'oreille de ses contempteurs, car l'évocation de la Nature, sous sa plume, ne peut être prise autrement que pour de l'ironie : « *il faut saisir l'ironie du passage : si Bentham entame un morceau de bravoure typique des philosophes qui l'ont sans aucun doute inspiré, il entend faire tout autre chose que de répéter des formules convenues sur la nature humaine. A la fin de son paragraphe, pour ne pas induire ses lecteurs en erreur, Bentham prend le soin d'ajouter : 'Mais assez de métaphore et de déclamation, ce n'est pas avec de tels moyens que l'on fera avancer la science morale'* » (CLERO J.-P. et LAVAL Ch, « glossaire », in, BENTHAM J., *De l'ontologie*, Paris : Seuil, 1997, p. 236).

donnée jusnaturaliste, de toute norme naturelle transcendante. Il s'agit de balancer simplement les plaisirs et les peines pour apprécier une norme ou une action au regard du bien-être général ou pour spéculer sur la meilleure norme à établir ou la meilleure action à exercer. Au regard de ce changement de perspective, Bentham peut raisonnablement parler de « nouvelle balance » :

« Je me suppose étranger à toutes nos dénominations de vice ou de vertu. Je suis appelé à considérer les actions humaines uniquement par leurs effets en bien ou en mal. Je vais ouvrir deux comptes. Je passe au profit pur tous les plaisirs : je passe en perte toutes les peines. Je pèserai fidèlement les intérêts de toutes les parties ; l'homme que le préjugé flétrit comme vicieux, celui qu'il préconise comme vertueux sont pour le moment égaux devant moi. Je veux juger le préjugé même, et peser dans cette nouvelle balance toutes les actions, afin de former le catalogue de celles qui doivent être permises et de celles qui doivent être défendues<sup>1664</sup> ».

Avant toute chose, il importe à Bentham de recenser l'ensemble des plaisirs et des peines (A). Etablir la connaissance la plus approfondie en la matière est une nécessité afin de déterminer par la suite ce qui sera conforme ou non à l'utilité. Recenser les plaisirs et les peines a pour effet d'identifier les douleurs qui n'ont pas lieu d'être, c'est-à-dire, des douleurs qui, quoique subies, ont pour origine des artifices et faux-semblants. Il s'agit pour Bentham non pas de nier l'existence de la peur des fantômes, mais de dévoiler l'inexistence de ces derniers afin, d'une part, de faire disparaître cette peur qui est une souffrance non nécessaire, et d'autre part, de dénoncer ceux qui alimentent cette crainte et en tirent profit. Ce travail achevé, il est alors possible pour Bentham, de déterminer ce qui est conforme ou non à l'utilité en recourant à un raisonnement très simple puisqu'il consiste à faire le bilan entre la somme des plaisirs et la somme des peines provoqués par une action (C). Cette « logique de l'utilité » nécessite toutefois au préalable de déterminer le montant de ces sommes au travers d'un calcul des plaisirs et des peines (B).

#### *A) Recenser les plaisirs et les peines*

---

<sup>1664</sup> BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 46.

Lorsque Bentham évoque la balance, il s'agit généralement de l'opération consistant à identifier et comparer, moins les intérêts que les plaisirs et les douleurs dans une situation donnée. Afin d'identifier ces derniers, Bentham a recensé l'ensemble des plaisirs et des peines qu'un être humain peut éprouver.

**Le recensement des plaisirs et des peines.** Le plaisir, ou la peine, est selon Bentham, « ce que le jugement d'un homme, aidé de sa mémoire, lui fait considérer comme tel<sup>1665</sup> ».

Si les plaisirs se rapportent naturellement à ce qui est perçu par les sens, ils ne sauraient être réduits à ces derniers. Bentham qui a « en vue l'homme tel qu'il est dans sa constitution actuelle<sup>1666</sup> » compte parmi les plaisirs ceux de l'âme à savoir les « satisfaction et les frustrations d'ordre mental ou moral<sup>1667</sup> ».

Bentham recense chez l'être humain tous les plaisirs suivants : ceux des sens<sup>1668</sup>, de la richesse<sup>1669</sup>, de l'adresse<sup>1670</sup>, de l'amitié<sup>1671</sup>, de la bonne réputation<sup>1672</sup>, du pouvoir<sup>1673</sup>, de la pitié<sup>1674</sup>, de la bienveillance<sup>1675</sup> et de la malveillance<sup>1676</sup>. A ces plaisirs s'ajoutent ceux que

---

<sup>1665</sup> BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, t. 1, trad. LAROCHE B., Paris : Charpentier, 1837, p 37.

<sup>1666</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 11.

<sup>1667</sup> LEROY M.-L., « Quantité et qualité des plaisirs chez Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, 4/2008, n° 5, disponible sur : <http://etudes-benthamiennes.revues.org/180>

<sup>1668</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 24 : « Ceux qui se rapportent indépendamment à nos organes, de toute association, plaisirs du Goût, de l'Odorat, de la Vue, de l'Ouïe, du Toucher ; de plus, le bien-être de la Santé, ce cours heureux des esprits, ce sentiment d'une existence légère et facile, qui ne se rapporte pas à un sens particulier, mais à toutes les fonctions vitales : enfin, les plaisirs de la Nouveauté, ceux que nous éprouvons, lorsque de nouveaux objets s'appliquent à nos sens. Ils ne forment pas une classe différente ; mais ils jouent un si grand rôle, qu'il faut en faire une mention expresse ».

<sup>1669</sup> BENTHAM J., id., p. 24 : « on entend par-là ce genre de plaisir que donne à un homme la possession d'une chose qui est un instrument de jouissance ou de sécurité, plaisir plus vif au moment de l'acquisition. »

<sup>1670</sup> BENTHAM J., id., p. 24 : « ce sont ceux qui résultent de quelque difficulté vaincue, de quelque perfection relative dans le maniement et l'emploi des instruments qui servent à des objets d'agrément ou d'utilité. Une personne qui touche du clavecin, par exemple, éprouve un plaisir parfaitement distinct de celui qu'elle aurait à entendre la même pièce de musique exécutée par un autre ».

<sup>1671</sup> BENTHAM J., id., p. 24 : « ceux qui accompagnent la persuasion de posséder la bienveillance de tel ou tels individus en particulier, et de pouvoir en conséquence attendre de leur part des services spontanés et gratuits ».

<sup>1672</sup> BENTHAM J., id., p. 24 : « ce sont ceux qui accompagnent la persuasion d'acquiescer ou de posséder l'estime et la bienveillance du monde qui nous environne, des personnes en général avec qui nous pouvons avoir des relations ou des intérêts ; et pour fruit de cette disposition, de pouvoir espérer de leur part au besoin des services volontaires et gratuits ».

<sup>1673</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « ceux qu'éprouve un homme qui se sent les moyens de disposer les autres à le servir par leurs craintes ou leurs espérances c'est-à-dire, par la crainte de quelque mal et l'espérance de quelque bien qu'il pourroit leur faire ».

<sup>1674</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « ceux qui accompagnent la persuasion d'acquiescer ou de posséder la faveur de Dieu, et de pouvoir en conséquence en attendre des grâces particulières, soit dans cette vie, soit dans une autre ».

<sup>1675</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « ceux que nous sommes susceptibles de goûter, en considérant le bonheur des personnes que nous aimons. On peut les appeler encore Plaisirs de sympathie, ou Plaisirs des affections sociales. Leur force est plus ou moins expansive : ils peuvent se concentrer dans un cercle étroit ou s'étendre sur

l'on éprouve par l'usage de la mémoire<sup>1677</sup> ou de l'imagination<sup>1678</sup>, ceux qui naissent de l'espérance d'un plaisir prochain<sup>1679</sup>, de l'association entre divers objets<sup>1680</sup>, et enfin, ceux qui correspondent à une diminution ou à une cessation de souffrance<sup>1681</sup>. « Tels sont », achève Bentham, « les matériaux de toutes nos jouissances<sup>1682</sup> ».

Ces plaisirs correspondent aux plaisirs simples car chacun d'entre eux est unique et irréductible. Or, l'expérience montre que les plaisirs « *s'unissent, se combinent, se modifient* de mille manières<sup>1683</sup> » de sorte qu'il faut également comprendre les plaisirs complexes composés de plaisirs simples et éventuellement de peines.

Concernant les souffrances, Bentham en inventorie onze : il s'agit des peines de privation<sup>1684</sup> qui comprennent la peine du désir non satisfait<sup>1685</sup>, la peine d'attente trompée<sup>1686</sup>, le regret<sup>1687</sup>

---

l'humanité entière. La bienveillance s'applique aux animaux dont nous aimons les espèces ou les individus : les signes de leur bien-être nous affectent agréablement ».

<sup>1676</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « ils résultent de la vue ou de la pensée des peines qu'endurent les êtres que nous n'aimons pas, soit hommes, soit animaux. On peut les appeler encore Plaisirs des passions irascibles, de l'antipathie, des affections anti-sociales ».

<sup>1677</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « lorsque nous avons goûté tel ou tel plaisir, ou même en certains cas, lorsque nous avons souffert telle ou telle peine, nous aimons à nous les retracer exactement, selon leur ordre, sans en altérer les circonstances. Ce sont les Plaisirs de la Mémoire. Ils sont aussi variés que les souvenirs qui en sont l'objet ».

<sup>1678</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « quelquefois la mémoire nous suggère l'idée de certains plaisirs que nous rangeons dans un ordre différent, selon nos désirs, et que nous accompagnons des circonstances les plus agréables qui nous ont frappés, soit dans notre vie, soit dans la vie des autres hommes. Ce sont les Plaisirs de l'Imagination. Le Peintre qui copie d'après nature, représente les opérations de la mémoire. Celui qui prend çà et là des groupes et les assemble à son gré, représente l'imagination. Les nouvelles idées dans les Arts, dans les Sciences, les découvertes intéressantes pour la curiosité, sont des plaisirs de l'imagination qui voit agrandir le champ de ses jouissances ».

<sup>1679</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « *l'idée d'un plaisir futur, accompagné de la croyance d'en jouir, constitue le Plaisir de l'Espérance* ».

<sup>1680</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « tel objet ne peut donner aucun plaisir en lui-même ; mais s'il s'est lié ou associé dans l'esprit avec quelque objet agréable, il participe à cet agrément. Ainsi les divers incidents d'un jeu de hasard, quand on joue pour rien, tirent leur plaisir de leur association avec le plaisir de gagner ».

<sup>1681</sup> BENTHAM J., id., p. 25 : « lorsqu'on a souffert, la cessation ou la diminution de la douleur est un plaisir, et souvent très-vif. On peut les appeler Plaisirs du Soulagement ou de la Délivrance. Ils sont susceptibles de la même variété que les peines ».

<sup>1682</sup> Ibid.

<sup>1683</sup> Ibid.

<sup>1684</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « elles correspondent à tout plaisir quelconque dont l'absence excite un sentiment de chagrin ».

<sup>1685</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « si l'on souhaite un certain plaisir, mais que la crainte de le manquer soit plus grande que l'espérance de l'avoir ».

<sup>1686</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « si l'on a fortement espéré d'en jouir, et que tout d'un coup l'espérance soit détruite, cette privation est une peine d'attente trompée, ou en un seul mot qu'il seroit bon de rétablir dans la langue française, Désappointement ».

<sup>1687</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « si l'on a joui d'un bien, ou ce qui revient au même, si l'on a compté fermement sur sa possession, et qu'on vienne à le perdre ».

et l'ennui<sup>1688</sup>. Il y a ensuite les peines qui résultent des sens<sup>1689</sup>, de la maladresse<sup>1690</sup>, de l'inimité<sup>1691</sup>, celles qui résultent d'une mauvaise réputation<sup>1692</sup>, de la piété<sup>1693</sup>, de la bienveillance<sup>1694</sup>, de la malveillance<sup>1695</sup>, et enfin, les peines issues de la mémoire, de l'imagination et de la crainte, lesquelles « sont exactement le revers et la contrepartie des plaisirs de ce nom<sup>1696</sup> ». A l'instar des plaisirs, les peines s'agrègent également en peines complexes<sup>1697</sup>.

**La nécessité d'une approche éthique non-cognitivist.** Ce recensement des plaisirs et des peines traduit une approche qui se veut scientifique donc exclusive de toute morale<sup>1698</sup>. Autrement dit, il ne s'agit pas à cette étape, consécutive à celle de l'observation, d'apprécier les plaisirs et les peines à l'aune d'une quelconque norme. Dès lors, se trouvent dans ce catalogue des plaisirs et des peines qui choquent la morale élémentaire, comme par exemple, le plaisir éprouvé grâce à la connaissance de la souffrance d'un être sensible (homme ou animal) ou la souffrance ressentie en raison du bien-être d'un être. En outre, Bentham rejette

---

<sup>1688</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « c'est une peine de privation qui ne se rapporte pas à tel ou tel objet, mais à l'absence de tout sentiment agréable ».

<sup>1689</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « elles sont de neuf espèces : celles de la faim et de la soif : celles du goût, de l'odorat, du toucher, produites par l'application des substances qui excitent des sensations désagréables ; celles de l'ouïe et de la vue, produites par les sons ou les images qui blessent ces organes, indépendamment de toute association ; l'excès du froid ou de la chaleur (à moins qu'on ne rapporte cette peine au toucher), les maladies de tout genre ; enfin, la fatigue, soit de l'esprit, soit du corps ».

<sup>1690</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « celles qu'on éprouve quelquefois dans des tentatives infructueuses, ou des efforts difficiles pour appliquer à leurs différents usages toutes les espèces d'outils ou d'instruments des plaisirs ou des besoins ».

<sup>1691</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « celles qu'un homme ressent lorsqu'il se croit l'objet de la malveillance de tel ou tels individus en particulier ; et qu'en conséquence il peut être exposé à souffrir de leur haine, en quelque façon que ce soit ».

<sup>1692</sup> BENTHAM J., id., p. 26.

<sup>1693</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « elles résultent de la crainte d'avoir offensé l'Être Suprême, et d'encourir ses châtimens, soit dans cette vie, soit dans une vie à venir. Si on les juge bien fondées, on les appelle Craintes religieuses ; si on les juge mal fondées, on les appelle Craintes superstitieuses ».

<sup>1694</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « ce sont celles que nous éprouvons par l'aspect ou la pensée des souffrances, soit de nos semblables, soit des animaux. Les émotions de la Pitié font couler nos larmes pour les maux d'autrui comme pour les nôtres. On peut les appeler également Peines de sympathie, Peines des affections sociales ».

<sup>1695</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « c'est la douleur qu'on éprouve en songeant au bonheur de ceux qu'on hait. On peut les appeler Peines d'Antipathie, Peines des affections anti-sociales ».

<sup>1696</sup> Ibid.

<sup>1697</sup> BENTHAM J., id., p. 26 : « lorsqu'une même cause produit plusieurs de ces peines simples, on les considère comme une seule peine complexe. Ainsi l'exil, l'emprisonnement, la confiscation, sont autant de peines complexes qu'on peut décomposer, en suivant ce catalogue des Peines simples ».

<sup>1698</sup> En ce sens, v. MILLARD E., « Bentham et la science du droit », in, BOZZO-REY M., TUSSEAU G. (dir.), Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question, actes du colloque international des 5 et 6 février, organisé par le Centre Bentham et le Centre d'étude des systèmes juridiques à la Faculté de droit de Rouen, Paris : Economica, 2011, n° 5.

toute idée de hiérarchie qualitative parmi les plaisirs et les souffrances. Une telle attitude induirait l'introduction d'une norme subjective qui fausserait les résultats. La seule hiérarchie qui peut exister dérive d'une analyse quantitative des plaisirs et des peines. Autrement dit, « à plaisir égal, le jeu vaut la poésie<sup>1699</sup> ». Cette approche a évidemment troublé sinon choqué<sup>1700</sup>. Néanmoins, il faut bien comprendre la démarche scientifique de Bentham à ce stade de la réflexion : procéder à un tel catalogue des plaisirs et des peines est une condition indispensable à l'approche normative destinée à maximiser les premiers et minimiser les secondes. C'est un préalable relativement pénible à tolérer puisqu'il présente l'individu sous l'angle de ses caractères les plus estimables comme les plus méprisables, mais nécessaire à la démarche utilitariste consistant à valider une action en fonction des seules plaisirs et des peines qu'elle provoque.

Si Bentham avait exclu a priori certains plaisirs, soit pour des raisons morales, soit du fait de leurs causes ou de leurs conséquences néfastes, il se serait privé de connaissances. Cela étant, l'on peut s'interroger sur la nécessité et l'utilité d'une telle connaissance. En effet, quel est l'intérêt de savoir que l'on peut prendre plaisir à faire souffrir ? Une telle connaissance ne serait-elle pas la porte ouverte à la compréhension, puis à la justification morale de certaines actions a priori choquantes ? En réalité, tout le propos de Bentham consiste à substituer la raison et la démarche scientifique aux préjugés par lesquels telle action est appréciée et

---

<sup>1699</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, trad. DUMONT E., Paris : Bossange, 1826, p. 235.

<sup>1700</sup> C'est d'ailleurs sur ce point qu'intervient John Stuart Mill et l'introduction de l'idée d'une hiérarchie qualitative des plaisirs (v. MILL J. S., *L'utilitarisme*, chap. II ; MILL J. S. *Essai sur Bentham*). Mill reproche essentiellement à Bentham de n'avoir pu voir le lien entre l'esthétique et la morale (v. LEROY M.-L., « Quantité et qualité des plaisirs chez Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, 4/2008, n° 9, disponible sur : <http://etudes-benthamiennes.revues.org/180>). Pour certains commentateurs, Mill a amélioré l'utilitarisme de Bentham (v. JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 2006, p. 33), tandis que pour d'autre il l'a dévoyé (v. CLERO J.-P., « Introduction », in, BENTHAM J., *La table des ressorts de l'action*, trad., notes et intro. CLERO J.P., Paris : L'unébévue, 2008, p. XIV et s. : « *l'essentiel de l'apport benthamien lui a échappé* »). A notre avis l'utilitarisme avec Mill gagne en respectabilité et en raffinement ce qu'il perd en cohérence et en scientificité. Ordonner les plaisirs implique d'introduire et de projeter, dès la phase descriptive, des préférences personnelles qui nient l'un des axiomes benthamiens : « chacun est meilleur juge qu'autrui ne peut jamais l'être de ce qui conduit à son bien-être. » (BENTHAM J., *Déontologie*, I, 3, p. 58). Autrement dit, nul selon Bentham ne peut dire à quelqu'un que le plaisir procuré par le jeu du solitaire auquel il s'adonne est moins bon que le plaisir qu'il éprouverait à la lecture. Mill, au final, introduit sous une autre forme le jugement du « bon goût » que Bentham avait condamné comme un critère élitiste constitutif d'un obstacle à la jouissance de certains plaisirs. « Le sens du scepticisme de Bentham en matière d'esthétique s'éclaire si on le relie à la réflexion politique dans laquelle il prend place : il laisse à l'individu le libre choix de ses divertissements. (...) Le refus de statuer sur ces questions est au fondement d'une philosophie de la liberté qui, sur certaines questions, s'attache à laisser subsister un vide juridique salutaire. La pensée de Bentham est donc réductrice, mais on peut s'en féliciter sur le plan politique, comme Mill l'a parfaitement compris : Affirmer que *l'homme devrait prendre du plaisir à certaines choses et non à d'autres, en retirer ou ne pas en retirer de déplaisir*, lui paraissait un acte de despotisme aussi bien de la part des moralistes que de la part des gouvernants », (LEROY M.-L., « Quantité et qualité des plaisirs chez Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, 4/2008, disponible sur : <http://etudes-benthamiennes.revues.org/180> et spec. n° 44).

dépréciée. La connaissance exacte des plaisirs et des peines est l'étape indispensable au changement des comportements dans le sens de l'utilité. Si une action s'avère justifiée par l'utilité alors qu'elle est moralement condamnable selon les normes en vigueur, ce sont ces dernières qui doivent faire l'objet d'un réexamen voire d'une condamnation. Prenons l'exemple de l'homosexualité pour apprécier l'utilité de la connaissance des plaisirs et des peines.

**Illustration : l'examen de la norme sociale condamnant l'homosexualité à la lumière de l'utilité.** L'homosexualité au temps de Bentham était condamnée moralement et juridiquement au même titre que la pédérastie, l'inceste ou la zoophilie<sup>1701</sup>. Bien que les justifications de la condamnation de l'homosexualité soient tirées de la Nature ou de la volonté divine, le véritable motif de celle-ci est, note Bentham, le dégoût que cette pratique suscite chez ceux qui y pensent sans participer<sup>1702</sup>. Ce sentiment de dégoût, bien que refoulé, demeure quoiqu'il en soit une source de souffrance. Pour ceux qui s'adonnent à cette pratique, il s'agit évidemment d'une source de plaisir. Si Bentham avait exclu de son catalogue des plaisirs, certains d'entre eux parce qu'ils seraient médiatement la cause de souffrances ou s'il avait établi a priori une hiérarchie entre les plaisirs, jamais il n'aurait pu, en toute logique, dénoncer la condamnation de l'homosexualité.

En l'occurrence, Bentham considère que l'homosexualité doit être dépénalisée et tolérée moralement en raison d'une part du surplus de plaisirs que la pratique génère par rapport aux souffrances qu'elle cause (l'homosexualité est donc conforme au principe d'utilité), et d'autre part, en raison de la nature singulière des souffrances que l'homosexualité provoque. En effet, Bentham estime que ces souffrances (le dégoût, le rejet, la dénégation etc.) appartiennent à la catégorie des souffrances de l'imagination. La source de la souffrance de ceux qui dénoncent l'homosexualité n'est pas la pratique en elle-même (puisque ils n'y participent pas) mais la représentation de l'homosexualité. Or, cette représentation est biaisée a priori par l'érection de ses propres désirs en normes. Le dégoût éprouvé résulte d'un processus de jugement consistant à condamner – et donc à souffrir de- la non-conformité du désir d'autrui par rapport à son propre désir. Bien qu'il soit partagé par un grand nombre -ce qui par ailleurs explique sa pérennité- un tel jugement, n'est, pour Bentham, que l'application du principe

---

<sup>1701</sup> L'opprobre de l'homosexualité n'émanait pas uniquement du peuple ou des gouvernants, mais également d'éminents philosophes ou juristes tels que Montesquieu, Voltaire, ou Blackstone.

<sup>1702</sup> V. LAVAL C., « Bentham et les crimes imaginaires du sexe », 2006, disponible sur [http://www.centrebentham.fr/Articles/Bentham\\_crimes\\_sexe.pdf](http://www.centrebentham.fr/Articles/Bentham_crimes_sexe.pdf)

*d'antipathie* (par lequel on érige en modèle un sentiment, une intuition ou une opinion, sous la forme de la Nature, de la Conscience ou du Bien Commun etc afin de rejeter le discours ou l'action d'autrui). Les effets du principe d'antipathie peuvent souvent se justifier au regard de l'utilité<sup>1703</sup> toutefois il repose sur une fausseté. En effet l'homophobie n'a pas lieu d'être puisqu'en tant que pratique privée entre personnes consentantes, elle ne fait souffrir personne excepté celles qui s'en offusquent par imagination. Souffrir de l'image d'une pratique qui ne produit aucun mal est une souffrance, certes réelle<sup>1704</sup>, mais évitable. Or, pour réduire celle-ci, le moraliste et le législateur ont plusieurs moyens à envisager. L'interdiction légale de l'homosexualité en est un mais cette privation de liberté est-elle nécessaire et proportionnée au but poursuivi ? D'autres moyens existent pour réduire cette souffrance issue de l'imagination, comme la dépénalisation (en ce qu'elle contribue à modifier les opinions), l'éducation et le développement des sciences morales (en ce qu'elles permettent de tenir séparer le sentiment et le jugement moral). Citons encore la condamnation –morale et non juridique- des œuvres satyriques qui alimentent l'homophobie, et tous les autres moyens (à condition qu'ils demeurent proportionnés) qui contribuent à « détruire les préjugés qui rendent les hommes ennemis<sup>1705</sup> ».

**Une méthode rétive à toute « naturalisation » de l'homme.** A travers cet exemple, l'on comprend la nécessité de Bentham de recenser l'ensemble des plaisirs et des peines à la manière d'un cartographe qui procéderait au tracé des terres et des mers. Lorsque les cartes sont erronées, il en va de la vie des navigateurs et de leurs passagers. Il en serait de même pour le genre humain si le législateur ignorait des plaisirs et des souffrances réels ou s'il en inventait de faux. Par une autre comparaison, M. Laval indique que « ces plaisirs et ces peines sont la matière même que doit étudier *le législateur, qui est un médecin de l'esprit. Ces*

---

<sup>1703</sup> Par exemple la zoophilie, l'inceste ou la pédérastie est condamné aussi bien selon une approche aprioristique que conséquentialiste.

<sup>1704</sup> Concernant cette question, il est intéressant de noter que le plaisir et la souffrance ne sont pas traités de la même manière : si un fondement erroné de la souffrance doit être combattu, un fondement erroné du plaisir ne doit l'être que dans la mesure où plus de maux en résulteraient. Autrement dit, que la cause soit réelle ou fictive, un plaisir est toujours bon en soi : « *entre être heureux et s'imaginer l'être, tant que dure l'illusion, où et quelle est la différence ?* » (BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, trad. Laroche B., Paris : Charpentier, p. 67).

<sup>1705</sup> Pour Bentham, combattre les préjugés constitue l'« un des plus grands services à rendre à la morale » (BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 379.) Les préjugés sont d'autant plus difficile à combattre qu'ils sont fermement défendus par ceux qui en sont les premières victimes : « quand on est persuadé par le préjugé de l'éducation, par des autorités qu'on respecte, par la connexité supposée d'un système avec des principes consacrés, alors on fait usage de toutes les subtilités imaginables pour défendre des opinions auxquelles on est attaché ; on n'oublie rien pour se faire illusion à soi-même , et les meilleurs esprits en viennent quelquefois à bout » (BENTHAM J., *Défense de l'usure*, Paris : Malher et Cie, 1828, p. 257).

entités réelles élémentaires composent le bonheur que le législateur aura pour charge de maximiser en réglant et en structurant par le droit les échanges entre plaisirs et peines<sup>1706</sup> ». La morale et la législation, sources de la réforme des institutions et des mœurs, ne peuvent être efficaces qu'à la condition d'une connaissance la moins erronée possible des causes de plaisirs et de souffrances de l'homme. Il s'agit donc d'étudier celles-ci en évitant soigneusement à ce stade de l'observation toute les interférences potentielles issues de la morale traditionnelle ou d'une conception « naturaliste » de l'homme, et ce, en dépit des critiques que la méthode empiriste suscite. Selon M. Shakankiri, Bentham se fourvoie : « au lieu d'étudier l'homme dans son milieu naturel, d'observer la société en tant que fait naturel, comme faisait Aristote », Bentham, « victime de la méthode des sciences physiques (...) se place hors de la réalité humaine, nie le naturel<sup>1707</sup> ». Toutefois, cette différence de perspective, naturaliste pour Aristote, empiriste pour Bentham peut s'expliquer par les motifs conservateur et réformiste qui animent respectivement chacun des deux philosophes. La pensée éthique d'Aristote fondée sur la nature et le juste milieu n'a pas pour objet de réformer la société mais de maintenir l'ordre établi<sup>1708</sup>. Au contraire, la philosophie de Bentham est, pour reprendre l'adjectif d'Halévy, radicale ; elle s'inscrit dans un projet de réforme de la société qui nécessite de percevoir celle-ci autrement que sous le prisme de la nature à partir duquel, pour le meilleur comme le pire, tout est ce qui doit-être. Ce n'est pas à partir de la fiction de la nature<sup>1709</sup> – par laquelle Aristote justifiait par exemple l'esclavage<sup>1710</sup> – que

<sup>1706</sup> LAVAL Ch., Bentham, les artifices du capitalisme, Paris : PUF, 2003, p. 68.

<sup>1707</sup> SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 87.

<sup>1708</sup> Selon Kelsen : « en présupposant la validité de l'ordre social donné », l'éthique d'Aristote « le justifie. Telle est la fonction propre de la formule du mesotes [juste milieu], qui revient à confirmer qu'est bon ce qui est bon selon l'ordre établi. C'est une fonction tout à fait conservatrice : le maintien de l'ordre social établi » (KELSEN H., « Justice et droit naturel », in, Annales de Philosophie politique, t. 3, Paris : PUF, 1959, p. 27).

<sup>1709</sup> BENTHAM J., Chrestomathia, pp. 268-269, cité et traduit par CLERO J.-P. et LAVAL Ch., in, BENTHAM J., De l'ontologie, p. 237 : « la Nature est une espèce de personnage fictif, sans l'assistance occasionnelle duquel on doit avouer qu'il est presque impossible d'écrire ou de parler. Mais quand elle est mise sur le tapis, on doit l'y mettre sous son propre équipement – toute nue, non pas attifée d'attributs- revêtue ni de qualités morales avantageuses, ni de telles qualités désavantageuses. Produire des minéraux, des végétaux, des animaux, telle est sa tâche spécifique ; et c'est bien suffisant pour elle ; à chaque fois que quelqu'un vous prie de constater qu'elle fait le travail de l'homme, soyez sûrs que ce n'est pas la Nature que le fait, mais l'auteur qu'il sanctifie et qu'il a revêtu dans ce but des atours de cette déesse » ; CLERO J.-P. et LAVAL Ch., « Introduction », p. 39, in, BENTHAM J., De l'ontologie : « pour Bentham, la nature ne saurait être un point d'appui dynamique pour nos activités : elle n'est que l'envers fantasmagorique de nos opérations qui cherchent à s'oublier elles-mêmes, ou à dissimuler leur précarité et leur instabilité » ; CLERO J.-P. et LAVAL Ch., « Glossaire », p. 236, in, BENTHAM J., De l'ontologie : la déification de la nature n'est « que l'envers de la déification de la raison », onto, gloss, p. 236 ;

<sup>1710</sup> ARISTOTE, Les Politiques, trad. PELLEGRIN P., Paris : Flammarion, 1990, L. I, ch. V : « ceux qui sont aussi éloignés des hommes libres que le corps l'est de l'âme, ou la bête de l'homme (et sont ainsi faits ceux dont l'activité consiste à se servir de leur corps, et dont c'est le meilleur parti qu'on puisse tirer), ceux-là sont par nature des esclaves ». Sur l'esclavage selon Aristote, v. le commentaire d'ARENDETT H., Conditions de l'homme moderne, Paris : Calmann-Levy, 1961, pp. 95-96.

Bentham aurait pu condamner l'homophobie, le racisme<sup>1711</sup>, la colonisation<sup>1712</sup>, la peine de mort, la torture<sup>1713</sup>, l'inégalité hommes/femmes ou la cruauté envers les animaux<sup>1714</sup>, c'est-à-dire tout cet ensemble d'opinions et de pratiques inscrits dans les mœurs et les usages des peuples et des gouvernements européens des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles. En raison de l'idéologie conservatrice inscrite dans le droit naturel ancien<sup>1715</sup> qui produit encore ses effets au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'utilitarisme de Bentham ne se distingue pas seulement de celui-ci, il s'y oppose absolument et vigoureusement.

Ce catalogue vise à identifier les causes des plaisirs et des peines sans les discriminer a priori. Il s'agit ici d'un travail exclusivement scientifique de description des comportements humains, que Bentham nomme « la pathologie humaine » et qui servira de base à l'étude normative<sup>1716</sup> tant dans sa composante théorique que pratique. Cette théorie des peines et des plaisirs est d'après Bentham le fondement de toute la science<sup>1717</sup>, et partant le fondement sur laquelle le système moral et celui de la législation, vont reposer.

## **Transition.**

### *B) Le calcul des plaisirs et des peines*

Il y a peu à dire sur l'opération de calcul des plaisirs et des peines. En effet, si Bentham a posé ce calcul comme l'un des piliers du raisonnement utilitariste, il a, sinon renoncé à le mettre en

---

<sup>1711</sup> V. BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 379.

<sup>1712</sup> V. BENTHAM J., « Emancipez vos colonies », in BENTHAM J., *Garanties contre l'abus de pouvoir*, trad. et postf. M.-L. Leroy, Paris : Rue d'Ulm, 2001.

<sup>1713</sup> V. BENTHAM J., *De la torture*, trad. COQUI G., Paris : Allia, 2012.

<sup>1714</sup> V. BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 378.

<sup>1715</sup> Sur cette question, v. le paragraphe intitulé « le masque de la nature », in VIALA A., *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, 2010, p. 147, ainsi que « le sophisme naturaliste », p. 160 et s.

<sup>1716</sup> Comme l'affirme Posner, l'approche de Bentham concerne davantage l'utilitarisme comme description des comportements humains qu'en tant que théorie éthique, v. R. A. POSNER, *Frontiers of Legal theory*, Harvard University Press, 2001, p. 55, cité par DUPRAT J.-P., « Genèse et développement de la légistique », in DRAGO R. (dir.), *La confection de la loi*, Paris : PUF, 2005, p. 30, note 3

<sup>1717</sup> V. BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 27.

pratique, du moins l'a toujours différé<sup>1718</sup>. Il faut davantage considérer que le calcul, en tant qu'opération arithmétique, est une opération fictive<sup>1719</sup>. Ce qui importe fondamentalement en revanche est l'opération consistant à identifier tous les intérêts en présence et à quantifier le nombre d'individus impactés par l'action (ou la norme) qu'il s'agit de juger ou de projeter. Le reste, c'est-à-dire la comparaison des intérêts à l'issue de laquelle l'action (ou la norme) est déclarée conforme ou non au principe d'utilité, se fait de manière naturelle.

#### 1) L'opération théorique du calcul

**Le calcul à titre individuel.** Au plan descriptif, Bentham constate que l'homme recherche le plaisir et évite les causes de douleurs. L'homme poursuit, autrement dit, son intérêt personnel. Au plan normatif, Bentham invite tout un chacun à faire prévaloir son intérêt personnel sur tout autre<sup>1720</sup> et à procéder à un calcul afin de connaître où se situe son intérêt personnel : « calculez les effets en bien ou en mal, et décidez-vous pour ce qui promet la plus grande somme de bonheur<sup>1721</sup> ». Cette injonction pourrait sembler superfétatoire. Pourquoi enjoindre l'homme à poursuivre la plus grande somme de bonheur si, naturellement, il est attiré, par nature, aux causes de félicité ? Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'homme n'est pas un calculateur, du moins, un bon calculateur, ce que Socrate d'ailleurs avait déjà constaté<sup>1722</sup>. En effet, écrit Bentham :

---

<sup>1718</sup> V. CLERO J.-P., « Le calcul benthamien des plaisirs et des peines », *Archives de Philosophie*, 2/2015, t. 78, pp. 229-258.

<sup>1719</sup> En ce sens, LAVAL C., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 69.

<sup>1720</sup> BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, t. 1, trad. LAROCHE B., Paris : Charpentier, 1837, p. 26 : « chaque homme est à lui-même plus intime et plus cher qu'il ne peut l'être à tout autre, et n'est autre que lui ne peut lui mesurer ses peines et ses plaisirs. Il faut, de toute nécessité, qu'il soit lui-même le premier objet de sa sollicitude. Son intérêt, doit, à ses yeux, passer avant tout autre ; et en y regardant de près, il n'y a dans cet état de choses rien qui fasse obstacle à la vertu et au bonheur : car comment obtiendra-t-on le bonheur de tous dans la plus grande proportion possible, si ce n'est à la condition que chacun en obtiendra pour lui-même la plus grande quantité possible ? ».

<sup>1721</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 68.

<sup>1722</sup> PLATON, *Protagoras*, Paris : Flammarion, 1967, 356 d : « si donc notre bonheur consistait à faire et à choisir ce qui est grand, à éviter et à ne pas faire ce qui est petit, où trouverions-nous le salut de notre vie ? dans l'art de mesurer ou dans la faculté de saisir les apparences ? N'avons-nous pas vu que celle-ci nous trompait, nous faisait souvent interpréter les mêmes choses de cent façons, et regretter nos actes et nos choix, relativement à la grandeur et à la petitesse, tandis que l'art de mesurer aurait enlevé toute autorité à cette illusion et, nous révélant la vérité, aurait assuré à notre âme une tranquillité fondée sur le vrai et sauvé ainsi le bonheur de notre vie ? Nos gens reconnaîtraient-ils là que notre salut dépend de l'art de mesurer et non d'un autre ».

« Il est certain que tout homme agit en vue de son propre intérêt ; ce n'est pas qu'il voie toujours son intérêt là où il est véritablement ; car, par là, il obtiendrait la plus grande somme de bien-être possible ; et si chaque homme, agissant avec connaissance de cause dans son intérêt individuel, obtenait la plus grande somme de bonheur possible, alors l'humanité arriverait à la suprême félicité, et le but de toute morale, le bonheur universel serait atteint. La tâche du moraliste éclairé est de démontrer qu'un acte immoral est un faux calcul de l'intérêt personnel, et que l'homme vicieux fait un calcul erroné des plaisirs et des peines<sup>1723</sup> ».

Autrement dit, Bentham souhaite que la réflexion soit souveraine<sup>1724</sup> et qu'elle se substitue à l'instinct, à l'habitude ou aux préjugés.

**Le calcul à titre collectif.** Bentham adopte une conception nominaliste de la collectivité. La société n'est rien d'autre qu'un ensemble d'individus poursuivant chacun leur intérêt personnel. Il appartient au législateur de rechercher « *le bonheur de l'Etat* », c'est-à-dire, « *la plus grande somme de bonheur possible, pour les individus d'un Etat, dans le cours de leur vie mortelle*<sup>1725</sup> ». Cela fait de l'Etat, et plus spécifiquement, du législateur le calculateur suprême<sup>1726</sup>. A travers les moyens en sa possession, c'est-à-dire, principalement, le pouvoir de sanctionner, le législateur est « censé opérer la somme des conséquences d'un certain régime de sanctions et la faire varier en modifiant les lois dans le sens du maximum<sup>1727</sup> ».

Le calcul semble une opération indispensable à toute réflexion en termes d'utilité. L'individu, comme le législateur, doit procéder à un calcul des peines et des plaisirs probables afin de déterminer l'intérêt personnel ou l'intérêt général en tant que somme des intérêts particuliers.

## 2) Le renoncement au calcul des plaisirs et des peines

---

<sup>1723</sup> BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, t. 1, trad. LAROCHE B., Paris : Charpentier, 1837, p. 19.

<sup>1724</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 104.

<sup>1725</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 33.

<sup>1726</sup> LAVAL Ch., « Fiction et utilité chez Jeremy Bentham », 2006, p. 15, disponible sur : [http://www.centrebenth.am.fr/Articles/Fiction\\_utilite.pdf](http://www.centrebenth.am.fr/Articles/Fiction_utilite.pdf)

<sup>1727</sup> *Ibid.*

Bentham rêve de bâtir une science morale reposant sur les mêmes fondations que celles des sciences dures et disposant du même degré de certitude. Au lieu de peser les masses des objets, de mesurer leur surface, Bentham entend peser les peines et les plaisirs afin de déterminer ce qui est bien ou mal, juste ou injuste, autrement dit conforme ou non à l'utilité. Pourtant Bentham n'exerce pas en pratique cette opération de mesure. Cette absence de l'application d'un des axiomes de l'utilitarisme peut surprendre. Ce qui pourrait expliquer ce renoncement est, d'une part, le fait que le calcul ne soit pas, finalement, l'opération essentielle, et d'autre part, que le calcul instinctif s'avère plus sûr et plus utile qu'une opération de calcul trop précise au point de perdre de vue l'essentiel.

La partie la plus complexe et indispensable est en effet antérieure au calcul à proprement parler : il s'agit de la phase d'observation et d'identification de l'ensemble des intérêts en jeu<sup>1728</sup>. A lire Bentham, il semble qu'il importe moins de savoir avec précision quelle quantité exacte de tel plaisir et de telle souffrance est générée par telle action, que d'identifier avec précision le nombre d'individus et la nature des intérêts en jeu<sup>1729</sup>. Cette étape est éminemment plus déterminante que le calcul en tant que tel, car elle est souvent parasitée par des a priori qui conduisent à écarter certains intérêts. L'exemple probablement le plus éclairant est le traitement réservé par Bentham aux animaux. En les définissant comme des êtres doués de sensibilité – donc capables de plaisirs comme de douleurs – Bentham étend la portée du principe utilitariste jusqu'à eux<sup>1730</sup>. Ils ont, comme les hommes, un intérêt à éprouver du plaisir et un intérêt à échapper à la souffrance. Contrairement à ce que prétend M. Galloux<sup>1731</sup>, Bentham ne souhaite pas ranger les animaux dans la catégorie juridique des personnes, mais simplement les sortir de la catégorie des choses afin que leurs intérêts ne

---

<sup>1728</sup> L'axiome de Bentham est *Fiat observatio*, v. BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, t. 1, trad. LAROCHE B., Paris : Charpentier, 1837, p. 7.

<sup>1729</sup> BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, p. 128, note 78 : « le terme *d'utilité* ne renvoie pas aussi clairement aux idées de plaisir et de douleur que ceux de *bonheur* et de *félicité* ; il ne nous conduit pas davantage à la considération du nombre d'intérêts en jeu ; ce nombre qui joue le rôle le plus important dans la formation de la norme dont il est ici question ; la norme du juste et de l'injuste par laquelle seule une conduite humaine peut, en toutes circonstances, être jugée avec pertinence ».

<sup>1730</sup> BENTHAM J., *Déontologie ou science de la morale*, p. 20 : « *ce que nous nous proposons, c'est d'étendre le domaine du bonheur partout où respire un être capable de le goûter ; et l'action d'une âme bienveillante n'est pas limitée à la race humaine ; car si les animaux que nous appelons inférieurs n'ont aucun titre à notre sympathie, sur quoi s'appuieraient donc les titres de notre propre espèce ?* La chaîne de la vertu enserme la création sensible entière. Le bien-être que nous pouvons départir aux animaux, est intimement lié à celui de la race humaine, et celui de la race humaine est inséparable du nôtre. Il serait, certes, grandement à désirer que quelque moraliste bienfaisant prit les animaux sous sa protection, et revendiquât leurs droits à la protection des lois et à la sympathie des hommes vertueux ».

<sup>1731</sup> Selon cet auteur, Bentham regrette « que les animaux ne rejoignent pas les hommes dans la catégorie des personnes », (GALLOUX J.-Ch., « La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie : l'expérience nord-américaine », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 23, 1992, note 18, p. 126).

soient pas arbitrairement ignorés<sup>1732</sup> lorsqu'il s'agit de légiférer. Les intérêts des animaux doivent donc, dans la mesure de ceux des hommes, être protégés. Si l'on s'interroge par exemple sur la chasse ou la pêche, le seul fait de prendre en compte les intérêts des animaux et de les mettre en balance avec ceux des hommes semble être l'étape la plus délicate puisqu'elle suppose d'aller à l'encontre du préjugé tenace (a fortiori à cette époque) que les animaux et les hommes sont, relativement à la faculté de ressentir des plaisirs et des douleurs, différents par nature alors qu'ils ne le sont que par degrés. Dès lors l'opération de calcul se résume ici à mettre du côté du plaisir, celui du chasseur, et du côté de la souffrance, celle de l'animal chassé. S'il s'avère complexe, pour ne pas dire impossible, d'évaluer précisément les « montants » de l'un et de l'autre, il est aisé de conclure, suite à une simple comparaison de la nature du plaisir et de la nature de la souffrance en jeu, que la seconde dépasse de loin la première. Et quand bien même, cela pourrait se discuter, le simple fait d'avoir pris en compte l'intérêt de l'animal conduit à envisager toutes les conditions auxquelles devrait répondre la pratique de la chasse afin que la souffrance animale soit la moins pénible et la moins longue possible. De manière générale et au plan normatif, Bentham en tire la conclusion que les animaux peuvent être mis à mort au service de l'homme pour sa subsistance, mais condamne toute forme de cruauté à leur égard qui ne répondrait à aucune nécessité de cet ordre<sup>1733</sup>.

Finalement, nous pouvons constater à travers cette illustration que l'opération de calcul ne s'avère pas la plus essentielle. Il importe surtout de bien identifier l'ensemble des intérêts en jeu. Dès lors, le « mauvais » calcul est moins l'opération d'évaluation incorrecte des plaisirs

---

<sup>1732</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 100 : « en voici une à laquelle les Romanistes n'ont pas songé, et qui vaut toutes les autres. Puisqu'ils ont rangé les animaux parmi les Choses, ils devaient donc distinguer les Choses en deux classes, les sensibles et les insensibles. Le bœuf d'airain que fit Myron était à leurs yeux de la même espèce que le bœuf de chair qui lui servit de modèle. Eh, comment auraient-ils distingué des Choses les animaux inférieurs, eux pour qui l'homme même tombé dans le malheur de l'esclavage n'était plus qu'une Chose ? Et qui peut savoir combien le sort des animaux et celui des esclaves a été aggravé par cette froide et cruelle classification ? La loi qui devait les protéger commence par en donner une idée qui les dégrade : elle parle d'eux comme si elle voulait éteindre tout sentiment dans les cœurs, comme si elle avait pour objet de nous faire oublier ce qu'il y a de commun entre eux et nous ».

<sup>1733</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 378 : « il convient, par la même raison, de défendre toute espèce de cruauté exercée envers les animaux, soit par manière d'amusement, soit pour flatter la gourmandise. Les combats de coqs et de taureaux, la chasse au lièvre, au renard, la pêche et d'autres amusements de la même espèce, supposent nécessairement ou une absence de réflexion, ou un fonds d'inhumanité, puisqu'ils entraînent pour des êtres sensibles, les souffrances les plus vives, la mort la plus longue et la plus douloureuse dont on puisse se faire une idée. Il doit être permis de tuer les animaux, mais non de les tourmenter. La mort artificielle peut être moins douloureuse que la mort naturelle, par des procédés simples qui valent bien la peine d'être étudiés, et de devenir un objet de Police. Pourquoi la loi refuserait-elle sa protection à aucun être sensible ? Il viendra un temps où l'humanité étendra son manteau sur tout ce qui respire. On a commencé à s'attendrir sur le sort des esclaves : on finira par adoucir celui des animaux qui servent à nos travaux et à nos besoins ».

et des peines que celle qui s'exécute à partir d'un relevé incomplet de ces derniers. Comme le dit Bentham, le « calculateur inexact » est celui qui « oublie des entrées <sup>1734</sup>».

### 3) La préférence pour d'autres instruments

L'absence de mise en œuvre du calcul par Bentham ne l'empêche pas d'obtenir des résultats concrets. Le calcul précis des plaisirs et des peines n'est donc pas une nécessité pour l'application du principe d'utilité. Une comparaison des plaisirs et des peines ainsi qu'une évaluation qui soit suffisamment probable de ces derniers semblent suffisants. En outre, au lieu de comptabiliser et de quantifier avec exactitude, Bentham cherche davantage à établir des rapports entre les causes de génération et de disparition des plaisirs et des peines. Autrement dit, si Bentham ne calcule pas les plaisirs et les peines, il demeure attaché aux raisonnements scientifiques. Le calcul arithmétique est substitué par la mise en lumière de la nature des rapports entre les plaisirs, les peines, leurs causes et leurs effets. Deux principes épistémologiques sont souvent employés par Bentham sans qu'ils ne soient finalement mis en exergue. Il s'agit du principe de nécessité et du principe de proportionnalité.

**Principe de nécessité.** En principe, l'utilitariste doit mesurer les plaisirs et les peines afin d'apprécier si une action ou une opinion est conforme au principe d'utilité sans qu'aucune autre idée n'interfère dans l'identification des intérêts, le calcul et la comparaison des plaisirs et des peines. Pourtant, on réalise que certains plaisirs et certaines peines, qui pourraient être considérées comme équivalentes ne le sont pas si l'une ou l'autre présente un caractère nécessaire. Ainsi, à plaisir égal, une souffrance nécessaire a moins de poids qu'une souffrance non nécessaire puisqu'elle ne peut être évitée : « selon ce principe [*d'utilité*], dit-on, *l'intérêt du petit nombre doit être sacrifié à l'intérêt général. Conclusion vraie, s'il est impossible de faire autrement ; absolument fausse, si cette nécessité n'existe pas*<sup>1735</sup> ».

**Principe de proportionnalité.** Il est significatif de noter que dans son *Traité de législation civile et pénale*, Bentham emploie le terme « balance » vingt fois et la notion de

---

<sup>1734</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 55 : « *accuser le principe de l'utilité, le trouver en faute, parcequ'on s'en est mal servi, c'est regarder l'art du teneur de livres comme vicieux, parcequ'un calculateur inexact peut oublier des entrées* ».

<sup>1735</sup> Ibid.

« proportion » plus de soixante-dix fois. Autrement dit, les rapports de proportionnalité sont constamment établis par Bentham dans le cadre de la science du droit et tendent à se substituer au calcul exact des plaisirs et des peines. Au lieu de mesurer et de quantifier les plaisirs et les peines, nous croyons que Bentham se contente plutôt de mettre en lumière des relations logiques entre ces plaisirs et ses peines. Cette méthode est probablement une application généralisée du principe de proportionnalité des délits et des peines que d'autres avant lui (Montesquieu, Beccaria, etc.) avaient érigé en mesure des sanctions pénales<sup>1736</sup>. Le constat de l'existence d'un rapport de proportionnalité a pour avantage de faciliter la comparaison des intérêts sans avoir à comptabiliser l'intensité de tel plaisir avec la durée de telle douleur et la fréquence de telle autre. Indiquons quelques exemples de ces constats.

Le législateur selon Bentham doit veiller à ce que les bénéfices escomptés par une loi dépassent ses inconvénients. Le premier inconvénient de toute loi est de porter atteinte à la liberté. Au lieu de rechercher à mesurer le poids de la douleur consécutive à la privation de liberté, Bentham établit la corrélation suivante : « en créant des obligations la loi retranche de la liberté dans la même proportion »<sup>1737</sup>. De la même manière, Bentham établit le rapport entre les atteintes à la propriété commises par le législateur et le maux correspondants : « en fait de propriété, la sûreté consiste à ne recevoir aucune secousse, aucun choc, aucun dérangement dans l'attente qu'on a fondée sur les lois de jouir de telle ou telle portion de bien ; le Législateur doit le plus grand respect à ces attentes qu'il a fait naître. Quand il ne les contredit point, il fait l'essentiel pour le bonheur de la société. Quand il les heurte, il produit toujours une somme de mal proportionnée<sup>1738</sup> ».

En lieu et place du calcul stricto sensu Bentham a recours à des principes épistémologiques (nécessité et proportionnalité) destinés à donner des ordres de grandeurs aux plaisirs et aux peines.

### *C) La « balance » ou « logique » de l'utilité*

---

<sup>1736</sup> V. BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., trad. E. DUMONT, Paris : Bossange, 1818, p. 24 et s.

<sup>1737</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 162.

<sup>1738</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 176.

**Les termes employés pour désigner les objets mis en balance.** Si Bentham fait un emploi conséquent du terme « balance » il n'utilise que très rarement l'expression de « balance des intérêts<sup>1739</sup> ». Il évoque marginalement la « balance des motifs<sup>1740</sup> » ou encore la « balance de l'utilité<sup>1741</sup> », la « *balance de l'intérêt général*<sup>1742</sup> » toutefois ce qu'il met le plus souvent en balance sont les « plaisirs » et les « peines ». En dépit de la fluctuation des termes, il est incontestable que l'idée exprimée demeure identique quels que soient les éléments mis en balance. S'il donne préférence aux termes de « plaisirs » et de « peines », c'est probablement parce que ceux-ci constituent des *noms d'entités réelles* (ils désignent des éléments de la réalité) tandis que les termes d'« intérêts » ou de « motifs » sont des noms d'entités fictives. Dans la théorie du langage de Bentham une entité fictive « est une entité à laquelle on *n'entend pas attribuer en vérité et en réalité l'existence, quoique, par la forme grammaticale du discours que l'on emploie lorsqu'on en parle d'elle, on la lui attribue*<sup>1743</sup> ». Les mots « intérêt » et « motif » sont des fictions nécessaires à la pensée et au langage mais ne désignent aucune réalité per se ; en revanche elles se rattachent médiatement à celle-ci par le truchement du plaisir et de la peine<sup>1744</sup>. Toutefois, puisqu'il utilise une métaphore (celle de la « balance »), il importe, à vrai dire, assez peu que le terme employé appartienne à l'une ou l'autre catégorie. Dans chacun des cas, la « balance » désigne l'opération de discrimination de la somme des plaisirs et de la somme des peines, que ceux-ci soient désignés par leur noms d'entités réelles ou, médiatement, par l'un des noms d'entités fictives auxquels ils sont liés (intérêts, motifs<sup>1745</sup>).

<sup>1739</sup> V. par ex., BENTHAM J., id., p. 53 : « entre deux intérêts du même poids, la balance demeure en équilibre ».

<sup>1740</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 397.

<sup>1741</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 86, note 1.

<sup>1742</sup> BENTHAM J., *De l'organisation judiciaire et de la codification*, pp. 348-349.

<sup>1743</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, p. 165.

<sup>1744</sup> Les entités sont, d'un point de vue linguistique, désignées par des noms qui sont, dans la structure de la phrase, des substantifs. Puisque le langage a pour fonction « d'habiller » les pensées pour permettre ensuite de les communiquer, l'emploi d'un tel substantif dans le discours signifie donc que l'auteur formalise une pensée dont l'objet demeure une entité qu'il considère réelle : telle maison, telle somme d'argent ou encore Dieu...

Une entité fictive à l'instar d'une entité réelle, est un nom qui dans la phrase constitue un substantif. Mais, à la différence de l'entité réelle, l'auteur du discours n'entend pas laisser penser qu'il considère l'entité comme réelle. La fonction de l'entité fictive est purement linguistique : son usage contribue à l'expression d'une pensée plus élaborée. Il s'agit par exemple des notions de qualités, de quantité, de cause, de mouvement etc. Les entités fictives sont donc des mots qui permettent d'exprimer des idées sur les choses. En fonction de la proximité entre le sens que recouvre le mot et la chose sur laquelle il porte, l'entité sera d'un ordre premier, second, troisième etc. Ainsi la quantité porte directement sur la matière de la chose, « quantité » est donc une entité fictive de premier ordre. La qualité porte sur la quantité de la chose, donc « qualité » parce qu'elle suppose la médiation d'une entité fictive de premier ordre sera une entité fictive de second ordre.

<sup>1745</sup> Rarement Bentham emploie la « balance des motifs », v. BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 369.

**La métaphore de la balance.** Bentham est naturellement méfiant à l'égard des figures de style qui, à l'instar des comparaisons ou des métaphores, peuvent aisément tromper les destinataires du discours. « *Comparaison n'est pas raison* » disait Aristote, « *métaphore n'est pas raison* » ajoute Bentham<sup>1746</sup>. Ces figures ne sont néanmoins pas nocives en soi. La métaphore, par exemple, demeure utile lorsqu'elle est employée « pour éclaircir le discours ou l'orner », elle ne l'est plus quand, peu à peu, elle « devient la base d'un raisonnement<sup>1747</sup> ». Parmi les métaphores qui ont fait l'objet d'usage abusif, Bentham s'en est d'ailleurs pris à la « balance du commerce<sup>1748</sup> » ou encore à la « balance du pouvoir<sup>1749</sup> » car ceux qui l'employaient plaçaient cette balance en axiome et multipliaient ainsi les pétitions de principe.

La « balance des intérêts », la « balance des plaisirs et des peines » ou encore la « balance de l'utilité »<sup>1750</sup> sont des métaphores destinées à faciliter la compréhension de ce que Bentham nomme la « logique de l'utilité ». Celle-ci consiste, sans « y faire entrer aucune autre idée », à calculer ou à comparer « les peines et les plaisirs dans toutes les opérations du jugement<sup>1751</sup> ».

L'emploi au figuré du terme balance conduit à illustrer de manière très claire la logique de l'utilité. En effet, la balance dont parle Bentham est celle d'un comptable. A l'instar du comptable qui entre les gains et les bénéfices pour en tirer un bilan, Bentham entre les quantités de plaisirs et de peines<sup>1752</sup> :

« Là le plus grand bien-être du plus grand monde est constamment sous mes yeux. Là il s'applique naturellement à divers cas. Là je pèse, je compare, je balance, de mon mieux, les divers intérêts des hommes en masse<sup>1753</sup> ».

---

<sup>1746</sup> BENTHAM J., id., p. 59.

<sup>1747</sup> Ibid.

<sup>1748</sup> Ibid.

<sup>1749</sup> BENTHAM J., Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques, p. 322.

<sup>1750</sup> BENTHAM J., Théorie des peines et des récompenses, p. 86 note 1.

<sup>1751</sup> BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 11.

<sup>1752</sup> BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 46 : « je vais ouvrir deux comptes. Je passe au profit pur tous les plaisirs : je passe en perte toutes les peine ».

<sup>1753</sup> BENTHAM J., « Essais sur la situation politique de l'Espagne (Septième lettre au Comte de Toreno) », in, *Œuvres*, Bruxelles : Human, 1830, p. 180.

**Logique de l'utilité.** Ce que Bentham entend par logique de l'utilité est le raisonnement à mettre en œuvre afin de savoir in fine, si, au regard de l'utilité, telle action doit être entreprise ou tel jugement proféré ; elle « consiste » dit-il « à partir du calcul, ou de la comparaison des peines et des plaisirs dans toutes les opérations du jugement, et à n'y faire entrer aucune autre idée<sup>1754</sup> ».

Exclusive, la logique de l'utilité écarte toute donnée indépendante des plaisirs et des peines. Cela implique d'abandonner toute idée préconçue, préjugé ou autre artifice qui détermine a priori le jugement en écartant certains plaisirs ou certaines peines, ou au contraire, en faisant passer des peines pour des plaisirs et inversement.

La logique de l'utilité n'est qu'un instrument de connaissance. Elle n'est, en soi, bonne à rien tant qu'elle n'est pas corrélée au principe (normatif) d'utilité. La logique de l'utilité est l'opération de « calcul » ou de « comparaison » des plaisirs et des peines grâce à laquelle il est possible de connaître l'état d'une situation de fait, la nature d'une action (utile ou nuisible) ou la tendance d'un projet d'action. Le calcul ou la comparaison des plaisirs et des peines tend à supplanter les modes de connaissances classiques. En effet, la logique formelle (syllogisme) ne rend, à ce stade, aucun service car il n'est question ici que *d'observer*, recenser les plaisirs et les peines et de dresser un bilan comptable afin de constater si l'objet d'étude est « positif » ou « négatif » en termes de plaisirs et de douleurs.

En outre, d'un point de vue logique, la logique de l'utilité se distingue du syllogisme car celle-là présente une « double entrée » (les avantages et les inconvénients) alors que celui-ci ne possède qu'« une entrée » (la majeure – la mineure étant contenue dans la majeure). Cette méthode a donc pour conséquence de faire échec à tout absolutisme dont le syllogisme est l'instrument par ailleurs. La logique de l'utilité permet de réaliser ce dont le syllogisme est incapable : intégrer voire résoudre les antinomies.

Il faut ici bien prendre la mesure de cet apport de Bentham car il va bouleverser la science du droit puis le droit. La logique des instruments de type « balance des intérêts » ou « principe de proportionnalité » exercés de nos jours par les juges plonge ses racines ici au même titre que l'instrument de l'« équité » plonge historiquement ses racines dans la logique sous-tendant les justices distributive et commutative aristotéliennes.

---

<sup>1754</sup> BENTHAM J., Traité de législation civile et pénale, p. 11.

## II) L'équilibre (ou la maximisation) des intérêts : fonction du droit

Légiférer est un art qui repose sur la science. C'est par la connaissance de la manière dont une loi produit ses effets sur l'entendement et la volonté que l'Etat peut obtenir des individus qu'ils agissent en vue de la production des plaisirs et de l'éloignement des peines au profit de la collectivité toute entière.

### A) Un équilibre artificiel

L'équilibre au sens d'harmonie des intérêts peut se réaliser selon deux modes alternatifs : l'un est naturel, l'autre artificiel. L'idée d'une harmonie naturelle des intérêts est typique des Lumières écossaises qui voyaient dans l'économie un mode de régulation des comportements plus efficace que leur gestion par la politique. Des auteurs comme Smith ou Paine considéraient le marché comme le lieu de rencontre et d'articulation des intérêts individuels<sup>1755</sup>. En conséquence, était défendue l'idée que l'Etat devait se retirer suffisamment pour que ce phénomène dit naturel se réalise de manière adéquate. Au contraire, et quel que soit le domaine, Bentham n'éprouve « *pas d'horreur à l'égard de la main de l'Etat*<sup>1756</sup> ». L'intervention de l'Etat est nécessaire toutes les fois que la balance des plaisirs et des peines est déficitaire et dans la mesure où cette intervention ne cause pas plus de maux que de biens. En ce sens, il est possible de parler d'harmonie artificielle des intérêts<sup>1757</sup> puisque le législateur, par le truchement de la loi, des peines et des récompenses, génère, réduit et module les intérêts des individus.

### 1) Eléments de pathologie sociale

---

<sup>1755</sup> V. les chapitres IV et V de ROSANVALLON P., *Le capitalisme utopique*, Paris : Seuil, 1999.

<sup>1756</sup> Cité par LAVAL C., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 122.

<sup>1757</sup> V. AUDARD C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t.1, Paris : PUF, 1999, p. 198 ; OST F., *Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham*, in, GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, p. 167.

**La pathologie au service du législateur.** Afin de remplir sa fonction consistant à équilibrer les intérêts, la loi doit être élaborée par un législateur éclairé par des connaissances issues d'une branche du savoir que Bentham nomme la « pathologie » :

« PATHOLOGIE est un terme usité en médecine, il ne l'est pas dans la morale, où il est également nécessaire. J'appelle Pathologie l'étude, la connaissance des sensations, des affections, des passions et de leurs effets sur le bonheur. La législation, qui jusqu'ici n'a été fondée en grande partie que sur le terrain mouvant des préjugés et de l'instinct, doit enfin s'élever sur la base inébranlable des sensations et de l'expérience<sup>1758</sup> ».

En vue d'atteindre les objectifs escomptés, le législateur doit savoir comment la loi incite à ou au contraire décourage certains comportements. C'est au travers de la connaissance des désirs, des intérêts et des motifs en tant qu'ils constituent des ressorts de l'action des individus que le législateur parviendra à élaborer des lois efficaces. Il s'agit ici de s'intéresser aux différents ressorts de l'action que le législateur peut actionner grâce à la législation. Le recours aux « entités fictives » est alors nécessaire pour comprendre les rapports entre l'action de l'homme et la représentation de ses plaisirs et de ses douleurs futurs. Les notions d'« intérêt », de « motif », de « désir », qui sont contrairement aux mots « plaisir » et « douleur » des noms d'entités fictives, permettent de comprendre comment les sensations liées aux attentes et aux craintes nées à l'occasion de la prise de connaissance de la loi, influent sur le comportement humain.

**Plaisir issu de l'espérance et douleur issue de la crainte.** Dans son examen, Bentham n'a pas renoncé face à ce qui pourrait apparaître comme un obstacle majeur à la connaissance ou du moins, une cause d'approximation des plaisirs et des peines, à savoir la temporalité<sup>1759</sup>. Bien que la sensation de plaisir, lorsqu'elle est éprouvée, soit nécessairement immédiate, elle peut être causée par des jouissances passées ou l'espoir de jouissances futures. Le plaisir

---

<sup>1758</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 170.

<sup>1759</sup> Sur l'utilitarisme en général et le rapport au temps, v. SEVE R., « L'utilitarisme comme philosophie de l'avenir », in, *Le droit et le futur, Actes du III<sup>e</sup> colloque de l'Association française de philosophie du droit, tenu à l'Université Paris II les 4 et 5 novembre 1983*, Paris : PUF, 1985, pp. 50-62 ; v. égal. le chapitre III « L'Etat et le temps » de LAVAL CH., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, pp. 84-103 ; OST Fr., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 163-230.

éprouvé à l'instant  $t$  peut être causé par des événements qui se sont réalisés à  $t-1$  ou dont on espère qu'ils se réaliseront à  $t+1$ . Il existe, en tant que tel, un plaisir à espérer l'existence d'un plaisir futur accompagné de la certitude d'en jouir.

Les causes inverses produisent les effets inverses : ainsi, la peine de privation n'est pas seulement l'absence de jouissance immédiate mais également la crainte de manquer le plaisir que l'on souhaite éprouver, ou encore le désappointement, lorsqu'une espérance s'évanouit ou une attente trompée ; ou enfin, le regret lorsque l'on a perdu un bien ou lorsque l'on comptait sur sa possession.

A ce titre, Bentham distingue les sensations dites originelles, qui sont tirées de l'expérience directe, des sensations *d'espérances* qui ne sont que des images des plaisirs et les peines issues de souvenirs ou d'anticipations<sup>1760</sup>. Si les causes sont imaginaires, les plaisirs (ou les peines) d'espérances n'en sont pas moins réels. Indépendantes de la réalisation de l'évènement objet de l'espérance (ou de la crainte), celles-ci sont des sensations produites par l'esprit et demeurent tant l'apanage que le revers de la faculté humaine de prospection. Plus que toutes les autres, la connaissance de ces sensations s'avère déterminante pour l'action du législateur, car ce sont celles-ci qui vont, avec le plus d'intensité, solliciter l'entendement de l'individu et déterminer sa volonté et ses actions<sup>1761</sup>. Au travers de promesses de récompenses et de menaces de punitions, le législateur fait naître des sensations d'espérances et de craintes, lesquelles se traduisent en intérêts, désirs et motifs d'action<sup>1762</sup>.

**L'« intérêt ».** A l'instar du terme « désir », le terme « intérêt » est le mot d'une entité fictive, d'une représentation de l'esprit nécessaire à la pensée, à l'action et au discours, rattachée aux substances réelles que sont les plaisirs et les peines<sup>1763</sup>.

Afin de parvenir à une idée plus claire de l'intérêt, Bentham recourt à une méthode d'exposition spécifique. En effet, l'intérêt fait partie de cette catégorie de termes généraux

---

<sup>1760</sup> Ces sensations d'espérances et de craintes sont un mélange d'expériences passées stockées dans la mémoire du sujet et d'imagination, v. BENTHAM J., Comment on the commentaries, collected works, ed. J. H. Burns and H.L.A.Hart, University of London, the Athlone press, 1977, p. 230-231, cité par LAVAL CH., Bentham, les artifices du capitalisme, Paris : PUF, 2003, pp. 73-74 ; v. égal. LAVAL Ch., « 'La chaîne invisible' - Jeremy Bentham et le néo-libéralisme », *Revue d'études Benthamiennes*, 1/2006, disponible sur <http://etudes-benthamiennes.revues.org/63>, n° 15 et s.

<sup>1761</sup> LAVAL Ch., « 'La chaîne invisible' - Jeremy Bentham et le néo-libéralisme », art. préc., n° 15.

<sup>1762</sup> LAVAL Ch., « 'La chaîne invisible' - Jeremy Bentham et le néo-libéralisme », art. préc., n° 15.

<sup>1763</sup> « *En toute occasion, la conduite des hommes est déterminée par (...) la façon dont ils se représentent leur intérêt. On ne peut attacher d'idée claire au mot « intérêt » qu'en le reliant au sens des mots 'plaisirs' et 'douleur'* », (BENTHAM J., *Déontologie*, I, 2, cité par PERRIN F., *L'intérêt général et le libéralisme politique*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2012, p. 354 note 1816).

impossibles à définir traditionnellement par la méthode aristotélicienne dite par genre et par différence<sup>1764</sup> en raison de l'absence de notion plus générale. A cet égard, Bentham a mis au point la méthode dite de paraphrase qu'il a développée pour éviter de tourner en rond dans « le cercle du langage » et pallier les limites de la méthode aristotélicienne<sup>1765</sup>. Concernant la notion d'« intérêt » Bentham, semble la rapprocher de l'idée de propriété -au sens de ce qui est propre à une chose- : on dit ainsi « *d'une chose qu'elle promet l'intérêt ou favorise l'intérêt d'un individu lorsqu'elle tend à augmenter la somme totale de ses plaisirs ou, ce qui revient au même, lorsqu'elle diminue la somme totale de ses souffrances*<sup>1766</sup> ». Cette paraphrase ne satisfait néanmoins pas totalement dans la mesure où l'intérêt se rapporte à quelque chose d'indéfini et qu'il paraît presque extérieur à l'entendement du sujet. Par la suite, Bentham va présenter l'intérêt en considération de l'individu :

« On dit de quelqu'un qu'il a un intérêt à un sujet quelconque, pour autant que l'on considère qu'il est plus ou moins probable que ce sujet lui soit une source de plaisir ou d'exemption (de peine) ; le sujet, c'est-à-dire une chose ou une personne ; une chose : en vertu de tel ou tel usage qu'il peut se procurer par cette chose ; une personne : en vertu de tel ou tel service qu'il peut recevoir des mains de cette personne. On dit de quelqu'un qu'il a intérêt à l'exécution, par lui-même ou par un autre, de tel ou tel acte – ou au fait qu'ait lieu tel ou tel événement ou état de chose – pour autant que, en conséquence de son advenue, on considère qu'il est plus ou moins probable qu'il possède tel ou tel bien. (Enfin), on dit de quelqu'un qu'il a intérêt à ce que l'acte, l'évènement ou l'état de chose dont il est question ait lieu, pour autant que l'on suppose que – en conséquence de son advenue- il possède un bien à un degré plus élevé que dans le cas contraire. Dans le premier cas, l'intérêt correspond à un item singulier dans le décompte du bien et du mal ; dans le second, il correspond à une balance qui penche du côté du bien<sup>1767</sup> ».

---

<sup>1764</sup> BENTHAM J., *La table des ressorts de l'action*, trad., notes et intro. J.P. CLERO, Paris : L'unébévue, 2008, p. 7.

<sup>1765</sup> BENTHAM J., Ibid., p. 8. ; sur la méthode, v. LAVAL C., CLERO J.-P., *Le vocabulaire de Jeremy Bentham*, Paris : Ellipses, 2002, pp. 52-54.

<sup>1766</sup> LAVAL C., CLERO J.-P., *Le vocabulaire de Jeremy Bentham*, Paris : Ellipses, 2002, p. 39.

<sup>1767</sup> LAVAL C., CLERO J.-P., Ibid., p. 40.

« Plus subtile<sup>1768</sup> », cette définition de l'intérêt précise l'objet de l'intérêt (une chose, une personne ou un événement) et met en exergue le caractère probable du rapport qui relie l'intérêt à la sensation de plaisir ou de peine.

**Le « désir ».** Le terme « désir » exprime une idée que l'on retrouve sous d'autres termes tels que le souhait, l'*appétit*, l'*attachement*, l'*amour*, l'*envie de*, le penchant, la propension, le zèle pour ou encore, de manière plus surprenante, l'*inquiétude pour...*<sup>1769</sup>. Le désir, selon Bentham, n'a pas lieu si l'idée de plaisir ou de peine n'est pas elle-même présente sous quelque forme ou à quelque degré que ce soit. Si le désir est indéfectiblement attaché d'une manière ferme ou ténue au plaisir, à la peine ou plus communément au mélange de plaisir et de douleur, il ne l'est pas au besoin, lequel, parce qu'il relève de la nécessité, se présente systématiquement comme un manque et sa satisfaction ne prend pas toujours la forme d'une jouissance. Le désir, au contraire, trouve ses soubassements dans un complexe de présence et d'absence de plaisir et de peine et s'avère aussi bien une source de plaisir que de peine lorsqu'il dégénère, par exemple, en insatisfaction ou en frustration<sup>1770</sup>. Toujours est-il qu'il constitue un ressort de l'action humaine.

**Le « motif ».** Le motif désigne une espèce d'entité psychologique qui constitue le ressort de l'action<sup>1771</sup>. S'il a en commun avec l'*intérêt* d'être « *en dernière analyse, (...) la perspective d'un plaisir à se procurer ou d'une peine à éviter*<sup>1772</sup> », le motif s'en distingue sensiblement. Un motif se rapporte à des objets moins abstraits que l'intérêt, car contrairement à celui-ci, un motif est systématiquement lié à la volonté et à l'action<sup>1773</sup>, sinon, à la possibilité de l'action<sup>1774</sup>. Bentham ordonne les motifs selon quatre catégories correspondant au type d'altérité induit par chacun des plaisirs (et des peines). La poursuite du plaisir de

---

<sup>1768</sup> LAVAL C., CLERO J.-P., Ibid., p. 40.

<sup>1769</sup> LAVAL C., CLERO J.-P., Ibid., p. 31

<sup>1770</sup> LAVAL C., CLERO J.-P., Ibid., p. 31

<sup>1771</sup> V. BENTHAM J., A table of the Springs of Action, 1815, Collected works of Jeremy Bentham, Deontology, Oxford, Clarendon Press, 1983, trad. J.-P. Cléro, in, AUDARD Ch., Anthologie historique et critique de l'*utilitarisme*, t.1, PUF, Paris : 1999, p. 191.

<sup>1772</sup> BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 263.

<sup>1773</sup> Bentham distingue deux types de motifs : le motif spéculatif et le motif pratique. Le premier, auquel Bentham ne s'intéresse guère, concerne l'entendement, tandis que le second est fondamental puisqu'il influe sur la volonté et partant, détermine l'action. L'action, dans ce sens, ne s'oppose pas au repos mais à la pensée ou au jugement. Car, Bentham précise que le repos ou l'inaction sont autant motivé que l'action, v. LAVAL C., CLERO J.-P., op. cit., p. 47.

<sup>1774</sup> V. LAVAL C., CLERO J.-P., Ibid., p. 46.

bienveillance est un motif purement social ; les plaisirs de l'amour, de la réputation, du désir de l'amitié et de la religion suscitent des motifs demi-sociaux ; le plaisir tiré de l'antipathie et les plaisirs qui y sont associés donnent des motifs anti-sociaux ; enfin les plaisirs des sens, l'amour du pouvoir, l'intérêt pécuniaire, le désir de sa propre conservation font naître les motifs personnels. En dépit du jugement qualitatif qu'une telle classification semble augurer, Bentham, rappelle que tout motif n'est pas en lui-même, bon ou mauvais, chacun, indépendamment de sa catégorie, peut générer une action conforme ou contraire au principe d'utilité<sup>1775</sup>.

Le motif est véritablement la cause efficiente de l'action. Bentham conçoit deux causes à l'existence d'un motif : soit un incident réel, soit une entité fictive, une passion ou une affection de l'esprit. Cela signifie que les fictions constituent des procédés d'altérations de la pensée qui peuvent pousser l'individu à agir dans son intérêt, voire à l'encontre de celui-ci.

De cette analyse se dessine une chaîne causale reliant l'intérêt, le désir, le motif et l'action. Une telle chaîne fournit un modèle explicatif aux « ressorts de l'action », utile au législateur, afin de déterminer les moyens d'atteindre ses différents objectifs et in fine le but dernier, le plus grand bonheur du plus grand monde<sup>1776</sup>.

## 2) L'instrument de l'équilibre : la loi

**La contribution de la loi au bonheur de la collectivité.** Légaliste convaincu, Bentham estime que la loi constitue pour l'Etat le meilleur instrument de production du plus grand bonheur du plus grand monde.

Le bonheur en tant que dernier degré du bien-être s'obtient par l'accumulation de plaisirs et la défalcation de souffrances. La loi agit moins pour produire des plaisirs que pour empêcher la survenance de souffrances. En effet, en proportion, la loi tend plus à empêcher, grâce aux menaces de sanction, des comportements nuisibles, qu'elle n'incite à des comportements utiles. La raison est simple : puisque l'homme recherche naturellement la satisfaction de son

---

<sup>1775</sup> « le motif le plus approuvé ne saurait transformer une action pernicieuse en action utile ou indifférente ; et le motif le plus condamné ne saurait transformer une action utile en action mauvaise » (BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 264). Dans le même ordre d'idée, il importe d'expurger du langage propre aux motifs les termes dont la signification sous-tend au demeurant un jugement d'approbation ou de désapprobation puisque un tel vocable agit par lui-même sur le motif : ainsi « l'intérêt pécuniaire » remplace l'avarice et la cupidité, « le désir de conservation » la lâcheté, ou autre exemple, « l'amour du pouvoir » remplace l'ambition, v. *ibid.*

<sup>1776</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 163 : « L'unique objet du Gouvernement doit être le plus grand bonheur possible de la Communauté ».

intérêt personnel, il n'est globalement pas nécessaire pour le législateur d'interférer pour l'inciter dans cette voie, et ce a fortiori lorsque des pratiques concourent à l'accroissement de la somme de plaisirs mutuels des participants. C'est la raison pour laquelle Bentham estime qu'il faut laisser aux hommes une large liberté en général, et notamment en matière économique. Le législateur doit en ce domaine seulement intervenir à la marge, lorsque l'exercice de la liberté économique tend à desservir les intérêts du plus grand monde. La place réservée à l'économie implique toutefois une grande connaissance des phénomènes économiques. Si le législateur n'a pas besoin d'intervenir grandement, il doit cependant être au fait de la science explicative des intérêts économiques<sup>1777</sup>.

**Le champ limité de la loi.** La loi est un instrument de félicité dans la mesure où, idéalement, la somme des douleurs qu'elle prévient est supérieure à celle qu'elle produit. Néanmoins, la loi, de par son existence même, est source de mal-être car, par nature, elle « ne s'établit qu'aux dépens de la liberté<sup>1778</sup> ». Le législateur doit donc légiférer en estimant si le mal de la privation de liberté est compensé par le bien-être produit. De fait, certains champs doivent demeurer exclus de tout encadrement par la loi, ce qui ne signifie cependant pas de les abandonner au seul jeu des volontés individuelles. Si, dans certains domaines, l'intervention du législateur s'avérerait disproportionnée<sup>1779</sup>, celle du moraliste ou du déontologue est acceptable. Le droit et la morale, dit Bentham, ont le même centre, mais pas la même circonférence<sup>1780</sup>. On peut le constater lorsqu'il s'agit de combattre les préjugés<sup>1781</sup>. Bentham rappelle régulièrement à quel point les préjugés, en tant qu'ils pervertissent la volonté et l'action, peuvent être nocifs. Les préjugés racistes ou antisémites diffusés notamment par de grands auteurs des Lumières, doivent donc être condamnés avec la plus grande fermeté. Néanmoins cette condamnation ne doit sanctionner la violation d'une règle légale, mais celle d'une norme morale. Interdire par la loi les préjugés et censurer certains discours auraient

---

<sup>1777</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, pp. 107-108 : « l'économie politique doit être considérée comme une science plutôt que comme un art. Il y a beaucoup à apprendre, et peu à faire. Les abeilles font le miel par instinct; il suffit de leur laisser une ruche tranquille, des champs et des bois pour y amasser leur récolte; mais, parce qu'on a besoin d'une partie de leur miel, il faut étudier leur nature, il faut connaître l'économie de ce petit peuple, pour ne pas nuire à la reproduction de ses travaux ».

<sup>1778</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 114.

<sup>1779</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 49.

<sup>1780</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 49 : « la morale, en général, est l'art de diriger les actions des hommes, de manière à produire la plus grande somme possible de bonheur. La législation doit avoir précisément le même objet. Mais quoique ces deux arts, ou ces deux sciences, aient le même but, elles diffèrent beaucoup quant à l'étendue ».

<sup>1781</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 379 : « Détruire les préjugés qui rendent les hommes ennemis est un des plus grands services à rendre à la morale ».

pour effet de limiter la liberté d'expression et la liberté de la presse qui demeurent essentielles à la société toute entière. Ces atteintes aux libertés produiraient plus d'inconvénients qu'elles n'apporteraient d'avantages. La condamnation de ses préjugés peut emprunter les mêmes canaux que ceux par lesquels ils ont été diffusés, autrement dit, par voie d'impression ou de presse. Il appartient aux individus, au tribunal de l'opinion, et non au législateur ni au juge, de condamner ces préjugés.

Le législateur ne doit alors intervenir qu'en cas de nécessité :

« Laissez aux individus la plus grande latitude possible dans tous les cas où ils ne peuvent nuire qu'à eux-mêmes ; car ils sont les meilleurs juges de leurs intérêts. S'ils se trompent, dès qu'ils sentiront leur méprise, il est à présumer qu'ils n'y persisteront pas. Ne faites intervenir la puissance des lois que pour les empêcher de se nuire entre eux. C'est là où elles sont nécessaires ; c'est là où l'application des peines est vraiment utile, parce que la rigueur exercée sur un seul devient la sûreté de tous »<sup>1782</sup>.

**La loi : instrument de dynamique sociale.** Afin de mettre en accord ce qui est (la poursuite de ses intérêts personnels) avec ce qui doit être (le plus grand bonheur du plus grand monde), le législateur utilise les motivations humaines fondamentales, liées aux plaisirs et aux douleurs, au travers de sanctions<sup>1783</sup>. Expression d'un commandement, la loi a pour fonction d'informer et de communiquer la volonté du législateur de distribuer des droits et, corrélativement des obligations ainsi que de sa volonté de promettre des récompenses et de menacer de sanctions. Si la loi est clairement exprimée, chaque individu peut se faire une idée claire de ses effets si les conditions qu'elle prévoit sont, dans les faits, réunies. Cette idée est censée faire naître ou réduire certains intérêts et partant certains motifs d'action ou d'abstention<sup>1784</sup>. La loi sert au législateur à « amener les individus à adopter par intérêt le *comportement qu'on désire leur imposer* »<sup>1785</sup> et qui est finalisé par la félicité générale.

B) Illustration par le droit civil

---

<sup>1782</sup> BENTHAM J., id., p. 49.

<sup>1783</sup> V. AUDARD C., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t.1, Paris : PUF, 1999, p. 199.

<sup>1784</sup> V. BOZZO-REY M., « Loi, fiction et logique dans la pensée juridique de Jeremy Bentham », in, *Les annales de droit*, Publications des Université de Rouen et du Havre, n° 3, 2009, p. 34.

<sup>1785</sup> OST F., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in, GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, p. 167.

**Le droit civil.** La loi civile, écrit Bentham « traite de tout ce qu'il y a de plus intéressant pour les hommes, de leur sûreté, de leur propriété, de leurs transactions réciproques et journalières, de leur condition domestique dans les rapports de père, de fils et d'époux. C'est là qu'on voit naître les Droits et les Obligations : car tous les objets de la loi peuvent se réduire à ces deux termes, et il n'y a point là de mystère<sup>1786</sup> ».

Relativement au droit civil, le problème du gouvernement consiste, comme toujours, à poursuivre le plus grand bonheur du plus grand monde. La question est donc de savoir comment, par quel art, le législateur en distribuant les droits – « des avantages, des bénéfices pour celui qui en jouit »<sup>1787</sup> - et les obligations – « des devoirs, des charges onéreuses pour celui qui doit les remplir »<sup>1788</sup> - va-t-il parvenir à satisfaire le plus grand nombre ?

Bentham pense en termes de finalité et dégage les objectifs du législateur relativement au domaine civil. Celles-ci sont au nombre de quatre. Les buts de la loi civile sont de pourvoir à la subsistance, d'entretenir l'abondance, de favoriser l'égalité et enfin de maintenir la sûreté. Ces fins sont subordonnées à la fin suprême. Elles doivent donc être recherchées que dans la mesure où elles contribuent au bien-être général. A cet égard, Bentham critique les gouvernements qui ne pensent qu'en termes exclusifs d'« égalité » ou d'« abondance » sans avoir à l'esprit que l'une à l'autre demeurent des moyens au service d'une fin.

**Subsistance.** La subsistance signifie de donner à chaque individu les moyens de pouvoir se maintenir en vie. Répondre aux besoins primaires n'a pas pour effet de produire une grande quantité de plaisirs. En effet, la satisfaction des besoins n'est pas véritablement un plaisir étant donné que tout besoin charrie un complexe de crainte, de frustration et de manque. Néanmoins, cet objectif a pour objet le maintien de l'existence, laquelle est, en soi, une source de plaisir. Bentham estime que la loi ne peut rien directement pour assurer la subsistance mais qu'au travers la poursuite de la sûreté, elle répond à cette exigence : « la loi pourvoit indirectement à la subsistance en protégeant les hommes pendant qu'ils travaillent, et en leur assurant les fruits de leur industrie après qu'ils ont travaillé. Sûreté pour le travailleur, sûreté pour le produit du travail, voilà le bienfait de la loi : il est inestimable<sup>1789</sup> ».

---

<sup>1786</sup> BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 159.

<sup>1787</sup> BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 162.

<sup>1788</sup> Ibid.

<sup>1789</sup> BENTHAM J., id., p. 168.

**Abondance.** L'abondance, contrairement à l'objectif de subsistance, est une source de nombreux plaisirs. L'expectative d'acquérir, l'acquisition effective et la jouissance de biens produit autant de plaisirs distincts qu'il importe de cultiver en favorisant leur production au travers d'incitation (récompenses).

**Egalité.** L'égalité dont parle Bentham se situe entre l'égalité des Anciens (égalité géométrique) et celle des Modernes (stricte égalité arithmétique). Bentham comme Aristote admet que l'égalité absolue amènerait à la ruine de la société<sup>1790</sup> et que le droit produit des inégalités : « les lois ne cessent d'établir des inégalités, puisqu'elles ne peuvent donner des droits aux uns, qu'en imposant des obligations aux autres<sup>1791</sup> ». Il s'agit d'une égalité que l'on pourrait qualifier de dynamique dans la mesure où elle constitue une finalité vers laquelle il est impérieux de tendre sans nécessairement l'atteindre. L'égalité que le législateur doit rechercher est davantage « une réduction progressive des inégalités réellement existantes entre les membres de la société<sup>1792</sup> ». La douce égalisation<sup>1793</sup> des propriétés doit être l'un des objectifs du législateur.

**Sûreté.** Enfin la sûreté consiste dans la garantie des droits et des propriétés. Il s'agit selon Bentham de l'objectif le plus important des quatre finalités du droit civil.

« De ces objets de la loi, la sûreté est le seul qui embrasse nécessairement l'avenir : on peut avoir à considérer la subsistance, l'abondance, l'égalité pour un seul moment, mais la sûreté exprime l'extension donnée, en fait de temps, à tous les biens auxquels on l'applique. La sûreté est donc l'objet prééminent<sup>1794</sup> ».

**L'articulation des fins subordonnées.** Ces quatre finalités subordonnées sont théoriquement distinctes mais comme le dit Bentham, elles « le sont beaucoup moins dans la pratique. La même loi peut servir à plusieurs, parce qu'ils sont souvent réunis ; ce qu'on fait, par exemple,

---

<sup>1790</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 167.

<sup>1791</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 167.

<sup>1792</sup> LAVAL C., *Bentham, les artifices du capitalisme*, Paris : PUF, 2003, p. 105.

<sup>1793</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 149.

<sup>1794</sup> BENTHAM J., *id.*, p. 162.

pour la sûreté, on le fait pour la subsistance et pour l'abondance<sup>1795</sup> ». La partie la plus complexe désormais consiste à concilier ces différentes fin en vue de la maximisation des intérêts. Si la science épaula toujours le législateur, c'est bien *d'art* ici qu'il est question : « Distinguer celui de ces objets qui, selon l'occasion, mérite la prééminence, voilà la difficulté de l'art : car tour-à-tour ils la réclament, et il faut quelquefois un calcul bien compliqué pour ne pas se tromper sur la préférence due à l'un ou à l'autre<sup>1796</sup> ».

## Conclusion de la section deux

Bentham pose les bases du discours moderne de l'équilibre.

D'une part, d'un point de vue méthodologique, il développe une méthode consistant à identifier et comparer les intérêts afin de déterminer si une action ou un jugement est conforme au principe d'utilité. En rationalisant le raisonnement instinctif et naturel de comparaison des avantages et des inconvénients, Bentham offre une méthode de production de la connaissance et une méthode de production de la norme que nous retrouverons sous des formes différentes dans les doctrines de Ihering, Holmes ou Génv. Non que Bentham ait inventé ce raisonnement (on le retrouve chez Socrate et tant d'autres avant lui notamment Grotius<sup>1797</sup>) mais il expose sa forme logique, la présente de manière systématique, lui fournit ses conditions de validité et le fait entrer définitivement dans la science du droit.

D'autre part, d'un point de vue normatif, Bentham pose l'équilibre ou la maximisation des intérêts en finalité du droit, c'est-à-dire, en objectif du législateur. En droit privé par exemple, celui-ci doit prendre appui sur la science pour prendre connaissance des intérêts des individus afin d'exercer l'art de la conciliation des principes subordonnés (sûreté, égalité, subsistance, abondance).

---

<sup>1795</sup> BENTHAM J., id, p. 166.

<sup>1796</sup> BENTHAM J., id, p. 166.

<sup>1797</sup> V. infra.

## Conclusion du chapitre

La pensée de Bentham nous intéresse à double titre. Dans un premier temps, Bentham prolonge les critiques de Hobbes contre la pensée aristotélicienne et la pensée scolastique. Il tente, en s'appuyant sur l'analyse du langage, de supprimer toutes les faussetés qui innervent la pensée classique et qui ont pour effet de produire des effets dévastateurs dans la société. Son objectif est donc d'empêcher tout mode de pensée capable de produire des fictions comme l'équité. La pensée de Bentham est donc ouvertement hostile et critique à l'égard du mode de pensée qui a pu produire le discours ancien de l'équilibre. Dans un second temps, Bentham fournit les bases d'une nouvelle conception de la justice, d'une « nouvelle balance » qui ne serait attachée qu'aux intérêts et viserait leur conciliation en vue du plus grand bonheur du plus grand monde. Pour ce faire, Bentham suggère d'employer dans la production de toute norme la « logique de l'utilité », c'est-à-dire le raisonnement d'après lequel, il convient exclusivement de comparer les plaisirs et les peines, sans y faire entrer aucune autre donnée, afin de déterminer le caractère utile ou non de la norme envisagée.

## **Chapitre 2 : Le discours doctrinal de l'équilibre au XIXe siècle en Allemagne, aux Etats-Unis et en France**

« La science juridique n'est qu'une représentation de la vie sociale, non une explication, (...) cette représentation est profondément idéaliste<sup>1798</sup> ».

M. Miaille

L'influence de la pensée de Bentham se manifeste en Allemagne (Section 1), aux Etats-Unis (Section 2), et dans une moindre mesure en France (Section 3). Dans chacun de ces pays, certains juristes vont, à l'aide du discours de l'équilibre, remettre en cause la pensée juridique dominante afin d'adapter la science du droit et le droit aux nouvelles réalités sociales.

### **Section 1 : Le discours de l'équilibre dans l'Ecole du droit libre**

Les conditions de formation du discours (I) seront examinées avant l'étude du discours de l'équilibre (II).

#### **I) Les conditions de formation du discours**

Le discours de l'équilibre traduit une réaction (B) contre le formalisme conceptuel allemand qu'il s'agit, au préalable, d'exposer (A).

---

<sup>1798</sup> MIAILLE M., Une introduction critique au droit, Paris : Maspero, 1976, p. 54.

## A) *Le formalisme conceptuel de la science du droit*

Afin de bien appréhender la manière dont la balance ou l'équilibre des intérêts fut employé dans le discours anti-formaliste, il convient de revenir sur quelques prérequis du droit et de la science du droit allemands. Un bref aperçu historique (1) précédera l'examen du formalisme conceptuel allemand (2)

- 1) Aperçu historique du droit et de la science du droit en Allemagne.

**La réception du droit romain.** Comme la plupart des systèmes juridiques de l'Europe continentale, le droit allemand a profondément été marqué par le droit romain depuis la redécouverte au XIIe siècle des compilations de Justinien. Auparavant, le droit allemand était marqué par une multitude de droits locaux peu adaptés aux nouvelles conditions socio-économiques de la fin du Moyen Âge. Le « droit romain » explique M. Witz, « censé incarner la raison et l'équité (*ratio et aequitas*), s'est engouffré dans ce vide, car il était en mesure d'offrir un riche éventail de concepts et de modes de raisonnement qui pouvaient être appliqués rationnellement à des problèmes complexes<sup>1799</sup> ».

L'introduction du droit romain dans l'ordre juridique allemand est le fruit des efforts des juristes savants formés dans les universités italiennes puis, dès le XVIe siècle, allemandes<sup>1800</sup>. C'est l'apogée du « droit des juristes » (*Juristenrecht*)<sup>1801</sup>. Fortement influencés par la jurisprudence romaine, ces juristes adoptent les instruments des jurisprudents (catégories, définitions, distinctions, modes d'interprétation etc.)<sup>1802</sup>. Avec les XVIIe et XVIIIe siècles et l'influence des Lumières et de l'Ecole moderne du droit naturel (Grotius, Thomasius, Wolff, puis Pufendorf), le droit des Juristes est remplacé par le droit des Professeurs (*Professorenrecht*). Ceux-ci font régner au sein des universités allemandes une méthode dérivée des mathématiques qui leur permet d'ordonner le droit logiquement et

---

<sup>1799</sup> WITZ Cl., *Le droit allemand*, Paris : Dalloz, 2013, 2<sup>e</sup> éd., pp. 9-10. Mme Zoller évoque également comme cause de réception, l'absence « *d'une classe de juristes professionnels qui auraient pu défendre le droit coutumier et les usages locaux* » (ZOLLER E., *Introduction au droit public*, Paris : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 55).

<sup>1800</sup> ZOLLER E., loc. cit.

<sup>1801</sup> WITZ Cl., op. cit., p. 10.

<sup>1802</sup> Ibid.

conceptuellement<sup>1803</sup>. Rationnelle et abstraite, cette méthode éloigne les juristes des réalités sociales<sup>1804</sup>. Des concepts fondamentaux, sous lesquels les règles sont subsumées, sont érigés : la déclaration de volonté, l'acte juridique ou encore le droit subjectif. Du point de vue épistémologique, une croyance ferme dans les attraits de la Loi et de la codification est partagée chez la plupart des Professeurs. Ainsi voient le jour en 1756 le Code Civil de Bavière, puis en 1794 le Code général des Etats prussiens ordonné par Frédéric le Grand et rédigé notamment par Karl Gottlieb Svarez<sup>1805</sup>, puis en 1811 le Code civil général autrichien.

2) Le développement du conceptualisme dans la science du droit

**Le romantisme juridique.** En dépit de cette codification généralisée, la science juridique allemande, d'une part, reste attachée au droit romain et d'autre part, délaisse progressivement l'idéalisme rationaliste et universaliste hérité des Lumières au profit de la culture romantique qui inspire l'Europe du XIXe. L'attrait des mathématiques à la suite de Leibniz et de Wolff s'essouffle au profit des sciences naturelles et précisément de la biologie, car celle-ci est dotée de concepts tels que l'évolution ou l'organisme, susceptibles d'expliquer davantage que les mathématiques le mouvement du droit. Cette tendance, qualifiée de romantisme juridique, est identifiable dans la démarche de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) consistant à étudier le droit en vertu de données plus historiques que rationnelles. A l'encontre d'un droit issu de la Raison défendu notamment par le professeur de droit romain et francophile Anton F. J. Thibaut (1772-1840), Savigny prétend que le droit résulte de l'histoire du peuple : « la *substance du droit est donnée par le passé tout entier d'une nation, non point d'une manière arbitraire et déterminée par le hasard seul, mais sortant des entrailles mêmes de la nation et*

---

<sup>1803</sup> CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2014, n° 87.

<sup>1804</sup> WITZ Cl., *op. cit.*, p. 11

<sup>1805</sup> Ainsi que Johann Heinrich von Carmer (1721-1786). A propos du Code général prussien, Mme Gaillet estime qu'« on peut y voir le *symbole de la 'réforme par le haut', dans la tradition du despotisme éclairé. Ce document fondamental du droit prussien s'inspire en effet de la théorie du droit naturel moderne – et proclame de nombreux droits correspondants – tout en réaffirmant les principes de l'autorité traditionnelle et la division de la société par états, se distinguant de la sorte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les réformes menées au début du XIXe siècle, associées aux noms de Stein et Hardenberg (Stein-Hardenberg'sche Reformen), s'inscrivent dans les pas de cette tradition prussienne. Empruntant la forme d'une intense restructuration de l'administration et du système économique et social, ces réformes trouvent leur origine dans la conviction selon laquelle la déroute devant les armées napoléoniennes en 1806-1807 témoigne du retard de la Prusse face à une France en voie de modernisation. Le dépassement de la société féodale qui résulte de cette nouvelle impulsion est majoritairement le fait de la bureaucratie prussienne, à la fois imprégnée de conceptions aristocratiques et consciente de la nécessité de réformer les structures étatiques » (GAILLET A., *L'individu contre l'Etat*, préf. JOUANJAN O., Paris : Dalloz, 2012, p. 47).*

de son histoire<sup>1806</sup> ». Le mouvement initié par Savigny qui prend le nom d'École historique du droit, caractérise un pan de la pensée allemande classique.

**L'école historique allemande de Savigny.** Selon le meneur de l'école historique, le droit n'émane pas du législateur, source d'arbitraire<sup>1807</sup>, mais constitue l'œuvre inconsciente de l'« organisme spirituel et éthique<sup>1808</sup> » que constitue le peuple. Le droit résulte de « *l'esprit du peuple* » (Volksgeist)<sup>1809</sup>. En ce sens, Savigny révèle une posture sociologique certaine car le droit issu de l'Etat ne présente ici, contrairement au droit présenté par l'école du Droit Naturel, aucun caractère hégémonique ni aucune prétention à l'universalité. A l'instar de la langue, le droit se forme spontanément à partir de solutions traditionnelles, de coutumes, de dictons, de maximes et s'avère propre à chaque peuple<sup>1810</sup>.

En raison du caractère immanent du droit, la fonction du législateur selon Savigny doit être réduite<sup>1811</sup> au profit des savants grâce aux travaux desquels, le droit prend forme et s'ordonne de manière cohérente et systématique<sup>1812</sup>. Ces savants ont pour office « *d'enregistrer ce donné historique réel, cette masse de textes traditionnels, et d'en révéler le système, selon le modèle des sciences naturelles*<sup>1813</sup> ». Néanmoins, puisque l'histoire ne peut subvenir à elle seule aux besoins formels et techniques du droit, les juristes déterrent, à partir du droit romain (le Digeste ou les Pandectes), un « trésor de figures juridiques éternelles<sup>1814</sup> » grâce auxquelles ils échafaudent un ensemble de concepts, de règles et de principes exploitables en droit pour autant qu'ils soient correctement ordonnés et systématisés. « *C'est ainsi que la science des Pandectes a pris son essor*<sup>1815</sup> ».

---

<sup>1806</sup> SAVIGNY F. C., Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, t.1, p. 6, cité et traduit par WITZ CL., op. cit., p. 14.

<sup>1807</sup> Contrairement à la traditionnelle défiance française à l'égard du juge, Savigny considère que le juge, à l'instar du prêteur romain, est moins propice à exercer sa fonction de manière arbitraire que le législateur car, au rebours de celui-ci, le juge est tenu par le droit.

<sup>1808</sup> DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2004, p. 349.

<sup>1809</sup> V. LEVY-BRUHL H., Sociologie du droit, Paris : PUF, 1990, pp. 15-16.

<sup>1810</sup> V. VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 189, p. 235.

<sup>1811</sup> V. SERVERIN E., Sociologie du droit, Paris : La Découverte, 2000, p. 17.

<sup>1812</sup> V. BATIFFOL H., La philosophie du droit, Paris : PUF, 2000, 11<sup>e</sup> éd., p. 29. Sur l'élaboration systématique de la science du droit selon Savigny, v. CHAMPEIL-DESPLATS V., Méthodologies du droit et des sciences du droit, Paris : Dalloz, 2014, n° 117.

<sup>1813</sup> VILLEY M., op. cit., n° 189, p. 236.

<sup>1814</sup> V. WITZ CL., op. cit., p. 15.

<sup>1815</sup> WITZ CL., op. cit., p. 15.

**La science des Pandectes.** Le pandectisme issu de l'école historique embrasse le rationalisme, l'abstraction et la technicité de l'école du droit Naturel. Toutefois, en lieu et place de la Raison, les pandectistes placent en source du droit les textes romains. En outre, le droit est conçu comme un ensemble organisé de normes ce qui confère à cette école, une tendance au formalisme et au positivisme juridique. L'ambition du Pandectisme est de procéder à la réélaboration conceptuelle et à la systématisation du droit romain par le truchement d'une méthode formaliste<sup>1816</sup>. Les préoccupations sociales et économiques et même l'histoire passent ainsi au second plan et ce, au profit du conceptualisme. Afin de fournir des réponses aux questions pratiques, la doctrine se dote d'un amas de concepts destinés à satisfaire le besoin de plénitude du système juridique<sup>1817</sup>. Prétendument conforme à la science romaine du droit, le pandectisme est un droit de professeurs emmené par Puchta, Ihering, Windscheid et qualifié, avec mépris, de *Begriffurisprudenz* : une science (juridique) des concepts<sup>1818</sup>, dont la tâche est « *non seulement d'appliquer les normes positives, mais aussi, en cas de lacune, d'antinomie ou d'ambigüité, de formuler des normes exprimant la cohérence logico-systématique et la complétude de l'ordre juridique*<sup>1819</sup> ». Chacune des normes émane d'un concept, rigoureusement défini, intégré à l'intérieur d'un système auto-suffisant car auto-reproductif<sup>1820</sup>. Sous cette perspective, le recours à la « conscience populaire » pour l'élaboration du droit, n'est plus, sauf pour la forme<sup>1821</sup>, nécessaire étant donné la faveur quasi-exclusive pour l'élaboration du droit sous la forme logique et mathématique<sup>1822</sup>.

**Mode d'interprétation selon le pandectisme.** Cette approche affecte la méthode interprétative, puisque le juge « est réduit à être un automate de la subsumption<sup>1823</sup> ». Via le

<sup>1816</sup> Le droit romain contemporain à cette époque constitue le droit commun allemand (v. DUBOUCHET, op. cit., p. 162 ; FASSO G., Histoire de la philosophie du droit, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, p. 39).

<sup>1817</sup> WITZ Cl., op. cit., p. 16.

<sup>1818</sup> V. FRIEDMANN, op. cit., p. 277 ; BERGEL J.-L., Théorie générale du droit, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 80.

<sup>1819</sup> RABAULT H., *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 33.

<sup>1820</sup> IHERING R. V., *Esprit du droit romain*, t.1, p. 40, cité par WITZ Cl., op. cit., p. 16 : « la combinaison des divers éléments permet à la science de créer de nouvelles notions et de nouvelles règles. Les notions juridiques sont fécondes, elles s'accouplent et en engendrent d'autres ».

<sup>1821</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 18.

<sup>1822</sup> Ce qui est illustré, indique Mme Champeil-Desplats, « par l'usage de nombreuses métaphores impliquant des figures géométriques, algébriques ou logiques. Il n'est ainsi pas rare de croiser des références au triangle, à la 'pyramide des concepts', au 'calcul' des concepts, à la déduction » (CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2014, p. 84, n° 117).

<sup>1823</sup> WITZ Cl., op. cit., p. 16.

raisonnement inductif, chaque conflit est censé en principe pouvoir se ranger sous un concept au nom duquel se dégage une norme spécifique. Si ce procédé ne suffit pas, la « Begriffsjurisprudenz autorise l'usage de méthodes telles que les raisonnements par analogie, a contrario, ou a fortiori, qui ne relèvent pas à strictement parler de la logique formelle<sup>1824</sup> ». Dès lors, la science des concepts est susceptible de pourvoir à n'importe quelle éventualité à partir de la seule logique. Cette indépendance de la génération du droit vis-à-vis des faits et corrélativement l'assujettissement du juge aux savants avaient inquiété Gény. La pensée allemande dit-il, est

« irrésistiblement poussée vers une idée, extrêmement dangereuse pour l'indépendance de l'interprétation, l'idée que le droit positif, d'un pays et d'une époque donnés, forme un tout organique, composé de pièces fermes, plus ou moins nombreuses et complexes, mais qui peuvent se suffire à elles-mêmes, sans rien demander de nouveau au dehors, bref, un ensemble clos, ne devant s'alimenter qu'en soi, appelé à se développer, par ses propres moyens, avec le concours de la seule logique, indispensable à toute activité d'esprit<sup>1825</sup> ».

Au final l'ordre juridique est un système conceptuel non seulement parfait mais « auto-poïétique » pour reprendre la formule de N. Luhmann car il est un « système de formation de concepts et de construction juridique<sup>1826</sup> » et plus exactement un système d'auto-formation conceptuel et juridique. Le juriste ne règle pas, dans cette perspective, des problèmes sociaux mais des problèmes logiques. Ainsi les lacunes du droit – lesquelles par ailleurs sont réputées inexistantes<sup>1827</sup> – ne se résolvent pas en considération du fait, mais par la subsumption, ou à défaut, par analogie<sup>1828</sup>.

---

<sup>1824</sup> RABAULT H., op. cit., p. 33.

<sup>1825</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 339.

<sup>1826</sup> GENY Fr., id., p. 345.

<sup>1827</sup> BUERGISSEER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », in, *Droit et intérêt*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, vol. 2, p. 332 : « l'application du droit est un pur problème de connaissance. Il n'y a, dans son système, pas place pour la lacune, l'absence d'une norme immédiatement applicable pouvant être surmontée par une construction conceptuelle (...) par laquelle il sera possible de déduire la majeure du syllogisme ».

<sup>1828</sup> Pour Savigny, c'est par l'analogie que le système juridique se complète lui-même : « la conséquence intérieure du droit est la base de toute analogie ; mais ce n'est pas toujours un enchaînement de déductions purement logiques, c'est encore une harmonie organique dont nous avons conscience, quand nous saisissons l'ensemble vivant des rapports de droit et des institutions qui les dominent » (cité par GENY Fr., op. cit., p. 341 ; v. aussi : GOGOS D., « Nouvelles tendances d'interprétation du droit privé allemand », RIDC., vol. 9, n° 3, Juillet-septembre 1957, pp. 528-536).

C'est à l'encontre de ce formalisme conceptuel qu'Ihering va s'opposer. Se délestant de l'arsenal conceptuel qu'il avait lui-même contribué à forger<sup>1829</sup>, Ihering se tourne vers l'utilitarisme juridique de Bentham auquel ses compatriotes ne prêtaient guère attention<sup>1830</sup> et dont il en aurait assuré, dit-on, le perfectionnement<sup>1831</sup>.

*B) La réaction au formalisme : la pensée utilitariste de Ihering*

Dans la deuxième partie de sa carrière, Rudolph Von Ihering (1818-1892) devient un farouche contempteur du formalisme des Pandectistes auquel il avait auparavant souscrit<sup>1832</sup>. Se détournant du passé dans lequel l'Ecole historique du droit puise, sous la forme de coutume ou de principes issus du droit romain, la substance du droit actuel, Ihering rappelle à aux partisans de cette Ecole la suprême nécessité du droit de poursuivre des fins sociales.

Afin de quitter le « ciel des notions juridiques », d'abandonner « l'idolâtrie de la logique<sup>1833</sup> » et le « culte des momies<sup>1834</sup> » – à savoir les concepts juridiques –, Ihering se tourne vers le positivisme scientifique. L'œuvre du second Ihering est imprégnée des idées d'évolution<sup>1835</sup> développées par Spencer<sup>1836</sup> puis Darwin<sup>1837</sup>, de la sociologie de Comte et, profondément, de

---

<sup>1829</sup> Sur le « premier » Ihering, v. notamment, CHAMPEIL-DESPLATS V., op. cit., n° 119 et s.

<sup>1830</sup> BATIFFOL H., Problèmes de base de philosophie du droit, Paris : LGDJ, 1979, p. 300.

<sup>1831</sup> Par ex., TANON L., *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Paris : Germer Baillière, 1900, p. 53.

<sup>1832</sup> V. la section consacrée à Ihering dans l'ouvrage de Guido Fasso, au titre évocateur : « Du premier au second Ihering », FASSO G., op. cit., pp. 149-152.

<sup>1833</sup> HALPERIN J.-L., « Ihering Rudolf Von », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 299.

<sup>1834</sup> Ibid.

<sup>1835</sup> L'idée d'évolution était dans l'air du temps : elle s'étendait victorieusement du champ des sciences naturelles à celui des autres domaines scientifiques et notamment en sciences sociales où elle est associée à l'idée de progrès. Mais le progrès, malgré son caractère objectif apparente, n'est pas sans charrier des « éléments » d'ordre axiologique : « l'idée du progrès signifie l'abandon de toute autre étude que la recherche empirique, mais d'autre part, justement à cause de cet abandon, elle signifie l'introduction inconsciente de jugements de valeur à l'intérieur des sciences basées sur l'expérience » (RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1936, p. 36).

<sup>1836</sup> L'anglais Herbert Spencer (1820-1903) développa une théorie de la société et du droit fondée sur l'évolution, et ce, avant la publication de l'Origine des espèces de Darwin. L'évolution permet le passage de l'homogénéité indéfinie et incohérente à l'hétérogénéité définie et cohérente. Concernant la société – le monde super-organique – celle-ci évolue selon une forme militaire, régie par des statuts, à une forme industrielle, organisée en régime de contrat (v. TREVES R., *Sociologie du droit*, Paris : PUF, 1995, p. 52 et s. ; CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004, pp. 89-90 ; FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, pp. 128-130 ; TANON L., *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Paris : Germer Baillière, 1900, pp. 94-103).

l'utilitarisme de Bentham<sup>1838</sup>. Sous leur influence, Ihering adopte une perspective finaliste et entreprend de déterminer les causes finales et positives du droit. Toutefois, en dépit de l'attrait pour la sociologie, Ihering demeure attaché, comme Bentham, à une forme d'idéalisme, ce qui l'amène à suggérer des moyens pour atteindre le bien-être général<sup>1839</sup>. Dans ce cadre, l'idée d'équilibre ou de balance entre intérêts en conflit est prégnante. Préalablement, nous présenterons quelques éléments clés de la pensée juridique du juriste allemand (1) avant de nous intéresser à la manière dont il a préparé le terrain au discours de l'équilibre (2).

1) Une conception sociologique et positiviste du droit

Ihering adopte, à la fois, une approche sociologique du droit lorsqu'il soutient que le droit évolue en fonction de buts pratiques, et à la fois positiviste – au sens juridique –, lorsqu'il définit le droit comme tout commandement qui provient de l'Etat.

a) L'introduction de la cause finale de type benthamienne

**Restauration de la *causa finalis*.** Dans l'ouvrage malheureusement traduit « *L'évolution du droit* » (*Der Zweck im Recht*) – considéré comme l'un des événements les plus importants de la pensée juridique<sup>1840</sup> – Ihering introduit la notion de but (*Zweck*) qu'il assimile à la *causa finalis*, comme facteur d'explication des origines, du contenu et de l'évolution du droit. Gény a pu dire que Ihering restaurait par là une « tradition très ancienne<sup>1841</sup> ». Certes, Ihering réintroduit la cause finale chère à Aristote et la place, à l'instar du Stagirite, en position suprême, néanmoins il ne faut pas se fourvoyer : Ihering qu'on a pu qualifier de « *deutscher*

---

<sup>1837</sup> Carbonnier disait qu'en Ihering, il y a « quelque chose de darwinien (le *Kampf um's Recht* semble calqué sur le *Struggle for life*) » (CARBONNIER J., op. cit., p. 86 ; VILLEY M., Philosophie du droit, n° 190, p. 237).

<sup>1838</sup> V. BATTIFFOL H., « compte rendu - Helmut COING, Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre », Arch. phil. droit., n° 14, 1969, pp. 368-370 ; KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », in, BROWNSWORD R., MICKLITZ H.-W., WEATHERILL St. et al., The Foundations of European Private Law, Oxford and Portland : Hart, 2011, p. 191.

<sup>1839</sup> HALPERIN J.-L., « Ihering Rudolf Von », art. préc., p. 300 ; FRIEDMANN W., op. cit., p. 278.

<sup>1840</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 277

<sup>1841</sup> GENY Fr., Science et technique en droit privé positif, t. 2, Paris : Sirey, 1913, p. 39.

Benthamismus<sup>1842</sup> », emploie la notion de cause finale dans le sens donné par Bentham. La cause finale désigne l'intérêt poursuivi par l'agent ou le but de son action, et non, suivant le réalisme aristotélicien<sup>1843</sup>, la destination vers laquelle chaque être tend selon sa nature. Si restauration de la cause finale il y a, il s'agit de celle redéfinie par Bentham dans *De l'Ontologie* et non celle originelle d'Aristote.

La cause finale est une loi de nature ; non la nature d'un Aristote, mais celle d'un Bentham, gouvernée par les causes efficientes et finales. A l'instar de l'animal, l'homme qui agit, constate Ihering, n'agit point parce que, mais afin que – afin d'atteindre tel ou tel but. La cause du mouvement de l'homme ou de l'animal, contrairement à celle du mouvement des choses inanimées qui relève de la mécanique, est d'essence psychologique : l'homme et l'animal sont mus par leur volonté. Le mouvement de l'être vivant doté de volonté n'est alors pas gouverné par une loi de causalité – propre aux choses inanimées – mais trouve son principe dans la loi de finalité. Cette loi s'exprime très clairement : « *point d'action sans but*<sup>1844</sup> ».

Pour Ihering, qui se fait ici l'apôtre de Bentham<sup>1845</sup>, le but de l'homme est de satisfaire ses intérêts. L'homme réalise que telle ou telle chose constitue une condition de son existence<sup>1846</sup> et va, en conséquence, par la force de sa volonté la poursuivre pour se la procurer<sup>1847</sup>. Toute action s'analyse alors principalement en poursuite d'un but, celui-ci consistant en la

---

<sup>1842</sup> V. BATTIFFOL H., compte rendu - Helmut COING, « Bentham's Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie, 1968, p. 69-86, Arch. phil. droit., n° 14, 1969, p. 368.

<sup>1843</sup> C'est pourquoi Bougné à notre avis s'était mépris en confondant le finalisme de Ihering à la « métaphysique » : « le finalisme dans les sciences sociales » avait-il dit « est une méthode difficile, mais au fond la plus métaphysique et la plus vraie » (BOUGLE C., *Les sciences sociales en Allemagne*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : F. Alcan, 1912, p. 132).

<sup>1844</sup> IHERING R. V., *L'évolution du droit*, 3<sup>e</sup> éd., trad. O. de Meulenaere, Paris : Chevalier-Marescq, 1901, p. 3. Nous retrouvons cette idée dans la *Table des sources de l'action* de Bentham : « *Du point de vue de l'intérêt, il n'y a jamais eu et il ne peut jamais y avoir d'action humaine désintéressée (...) il n'existe pas d'action volontaire qui ne soit le résultat de l'action de quelque motif ou de quelques motifs ; ni de motif qui ne s'accompagne d'un intérêt correspondant, réel ou imaginaire* » (BENTHAM J., *Table des sources de l'action*, trad. J.-P. Cléro, in, AUDARD Ch., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t.1, PUF, Paris : 1999, p. 192.

<sup>1845</sup> Pour Coing, rapporte Battifol, « *cet ouvrage est entièrement écrit dans l'esprit de Bentham* », (BATTIFFOL H., compte rendu - Helmut COING, « Bentham's Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie, 1968, p. 69-86, Arch. phil. droit., n° 14, 1969, p. 368).

<sup>1846</sup> V. IHERING R. V., *L'évolution du droit*, 3<sup>e</sup> éd., trad. DE MEULENAERE O., Paris : Chevalier-Marescq, 1901, p. 20.

<sup>1847</sup> Et ainsi modifier son environnement (IHERING R. V., id., p. 17 : « la volonté est donc- en Dieu, et en l'homme, son image – la véritable force créatrice (c'est-à-dire se procréant elle-même) du monde ».

satisfaction d'un intérêt. Le but n'est pas pour Ihering le résultat ou la fin de l'action, mais bien son moteur, son motif, sa « *causa finalis* ».

Le but ou la cause finale entretient donc des rapports avec la volonté. Or, pour Ihering, contrairement à Savigny qui la voyait souveraine, la volonté n'est qu'un intermédiaire entre le but fixé et sa réalisation et jamais une fin en soi. La finalité de la volition humaine n'est donc pas *l'acte* en soi, mais la satisfaction qui en est tirée<sup>1848</sup>.

Etendus à l'échelle de la société, les buts signifient pour Ihering les nécessités de toute sorte immanentes à la vie sociale qui doivent être satisfaites pour que la société survive<sup>1849</sup>.

**Les buts au sein de la société.** La société civile, pour Ihering, se présente comme une société au sens juridique : c'est le groupement de plusieurs individus ayant en commun des intérêts particuliers<sup>1850</sup>. Ils poursuivent le même but : la satisfaction de leurs intérêts, c'est-à-dire, la poursuite du plaisir et l'évitement de la douleur<sup>1851</sup>. Progressivement, avec la complexité de la société et des rapports qui surviennent en son sein, ces intérêts et partant ces buts, à la fois se spécifient et s'entrelacent : « la société est une coopération à des buts communs, dans laquelle agissant pour autrui chacun agit également pour soi, et où l'action pour soi implique aussi l'action pour autrui. C'est dans ce retentissement d'un but sur l'autre que réside à mon avis la notion de société<sup>1852</sup> ». Cette coopération traduisant *l'harmonie naturelle des intérêts* trouve dans le domaine économique sa plus parfaite illustration. C'est la raison pour laquelle, à l'instar de Bentham, il prône, de manière générale, le laissez-faire : la concurrence constitue, dit-il, le « *régulateur spontané de l'égoïsme*<sup>1853</sup> ».

Enfin, Ihering constate l'existence de deux espèces de buts : les buts propres à *l'individu* et ceux propres à la société<sup>1854</sup>. Cette distinction, qui tranche avec le nominalisme et

---

<sup>1848</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 277. En cela, Ihering se démarque de Savigny.

<sup>1849</sup> V. IHERING R. V., op. cit., p. 8 ; FASSO G., op. cit., p. 150.

<sup>1850</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 25 : « La nature elle-même enseigne à l'homme le moyen de gagner autrui à ses fins : c'est de *rattacher son propre but à l'intérêt d'autrui*. Etat, société, les relations, les affaires, toute la vie humaine repose sur cette formule. Plusieurs hommes ne poursuivent ensemble le même but que lorsque leur intérêt à tous aboutit au même résultat final. Aucun d'eux, peut être, ne songe au but comme tel ; tous ont tendu vers leur intérêt propre, mais ces intérêts s'accordent avec le but commun, et travaillant pour soi seul, chacun, en définitive, travaille en même temps pour les autres ».

<sup>1851</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 278.

<sup>1852</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 60.

<sup>1853</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 94.

<sup>1854</sup> V. IHERING R. V., id., 1901, p. 39.

l'individualisme méthodologique de Bentham<sup>1855</sup>, présage de la nature des conflits à naître en cas de divergences entre les buts ou les intérêts respectifs de l'individu et ceux de la société. Le positivisme sociologique sera donc employé afin d'aider les acteurs du droit à dégager les conditions de satisfaction mutuelle des intérêts<sup>1856</sup>.

**Fonction de la science du droit.** En assimilant but et fin, Ihering dénie au droit, au contraire des jusnaturalistes, une fin qui lui serait propre et transcendante<sup>1857</sup>. A ses yeux, le droit tend vers une fin pratique et immanente à la société : « *dans le domaine du droit, rien n'existe que par le but, et en vue du but ; le droit tout entier n'est qu'une unique création du but ; seulement, la plupart des actes créateurs isolés remontent à un passé si lointain que l'humanité en a perdu leur souvenir*<sup>1858</sup> ». En conséquence de la nature contingente du droit et de son devenir imprévisible, les juristes ne peuvent pas plus se fourvoyer qu'en le formalisant en un système logique clos. La science du droit doit au contraire, se concentrer sur la connaissance du but du droit : « *la recherche de ce but constitue l'objectif le plus élevé de la science juridique, tant au point de vue de la dogmatique du droit, que de son histoire*<sup>1859</sup> ».

En outre la science du droit ne saurait, sans manquer à sa fonction explicative, s'en tenir qu'à une seule conception du droit (conception traditionnelle ou conception évolutive). Le juriste doit être conscient de la pluralité des buts poursuivis, afin de découvrir ce qui s'avère le plus favorable à la sauvegarde des conditions de vie en société, et non se contenter de la méthode historique ou de la méthode logico-systématique, insusceptibles de prendre en compte les données nouvelles issues des besoins de la société.

b) Les définitions du droit objectif et du droit subjectif

---

<sup>1855</sup> Bentham au contraire niait l'existence ontologique de société : « *la société, pour Bentham, n'existe pas en tant que telle. Les concepts de « corps politique » ou de « corps social » invoqués par Hobbes et Rousseau lui paraissent vides de sens. Se voulant réaliste il constate que seuls les individus ont une existence physique, matérielle. La « société » n'est qu'une idée abstraite, et même dangereuse, car elle suppose l'existence d'une réalité qui dépasserait et dominerait l'individu* » (RANGEON F., L'idéologie de l'intérêt général, *Économica*, 1986, p. 160. V. égal. MBONGO P., « Bentham », *LPA*, 8 mai 2003, n° 92, note 56 ; FRIEDMANN, op. cit., p. 277 ; BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956, p. 226).

<sup>1856</sup> HUSSON L., *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris : Dalloz, 1974, p. 345, n° 3 : « on ne peut qualifier Jhering de sociologue, mais il indique une direction dans laquelle la sociologie pourrait s'engager ».

<sup>1857</sup> V. HUMMEL J., « La volonté dans la pensée juridique de Ihering », *Droits*, 1998, n° 28, p. 72.

<sup>1858</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 291. V. égal. FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, p. 150.

<sup>1859</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 291.

i) *Le droit objectif*

**Le droit objectif.** Ihering fait preuve d'un « naturalisme juridique<sup>1860</sup> » ou d'un authentique positivisme scientifique<sup>1861</sup>, en ce sens qu'il reconnaît, comme Savigny, que le droit est propre à chaque peuple et qu'il est déterminé par des considérations sociales. Ce faisant, il rejette le principe du droit naturel et ses prétentions universalistes indépendantes des besoins réels des individus et du degrés de civilisation de chaque société : « *l'idée que le droit doit toujours être le même ne vaut nullement mieux que de dire que le traitement médical devrait être le même pour tous les malades*<sup>1862</sup> ».

Ihering néanmoins ne pousse pas cette conception sociologique du droit trop loin : le droit reste le produit de l'Etat. Ihering définit en effet le droit comme « *la somme des conditions de la vie sociale au sens le plus large du terme, telle qu'elle est assurée par le pouvoir de l'Etat*<sup>1863</sup> ». En fondant le droit sur l'Etat qui en devient l'unique source, Ihering souscrit à une définition rigoureusement positiviste – et donc formaliste<sup>1864</sup> – du droit telle qu'ont pu la présenter Bentham ou Austin.

Le droit est constitué des actes de volonté de la puissance publique exprimés sous la forme de règles impératives, dont le respect est assuré par l'Etat, titulaire du monopole de la contrainte<sup>1865</sup>. Cette force contraignante caractérisant le droit objectif est le moyen nécessaire et suffisant pour l'Etat d'atteindre son but, c'est-à-dire, garantir les conditions de vie de la société. Corrélativement sont exclus de l'ordre juridique et de la définition du droit, les normes non contraignantes telles que les règles morales<sup>1866</sup> ou les résultats de la science du droit, dont l'objet n'est pas *l'utilité* mais la connaissance de la vérité et de la justice.

---

<sup>1860</sup> V. WIEACKER F., *A history of private law in Europe*, trad. WEIR T., 1995, cité par REMY P., « Planiol : un civiliste à la Belle Epoque », *RTD civ.*, 2002, p. 31.

<sup>1861</sup> FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, p. 151.

<sup>1862</sup> *Law as a Means to an End*, p. 328 cité par FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> ed., Paris : LGDJ, 1965, p. 279.

<sup>1863</sup> *Law as a Means to an End*, p. 380 cité par FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> ed., Paris : LGDJ, 1965, p. 280.

<sup>1864</sup> N'est-ce-pas paradoxal ? A dire vrai explique Guido Fasso, Ihering défend une conception positiviste du droit non en raison de l'essence du droit, mais à cause de la fin poursuivie par le droit : le bien de la société. Or, le bien de la société auquel tendent les règles de droit s'oppose parfois aux intérêts individuels. Afin d'atteindre son but, le droit doit nécessairement être contraignant et s'attacher les moyens d'exercer cette contrainte. Autrement dit, le droit est la « politique de la force » (v. FASSO G., *op. cit.*, p. 151).

<sup>1865</sup> V. HALPERIN J.-L., « Jhering Rudolf Von », art. préc., p. 300.

<sup>1866</sup> V. HALPERIN J.-L., « Jhering Rudolf Von », art. préc., p. 299.

ii) *Le droit subjectif*

**Le droit subjectif : un intérêt juridiquement protégé.** Contre Savigny<sup>1867</sup> et plus tard Windscheid<sup>1868</sup>, Ihering estime que le droit subjectif relève non de la volonté, mais de l'intérêt auquel la volonté est soumise<sup>1869</sup>. Le droit subjectif est selon la célèbre formule un « intérêt juridiquement protégé<sup>1870</sup> » : substantiellement, il constitue une utilité, un avantage, un gain, ou encore un but pratique<sup>1871</sup> ; formellement, il se présente comme « la sécurité juridique de la jouissance<sup>1872</sup> », c'est-à-dire un moyen de protection juridique de l'intérêt tel que l'action en justice. Il en résulte que l'existence du droit subjectif, défini comme « *l'autoprotection d'un intérêt*<sup>1873</sup> », est conditionnée à la création de règles idoines par le législateur. Le droit subjectif n'a alors pour seule et unique source que le droit objectif : chaque règle de droit « est *l'expression d'un intérêt reconnu* par le législateur au point de vue de son époque comme méritant et demandant protection<sup>1874</sup> ».

2) Les conditions de possibilité du discours de l'équilibre

La possibilité du discours de l'équilibre résulte de l'approche selon laquelle les conflits d'intérêts (a) et leur conciliation (b) constituent l'alpha et l'oméga du droit.

---

<sup>1867</sup> Selon Savigny, « *chaque rapport de droit (...) apparaît comme une relation de personne à personne* déterminée par une règle de droit, et cette règle déterminante assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendante de toute volonté étrangère » (SAVIGNY F. C. V., *Traité de droit romain*, t. 1, trad. GUÉNOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1840, p. 327).

<sup>1868</sup> Pour Windscheid, le droit subjectif est « la suzeraineté de la volonté », cité par DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 332 ; WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Francfort, 3 vol., 8<sup>e</sup> éd, Kipp, 1900-1901, cité par LAURENT J., *La propriété des biens*, Paris : LGDJ, 2012, p. 8 ; V. OST Fr., « Droit et intérêt », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 22.

<sup>1869</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 35 (cité par HUMMEL J., in, « La volonté dans la pensée juridique de Ihering », *Droits*, 1998, n° 28, p. 78) : « si la volonté était une puissance logique, elle devrait céder à la contrainte de *l'idée abstraite* ; mais elle est un être réel, que de simples déductions logiques n'ébranlent point. Elle ne se meut que sous le coup d'une pression réelle. Pour la volonté humaine, cette pression réelle c'est l'intérêt ».

<sup>1870</sup> IHERING R. V., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, cité par LEONARD T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles : Larcier, 2005, n° 7 ; formule qui a d'ailleurs choqué, au même titre que l'utilitarisme de Bentham, parce que dans l'esprit de l'un comme de l'autre, c'est l'intérêt qui est placé au premier plan (v. BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, p. 302).

<sup>1871</sup> V. LEONARD T., th. préc., n° 8.

<sup>1872</sup> IHERING R. V., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, cité par LEONARD T., th. préc., n° 10.

<sup>1873</sup> Cité par DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2004, p. 331.

<sup>1874</sup> IHERING R. V., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, cité par LEONARD T., th. préc., n° 8.

a) Définir les conflits d'intérêts comme cause du droit

**Le caractère conflictuel de l'évolution du droit.** Dans son étude du droit romain, Ihering avait dégagé, en procédant à la comparaison du droit avec les sciences naturelles, une philosophie organiciste : le droit vit, tel un organisme, en se mouvant. Ce mouvement consiste dans le passage de l'état latent de règles en prise avec la réalité à l'état formel de ces règles<sup>1875</sup>. Dans la réaction anti-formaliste que constitue *Der Zweck im Recht*, il poursuit cette veine naturaliste en attribuant au processus d'évolution du droit, un caractère téléologique. Contrairement aux assertions de l'école historique selon lesquelles, le droit évolue, à l'instar du langage, de manière progressive et fluide, Ihering se représente l'évolution du droit sous la forme d'une succession de conflits d'intérêts à l'issue de chacun desquels, l'on constate tantôt le succès, tantôt l'échec de la réalisation du but poursuivi par les auteurs des revendications. Le droit évolue donc en fonction des résultats des actions engagées en vue d'obtenir la satisfaction d'un intérêt particulier.

**Les conflits d'intérêts : cause d'évolution du droit.** Finalement, l'évolution du droit résulte d'une lutte d'intérêts<sup>1876</sup>. « La lutte » dit-il, « est le travail du droit »<sup>1877</sup>. Ihering explique que le passage du fait (la revendication d'un intérêt) en droit (la protection juridique de cet intérêt) est un processus long et pénible. « Pour vivre », écrit Jack Hummel résumant le propos d'Ihering, « *un droit nouveau se doit d'abord de naître et cette naissance se fera dans la douleur car il aura à mener une lutte contre le droit en vigueur et les nombreux intérêts individuels attachés à ce droit existant*<sup>1878</sup> ». Dit autrement, l'évolution du droit se réalise par les conflits d'intérêts opposants ceux qui revendiquent une protection juridique de leurs intérêts contre ceux qui dressent leurs droits subjectifs. Dans cette lutte écrit Ihering :

« ce n'est pas le poids des raisons, mais la puissance relative des forces mises en présence qui fait pencher la balance et qui produit souvent le même résultat que celui du parallélogramme

---

<sup>1875</sup> V. HALPERIN J.-L., « Jhering Rudolf Von », art. préc., p. 300 ; ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique*, t. 1, Paris : LGDJ, 1981, p. 82.

<sup>1876</sup> Idée qu'il avait déjà défendue dans *L'évolution du droit* : « le droit ne se reconnaît pas comme la vérité, il s'établit par la lutte des intérêts, non par la vertu de raisonnements et de déductions, mais par l'action et l'énergie du vouloir général » (IHERING R. V., *L'évolution du droit*, p. 173-175).

<sup>1877</sup> IHERING R. V., *La lutte pour le droit*, Paris : Dalloz, 2006, p. 4.

<sup>1878</sup> HUMMEL J., « La volonté dans la pensée juridique de Ihering », art. préc., n° 28, pp. 73.

des forces, savoir une déviation de la ligne droite, dans le sens de la diagonale. C'est la seule manière de s'expliquer comment des institutions depuis longtemps condamnées par l'opinion publique parviennent encore souvent à prolonger leur vie. Ce qui les maintient, ce n'est pas la force d'inertie de l'histoire, mais la force de résistance des intérêts défendant leur possession<sup>1879</sup>».

Cette force de résistance est d'autant plus conséquente qu'elle dispose de l'appui de la loi, et partant de l'Etat. Sous cet angle, le conflit d'intérêts représente également une confrontation entre la puissance publique incarnée par la loi et les individus excipant leurs intérêts sous une forme particulière par voie de procès<sup>1880</sup>. Lorsque l'Etat décide, au regard de la nature et de la puissance des forces en opposition et dans la mesure de leur équilibre, d'accorder une action juridique destinée à protéger les intérêts revendiqués, la lutte ne cesse toutefois pas. Au contraire, elle atteint son paroxysme et se formule sous une nouvelle dialectique. En effet, les parties, qui auparavant se trouvaient sur un pied d'inégalité en raison de l'hétérogénéité de leurs moyens de protection, invoquent désormais des moyens de défense équivalents. Il en résulte un conflit « du droit avec lui-même » :

Dans tous les cas où le droit existant trouve ce soutien dans l'intérêt, le droit nouveau ne peut venir à bout de s'introduire qu'au prix d'une lutte qui souvent se prolonge pendant plus d'un siècle et qui atteint le plus haut degré d'intensité lorsque les intérêts ont pris la forme de droits acquis. On voit alors en présence deux partis qui tous les deux prennent pour devise la sainteté du droit ; l'un porte la bannière du droit historique, du droit du passé, l'autre celle du droit toujours se formant, toujours rajeunissant, du droit primordial de l'humanité de se régénérer constamment. C'est un exemple du conflit de l'idée du droit avec elle-même<sup>1881</sup>.

Il revient au juge, placé en première ligne puis au législateur, d'arbitrer ce conflit de droits subjectifs lesquels sont soutenus par des justifications opposées : d'une part la stabilité juridique (arguments de la tradition, de *l'habitude* et de *l'histoire*) et d'autre part, l'adaptation du droit (arguments de *l'équilibre*, de *l'évolution*, du progrès). Le rôle de l'Etat consiste à concilier in fine ces deux impératifs juridiques antagonistes et ancestraux : la sécurité juridique d'une part et la nécessaire adaptation du droit aux évolutions sociales d'autre part.

---

<sup>1879</sup> IHERING R. V., *La lutte pour le droit*, op. cit., p. 8.

<sup>1880</sup> HALPERIN J.-L., « Jhering Rudolf Von », art. préc., p. 299. V. SERVERIN E., op. cit., p. 139.

<sup>1881</sup> IHERING R. V., *La lutte pour le droit*, op. cit., p. 8.

b) Définir la conciliation des intérêts comme fonction du droit

**La fonction du droit : le maintien des conditions d'existence de la société.** La pérennité de la société, dans la conception de Ihering, tient dans la satisfaction de son intérêt transcendant, lequel est subordonnée à la communion des intérêts individuels. Ce phénomène d'harmonisation des intérêts est en partie spontané, en partie artificiel. En effet lorsque les intérêts ne se coordonnent pas naturellement, il appartient à la société, afin de sauvegarder ses propres conditions d'existence d'intervenir à travers la morale, l'éthique et le droit dont la production et l'exécution (la contrainte légitime) sont réservées exclusivement à l'Etat.

Le droit a donc pour fonction de maintenir les *conditions d'existence de la société*<sup>1882</sup>, c'est-à-dire, de concilier, si nécessaire, les intérêts individuels de la société. C'est de cette idée que procède toute attribution ou limitation d'un droit. Chaque droit, avons-nous vu, trouve son origine dans un but poursuivi par une revendication individuelle ou collective. Lorsque le législateur accède à la requête, produit telle ou telle norme attributive de prérogative, impose des restrictions aux libertés des individus ou fournit telle action à la défense de tel intérêt, il poursuit toujours un but<sup>1883</sup>. Mais contrairement aux individus qui concourent à l'intérêt général principalement en poursuivant leurs intérêts individuels, le législateur poursuit en permanence au travers de chacune de ces règles, le bien de la société. Selon Ihering, toute action de l'Etat, quand bien même elle favoriserait un intérêt au détriment d'un autre, n'est légitime qu'à la condition qu'elle ait pour but le bien de la société toute entière<sup>1884</sup>.

Cette subordination de l'individuel au collectif est encore marqué par la manière dont se résolvent certains types de conflits. En effet, Ihering a perçu que les intérêts individuels entraînent en conflit également avec les intérêts supérieurs de l'Etat ou de la société. Cette contradiction nécessite à ses yeux de réduire la portée et l'exercice des droits individuels au profit des intérêts collectifs. Puisque ils répondent à des exigences sociales, aucun des droits

---

<sup>1882</sup> IHERING R. V., *L'évolution du droit*, op. cit., p. 292 : « j'appelle conditions de vie, les conditions subjectives qui la régissent. Sont conditions de vie, non seulement celles dont dépend l'existence physique, mais aussi tous les biens, les jouissances qui, au sentiment du sujet, donnent seul du prix à son existence (...) En un mot, les biens et les jouissances dont l'homme sent le besoin pour vivre, n'ont pas seulement un caractère matériel, ils ont aussi une valeur immatérielle, idéale, ils embrassent tout ce qui fait l'objet des luttes de l'humanité : l'honneur, l'amour, l'éducation, la religion, les arts, la science. La question des conditions de la vie, de celle de l'individu comme celle de la Société, est une question d'éducation nationale et individuelle ».

<sup>1883</sup> V. HALPERIN J.-L., « Jhering Rudolf Von », art. préc., p. 300

<sup>1884</sup> A ses yeux, note Friedmann, le droit « n'assure jamais le bien de l'individu comme une fin en soi, mais seulement comme moyen d'une fin qui est d'assurer le bien de la société » (FRIEDMANN W., op. cit., p. 280).

subjectifs ne saurait prétendre à l'absolu<sup>1885</sup>. L'expropriation ou la limitation de l'exercice des droits de propriété se comprennent, à ce titre, comme des moyens de concilier les intérêts de la société avec ceux de l'individu<sup>1886</sup>.

**L'« équilibre » chez Ihering.** La nature de l'équilibre chez Ihering semble ambiguë en raison de certaines références jusnaturalistes. En effet, la critique de l'individualisme juridique dont le droit de propriété est la meilleure incarnation, précède l'invitation adressée au pouvoir politique d'imposer les richesses afin que survienne « une répartition des biens de ce monde plus conforme aux intérêts de la Société, c'est-à-dire *plus juste, que celle qu'a enfantée, et que devait enfanter, une théorie de la propriété qui n'a su qu'alimenter l'insatiable appétit de l'égoïsme*<sup>1887</sup> ». L'équilibre paraît ici revêtir les atours de la justice distributive. Cela est vraisemblable car Ihering défend l'égalité romaine ou « l'idée de l'équilibre en droit<sup>1888</sup> » laquelle correspond à l'égalité géométrique (*suum cuique tribuere*) et s'oppose à l'égalité arithmétique absolue, source de la « la plus flagrante inégalité (*summum jus summa injuria*)<sup>1889</sup> ». Néanmoins, Ihering subordonne toujours le contenu de l'équilibre ou de l'égalité aux fins pratiques<sup>1890</sup>. Utilitariste, il rejette les doctrines jusnaturalistes, notamment kantienne, en ce qu'elle fonde l'égalité sur un principe transcendant et aprioristique. L'égalité (géométrique) se justifie uniquement en raison de ses effets utiles<sup>1891</sup>. A contrario dit-il, « si l'expérience venait à démontrer que la société aurait avantage à faire prévaloir un système d'inégalité, elle devrait nécessairement l'adopter<sup>1892</sup> ». En conséquence, le fondement et la

---

<sup>1885</sup> IHERING R. V., op. cit., p. 352. Il ajoute également : « tous les droits du droit privé, même ceux qui ont l'individu pour but immédiat, sont influencés et vinculés par des considérations sociales. Il n'en est pas un seul dont le sujet puisse dire : *ce droit, je le possède exclusivement pour moi, j'en suis le seigneur et maître, et la logique juridique met obstacle à ce que la Société apporte des restrictions à l'exercice de mon droit* » (IHERING R. V., id., p. 351).

<sup>1886</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 281.

<sup>1887</sup> IHERING R. V., op. cit., 1901, p. 352.

<sup>1888</sup> IHERING R. V., id., p. 246.

<sup>1889</sup> Il doit, dit-il, « y avoir une proportion entre la capacité et le service rendu, entre la tâche imposée et les moyens déployés pour la mener à bien, entre les mérites et le salaire, entre la faute et la peine. La société a pour devise : *suum cuique – suum, en rapport avec la condition particulière de chaque individu* » (IHERING R. V., id., pp. 247-248).

<sup>1890</sup> IHERING R. V., id., pp. 245-246 : « nous la [l'égalité] voulons parce qu'elle est la condition du bien de la société. Lorsque les charges sont inégalement réparties entre les membres de la communauté, ce n'est pas celui qui est trop grevé qui pâtit seul, toute la société souffre, l'axe social est déplacé, son équilibre détruit, et la lutte pour les rétablir est imminente – lutte pleine de menaces pour l'ordre social existant (...) La poursuite de l'égalité ne peut se justifier que si elle est commandée par la nature de ces buts [pratiques] ».

<sup>1891</sup> IHERING R. V., id., p. 246 : « L'inégalité dans la répartition des avantages sociaux, le préjudice qui en résulte pour l'individu, sont des causes de ruine pour la société elle-même ».

<sup>1892</sup> IHERING R. V., id., p. 247.

mesure de l'équilibre chez Ihering demeure invariablement l'utilité<sup>1893</sup>. Néanmoins l'utilitarisme qu'il défend cesse, en substance, de signifier la poursuite de l'équilibre des intérêts individuels, pour devenir comme nous l'avons vu, l'équilibre entre les intérêts individuels et collectifs. En ce sens, Ihering est le premier juriste, selon Friedmann, à développer « *une théorie de l'équilibre des buts ou des intérêts en fonction d'une classification des intérêts (individu, Etat, société)* »<sup>1894</sup>.

**Conclusion.** En adoptant l'approche de Bentham pour l'étude de l'histoire du droit, Ihering met en lumière le rôle fondamental des conflits d'intérêts dans l'évolution du droit et ouvre à ses successeurs tout un champ de recherche. S'il abandonne l'individualisme méthodologique de Bentham, il donne l'occasion à la sociologie de s'investir dans l'analyse du droit<sup>1895</sup>. En effet, en constatant d'une part, le recul de l'individualisme et le caractère fondamentalement social des droits privés et d'autre part l'existence de conflits entre intérêts individuels et intérêts collectifs, Ihering invite les juristes (davantage que les juges<sup>1896</sup>) à abandonner les abstractions et concepts, afin de définir ces intérêts, d'exposer les causes de leurs conflits et à dégager des moyens de les résoudre.

Quant à l'« équilibre », si Ihering utilise peu le terme, il suggère l'idée. Par sa conception téléologique et fonctionnaliste du droit, Ihering souligne la nécessité pour le droit de concilier les intérêts en lutte. C'est à partir de cette conclusion, que Philip Heck développe la « jurisprudence des intérêts » consistant à voir dans chaque règle de droit, une résolution d'un conflit d'intérêts<sup>1897</sup>.

---

<sup>1893</sup> Il parle du « but pratique du parfait équilibre social » (IHERING R. V., id., p. 246).

<sup>1894</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 280

<sup>1895</sup> Ibid. V. aussi : BATIFFOL H., Problèmes de base de philosophie du droit, Paris : LGDJ, 1979, p. 305.

<sup>1896</sup> Par contre, en pratique, Ihering a manqué dans la dimension méthodologique susceptible d'apporter aux magistrats des instruments utiles à leur travail (v. BUERGESSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 331).

<sup>1897</sup> V. HALPERIN J.-L., « Jhering Rudolf Von », art. préc., p. 300.

## II) *L'Interessenabwägung* dans l'Ecole du droit libre

**L'école du droit libre.** Représenté notamment par Philip Heck, Eugen Ehrlich, et Hermann Kantorowicz, le mouvement du droit libre (*Freirechtsbewegung*) constitue une réaction anti-formaliste dont les présages apparaissent dès la fin du XIXe siècle. Fortement inspirés par la conception pragmatique, instrumentale et téléologique du droit de Ihering, mais également alertés par la critique de la raison et des valeurs issue de Nietzsche<sup>1898</sup>, les juristes allemands du début du XXe siècle ont cherché une alternative à la méthode logico-formaliste et « auto-poïétique » des pandectistes incapable de traiter l'ensemble des phénomènes socio-juridiques. Afin de restaurer la nécessité d'examiner les réalités pour toute question d'ordre juridique, les juristes ont grandement usé de la notion *d'intérêt* en général, et de l'expression d'« équilibre des intérêts » en particulier.

La présentation du courant (A) précédera le rôle de l'équilibre des intérêts dans ce courant de pensée (B).

### A) *Présentation de l'Ecole du droit libre*

Après avoir présenté les précurseurs de l'Ecole (1), il convient d'évoquer la pensée de Kantorowicz (2) puis de souligner les deux variantes de l'Ecole (3).

---

<sup>1898</sup> Alors que Marx dénonce la conscience fautive dans l'économie politique, Nietzsche la dénonce dans les mœurs, en ce qu'elle a perverti les valeurs. Il faut ainsi revenir aux sources de ces valeurs et déterminer comment elles ont été altérées (v. NIETZSCHE F., *Généalogie de la morale*, trad. ALBERT H., Paris : Nathan, 1981, « Avant-propos, p. 80, §6). Il entreprend cette recherche dans la *Généalogie de la morale* et s'efforce d'exhumer à partir des textes majeurs de l'Occident, le véritable sens des valeurs et de restaurer, dans leur violence originelle, les rapports de force qui ont été maquillés par les soins de la civilisation, sous l'emprise d'une morale pernicieuse (v. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, Paris : LGDJ, 2007, p. 429). La conscience exprimée se révèle fautive, car cette conscience n'est que l'intériorisation du ressentiment. La « mauvaise conscience » ou la « culpabilité » engendré par un processus de « sublimation » des formes « policées » (la justice, le droit) qui ne sont en fait que des métamorphoses d'une cruauté sous-jacente : derrière tout processus de civilisation est tapie une barbarie qui prend les masques rassurants de son contraire (v. WYBRANDS F., « *Généalogie de la morale – livre de Frederich Nietzsche* », *Encyclopaedia Universalis*). Au travers du prisme de l'Histoire, le philosophe, après avoir redécouvert l'authenticité des valeurs et analysé les raisons de leur altération (Par exemple, c'est la morale judéo-chrétienne qui aurait rapproché « le bien » du « faible » alors qu'au demeurant, dans le langage originelle de l'aristocratie guerrière, « le bien » s'identifiait au « fort », v. NIETZSCHE F., *Généalogie de la morale*, Paris : Nathan, 1981, p. 84.), peut résoudre le problème de leur évaluation et procéder à leur hiérarchisation, V. NIETZSCHE F., loc. cit. p. 111.

## 1) Les précurseurs

Après Ihering, certains juristes ont balisé la route menant à l'école du droit libre. Sous l'impulsion plurielle de Kirchmann, Gierke, Kolher et Bülow, se développe une recherche juridique indépendante, affranchie des textes aussi bien que de la logique et guidée principalement par les exigences des réalités sociales<sup>1899</sup>. Les résultats sont éloquents : le processus de formation du droit est réexaminé, la place du juge et les sources de droit réévaluées et des techniques nouvelles, destinées à combler les « lacunes » du droit, élaborées.

**Julius Kirchmann.** Ainsi, dès 1848, Julius H. Von Kirchmann (1802-1884) constate, lors d'une conférence intitulée *Le manque de valeur de la jurisprudence comme science*<sup>1900</sup> l'existence d'un décalage entre, d'une part, la loi positive rigide et schématique, objet de la science juridique et, d'autre part, « *le droit tel qu'il vit dans le peuple et tel qu'il est suivi par chacun dans son propre cadre*<sup>1901</sup> ». Ce dernier, « autonome, libre et indépendant<sup>1902</sup> » de la science, est qualifié de naturel. De manière assez romantique, Kirchmann constate que ce droit ne relève pas de l'esprit mais du cœur, et s'explique moins par la raison, que par les sentiments<sup>1903</sup>.

**Otto von Gierke.** En 1880, au rebours de ses contemporains, Otto Von Gierke (1841-1921), « *hypnotisés par le rôle dominateur de l'Etat*<sup>1904</sup> », introduit la théorie dite du pluralisme juridique en constatant l'existence d'un droit -qualifié également de « naturel » – en dehors du droit positif, et dont l'origine résiderait dans la vie et la conscience juridique de la communauté<sup>1905</sup>. Gierke découvre en effet, à partir de l'histoire du droit et du droit des corporations, la manifestation d'un droit vivant, organique, antérieur et extérieur à l'Etat. Il en conclut que tout groupe organisé constitue le sujet de son propre ordonnancement juridique

---

<sup>1899</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, t.2, pp. 349-350.

<sup>1900</sup> Cité par TREVES R., in, *Sociologie du droit*, Paris : PUF, 1995, p. 104 ; A propos de Kirchmann, v. HABA P. E., « Pas assez 'épistémologique'...mais pourtant bien vu », *Arch. phil. droit*, n° 42, 1997, pp. 241-256 ; FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, pp. 126-128.

<sup>1901</sup> TREVES R., id., p. 105.

<sup>1902</sup> Ibid.

<sup>1903</sup> Ibid.

<sup>1904</sup> DU PASQUIER C., *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel : Delachaux & Niestlé, 1948, p. 254.

<sup>1905</sup> V. DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : L'Hermès, 1998, p. 185 ; FRIEDMANN W., op. cit., pp. 187-190 ; FASSO G., op.cit., pp. 163-164.

autonome, réglant sa vie intérieure comme personnalité collective complexe<sup>1906</sup>. Autrement dit, la communauté produit par et pour elle, ses propres règles de droit en fonction de ce que ses membres considèrent être juste. Dans cette optique, le droit ne s'épuise point dans la réglementation étatique et se définit alors comme « une manifestation de la vie en commun des hommes<sup>1907</sup> ». Sur cette base, Gierke ne pouvait que développer une vive critique contre le principe de pureté de la dogmatique juridique et les postulats scientifiques du formalisme<sup>1908</sup>.

**Oscar Bulöw.** En 1885, dans la *Loi et la magistrature*, Oscar Bülow (1837-1907) procède également à la redéfinition du droit, cette fois-ci, dans un sens restrictif. Il soutient l'idée que seule la décision du juge est créatrice de droit. La loi quant à elle, prépare le droit mais ne le produit pas<sup>1909</sup>. Puisque « *derrière le voile trompeur d'une même formule légale*<sup>1910</sup> », se cache une multitude d'interprétations possibles, le juge, en choisissant et en fixant la signification qui lui semble la plus juste, doit être reconnu comme le seul créateur de droit. Il en résulte qu'en cas de contradiction entre le texte de la loi et la décision du juge, c'est la dernière qui doit prévaloir. Cette conception analytique du droit et celle de Gierke, bien que totalement opposée, ont néanmoins pour effet commun de déboulonner la loi de son piédestal.

**Joseph Kohler.** Enfin, dans les années 1886-1887, sont publiées les études de Joseph Kohler (1849-1919) sur *l'interprétation des lois* et la force créatrice de la jurisprudence<sup>1911</sup>, dans lesquelles il montre la nécessité pour le droit de donner au juge la facilité d'exercer une activité critique notamment en scrutant le but économique ou social poursuivi par les lois afin d'en élargir le scope. Cette méthode, comparée à celle consistant à dégager la volonté du législateur, s'avère préférable, estime-t-il, tant pour des raisons de sécurité juridique que d'utilité.

---

<sup>1906</sup> GURVITCH G., *Éléments de sociologie juridique*, préf. TERRE F., Paris : Dalloz, 2012, p. 61.

<sup>1907</sup> TREVES R., *op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>1908</sup> BOURGET R., *La science juridique et le droit financier et fiscal*, préf. SIMON ACOSTA E., Paris : Dalloz, 2012, p. 708.

<sup>1909</sup> FASSO G., *op. cit.*, p. 154.

<sup>1910</sup> BÜLOW O., *Gesetz und Richteramt*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, p. 45, cité par BOURGET R., *La science juridique et le droit financier et fiscal*, p. 704. Cette idée sera l'un des principes du réalisme juridique et, notamment, de la *Théorie réaliste de l'interprétation* menée en France par M. Troper (v. MAINGUY D., *Introduction générale au droit*, Paris : Litec, 2010, 5<sup>e</sup> éd., p. 97).

<sup>1911</sup> GENY Fr., *op. cit.*, p. 350.

**Formation du mouvement du droit libre.** Ces réflexions, peu unifiées au fond, contribuent néanmoins à la remise en cause tant de l'objet que de la méthode de la science juridique traditionnelle et préparent le terrain à l'École du droit libre.

C'est réellement avec la naissance du siècle que l'unité des critiques du formalisme va s'esquisser et que les caractères et les contours du mouvement libre de droit se dessinent avec une relative précision. En 1903, soit trois ans après la publication du Code civil allemand, Eugen Ehrlich tient des conférences au cours desquelles sont évoquées pour la première fois la « libre science du droit » et les vertus pour le juge de procéder à la « libre recherche du droit » afin de dépasser les lacunes inhérentes à l'application mécanique de la volonté du législateur. Bien que plusieurs juristes partagent la conviction que le dogme légaliste et le caractère exhaustif de l'ordre positif<sup>1912</sup> représentent des dangers, ce sera véritablement l'œuvre d'Hermann Kantorowicz, juriste souvent qualifié de « batailleur », qui va les réunir sous une seule et même bannière<sup>1913</sup>. Sous le pseudonyme de Gnaeus Flavius – nom du plébéien qui divulgua au public les actions de la loi- Kantorowicz publie en 1906, un ouvrage qui ne cache pas le tribut versé à Ihering : La lutte pour la science du droit. L'ouvrage « met le feu aux poudres<sup>1914</sup> » et consacre le mouvement du droit libre.

## 2) Le droit libre selon Kantorowicz : retour au droit naturel

Hermann Kantorowicz (1877-1940) fut, comme nous l'avons signalé, le jurisconsulte par qui le scandale arrive. Dans son opuscule provocateur, La lutte pour la science du droit, Kantorowicz synthétise les idées générales contenues dans les essais anti-formalistes et place leur auteur sous l'étendard du « mouvement du droit libre » (Freirechtliche Bewegung)<sup>1915</sup>.

**Critique du formalisme.** Kantorowicz dresse le portrait du formalisme conceptuel: il s'agit d'un mode de pensée juridique qui repose sur le postulat de la complétude du système

---

<sup>1912</sup> FASSO G., op. cit., p. 156.

<sup>1913</sup> DU PASQUIER C., Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel : Delachaux & Niestlé, 1948, p. 194 : « *plutôt qu'un programme, c'est le drapeau d'une croisade dirigée contre l'oppression de la théorie et des textes* ».

<sup>1914</sup> GENY Fr., op. cit., p. 369. Kantorowicz ne ménage aucun effet et veut donner à son ouvrage l'image d'un pamphlet. Déjà, son pseudonyme était « un nom de guerre », un rouge vif revêtait la couverture du livre, enfin, le titre de l'ouvrage était un évident hommage à Ihering (v. GENY, id., p. 372).

<sup>1915</sup> V. GENY Fr., op. cit., p. 372 ; TOURET D., Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, Paris : Litec, 2003, p. 267.

juridique et qui se désintéresse des faits au profit des concepts et de la logique. Dans cette conception où le juge est un « automate de la subsumption<sup>1916</sup> », tous les postulats de bases s'avèrent contredits par la pratique, comme l'atteste par exemple le recours fréquent du juge à l'analogie. Dans la pratique, constate-t-il, Le juge est obligé de « franchir la Muraille de Chine qui sépare le droit formel du monde des faits et d'aller puiser, par exemple, dans les valeurs dominantes qu'il perçoit chez ses contemporains, l'orientation qui lui permettra de dégager la solution appropriée<sup>1917</sup> ».

**Droit formel et droit libre.** Kantorowicz soutient l'idée qu'il existe antérieurement et en parallèle au droit formel, un droit libre (Freies Recht). Tandis que le premier est issu de la volonté *de l'Etat* et constitue un ensemble formel de règles contraignantes, le droit libre résulte, quant à lui, de l'opinion juridique des membres de la société, des sentences judiciaires et de la science juridique, et se caractérise par son défaut de formalisation. Le droit libre se présente comme un droit qui n'a pas accompli totalement son processus et dépend alors de la loi pour accéder à sa forme. Corrélativement et rétroactivement, cela signifie que le droit libre se présente comme la source du droit étatique<sup>1918</sup>, ce qui, par ailleurs, justifie sa fonction palliative. En effet, pour Kantorowicz, en cas de lacune du droit, le juge peut puiser dans le contenu du droit libre, découvert et ordonné par la science juridique, afin d'y trouver les moyens de compléter le droit formel. Dans cette perspective, Kantorowicz cherche moins à proposer une vision radicale du droit qu'à tenter de réorganiser les rapports entre la pratique juridique, les idées de justice prédominantes dans la société et les règles de droit<sup>1919</sup>.

**Les caractères de la science du droit.** Pour découvrir le droit libre, la science du droit doit présenter certains caractères. Négativement elle devra être anti-rationaliste et anti-dogmatique et répugner à l'analogie, à l'interprétation extensive et aux fictions. Elle ne doit ni donner crédit aux prétendus raisonnements tirés de l'esprit de la loi, ni aux systèmes généraux issus de la subjectivité de leur auteur. Positivement, elle sera volontariste, active, source de trouvailles et de créations, et enfin, tournée vers les autres sciences et en premier lieu,

---

<sup>1916</sup> Cité par COUTU M., LEYDET D., ROCHER G. et al., « Introduction », in, WEBER M., Rudolf Stammeler et le matérialisme historique, trad. COUTU M. et LEYDET D., Laval : Presses Universitaires de Laval, 2001, pp. 70-71.

<sup>1917</sup> Ibid.

<sup>1918</sup> V. FASSO G., op. cit., p. 155 ; BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 192 ; RABAULT H., *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 34.

<sup>1919</sup> V. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., loc. cit.

l'histoire « réelle et vivante », puis la psychologie et toutes les sciences sociales<sup>1920</sup>. Il insiste d'ailleurs sur la contribution de la sociologie du droit, définie comme « *l'étude de la réalité sociale en relation avec le droit comme valeur culturelle*<sup>1921</sup> » par le biais de laquelle le juge pourra aller à la rencontre des « conceptions juridiques dominantes dans le peuple<sup>1922</sup> ». En un mot, la science juridique cherchera, grâce notamment à son auxiliaire qu'est la sociologie du droit, la volonté du corps social<sup>1923</sup>.

**Droit libre et droit naturel.** Kantorowicz présente son droit libre, le substratum du droit d'état, comme un « droit naturel » rajeuni<sup>1924</sup>. Une telle assimilation peut surprendre puisque le droit naturel génère également son lot de concepts. Guido Fasso dissipe l'équivoque : « *si par jusnaturalisme on entend simplement une théorie différente du positivisme juridique (...), cela est sans aucun doute exact*<sup>1925</sup> ». Le jusnaturalisme qu'évoque Kantorowicz fait donc moins référence à un quelconque donné ontologique qu'à la nécessité pour l'évolution du droit de puiser à la source du réel en abandonnant les cadres formels. Le recours au droit naturel ne vise qu'à donner une explication séduisante sur la nature du fond auquel puise le juge pour trouver, en dehors de la loi, la source de la solution. A ce propos, il est intéressant de rapporter le rapprochement de Kantorowicz à Cicéron auquel a procédé Mme Fogen dans un ouvrage relatif au droit romain. Le combat qu'a mené chacun de ces deux juristes à des moments distincts de l'histoire représente en effet une opposition de même nature contre le formalisme :

« Gnaeus Flavius alias Hermann Kantorowicz, a, de fait, organisé au début du XXe siècle une nouvelle mise en scène cicéronienne. D'un côté s'éleva la plainte des tenants du droit libre contre le vieux formalisme des prêtres, alias le formalisme cru de la loi et des positivistes juridiques. Les tenants du droit libre réclamèrent « la vie » contre les lettres, la sincérité méthodique contre la « crypto-science », un droit dynamique à la place de constructions formelles – tout cela en recherchant avec frénésie l'équité.

---

<sup>1920</sup> V. GENY Fr., op. cit., p. 374.

<sup>1921</sup> KANTOROWICZ H., « Rechtswissenschaft und Soziologie », in, Rechtswissenschaft und Soziologie, Karlsruhe : Verlag G. F. Mülser, 1962, p. 125, cité par COUTU M., LEYDET D., ROCHER G. et al, « Introduction », in, WEBER M., Rudolf Stammler et le matérialisme historique, p. 71.

<sup>1922</sup> BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 193.

<sup>1923</sup> RABAUULT H., loc. cit.

<sup>1924</sup> V. GENY Fr., op. cit., p. 373

<sup>1925</sup> FASSO G., op. cit., p. 155.

Tous, Cicéron et le moderne Gnaeus Flavius, et entre eux et après eux beaucoup d'autres, des générations entières de philosophes du droit sensés, étaient et sont toujours d'avis que le droit a besoin de quelque chose en dehors de lui-même, qu'il faut le lier – à la science ou à la justice, au secret ou à la contrainte par la loi, à des autorités ou à la proximité du peuple, à un discours ouvert ou à une stabilité inébranlable –, afin qu'il mérite son nom et devienne un droit bon, légitime et juste<sup>1926</sup> ».

### 3) Les deux variantes de l'Ecole du droit libre

Au sein du mouvement libre qui demeure rappelle G. Fasso plus une tendance, une attitude qu'une école ou une doctrine en tant que telle<sup>1927</sup>, deux branches sont ordinairement distinguées : l'Interessenjurisprudenz (ou « école de Tübingen »<sup>1928</sup>) et la sociologie du droit. L'Interessenjurisprudenz découle directement des travaux de Ihering<sup>1929</sup> et par leur intermédiaire, des réflexions de Bentham<sup>1930</sup>. Les tenants de la jurisprudence des intérêts se proposent de rapprocher plus étroitement le droit aux besoins de la vie supposant le bannissement des abstractions systématiques de la Begriffjurisprudenz<sup>1931</sup>. Postulant que la fin du droit est *l'équilibre des intérêts* des membres de la société, les tenants de l'Interessenjurisprudenz assignent à la loi et au juge la même fonction sociale, tout en reconnaissant la nature spécifique des moyens dont dispose chacun. Dans les derniers travaux de l'Interessenjurisprudenz, une grande place est accordée à la sociologie « *en tant qu'elle est* », explique Gény, « *la seule méthode capable de fournir, à l'application et à*

---

<sup>1926</sup> Ibid.

<sup>1927</sup> V. FASSO G., op. cit., p. 154 ; BOURGET R., th. préc., p. 701.

<sup>1928</sup> En raison du nom de la ville dans l'université de laquelle les promoteurs du mouvement, Heck et Rumelin, enseignèrent (v. BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 327 ; CARBONNIER J., Sociologie juridique, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2004, p. 269). V. égal. TITIRIGA R., « The 'Jurisprudence of Interests' (Interessenjurisprudenz) from Germany : History, Accomplishments, Evaluation », International Journal of Law, Language and Discourse, 2013, 3 (1), pp. 55-78.

<sup>1929</sup> « Il n'est pas contesté que les positions de Ihering furent à la base de *l'Interessenjurisprudenz* », BATTIFFOL H., « compte rendu - Helmut COING, « Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre », Arch. phil. droit., n° 14, 1969, p. 369 ; BUERGISSER M., PERRIN J.-F., art. préc., p. 330.

<sup>1930</sup> Il existe un « accord fondamental entre cette école et les idées de bentham » (v. BATTIFFOL H., loc. cit.). Dans le même sens, v. SHAKANKIRI M. E., th. préc., p. 408 et s.

<sup>1931</sup> V. BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., pp. 332-333.

*l'interprétation du droit positif, les éléments, dont elles ont besoin, à défaut des anciens appuis, reconnus inopérants ou insuffisants, en face des conditions modernes*<sup>1932</sup> ».

La sociologie est surtout l'apanage d'Ehrlich, lequel s'est efforcé, avec le plus de conviction, d'appliquer cette discipline à la matière juridique. Selon lui, étant donné qu'il est nécessaire lorsque l'on souhaite étudier un objet se parer des méthodes appropriées, il faut, pour étudier le droit, employer les méthodes correspondantes à ce phénomène social spontané.

Si la jurisprudence des intérêts et la sociologie juridique d'Ehrlich se recoupent globalement, leur différence majeure concerne la valeur que chacune des deux mouvances attribue à la loi, et partant, la place dévolue aux moyens « alternatifs » de concilier les intérêts. Pour l'Interessenjurisprudenz, le juge reste dans une grande proportion lié à la loi, tandis que pour Ehrlich, plus radical, le juge est moins tenu à la loi qu'aux ordres sociaux qu'il constate<sup>1933</sup>. Cette radicalité pousse les tenants de la sociologie juridique à écarter la loi là où les adeptes de la jurisprudence des intérêts tentent de se raccrocher à elle.

#### *B) L'équilibre des intérêts dans l'école du droit libre*

L'Ecole du droit libre se compose de l'Interessenjurisprudenz de Heck (1) et de la sociologie juridique de Ehrlich (2). Chacun des deux ont souscrit au discours de l'équilibre.

##### 1) L'équilibre et l'Interessenjurisprudenz de Heck

**Le programme de l'Interessenjurisprudenz selon Heck.** Dans son œuvre la plus importante, *Gestzesauslegung und Interessen Jurisprudenz* publiée en 1914, Heck prolonge la pensée de Ihering et lance l'Interessenjurisprudenz, terme qui lui est d'ailleurs attribué<sup>1934</sup>. Il est

---

<sup>1932</sup> GENY Fr., op. cit., p. 397.

<sup>1933</sup> BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 334.

<sup>1934</sup> Il désigne par ce terme, introduit à l'occasion de l'article publié en 1905 *interessenjurisprudenz und Gesetztreue*, la méthode d'application du droit par le juge consistant à peser les intérêts en présence, (v. BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., note 34 ; SERVERIN E., op. cit., p. 19).

présenté par M. Kennedy comme le fondateur de la « rationalité des considérations conflictuelles<sup>1935</sup> ».

En concevant la dialectique des intérêts antagonistes des membres de la société et la nécessité de les équilibrer comme cause immédiate des règles de droit<sup>1936</sup>, Heck s'oppose à la formation coutumière et paisible du droit défendue par Savigny et à la logique formelle attachée à la *Begriffjurisprudenz* des Pandectistes, qui ne peuvent, l'une comme l'autre, répondre correctement à l'ensemble des conflits d'intérêts provoqués par la dynamique de la vie en société.

Heck, comme la plupart des anti-formalistes d'Europe et d'Amérique, focalise son attention sur le juge auquel il assigne un rôle créateur de droit. Pour Heck, reconnaître un tel pouvoir au juge et ne pas circonscrire sa fonction à l'interprétation logique de la loi, s'avère nécessaire à l'ordre social, néanmoins, il ne saurait s'exercer sans borne. En l'occurrence, la loi fixe, dans une certaine mesure, le cadre et oriente le pouvoir créateur du juge. En ce sens, le juge doit « épouser le dessein du législateur<sup>1937</sup> » :

« Le nouveau mouvement de l'*Interessenjurisprudenz* est basé sur la conception nette que le juge ne peut répondre de façon satisfaisante aux besoins de la vie par une simple interprétation logique. Le législateur veut une protection des intérêts. Il veut équilibrer les intérêts de l'existence qui se combattent les uns les autres. Mais il sait qu'il ne peut se rendre maître de la multiplicité de l'existence et la régler assez complètement pour que la subsumption logique établisse une ligne de conduite appropriée dans chaque cas. Il ne peut réaliser ses intentions et satisfaire aux besoins de l'existence que si le juge est plus qu'un simple appareil distributeur juridique fonctionnant selon les lois de la mécanique logique. Ce dont notre droit et notre existence ont besoin, c'est un juge qui assiste le législateur comme adjoint pensant et qui, non seulement prête attention aux mots et aux commandements du législateur, mais pénètre ses intentions et donne expression aux évaluations du droit, même pour les situations

---

<sup>1935</sup> « Heck seems, on the one hand, to be recognised in Germany not just as the founder of what we are calling conflicting considerations rationality, but as an important influence on juristic method (both judicial and professorial) today » (KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », in, BROWNSWORD R., MICKLITZ H.-W., WEATHERILL St. et al.(dir.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland : Hart, 2011, p. 198).

<sup>1936</sup> BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 195.

<sup>1937</sup> VILLEY M., *Philosophie du droit*, n° 219.V. aussi : GOGOS D., « Nouvelles tendances d'interprétation du droit privé allemand », *RIDC.*, juillet-septembre 1957, vol. 9, n° 3, p. 532.

que le législateur n'a pas spécifiquement réglementées, en examinant lui-même les intérêts en jeu<sup>1938</sup> ».

**L'équilibre des intérêts : modèle explicatif du droit.** Le point de départ de la réflexion de Heck est le résultat des travaux de Ihering : la société est un lieu où coexistent et s'affrontent les intérêts antagonistes et toute règle de droit trouve son origine dans la tentative du législateur de les équilibrer<sup>1939</sup>. Dans cette conception, « *l'équilibre des intérêts* » constitue une grille d'analyse, grâce à laquelle, s'expliquent les causes efficiente et finale du droit : le droit est, à la fois, le produit d'intérêts (Interessenprodukt)<sup>1940</sup> et se fixe pour fin « *l'assouvissement des besoins de la vie, des désirs et des tendances appétitives existantes dans la communauté juridique, qu'elles soient matérielles ou idéales*<sup>1941</sup> ». Le mot intérêt étant ici pourvu, comme chez Bentham, d'un sens large<sup>1942</sup>, Heck peut définir les lois comme les résultantes des intérêts de caractère matériel, national, religieux, et éthique qui, dans chaque communauté juridique, s'affrontent et luttent pour être reconnus :

« La vérité fondamentale par laquelle nous devons commencer est que chaque commandement de la loi détermine un conflit d'intérêts. Elle a son origine dans une lutte entre intérêts opposés, et représente, pour ainsi dire, la résultante (la somme des vecteurs) de ces forces opposées. La protection des intérêts par le moyen d'une loi ne se fait jamais dans un vacuum. Elle opère dans un monde rempli d'intérêts en concurrence, et, par conséquent, il accomplit son travail toujours aux dépens de certains d'entre eux. Cela est vrai sans exception. Si nous nous limitons à l'examen de la finalité d'une loi, nous ne voyons que l'intérêt qui a prévalu. Mais le contenu concret de la règle de droit, le degré de réalisation de sa finalité, dépend du poids des intérêts vaincus. Par conséquent, la jurisprudence téléologique de Ihering ne suffit pas<sup>1943</sup> ».

---

<sup>1938</sup> HECK P., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, p. 4, cité par FRIEDMANN W., Théorie générale du droit, pp. 291-292.

<sup>1939</sup> Selon Gény, avec Heck « *s'exprime nettement, ici, une opposition qu'on soupçonnait à l'état latent dans les travaux les plus récents de R. von Ihering entre la construction juridique par voie de concepts et la décision basée sur l'appréciation des intérêts* » (GENY Fr., op. cit., p. 352).

<sup>1940</sup> BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 338.

<sup>1941</sup> FASSO G., op. cit., p. 152.

<sup>1942</sup> BATTIFFOL H., « compte rendu - Helmut COING, « Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre », art. préc., p. 369 : « *la notion même d'intérêt qui y joue le rôle central, est comprise comme chez Bentham, dans le sens le plus étendu* ». V. aussi : FRIEDMANN W., op. cit., p. 293.

<sup>1943</sup> HECK Ph., « The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests », in, MAGDALENA SCHOCH M. (p. 35-36, cite et traduit par KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques, 2006, n° 56, p. 182 ; V. égal.

Heck porte alors son attention non seulement sur le résultat atteint par le législateur (comme Ihering) mais également sur tout le processus de formation de la norme. A ses yeux, le législateur, en amont de la production de la norme, recherche les intérêts en présence (Interessenforschung), les compare (Interessenvergleichung), et enfin tente de les équilibrer (Interessenabwägung<sup>1944</sup>) par l'existence et le contenu de la règle. Autrement dit, la loi résulte essentiellement d'un processus d'évaluation et de pondération des intérêts effectué par le législateur<sup>1945</sup>. Ce processus conduit in fine à sacrifier, dans une certaine mesure, un intérêt au profit d'un intérêt concurrent. Les choix du législateur de préférer tel intérêt à tel autre, révèle une échelle de valeur plus ou moins consciemment adoptée par le législateur, entre par exemple, la « justice matérielle », la « praticabilité de la solution », ou encore la « stabilité sociale » etc<sup>1946</sup>.

**L'équilibre des intérêts : mode d'interprétation du droit.** A partir de cette compréhension du droit Heck en tire les conséquences relatives à la science juridique. La logique, chère à la jurisprudence des concepts, doit laisser place à « *la primauté de l'étude et de l'évaluation de la vie* <sup>1947</sup> ». Le formalisme, le conceptualisme et le positivisme juridiques, comme modes d'examen du droit, s'avèrent inappropriés pour appréhender la totalité des conflits d'intérêts en raison de leur multitude et de leur diversité<sup>1948</sup>.

Quant au raisonnement judiciaire, celui-ci se calque sur la « pesée des intérêts » effectuée par le législateur<sup>1949</sup>. Le juge confronté à un litige a, en effet, ceci en commun avec le législateur

---

FASSO G., op. cit., p. 153 ; GOGOS D., « Nouvelles tendances d'interprétation du droit privé allemand. La conception causale du droit », art. préc., pp. 531-532.

<sup>1944</sup> BATTIFOL H., « compte rendu - Helmut COING, « Bentham's Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre », art. préc., p. 369 : « *l'accord le plus remarquable entre les deux courants de pensée se trouve dans leur commun effort pour dégager des types d'intérêts et des types de conflits d'intérêts. Dans l'école allemande comme chez Bentham le conflit d'intérêts ne sera pas résolu par des principes d'ordre éthique ou métaphysique, mais immédiatement par l'Interessenabwägung elle-même* ».

<sup>1945</sup> V. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 196.

<sup>1946</sup> V. BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 339.

<sup>1947</sup> HECK P., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, §1, cite par FASSO G., op. cit., p. 153.

<sup>1948</sup> FASSO G., op. cit., p. 152. Pour Heck le conceptualisme repose sur une erreur initiale : l'« Inversionsverfahren » , c'est-à-dire l'idée que l'on peut déduire des règles de droit d'un concept juridique. *L'inversion* résulte « *d'une confusion entre la fin, la norme, et ses moyens, le concept. En effet, pour Heck, la norme préexiste au concept ; selon lui, le concept n'est qu'un moyen par lequel notre conscience appréhende la norme, ce qui nous permet d'en traduire le contenu et de l'exprimer* » (BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 333).

<sup>1949</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 293 ; SERVERIN E., op. cit., p. 19.

d'être en présence d'un conflit d'intérêts, dont la résolution implique la prévalence d'un intérêt sur un autre. Néanmoins, en vertu de la constitution, le juge ne jouit pas d'autant de liberté que le législateur. Heck suggère toutefois au juge de procéder à une mise en balance encadrée des intérêts. Pour ce faire, le juge doit, dans un premier temps, actualiser les intérêts, c'est-à-dire, identifier hic et nunc les intérêts en présence et les évaluer grâce aux études sociologiques<sup>1950</sup>. Dans un second temps, il doit observer l'opportunité réelle de la règle en fonction des intérêts en jeu et relativiser, le cas échéant, la portée de celle-ci. En effet, toute règle de droit a été formée à une époque définie dans le but déterminé de favoriser tel ou tel intérêt au détriment d'un ou de plusieurs autres, en raison de sa valeur considérée comme supérieure aux autres. Si, au moment de l'application de la règle, ledit intérêt a disparu ou sa valeur diminué, alors qu'il demeure juridiquement protégé et que les intérêts sacrifiés, quant à eux, sont toujours présents dans la société voire amplifiés, l'interprète, au lieu de faire produire les effets de la règle juridiquement applicable devra s'employer à découvrir une norme susceptible d'atteindre réellement l'équilibre des intérêts en conflit. En définitive, la règle ne doit donc s'appliquer, parce que et dans la mesure où, elle produit l'équilibre des intérêts.

En présence d'une règle incapable d'atteindre cet objectif, l'interprète est invité à mettre en œuvre une autre méthode que celle de la subsomption en raison de son incapacité à faire épouser les formes de la loi aux réalités. Le juge doit alors recourir à la « pensée sensible<sup>1951</sup> » (ou « logique essentielle » ou « raison attentive »<sup>1952</sup>). Loin d'inviter le juge à recourir à un jugement subjectif, cette méthode consiste à restaurer le sens de la loi. En effet le juge, s'il est affranchi de l'application mécanique de la loi lorsqu'elle est incapable d'équilibrer les intérêts en jeu, demeure lié par son contenu<sup>1953</sup>. La jurisprudence des intérêts, dit Heck, n'implique, ni ne justifie, aucun affaiblissement de la fidélité à la loi<sup>1954</sup>. En cas de défection de la loi, le juge doit rechercher l'intention du législateur<sup>1955</sup> ou comme l'expliquait Carbonnier son

---

<sup>1950</sup>V. TITIRIGA R., « The 'Jurisprudence of Interests' (Interessenjurisprudenz) from Germany : History, Accomplishments, Evaluation », *International Journal of Law, Language and Discourse*, 2013, 3 (1), p. 68 et s.

<sup>1951</sup> BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 341.

<sup>1952</sup> V. FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, pp. 153-154.

<sup>1953</sup> CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2004, p. 270.

<sup>1954</sup> GENY Fr., op. cit., p. 368.

<sup>1955</sup> Cette investigation se réalise classiquement par la recherche des circonstances de l'élaboration de la loi, des motivations du législateur au travers des travaux préparatoires, des comptes rendus des commissions etc., (v. BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 346).

« intention sociologique<sup>1956</sup> », c'est-à-dire l'échelle de valeurs qui se dégage de la règle. Le juge de l'Interessenjurisprudenz est finalement discipliné et en aucun cas réformiste<sup>1957</sup> : « il reproduit les schémas législatifs dans son action d'application de la loi<sup>1958</sup> ». Après avoir identifié et évalué les intérêts en jeu, le juge finalise leur balancement sur la base d'un jugement de valeur conformément à la volonté du législateur<sup>1959</sup>. Nous comprenons ici que l'interprète tire utilité de l'analyse de la formation du droit par le truchement du modèle explicatif de *l'équilibre des intérêts*. Puisque toute règle résulte d'une lutte entre intérêts opposés, le juge doit rechercher l'intérêt dont le poids a été décisif dans l'élaboration de la loi<sup>1960</sup>.

En insistant sur le rôle central de la loi, Heck prend bien soin de se démarquer de la perspective d'Ehrlich consistant à promouvoir la libre recherche du droit<sup>1961</sup> dans laquelle les conditions de l'équilibre des intérêts sont à trouver davantage en dehors de la loi qu'à l'intérieur :

« La différence réside en ceci que dans la pure recherche libre du droit les critères pour la pesée [des intérêts] sont livrés par les idées de valeurs et les jugements de valeurs propres au laïque ou au juge, alors que dans l'application de la loi et dans le complément limité, apporté aux impératifs [légaux], le juge est lié par les jugements de valeurs qui se trouvent dans la loi ou, éventuellement, à ceux qui prévalent dans la communauté juridique de telle façon que ses propres valeurs n'interviennent que très subsidiairement<sup>1962</sup> ».

## 2) L'équilibre et la sociologie juridique d'Ehrlich

---

<sup>1956</sup> CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, p. 270.

<sup>1957</sup> Il n'y a donc rien de très menaçant chez Heck. La pensée juridique classique s'en sort que peu affaiblie (v. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2006, n° 56, p. 169).

<sup>1958</sup> SERVERIN E., *op. cit.*, p. 19.

<sup>1959</sup> A défaut seulement, il peut employer sa « propre estimation personnelle » (HECK P., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, XIV, 2, cité et traduit par FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, p. 153.V. égal., RABAULT H., *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 81

<sup>1960</sup> BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessenjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », art. préc., p. 340 : « le juge doit soigneusement vérifier que la situation réelle, l'opposition d'intérêts déterminés qu'il doit pondérer, correspond à la constellation d'intérêts appréhendés par le législateur. Autrement dit, l'établissement de la norme applicable, la majeure, procède d'une dialectique entre les normes envisageables et l'état de fait – la mineure ».

<sup>1961</sup> HECK Ph., « The formation of concepts and the jurisprudence of interests », in, *The jurisprudence of interests, Selected Writings*, Cambridge Massachusetts, p. 178 et s., cité par OST Fr., *Droit et intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 171, note 59.

<sup>1962</sup> HECK Ph., *Das Problem der Rechtsgewinnung*, p. 35 cité par BÜRGISSER M., « Intérêt », in, ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1988, p. 196.

Considéré comme le père de la sociologie juridique<sup>1963</sup>, Eugen Ehrlich (1862-1922) fut largement inspiré par Ihering et son étude du droit vivant<sup>1964</sup>, ainsi que par les travaux de Kirchmann et Gierke. Ehrlich se consacre à la recherche des fondements sociologiques du droit ou de ce qu'il nomme la « libre création du droit<sup>1965</sup> ». Inscrite dans le mouvement anti-formaliste du droit libre, sa pensée influencera outre-Atlantique certains auteurs de la sociological jurisprudence comme Cardozo et Pound<sup>1966</sup>.

Ainsi que nous l'avons évoqué, le mouvement sociologique mené par Ehrlich constitue une réaction plus brutale et radicale que l'Interessenjurisprudenz contre la pensée juridique classique<sup>1967</sup>. L'équilibre des intérêts que l'Interessenjurisprudenz poursuivait en tant que finalité du droit était une conquête certes appréciable, mais insuffisante pour Ehrlich qui entendait mener l'assaut final contre le formalisme<sup>1968</sup>.

**Ontologie du droit et de l'« équilibre ».** Dans sa ville d'origine, située dans les Carpates et sous domination alors autrichienne, Ehrlich avait constaté que ses habitants obéissaient quotidiennement à des règles étrangères aux prescriptions légales en vigueur. Il en a tiré la conclusion qu'il existait un véritable droit vivant (lebendes Recht), c'est-à-dire un droit coutumier ou « local » susceptible d'entrer en conflit avec le droit étatique. « Le centre de gravité du développement du droit, ne réside point, même à notre époque, comme en tout temps, dans la législation ni dans la science juridique, ni dans la jurisprudence des tribunaux, mais plutôt dans la société elle-même<sup>1969</sup> ».

---

<sup>1963</sup> V. TOURET D., Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, Paris : Litec, 2003, p. 147 ; CARBONNIER J., Sociologie juridique, pp. 110-111 ; DUBOUCHET P., La pensée juridique avant et après le Code civil, p. 186 ; GURVITCH G., Eléments de sociologie juridique, Paris : Dalloz, 2012, p. 125 et s.

<sup>1964</sup> V. HALPERIN J.-L., « Ehrlich Eugen », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 161.

<sup>1965</sup> Ibid. V. égal. : SERVERIN E., op. cit., p. 6. M. Bourget remarque, à cet égard, la popularité de la notion de « vie » (« Leben ») dans la littérature anti-formaliste allemande (v. BOURGET R., th. préc., p. 705).

<sup>1966</sup> En 1934, Hermann Kantorowicz contribua lors de son exil aux Etats Unis à faire découvrir Ehrlich aux juristes américains (v. SERVERIN E., Sociologie du droit, op. cit., p. 21). Il était lu et admiré par Cardozo et Pound (v. HALPERIN J.-L., « Ehrlich Eugen », art. préc., p. 162).

<sup>1967</sup> Comme l'indique Gurvitch, Ehrlich cherche à « démontrer que la soi-disant 'science de droit' des juristes n'est qu'une 'technique' relative poursuivant des buts pratiques variables et n'étant capable de saisir, en vue de ses systématisations factices, que la croûte la plus superficielle de la réalité effective du droit » (GURVITCH G., Eléments de sociologie juridique, Paris : Dalloz, 2012, p. 125).

<sup>1968</sup> V. ARNAUD A.-J., Critique de la raison juridique, t. 1, Paris : LGDJ, 1981, p. 98.

<sup>1969</sup> EHRLICH E., « Préface », in, Fondation de la sociologie du droit, cité par FASSO G., op. cit., p. 157.

Pour Ehrlich, le droit est le résultat d'un vécu, d'un processus social impliquant tous les moyens de régulation et de coercition sociale<sup>1970</sup>. Au cœur de cette dimension pluraliste, Ehrlich distingue alors deux composantes<sup>1971</sup>. D'une part le « droit vivant » constitué de l'ensemble des règles relatives aux relations interindividuelles et internes aux divers groupements sociaux, d'autre part, les « normes de décisions » qui doivent être appliquées par les tribunaux pour la résolution des conflits en cas de litiges. Il ne fait aucun doute qu'aux yeux d'Ehrlich, le véritable droit est le « droit vivant » qui se définit comme « un ordre social spontané, qui résulte de l'équilibre qui s'établit au sein de l'État (groupe social) entre les volontés individuelles et les volontés des groupes<sup>1972</sup> ». En ce sens, l'« équilibre » ne désigne plus seulement le but de la législation comme pour Bentham, Ihering et les théoriciens de l'Interessenjurisprudenz, mais l'aboutissement d'un processus spontané incluant d'autres sources de droit que celles provenant de l'Etat. Ontologiquement, l'« équilibre » ne résulte plus uniquement de la volonté du souverain d'équilibrer les intérêts et désigne l'état d'un phénomène social<sup>1973</sup>.

**Fonction du juge.** Selon Ehrlich, le juge est lié par la norme de décision dans la mesure de la présence de son présupposé social<sup>1974</sup>. En d'autres termes, le juge doit appliquer la norme à la condition que le but social poursuivi par la loi soit, une fois celle-ci appliquée, atteint. A défaut, le juge est invité à rechercher la règle dans les faits sociaux, par induction ou grâce à son intuition afin de trouver l'équilibre des intérêts, peu importe souligne Ehrlich, si cet équilibre est trouvé à partir de normes existantes ou indépendamment d'elles<sup>1975</sup>. Il ne pouvait pas plus ici marquer sa différence avec l'Interessenjurisprudenz.

---

<sup>1970</sup> V. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 200 ; EISENMANN Ch., « Eugen Ehrlich », Encyclopedia Universalis.

<sup>1971</sup> DUBOUCHET P., op. cit., p. 186.

<sup>1972</sup> EISENMANN Ch., « Eugen Ehrlich », art. préc. V. égal. : EHRlich E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 4e éd., New Brunswick : Transactions Publishers, 2009, p. 32.

<sup>1973</sup> Dans la traduction anglaise des Principes fondamentaux de la sociologie du droit (inédit en langue française), l'équilibre est parfois désigné par '*balance*' qui se réfère à l'action d'équilibrer, et parfois par '*equilibrium*' qui désigne l'« équilibre social » (v. EHRlich E., id., p. 151 et p. 155.)

<sup>1974</sup> EISENMANN Ch., « Eugen Ehrlich », art. préc. : « si la loi, ou quelque autre source officielle de droit étatique, pose des règles qui fixent avec rigueur et d'une façon univoque les décisions juridictionnelles à prendre dans le cas précis qui est soumis au juge, celui-ci doit se conformer purement et simplement à la loi ; il doit l'appliquer, sans prétendre à aucune liberté ». V. aussi : BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 201 ; FASSO G., op. cit., p. 128.

<sup>1975</sup> EHRlich E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 4e éd., New Brunswick : Transactions Publishers, 2009, p. 346 : « it is a matter of little importance whether the balancing of interests is done independently or on the basis of norms that are already in existence ».

Parce que la loi n'épuise pas le droit, le juge, pour Ehrlich, remplit la fonction de « découvreur de droit <sup>1976</sup> ». L'office du juge consistant à reconnaître l'existence et à adapter le droit formel au droit vivant est facilitée grâce aux concepts indéfinis comme la « nature des choses » ou les notions à contenu variable contenues dans la loi tels la « bonne foi », la « loyauté » ou « l'enrichissement sans cause » <sup>1977</sup> qui lui permettent d'introduire le contenu du droit vivant au sein du droit formel.

**La méthode sociologique au service de la science juridique.** L'intérêt majeur de l'œuvre de Ehrlich consiste principalement dans la consécration de la sociologie comme instrument de la science juridique <sup>1978</sup>, laquelle est destinée d'une part à étudier le droit en tant que forme de régulation sociale et, d'autre part, à découvrir les principes de justice aboutissant à l'équilibre des intérêts, ce qui suppose en premier lieu de rechercher par la sociologie la valeur de ses intérêts <sup>1979</sup>.

En premier lieu, la science du droit a pour office l'examen de l'ensemble des règles sociales qu'elles soient issues de l'Etat ou des groupements sociaux en fonction desquelles les hommes se comportent réellement dans la vie sociale <sup>1980</sup>. Constitutives du « droit vivant », les règles issues des communautés, qu'il nomme également les « faits de droit » (Rechstatsachen <sup>1981</sup>), ont pour spécificité de préexister aux normes légales et judiciaires. Les institutions que sont le contrat, la famille, la propriété, la succession, la corporation n'ont pas, selon Ehrlich, pour origine la loi, mais la vie en société ; elles sont, avant d'être consacrée par et dans la loi, des formes d'organisations immanentes à la réalité des rapports sociaux <sup>1982</sup>. Dès

---

<sup>1976</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 20.

<sup>1977</sup> V. GENY Fr., op. cit., t. 2, p. 351 ; DUBOUCHET P., op. cit., p. 186.

<sup>1978</sup> Il souhaite « *décrire d'une façon méthodique et objective, détachée de toute 'technique', la réalité intégrale et spontanée du droit dans tous ses paliers en profondeur* » (v. GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique*, Paris : Dalloz, 2012, p. 125 et s.).

<sup>1979</sup> EHRlich E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, p. 201: « Which are the positive characteristics of justice ? the catch phrase about balancing of interests which is so successful at the present time is not an answer to this question ; for the very question is : what is it that gives weight to the interests that are to be balanced ? Manifestly it is not the balancing jurist, writer or teacher, judge or legislator, but society itself. The function of the jurist is merely to balance them ».

<sup>1980</sup> V. FASSO G., op. cit., p. 158.

<sup>1981</sup> V. SERVERIN E., op. cit., p. 143.

<sup>1982</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 199 ; FASSO G., op. cit., p. 158 ; DUBOUCHET P., op. cit., p. 186 ; SERVERIN E., op. cit., p. 143

lors, l'étude scientifique du droit ne peut, sans manquer tout un pan de son objet, s'affranchir de la sociologie<sup>1983</sup>.

Au-delà de cette mission descriptive par laquelle il met à jour les éléments constitutifs du droit vivant, le juriste a également une fonction normative lorsqu'il est témoin de conflits d'intérêt et qu'il est nécessaire de trouver des issues. Le juriste est alors amené à dégager des directives à partir des principes de justice. Ehrlich distingue deux types de principes : les principes statiques qui tendent à garantir l'ordre juridique<sup>1984</sup> et les principes dynamiques qui tendent à restaurer un équilibre entre forces sociales rivales que les normes formelles ne sont plus à même de préserver<sup>1985</sup>. La tâche de la science du droit est de gérer la tension entre le droit vivant et le droit de l'Etat, toujours en retard<sup>1986</sup>.

## Conclusion de la section une

Il y a entre les deux mouvements de l'Ecole du droit libre, relativement à l'ontologie du droit, une différence fondamentale que l'emploi de la notion d'équilibre, tels que les deux « écoles » la conçoivent, permet d'éclairer. Pour l'Interessenjurisprudenz, à l'instar de Bentham et Ihering, le droit relève exclusivement de la volonté étatique, et sa fonction est d'atteindre l'équilibre des intérêts grâce à la menace de la contrainte. Lorsque le texte de la loi n'atteint pas l'objectif d'équilibre, le juge est invité à procéder à la mise en balance des intérêts opérée par le législateur afin de dépasser les lacunes textuelles. Pour Ehrlich, le véritable droit, « le droit vivant », est un ordre social spontané, qui résulte de l'équilibre social qui s'établit au sein de l'État (groupe social) entre les volontés individuelles et les volontés des groupes<sup>1987</sup>. L'équilibre des intérêts se réalise alors spontanément dans la société et ne résulte pas d'une volonté souveraine. La loi a moins un rôle génitif que déclaratif de cet équilibre, et, lorsqu'elle l'ignore ou le perturbe, c'est au juge d'intervenir pour le constater ou le rétablir.

---

<sup>1983</sup> V. RABAULT H., *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, 1997, p. 81.

<sup>1984</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 143 : « dans des institutions telles que le contrat, les successions, la justice tend à consolider les conditions actuelles de l'organisation sociale, à maintenir des conditions acquises ».

<sup>1985</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 143-144 : « la place de la jurisprudence est située entre l'application du droit et la législation ; elle doit résoudre les tensions que produit la coexistence de règles vivantes, en évolution, et un droit d'Etat rigide et immobile ».

<sup>1986</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 202.

<sup>1987</sup> EISENMANN Ch., « Eugen Ehrlich », art. préc.

## Section 2 : Le discours de l'équilibre dans la doctrine américaine

Le discours de l'équilibre pénètre également dans la pensée juridique américaine, influencée par l'utilitarisme de Jeremy Bentham et de John Austin, et dans une moindre mesure des juristes allemands. A nouveau, il s'agit de s'opposer au formalisme de la pensée classique afin d'inviter les acteurs du droit – et principalement les juges – mais également les juristes à s'intéresser aux réalités sociales telles que les méthodes empiriques de type sociologique peuvent les décrire. Le mouvement de contestation anti-formaliste est parfois qualifié de réalisme. Nous préférons ici distinguer stricto sensu le courant réaliste, plus attaché à la description et à l'analyse des discours juridiques<sup>1988</sup>, et le courant sociologique (sociological jurisprudence) qui intègre un programme normatif dont l'une des directives est la poursuite de l'équilibre des intérêts. Comme le notait Patterson, la partie essentielle de la philosophie du droit de la Sociological jurisprudence « consiste à recommander la méthode du 'balancing of interest' comme une méthode de pensée juridique à la fois pour le législateur et pour le juge<sup>1989</sup> ».

Avant d'étudier en détail, les auteurs du discours de la balance des intérêts (II), il convient de préciser quelques traits caractéristiques du droit et de la science du droit classiques américains (I).

---

<sup>1988</sup> Le réalisme américain correspond essentiellement à une théorie descriptive de l'interprétation, qui pousse la critique anti-formaliste et anti-conceptualiste jusqu'à leurs dernières extrémités. Ce mouvement, regroupant entre autres les juristes Karl N. Llewellyn, Felix S. Cohen ou Jerome Frank, a pu être taxé de nihilisme en raison du scepticisme qui le caractérise. L'un de ses promoteurs, J. Frank (1889-1957), soutenait par exemple que la valeur attribuée par les juristes à la certitude du droit est l'effet de la persistance chez les adultes de la tendance de l'enfant à rechercher une sécurité dans la force et la sagesse du père (v. FASSO G., op. cit., p. 214). Sur le courant, v. FASSO G., op. cit., p. 213 et s. ; MICHAUT F., « Réalisme », in, ARNAUD A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris : LGDJ, 1988 ; FRIEDMANN W., op. cit., p. 245 et s. ; HARCOURT B. E., KREEGER J., « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », Revue de science criminelle, 2010, p. 31 et s. ; sur J. Frank, v. TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », RFDA, 2009, p. 641 et s., n° 34 et s.

<sup>1989</sup> PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », RTD civ., 1930, p. 954.

## I) Les conditions de formation du discours

Le contexte duquel est résulté le discours de l'équilibre sera rapporté (A) avant que ne soient présentés les deux auteurs à l'origine du mouvement anti-formaliste américain (B)

### A) *Les particularismes américains*

Trois éléments contribuent à la réaction anti-formaliste : d'une part, le particularisme du modèle judiciaire américain (1), d'autre part, la prégnance, notamment chez les juges, d'une conception très libérale et dogmatique des droits constitutionnels (2), enfin et surtout, une pensée juridique classique bien trop rigide pour s'adapter à l'évolution des rapports sociaux (3). Ces trois éléments expliquent l'émergence d'un modèle de pensée axé sur l'examen des conditions sociales et sur l'équilibre des intérêts.

#### 1) Le modèle judiciaire

Certaines spécificités du droit américain relatives au système judiciaire et aux cadres institutionnels méritent d'être rappelées afin d'appréhender correctement la théorie classique du droit (classical jurisprudence) et les facteurs qui vont déterminer et catalyser le mouvement anti-formaliste. Ces particularités résultent d'une part de l'héritage anglais et d'autre part de la structure fédérale des Etats-Unis.

**L'héritage anglais.** En bon héritier du système anglais de la Common law, le droit américain privilégie les sources jurisprudentielles et coutumières au détriment de la législation. La souveraineté du droit ne désigne pas, dans ce système, la suprématie du droit posé par l'Etat sous la forme légale, mais évoque le droit d'origine judiciaire<sup>1990</sup>.

---

<sup>1990</sup> V. FASSO G, op. cit., p. 202. Le législateur a bien tenté de se substituer aux juges pour tenir la place convoitée de producteur principal de droit à l'instar des législateurs continentaux, mais les juges ont su conserver leur position qu'ils ont d'ailleurs garantie via la Rule of law (v. XYNOPOULOS G., Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, préf. GAUDEMET Y., Paris : LGDJ, 1995, p. 206 et s. ; HEUSCHLING L., Etat de droit Rechtsstaat Rule of Law, Dalloz, 2002, Paris).

**La règle du précédent.** La cohérence de la production jurisprudentielle et la source de l'autonomie des juges plongent leurs racines dans la doctrine anglaise du *stare decisis*<sup>1991</sup> ou règle du précédent. Il s'agit de la doctrine selon laquelle les juges sont liés aux principes dégagés par les décisions précédentes. Cette règle n'est pas absolue : si une loi contredit un précédent le juge doit écarter le précédent et appliquer la loi. Toutefois, la règle du *stare decisis* rebondit sur le mode d'interprétation : lorsque le juge applique une loi, il est moins tenu par ses termes que par l'interprétation de ses prédécesseurs. Notons que le *stare decisis* implique un mode de raisonnement différent de la méthode syllogistique telle qu'elle a cours sur le continent : en Common law, le juge ne déduit pas la solution à partir d'une règle de droit ; il part des faits d'une affaire qu'il compare avec les faits d'affaires précédentes et, si les faits sont suffisamment similaires, en déduit une solution identique<sup>1992</sup>.

**Le judicial review.** Enfin, les Anglais ont également transmis aux Américains la tradition suivant l'usage de laquelle le gouvernement est subordonné aux juges. Cette soumission se manifeste aux Etats-Unis par l'institution de la *judicial review*. Le *judicial review* ou contrôle de constitutionnalité est la faculté de la Cour suprême, ayant à connaître d'un litige particulier « de déclarer contraire à la Constitution et, par conséquent, juridiquement inapplicable tout acte du président ou loi du Congrès ou loi d'une législature de l'un des Etats de l'Union<sup>1993</sup> ». Ce pouvoir n'est pas inscrit dans la Constitution ni même évoqué dans l'article relatif au pouvoir judiciaire mais il est « en quelque sorte, déduit de ce qu'implique logiquement la Constitution<sup>1994</sup> ». En 1803, la Cour suprême se reconnaissait expressément, dans l'arrêt *Marbury contre Madison*, le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois<sup>1995</sup>. A partir de cette décision, la question de l'interprétation de la Constitution jusque-là mineure, devenait essentielle.

---

<sup>1991</sup> Littéralement « fixité de la décision » (v. XYNOPOULOS G., th. préc., p. 199 et s. ; PINTO R., Des juges qui ne gouvernent pas, Paris : Sirey, 1933 p. 24 et s.).

<sup>1992</sup> V. JEULAND E., « Syllogisme judiciaire », in, CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004, p. 1272 ; PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », RTD civ., 1930, p. 981 : « John Stuart Mill, dans son *Traité de logique inductive*, prétend que non seulement nous pouvons raisonner directement d'une situation concrète à une autre, mais que nous le faisons constamment. (...) Quand on a lu de nombreuses opinions des juges américains, on conclurait volontiers que Mill a raison, que le juge décide de telle manière l'espèce actuelle parce qu'il a trouvé qu'elle était « la même » qu'une autre dans laquelle on a jugé de la même manière ».

<sup>1993</sup> LERAT Ch., La Cour suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique, 7<sup>e</sup> éd., Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 22.

<sup>1994</sup> V. FASSO G., op. cit., p. 202.

<sup>1995</sup> V. LERAT Ch., op. cit., p. 23.

En résumé, le système américain a reçu de son homologue anglais ces deux spécificités étrangères au système continental dit légaliste : le juge crée du droit et contrôle le droit issu du législateur et du gouvernement.

**Particularismes liés à la nature fédérale de l'Etat.** Rappelons enfin que les Etats-Unis depuis la déclaration d'indépendance de 1776 est un Etat fédéral composé d'Etats fédérés. Au droit spécifique de chacun des Etats fédérés, se superpose le droit fédéral auquel les Etats doivent se conformer. Cette forme particulière de gouvernement génère un type singulier de litige juridique, puisqu'il porte sur la conformité des législations étatiques à l'ordre juridique fédéral au sommet duquel se trouvent la Constitution et ses amendements. Le contenu très général des dispositions constitutionnelles d'influence jusnaturaliste<sup>1996</sup> est source de multiples interprétations, ce qui incite les justiciables et leurs représentants à opposer l'argument d'inconstitutionnalité.

Le *judicial review*, le système de la *Common law*, le contrôle de constitutionnalité et le fédéralisme concourent à des degrés variables, à placer le juge en position dominante, entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. C'est ce qui faisait dire à Edouard Lambert, à partir de ce constat général et de l'incidence des arrêts de la Cour Suprême contre la législation sociale des années 1920-1930, qu'un « gouvernement des juges » dirigeait les Etats-Unis<sup>1997</sup>. Nous aurons l'occasion de revenir plus précisément sur cette période qui correspond à l'émergence judiciaire de la balance des intérêts. Avant de décrire le mode de pensée classique de la science du droit, contentons-nous ici d'évoquer le mode de pensée traditionnel américain en matière économique. La connaissance de celui-ci permettra de comprendre, dans une large mesure, la manière dont les juges conçoivent les libertés économiques constitutionnellement protégées.

## 2) Liberté économique dans le mode de pensée américain.

Il y a dans la culture américaine une croyance forte, partagée tant par le peuple que par les représentants de l'Etat, dans les principes des « pionniers » inscrits dans la Déclaration

---

<sup>1996</sup> V. PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 974.

<sup>1997</sup> V. LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, préf. MODERNE F., Paris : Dalloz, 2005.

d'Indépendance et la Constitution américaine. Plus que n'importe quels autres, ce sont les principes de liberté et d'égalité<sup>1998</sup> qui apparaissent fondamentaux. La liberté garantit aux citoyens une sphère de pensée et d'action exclusive de l'intervention étatique et l'égalité préside à l'application uniforme de la loi. La particularité originelle des Etats-Unis tient dans la forte conviction du bienfait de ces principes constitutionnels et de leur universalisme. Ces principes doivent gouverner tant les rapports entre l'Etat et le citoyen que ceux entre personnes privées, notamment en matière économique. Cela se traduit en l'idée que toute loi ou tout acte du gouvernement doit, selon l'opinion publique, être justifiée par l'un des principes constitutionnels<sup>1999</sup>.

Plus qu'en France où quelques esprits ont assez tôt dénoncés le décalage entre les principes déclarés et les réalités subies, la liberté et l'égalité économiques sont aux Etats-Unis pleinement acceptées<sup>2000</sup>. Manifestant la réception du libéralisme de John Locke et de l'économie politique d'Adam Smith, la liberté économique dans la conception américaine, se présente d'ailleurs comme une vérité avant d'être un principe normatif. La majorité des américains comprend les lois économiques (sur la production des richesses, la division du travail, l'offre et la demande, etc.) dégagées par le philosophe écossais moins comme des principes de science économique que comme des lois naturelles<sup>2001</sup>. La pensée de l'américain Herbert Spencer est à cet égard significative. Puisant ses racines dans l'utilitarisme de Bentham et la pensée de Smith, il professe - avant Darwin - l'existence d'un processus d'évolution de la société (une loi naturelle) qui tient en la formule de « lutte pour la vie ».

De telles conceptions étaient fort populaires, notamment parmi d'éminents juristes et magistrats y compris de la Cour Suprême. L'idéologie libérale, diffusée par le canal de la

---

<sup>1998</sup> Entendue initialement comme égalité de droits ou égalité devant la loi et destinée à empêcher l'octroi de privilèges, l'égalité se réfère progressivement aux conditions d'accès à la réussite et signifie concrètement « l'égalité des chances ». L'égalité n'est plus regardée seulement comme la garantie que des êtres substantiellement égaux soient traités de manière égale, mais comme la garantie de ne pas être privé de l'éventualité d'accéder aux moyens de subsistance voire d'opulence : « *c'est une croyance fondamentale des Américains* », écrit Patterson, « *que tous les enfants d'Amérique ont une chance égale d'avoir une activité économique utile, d'acquérir des richesses et d'atteindre le bonheur* » (PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 978). Cette conception, héritière de la philosophie de Bentham, renvoie à « la poursuite du bonheur » considérée comme un droit inaliénable dans la Déclaration d'Indépendance. Au demeurant politique, l'égalité s'appréhende donc, dans la sphère civile, comme l'égalité d'espérer -et d'accéder aux moyens nécessaire pour - devenir un self made man. L'égalité constitue en ce sens la condition de la liberté.

<sup>1999</sup> PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 975 : « chaque loi [ayant] pour but de régler l'activité des affaires privées doit trouver sa justification, non seulement devant les tribunaux, mais devant l'opinion publique, dans un chapitre de la Constitution ».

<sup>2000</sup> Aux Etats-Unis reconnaît Patterson « la liberté économique, est plus soigneusement sauvegardée qu'en France » (PATTERSON W., id., p. 974).

<sup>2001</sup> V. PATTERSON W., id., p. 975.

méthode formelle de la science du droit, a pérennisé l'idée que l'intervention de l'Etat en matière économique constituait a priori une violation de la Constitution. Ces dogmes libéraux, comme nous le verrons, seront remis en cause en même temps que la méthode formelle par la pensée de type sociologique de Holmes, Brandeis ou Cardozo<sup>2002</sup>.

### 3) La pensée juridique classique

**La pensée juridique classique (Langdell).** La pensée américaine classique se caractérise par son conservatisme et son formalisme<sup>2003</sup>. Ces derniers sont les résultats d'une réaction de type rationaliste à la fin du XIXe siècle à l'encontre de l'incohérence des décisions de justice. Cette incohérence de la jurisprudence avait été publiquement révélée en 1870 dans un recueil (le National Reporter System) de décisions issues de cours fédérales, de cours suprêmes étatiques et de quelques cours inférieures. Cette publication « avait mis en évidence le caractère contradictoire, confus voire chaotique des précédents censés constituer la Common law<sup>2004</sup> ».

A partir de ce document, au premier abord accablant, est réalisé un travail de systématisation des précédents destiné à favoriser la connaissance du droit. La tête pensante de cette entreprise est Christopher Columbus Langdell<sup>2005</sup> (1826 -1906), professeur célèbre pour avoir élaboré une nouvelle méthode d'enseignement du droit qui s'est répandue « comme une traînée de poudre dans la totalité des facultés de droit américaines<sup>2006</sup> ». Doyen à partir de 1870 de la faculté de droit de Harvard et ancien botaniste, Langdell introduit, suivant la

---

<sup>2002</sup> V. PATTERSON W., id., p. 979.

<sup>2003</sup> V. KENNEDY D., BELLEAU M.-C., « François Génys aux États-Unis », in, François Génys, mythe et réalités, Paris : Dalloz, 2000, p. 296 ; PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 981. En ce sens, v. RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », art. préc., pp. 30-36 ; POUND R., « Fifty years of Jurisprudence », Harvard Law Review, vol. 51, 1937-1938, p. 444, cité par MICHAUT F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », RIDC, 1987, n° 2, p. 346.

<sup>2004</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 72.

<sup>2005</sup> V. HENNETTE-VAUCHEZ S., « Pound Roscoe », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Paris : Dalloz, 2008 ; FASSO G., op. cit., p. 203 ; MICHAUT F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », RIDC, 1987, n° 2, p. 346 ; JESTAZ P., JAMIN C., La doctrine, Paris : Dalloz, 2004, p. 270 et s. ; JAMIN C., « François Génys d'un siècle à l'autre », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François Génys, mythes et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 26 ; HARCOURT B. E., KREEGER J., « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », Revue de science criminelle, 2010, p. 31 et s. ; COHEN-ELIYA M., PORAT I., Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 33-34.

<sup>2006</sup> JESTAZ P., JAMIN C., La doctrine, p. 272.

nomenclature employée en sciences naturelles, ce que l'on nomme la case method<sup>2007</sup>. Cette méthode a pour avantage de pallier les inconvénients inhérents à l'apprentissage et la compréhension de la Common law. Avec la case method le droit se présente :

« comme le produit d'une activité scientifique dont le laboratoire est la bibliothèque, l'objet d'étude les recueils de jurisprudence et le but le dégagement de cette jurisprudence d'un petit nombre de principes qui se sont formés au fil du temps et qui constituent la quintessence du droit. A partir de ces principes, on pourra, par le biais de la seule logique, inférer les règles applicables aux cas soumis à résolution. La recherche de ces principes constitue l'objet spécifique d'une science autonome, celle du droit et doit être la préoccupation unique du théoricien du droit<sup>2008</sup> ».

Il ne s'agit donc plus, selon cette méthode, d'étudier comme auparavant les cas pour la valeur de leur ratio decidendi ou pour l'autorité de leur tradition, mais d'analyser les plus importants d'entre eux, afin de considérer en substance leur solution comme des normes<sup>2009</sup>. La case method entérine non seulement le formalisme déjà dominant dans la pensée juridique américaine depuis le milieu du XIXe siècle<sup>2010</sup>, mais consacre le conceptualisme propre aux courants continentaux. « Parce que les cas se voyaient attribuer un caractère normatif *indépendamment des valeurs qui pouvaient s'apparaître à son arrière plan* », écrit G. Fasso, et parce que la logique déductive était désormais considérée comme l'unique instrument

---

<sup>2007</sup> L'origine de cette méthode est singulière : en 1869 est recruté Charles Eliot à la présidence de l'Université de Harvard. Eliot est un chimiste et veut faire prévaloir sa méthode d'enseignement sur la méthode classique à savoir la reproduction par les étudiants des expériences exposées dans leurs manuels. A l'opposé Eliot invite les étudiants à déduire à partir de cas concrets des principes généraux. Convaincu par son mode d'enseignement, Eliot recrute des enseignants de matières diverses, parmi lesquels Langdell, afin qu'ils l'appliquent dans leur matière respective, en l'occurrence, le droit (v. JESTAZ P., JAMIN C., op. cit., p. 270 ; v. égal. pp. 272-273 ; MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 38.

<sup>2008</sup> MICHAUT Fr., op. cit., pp. 37-38.

<sup>2009</sup> La méthode « repose sur un respect scrupuleux de la règle du stare decisis : pour Langdell, la clé de la science du droit se trouve dans l'art de discerner, notamment parmi les multiples décisions des juridictions d'appel, celles qui disposent du statut de précédent. Or celles-ci sont en très petit nombre, car il y a en définitive fort peu de décisions qui énoncent des principes juridiques fondamentaux, que les autres se bornent le plus souvent à reprendre. Et ces grandes décisions ne surviennent qu'à l'issue d'une longue évolution, destinée à sélectionner les meilleurs principes selon un processus darwinien, de sorte que seule une étude particulièrement scrupuleuse permettra de reconstituer ce travail d'élaboration par le juge. Puis, une fois réalisé le difficile repérage des principes de base, le juriste devra encore les classer et démontrer qu'ils sont reliés entre eux par la logique, c'est-à-dire qu'il devra procéder à leur étude systématique » (v. JESTAZ P., JAMIN C., op. cit., p. 271).

<sup>2010</sup> A l'origine, la pensée juridique américaine se caractérise par une vision instrumentale. Les juges ayant conscience des effets économiques et sociaux de leurs décisions ont tendance à statuer au-delà du cas. La guerre civile bouleverse cette conception et à partir de 1860 on note un net retour du formalisme. D'une part les juges de plus en plus renoncent à leur rôle politique et se contentent d'appliquer les principes du droit induits par les décisions de leurs prédécesseurs, d'autre part, les doctrines historiques et analytiques contribuent à renforcer le raisonnement logico-formaliste (v. JESTAZ P., JAMIN C., id., p. 269).

d'application des normes, la pensée juridique américaine embrassait la conception positiviste et systématique du droit vers laquelle, la pratique traditionnelle de la Common law ne tendait pourtant pas<sup>2011</sup>. Corps de règles hétérogènes, la Common law et le Code civil, s'étudiaient progressivement de manière analogue. « Au fond » remarquent MM. Jestaz et Jamin, « *Langdell ressemble à nos exégètes, à cela près qu'il travaille sur un tout autre matériau*<sup>2012</sup> ». Les mêmes causes produisant les mêmes effets, le rôle du juge dans la pensée américaine se réduit comme peau de chagrin. La fonction qui lui est attribuée consiste désormais à déduire simplement la solution de l'espèce à partir de la règle de droit, qu'elle soit d'origine légale (statute law) ou jurisprudentielle (common law).

### *B) Les initiateurs du discours*

John Gray (1) et surtout le célèbre juge Holmes (2) ont posé les bases du discours de l'équilibre en revalorisant la place du juge et en développant un mode de raisonnement juridique conséquentialiste inspiré du pragmatisme.

#### 1) La revalorisation du juge par Gray

**Le scepticisme de Gray.** « Figure importante de la rupture de la pensée juridique américaine avec le formalisme<sup>2013</sup> » John Chipman Gray (1839-1915) appartient au courant analytique issu de John Austin mais sa pensée peut également être rapprochée des thèses du « second » Ihering<sup>2014</sup>. Gray remet en question le droit tel qu'il est représenté par le modèle classique en exposant d'une part la fonction créatrice du juge (a), et en dévoilant, d'autre part, le rôle des facteurs extra-juridiques dans le raisonnement judiciaire (b). Avec Gray, le doute relatif au caractère rationnel du droit s'installe.

#### a) Le juge créateur de droit

---

<sup>2011</sup> V. FASSO G., op. cit., p. 202.

<sup>2012</sup> JESTAZ P., JAMIN C., op. cit., p. 271.

<sup>2013</sup> HENNETTE-VAUCHEZ S., « Pound Roscoe », art. préc., p. 463.

<sup>2014</sup> V. SHAKANKIRI M. E., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », art. préc., p. 131 et spec. p. 133.

**Le juge-créateur de droit.** Au demeurant, Gray partage avec Austin la conviction que le *droit tel qu'il est* ne se confond pas avec le *droit tel qu'il devrait être*<sup>2015</sup>. Le droit ne reflète pas un idéal et n'est pas nécessairement conforme aux valeurs, à la morale ou à la nature<sup>2016</sup>. Toutefois, Gray abandonne Austin quand celui-ci fonde le droit sur le souverain<sup>2017</sup>. Si, pour Gray à l'instar de Ihering, la force du souverain est bien la raison d'être du droit, le souverain n'est pas la source exclusive du droit. Il n'est évidemment pas question, pour Gray, de restaurer un quelconque idéal pour fonder le droit, mais plutôt de délivrer une représentation plus conforme à la réalité en restaurant l'importance du juge dans la création du droit.

Gray estime, tout d'abord, que le juge est moins animé par le désir d'appliquer les règles légales que par celui de réaliser la paix. En conséquence les moyens pour parvenir à cette fin ne sauraient se réduire aux règles posées. Les textes positifs, dit-il, constituent sans doute les sources les plus rigides et les plus précises du droit, mais cela ne saurait retirer les pouvoirs étendus que les juges possèdent de fait, sur les statutes, « non seulement dans les pays de la common law, mais aussi sur le continent européen où l'office du juge est moins hautement apprécié<sup>2018</sup> ». A l'appui de son propos, Gray invoque opportunément l'exemple romain : « Les XII tables formaient en théorie le fondement du droit, mais elles étaient tellement étendues, limitée ou altérées par l'interpretatio, qu'elles gardaient bien peu des choses de leur portée originale<sup>2019</sup> ». Il résulte, dans cette perspective que le poids du système juridique ne peut raisonnablement être considéré comme reposant exclusivement sur le législateur. La loi ou statute, n'est qu'une source parmi d'autres, qui d'ailleurs ne se présente pas comme la plus décisive. En effet, Gray à la suite de Bülow, estime que ce sont les organes judiciaires

---

<sup>2015</sup> Pour M. Radbruch, c'est le mérite essentiel d'Austin d'avoir strictement séparé le droit de la morale et le droit positif du droit idéal (v. RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », art. préc., p. 34).

<sup>2016</sup> Gray décrit la science analytique du droit comme étant « la reconnaissance de la vérité que le droit d'un Etat ou d'un autre corps organisé n'est pas un idéal, mais quelque chose qui existe réellement. Ce n'est pas ce qui est en accord avec la religion, la nature ou la morale, ce n'est pas ce qu'il devrait être, mais ce qu'il est » (GRAY J. C., *Nature and Sources of Law*, s. 213, cité par FRIEDMANN W., op. cit., p. 219).

<sup>2017</sup> La contribution la plus importante de John Austin à la théorie du droit fut « de substituer le commandement du souverain (c'est-à-dire l'Etat) à tout idéal de justice dans la définition du droit » (FRIEDMANN W., op. cit., p. 211). Pour Gray, la volonté subjective ou arbitraire du souverain n'a jamais été créatrice de droit, le droit est un phénomène social qui se forme et se développe souvent sans que le souverain connaisse en détail le contenu des règles supposées édictées par lui (v. SHAKANKIRI M. E., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », art. préc., p. 134 ; RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », art. préc., p. 33 ; FASSO G., op. cit., p. 22 et s. ; FRIEDMANN W., op. cit., p. 211 et p. 218 et s.).

<sup>2018</sup> GRAY J. Ch., *The Nature and Sources of the Law*, New York : Columbia Univ. press, 1916, p. 98, cité et traduit par SHAKANKIRI M. E., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », art. préc., pp. 135-136.

<sup>2019</sup> GRAY J. Ch., op. cit., p. 170, cité et traduit par SHAKANKIRI M. E., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », art. préc., pp. 136.

qui ont le dernier mot, pour décider ce qui est, ou, ce qui n'est pas du droit<sup>2020</sup>. Autrement dit, la loi votée par le Parlement n'est pas du droit tant qu'elle n'a pas été interprétée par les tribunaux. Dans l'intervalle, cette loi n'est qu'une source de droit<sup>2021</sup>.

A l'opposé de ses contemporains, Gray soutient donc que le centre de gravité correspond indéniablement à la position tenue par les juges et dénonce à cette occasion la « fiction puérile » que ses pairs alimentent, consistant à faire accroire que les juges ne font qu'énoncer le droit sans l'établir<sup>2022</sup>. Non seulement d'après Gray, le juge est un créateur de droit, mais, il s'avère au final, le seul<sup>2023</sup>. Il en arrive alors à la conclusion selon laquelle « tout le droit est un droit jurisprudentiel [judge-made law]<sup>2024</sup> ».

b) Les facteurs non-logiques du processus judiciaire

**Les facteurs non-logiques du processus judiciaire.** Lorsqu'il s'intéresse au mécanisme de la décision judiciaire, Gray s'attelle encore davantage à la démystification du droit dont l'image de parfaite cohérence était entretenue par le modèle classique. En effet, il démontre l'existence de facteurs non logiques attachés à la personnalité du juge, comme ses préférences politiques, qui impactent, à côté des facteurs logiques, le processus de la décision judiciaire<sup>2025</sup>. Or, lorsqu'il corrèle ce constat à la fonction politique exercée par les Cours de justice aux Etats-Unis, John Gray fait remarquer « de quelle façon la sympathie politique, les *théories économiques et d'autres qualités* personnelles de juges particuliers ont réglé des

---

<sup>2020</sup> V. GRAY J. Ch., op. cit., p. 164, cité et traduit par SHAKANKIRI M. E., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », art. préc., pp. 136. On retrouve cette idée avec la théorie réaliste de l'interprétation de Michel Troper (v. VIALA A., op. cit., p. 210).

<sup>2021</sup> V. PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., pp. 982.

<sup>2022</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 220.

<sup>2023</sup> GRAY J. Ch., The nature and sources of the Law, § 276, 366 et 369, cité par CARDOZO B. N., La nature de la décision judiciaire, trad. CALVES G., Paris : Dalloz, 2011, pp. 84-85 : « *d'après moi, la vérité est que le Droit est ce que les juges déclarent ; les lois, les précédents judiciaires, les opinions savantes, les coutumes et les règles de moralité sont les sources du droit* ».

<sup>2024</sup> GRAY J. Ch., The Nature and Sources of the Law, cité par KELSEN H., Théorie générale des normes, trad. BEAUD O., MALKANI F., Paris : PUF, 1996, p. 404.

<sup>2025</sup> GRAY J. C., Nature and Sources of Law, § 477, cité par FRIEDMANN W., op. cit., p. 220 : « *supposons que le président de la Cour Suprême Marshall eût été démocrate (ou un républicain, comme on disait à l'époque) aussi ardent que le fédéraliste qu'il était. Supposons qu'au lieu de haïr Thomas Jefferson et d'aimer la Banque des Etats-Unis, il eût haï cette banque et aimé Thomas Jefferson, combien serait différent le droit qui nous régit aujourd'hui* ».

questions de la plus grande importance pour des millions de gens et des centaines d'années<sup>2026</sup> ».

Sans pour autant dénier au droit sa structure organisée et son élaboration globalement logique, Gray, en insistant sur le rôle du juge dans la constitution du droit et en soulignant l'existence, insoupçonnée ou refoulée, d'éléments affranchis de toute logique juridique dans le processus de décision, porte un regard sinon critique, du moins sceptique sur la représentation classique du droit. Sa pensée bouscule les acquis de la science juridique et contribue à redéfinir la nature du droit et la fonction du juriste. Holmes l'aura bien compris : le juriste ne doit pas rechercher uniquement quelles règles sont applicables à telle espèce, mais essentiellement quels facteurs sont de nature à déterminer la décision du juge.

L'influence de John Chipman Gray est considérable<sup>2027</sup>. En montrant que le moteur principal de la dynamique juridique est caractérisé par un important degré d'indétermination et que celui-ci ne peut être intégré par la science juridique classique en raison ses moyens épistémologiques limités, Gray invite à recourir à d'autres méthodes afin de rationaliser ces différents facteurs de nature politique, sociale, économique, psychologique, capables d'influencer la prise de décision judiciaire. L'approche sceptique conduit naturellement au renouvellement scientifique de l'étude juridique. A la suite de cette faille au cœur de l'édifice de la pensée classique, vont se développer deux courants scientifiques proches mais distincts : le courant réaliste et le courant sociologique, dont Gray est, avec Holmes, à l'origine. C'est à partir de ses travaux que les réalistes vont s'évertuer à décrire, grâce à la psychologie, la psychanalyse, le behaviourisme, le comportement du juge et ses motivations lorsqu'il exerce sa fonction. Les tenants de la sociological jurisprudence vont, quant à eux se tourner vers les sciences sociales pour étudier les rapports entre le droit et la société, et notamment les rapports entre la fonction du juge et la dynamique sociale. C'est dans ce cadre que la pensée en termes d'équilibre ou de balance sera possible.

Science de l'action humaine et science du social remplacent la botanique<sup>2028</sup> : la porte était désormais ouverte – et contrairement à la France, elle ne se refermera pas<sup>2029</sup> – pour introduire

---

<sup>2026</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 246.

<sup>2027</sup> V. RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », art. préc., p. 38.

<sup>2028</sup> SERVERIN E., op. cit. p. 73 ; JESTAZ Ph., JAMIN Ch., op. cit., p. 133 273

<sup>2029</sup> JAMIN Ch., « rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droits*, n° 51, 2010, pp. 137-159.

dans le champ juridique des outils scientifiques exogènes et novateurs. Avant de nous concentrer sur les auteurs de l'équilibre dans le courant sociologique du droit, nous présenterons son second père spirituel, Holmes, dont la pensée, sera pour la sociological jurisprudence, encore plus décisive que celle de Gray.

## 2) Holmes : géniteur de la Sociological jurisprudence

**Oliver Wendell Holmes.** Dès 1881, le plus célèbre des juges de l'histoire des Etats-Unis et « figure héroïque centrale de la pensée juridique <sup>2030</sup> », Wendell Olivier Holmes <sup>2031</sup> (1841–1935) entreprend dans *The Common law* <sup>2032</sup> une critique du formalisme qu'il prolonge en 1897 dans *The path of the law* <sup>2033</sup>. Cette critique est destinée non seulement à discréditer le modèle classique de la pensée juridique, mais également à préparer les esprits à l'exposition du droit dans sa « vivante réalité <sup>2034</sup> ».

Holmes, dont l'approche visionnaire surprend encore aujourd'hui <sup>2035</sup>, se caractérise par son anti-dogmatisme <sup>2036</sup> et son scepticisme « réfléchi et humble <sup>2037</sup> » à l'égard de toute

---

<sup>2030</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., n° 56, p. 169. V. aussi en ce sens : PINTO R., *Des juges qui ne gouvernent pas*, Paris : Sirey, 1933, p. 18 ; TUNC A., TUNC S., *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, préf. DAVID R., Paris : Domat Montchrestien, 1954, p. 270.

<sup>2031</sup> Holmes est un personnage typiquement américain : issu d'une famille bourgeoise, héros (fédéré) durant la guerre de Sécession, juge de la Cour Suprême, orateur aux formules historiques, fervent défenseur de la démocratie, libéral modéré, personnage à la forte personnalité qui transparaît dans ses écrits et ses jugements, il est autant acclamé qu'abhorré. Pour MM. Tunc c'est une « personnalité étrange, aristocrate de naissance et artiste, mais révolutionnaire de caractère, assez proche d'un Malreaux, sauf par la naissance, idéaliste sans autre foi que celle de la lutte pour la vie (ce qui doit évoquer non seulement le darwinisme, mais surtout le nietzschéisme) et à peu près sans espoir, luttant pénétré de la faiblesse de l'homme et de son impuissance à l'égard du destin, c'est-à-dire du hasard, Holmes exerça une grande influence sur la Cour suprême, non par la persuasion et l'autorité, au sens habituel du mot, mais par la violence des idées, des sentiments et du langage, presque par la menace » (v. TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 271). Pour d'autres portraits de Holmes, MALAURIE P., *Anthologie de la pensée juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Cujas, 2001 ; FRIEDMANN W., op. cit., p. 309 ; PINTO R., op. cit., p. 39 et s.

<sup>2032</sup> HOLMES W. O., *The common law*, 2011, disponible sur <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>

<sup>2033</sup> FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, p. 425.

<sup>2034</sup> FASSO G., op. cit., p. 205.

<sup>2035</sup> V. ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : Dalloz, 2010, p. 153.

<sup>2036</sup> Pour M. friedmann, sa pensée représente la quintessence du relativisme car Holmes ne prétend jamais détenir la vérité et ne dénie jamais à l'opinion contraire, d'un point de vue moral, sa propre validité : « on ne peut discuter de préférences profondes – *on ne peut persuader par l'argumentation un homme d'aimer un verre de bière* – aussi, quand les différends sont d'assez grande portée, *cherche-t-on à tuer l'autre plutôt que de le laisser agir à sa guise. Mais cela n'empêche nullement d'admettre que, pour autant qu'on sache, ses raisons sont tout*

représentation du droit en général et de toute définition aprioristique du droit en particulier. Cette défiance à l'encontre des présupposés axiologique, métaphysique ou idéologique n'empêche pas Holmes de croire en la possibilité d'élaborer, grâce à la science, un droit idéal, dans et pour une société démocratique.

a) Ontologie du droit ou la perspective du *bad man*

**La redéfinition du droit.** La conception du droit de Holmes renvoie à l'utilitarisme benthamien<sup>2038</sup> car est rejetée l'idée d'une source métaphysique du droit tandis que le droit tel *qu'il est* est distingué du droit tel *qu'il devrait être*. Elle se rattache également au pragmatisme<sup>2039</sup>, dérivant de l'utilitarisme, et dont Holmes va d'ailleurs contribuer à introduire en droit les principes et la logique<sup>2040</sup>. Quelques indications sur ce courant assez mal connu<sup>2041</sup> mettront en lumière l'approche réaliste et sociologique de Holmes.

Développé par des scientifiques et logiciens américains à la fin du XIXe, le pragmatisme constitue une philosophie de la méthode scientifique qui procède du positivisme et de l'empirisme dont il serait d'ailleurs l'aboutissement. Conditionnant la production de connaissance nécessairement à l'expérience, le pragmatisme ne s'intéresse qu'aux faits et balaye toute prétention à l'accès à la connaissance par la seule raison. Le chef de file de cette philosophie de la méthode, John Dewey<sup>2042</sup>, présente ainsi la démarche du pragmatiste :

« Un pragmatiste se détourne de l'abstraction et des insuffisances, des solutions verbales, des mauvaises raisons a priori, des principes fixés, des systèmes fermés et des prétendus absolus et origines. Il se tourne vers le complet et la justesse, vers les faits, vers les actions, vers les

---

*aussi bonnes que les nôtres...* » (HOLMES W. O., Harvard Law Review, 1918, n° 32, p. 40 cité par FRIEDMANN W., op. cit., p. 149).

<sup>2037</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 309.

<sup>2038</sup> Holmes a lu et rencontré John Start Mill, l'auteur de l'utilitarisme.

<sup>2039</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 74. Pour Mme Michaut, Holmes serait moins pragmatiste qu'évolutionniste et utilitariste (v. MICHAUT F., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 17).

<sup>2040</sup> V. toutefois, KELLOGG R. Fr., « Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism », Transactions of the Charles S. Peirce Society, vol. 23, n° 1, 1987, pp. 99-120.

<sup>2041</sup> V. CANTECOR G., « Le pragmatisme », L'année psychologique, 1907, vol. 14, pp. 355-379 ; DELEDALLE G., « Pragmatisme », Encyclopaedia Universalis ; MICHAUT F., op. cit., p. 17 et s. ; DAVAL R., « Le pragmatisme américain », in, CAILLE A., LAZZERI Ch., SENELLART M. (dir.), Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique, Paris : La Découverte, 2001, pp. 640-648 ; *Revue française d'études américaines*, 2010/2, n° 124, consacré au pragmatisme, spec. : SCHMITT A., « Le pragmatisme : une idée américaine », pp. 3-10.

<sup>2042</sup> V. PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », RTD civ., 1930, p. 989 et s.

pouvoirs. Cela signifie le règne d'un état d'esprit empirique et l'abandon sincère de l'état d'esprit rationaliste ; cela signifie le grand air et les possibilités de la nature opposées au dogme, au caractère artificiel et aux faux-semblants de finalité dans la vérité<sup>2043</sup> ».

Empiriste et récusant tout apriorisme, le pragmatisme lorsqu'il est appliqué à la matière juridique se traduit par le rejet de l'impérialisme des méthodes logico-déductives<sup>2044</sup> au profit d'une conception conséquentialiste du droit<sup>2045</sup>. A partir de cette perspective amoraliste, Holmes présente le droit sous un jour résolument nouveau :

« Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit...vous trouverez des faiseurs de manuels pour vous dire...que c'est un système de raison, que c'est une déduction tirée de la morale ou de principes admis...Mais si nous nous plaçons du côté de notre ami le bad man, vous verrez qu'il se moque comme d'une guigne des raisonnements et des axiomes ; tout ce qu'il veut savoir, c'est ce que les tribunaux du Massachusetts ou d'Angleterre décident. Je suis assez de son avis<sup>2046</sup> ».

Si le droit se définit par les seules décisions de l'autorité judiciaire, cela signifie-t-il, de manière corollaire, que l'objet d'étude exclusif du juriste est l'ensemble des décisions de justice ? Bien au contraire, pour Holmes, il ne s'agit pas pour le juriste d'analyser les décisions déjà rendues, mais, à l'instar de ce qui intéresse le bad man de s'interroger sur celles à venir. En d'autres termes, la fonction du juriste est de prédire ce que les tribunaux vont décider<sup>2047</sup>.

Cette fonction attribuée au juriste implique une redéfinition des sources du droit car, la prédiction se base sur un ensemble de données dont les règles juridiques, ne représentent

---

<sup>2043</sup> JAMES W., Pragmatism, cité par FRIEDMANN W., Théorie générale du droit, pp. 247-248.

<sup>2044</sup> « [T]o claim that old forms are ready at hand that cover every case and that may be applied by formal syllogizing is to pretend to a certainty and regularity which cannot exist in fact. The effect of the pretension is to increase practical uncertainty and social instability » (DEWEY J., « Logical Method and Law », The Cornell Law Quarterly, vol. 10, 1924/25, p. 123, cité par MATHIS KL., « Consequentialism in Law », in, MATHIS KL. (dir.), Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations, Dordrecht : Springer, 2011, p. 16.

<sup>2045</sup> V. MATHIS KL., « Consequentialism in Law », art. préc., p. 16.

<sup>2046</sup> HOLMES W. O., The path of the law, 1897, cité par MALAURIE P., Anthologie de la pensée juridique, Paris : Cujas, 2001, 2<sup>e</sup> éd., p. 217. La position du bad man est le point de vue d'un acteur extérieur au système juridique, qui n'est tenu de l'intégrer en tant qu'obligé ou débiteur, autrement dit, parce qu'il s'est fait « prendre ». Cette conception suppose l'idée que le droit est contraignant et que tout homme a, un jour ou l'autre, un intérêt égoïste à éviter de s'y conformer (v. SEVE R., Philosophie et théorie du droit, Paris : Dalloz, 2007, n° 205).

<sup>2047</sup> « Les prophéties de ce que décident, en fait, les tribunaux, voilà ce que j'entends par le droit, et pas d'autres définitions prétentieuses » (Ibid).

finalement qu'une fraction. La Constitution, les lois, les coutumes, les recueils de jurisprudence ne sont pas le droit, mais que *des moyens parmi d'autres de son étude*<sup>2048</sup>. L'étude du droit signifie dès lors l'étude de tous les éléments de nature à déterminer la décision du juge. Pour son travail, le juriste doit s'entourer d'un ensemble d'outils extra-juridiques propre aux nouvelles sciences de l'homme reposant sur l'observation, l'expérience et les mathématiques, telles que la sociologie<sup>2049</sup>, les statistiques<sup>2050</sup>, l'économie, etc. Les outils de ces sciences sont plus adaptés pour répondre aux problèmes concrets tels qu'ils se posent dans une société démocratique, c'est-à-dire, sous la forme d'une ou de plusieurs oppositions de valeurs et d'intérêts. Ces nouvelles sciences tendent à remplacer l'histoire que le juriste traditionnel emploie comme cause (et justification) de l'application de règles. Holmes entend laisser le passé là où il est<sup>2051</sup> afin d'observer le droit en se projetant dans l'avenir<sup>2052</sup>.

**Illustration.** Dans l'arrêt *Rilmik contre Mc. Bride* de 1928, une loi du New Jersey autorisant l'administration à fixer le prix de services financiers fournis par des agences privées est annulée par la Cour Suprême<sup>2053</sup>. Le motif d'inconstitutionnalité est la violation de la clause du *due process* par laquelle la vie, la liberté et la propriété de chaque citoyen sont protégées contre les atteintes illégitimes de la puissance publique. Pour la Cour, rien ne justifie une telle violation de la liberté de chacun à demander ce qu'il veut en paiement de ses services. La Cour déduit ces conclusions à partir du principe que toute entreprise privée doit demeurer libre, sauf nécessité de santé, de sécurité ou de bien-être public. Dans son opinion dissidente<sup>2054</sup>, le juge Stone soutenu par Holmes et Brandeis, défend l'idée, appuyée par une multitude de faits (législation d'Etat, traité sur le chômage, rapports officiels des ministre de Travail, etc...) qu'une telle loi, au contraire, s'avère nécessaire pour protéger les clients

---

<sup>2048</sup> FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, p. 205.

<sup>2049</sup> HALPERIN J.-L., « Ecole sociologique du droit », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>2050</sup> « *Pour l'étude rationnelle du droit, l'homme du futur* », déclare Holmes « est un homme de statistiques et un expert en économie » (HOLMES O. W., *The paths of the Law*, p. 187, cité et traduit par FRYDMAN B., op. cit., p. 432).

<sup>2051</sup> Holmes considère l'histoire, écrit Benoît Frydman, comme ne pouvant plus représenter « que le premier pas d'une enquête critique qui doit soumettre les règles établies à réévaluation » ; l'auteur cite pour illustrer son propos Holmes lui-même : « *Tout le monde s'accordera aujourd'hui à reconnaître que la justification d'une règle ne peut plus être tirée du seul fait que nos ancêtres l'ont toujours suivie* » (v. FRYDMAN B., op. cit., p. 435)

<sup>2052</sup> V. FASSO G., op. cit., p. 205 et p. 206.

<sup>2053</sup> *Rilmik contre Mc. Bride*, 277, US, 350, [1928].

<sup>2054</sup> Les juges sont autorisés à joindre aux décisions leur opinion. Elle peut être concordante ou dissidente. Cette pratique remonte à la justice féodale anglaise (v. PINTO R., *Des juges qui ne gouvernent pas – Opinions dissidentes à la Cour suprême des Etats-Unis (1900-1933)* Paris : Sirey, 1933, p. 32 et s.)

contre les extorsions et pour réduire le chômage. « Les deux opinions », indique Patterson, « font ressortir le contraste entre la méthode du raisonnement abstrait se suffisant à lui-même et la méthode sociologique ou pragmatique<sup>2055</sup> ».

b) Epistémologie du droit : Logique versus Expérience

### **Annonce.**

**Critique de la logique : l'exemple de la « mailbox theory ».** Holmes s'oppose à la méthode classique logico-formaliste considérée par la doctrine officielle comme le seul mode de raisonnement juridique. Sa démarche peut être illustrée grâce à la célèbre théorie de la boîte aux lettres.

**Mailbox theory. Position de Langdell.** Comme en France, la justice américaine, et avant elle anglaise, a été confrontée au problème des contrats à distance et à la question de savoir à quel moment l'on doit considérer le contrat comme conclu : à l'émission de l'acceptation ou à la réception de celle-ci par le pollicitant ? Depuis le début du XIXe siècle, selon la solution traditionnelle de la Common law, issue de la théorie de la considération<sup>2056</sup>, la conclusion du contrat est admise dès que l'acceptant dépose dans une boîte aux lettres l'exemplaire du contrat à destination du pollicitant. Pour Langdell, une telle solution est une erreur car elle s'inscrit à rebours de la solution qui découlerait logiquement des concepts juridiques propres au contrat et en premier lieu, le consensus. Selon lui, l'offre devient irrévocable et la conclusion du contrat effective, lorsque le pollicitant a connaissance de l'existence de la considération, ou, ce qui revient ici au même, de l'acceptation de l'offre. Pour parvenir à cette solution, Langdell fait intervenir en prémisse l'idée de promesse et indique que l'acceptation scellant le contrat est elle-même une promesse, et que toute promesse est, avant d'être une promesse, une offre ; or, l'offre étant une expression de la volonté, elle doit, par définition, être communiquée à l'autre partie ; dès lors, tant que le pollicitant n'a pas eu connaissance de la volonté de l'acceptant, le contrat, faute de rencontre des volontés, n'est pas conclu. Cela

---

<sup>2055</sup> PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 980.

<sup>2056</sup> La considération en droit des contrats de la common law est comparable à la « cause » du contrat (v. MARKESINIS B. S., « La notion de considération dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », Revue internationale de droit comparé, vol. 35, n° 4, pp. 735-766, spec. p. 753). En l'occurrence, la théorie de la considération fonde la règle selon laquelle l'offre est librement révocable, du moins jusqu'à ce qu'elle soit acceptée.

signifie que la conclusion du contrat est conditionnée par une « acceptation de l'acceptation ». Si l'on met entre parenthèses la question de la considération, le raisonnement de Langdell consiste à soumettre l'acceptation et l'offre aux mêmes conditions et à leur faire produire les mêmes effets (libre révocabilité jusqu'à la rencontre des volontés). Cette solution obtenue par une opération de déduction à partir des principes du droit des contrats, est selon Langdell la seule valable ; toute autre est une erreur puisqu'elle consisterait en une incohérence logique. Pour établir un système cohérent, les divers facteurs comme « les habitudes » ou les difficultés pratiques qu'une telle solution génère, autrement dit, la « balance des avantages et des inconvénients » (« balance of convenience ») doivent être considérés comme des arguments légalement inopérants<sup>2057</sup>.

**Mailbox theory. Position de Holmes.** La solution préconisée par Langdell est, selon Holmes, infondée. Pour lui, l'offre se définit comme l'expression de la volonté de promettre ; l'offre est révocable et non-acceptée. Quand une offre en vue d'un certain contrat bilatéral a été proposée, ce contrat ne peut plus faire l'objet d'une offre par l'autre partie : cette soi-disant offre ne pourrait pas faire l'objet d'une révocation (le contrat étant conclu) et ne pourrait pas être refusée par l'autre partie (pour la même raison)<sup>2058</sup>. Néanmoins, ce n'est pas sur le terrain logique qu'Holmes suggère, en définitive, sa solution. Selon lui, la source de la réponse au problème de savoir à quel moment le contrat doit être considéré comme conclu est très simple. Il suffit d'observer les pratiques actuelles dans les relations d'affaires et procéder à une comparaison des avantages et des inconvénients des deux options, pour déterminer quelle est celle qui convient le mieux aux contractants. Si une solution présente un caractère de convenance prépondérant, « *c'est une raison suffisante pour l'adopter*<sup>2059</sup> ». C'est au travers de la logique de l'utilité qu'Holmes entend résoudre un certain nombre de questions de droit.

**L'influence du pragmatisme.** Dans l'application des opérations juridiques le pragmatisme, qui rappelons-le dérive de l'utilitarisme, enjoint d'abandonner « la sanctification *d'antécédents tout faits*, de principes universels » et ce, au profit d'une « logique plus

---

<sup>2057</sup> V. GREY Th. C., « The New Formalism », Stanford Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper, n° 4, pp. 3-4, cité par COHEN-ELIYA M., PORAT I., Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 34.

<sup>2058</sup> HOLMES W. O. Jr., The common law, Toronto : University of Toronto Law School, 2011, p. 270, disponible sur <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>

<sup>2059</sup> Ibid.

expérimentale et plus souple<sup>2060</sup> ». La logique pragmatiste n'est plus réduite à la déduction de certitudes à partir de principes théoriques tel que le syllogisme, elle est, précise M. Friedmann, « une théorie de la recherche des conséquences probables, méthode dans laquelle on ne peut se servir de principes généraux que comme instruments dont la *justification est dans le travail qu'ils accomplissent*<sup>2061</sup> ». A la déduction, qu'Holmes réduit à n'être qu'une contrainte apparente pour le juge, s'adjoint l'analogie ou encore le raisonnement par induction en application duquel, les principes juridiques sont a posteriori optés par le juriste en fonction de la nature des faits et du conflit d'intérêts révélé par la cause. Contrairement au syllogisme lequel s'il est conscient et explicite n'en demeure pas moins, dans certains cas, factice<sup>2062</sup>, ces autres raisonnements n'apparaissent pas toujours de manière claire à l'esprit qui les exécute. Holmes avoue en effet qu'il est vraisemblable pour les juristes de savoir ce qu'ils doivent décider sans être en mesure d'en donner les raisons<sup>2063</sup>.

c) La contribution au balancing

Holmes est l'auteur qui est véritablement à l'origine du discours doctrinal du balancing<sup>2064</sup>.

**Une représentation de la société comme lieu de conflits d'intérêts.** Holmes exhorte le juge, et plus largement tout juriste, à inscrire tout sujet d'étude ou d'intérêt à sa « conception intime

---

<sup>2060</sup> FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, p 248. Et plus exactement, l'un de ses fondateurs, John Dewey.

<sup>2061</sup> Ibid.

<sup>2062</sup> M. Friedmann constate que pour les pragmatistes, « les prémisses et les conclusions, sont deux façons d'énoncer la même chose », FRIEDMANN W., *id.*, p. 148.

<sup>2063</sup> « La common law a le mérite de juger le cas d'abord et de déterminer le principe ensuite. La présentation logique pourrait amener à penser que lorsque nous avons une prémisse mineure et une conclusion, il doit y avoir une majeure que nous sommes aussi immédiatement prêts à affirmer. Mais, en fait, les juristes, comme les autres hommes, voient fréquemment assez bien quelle doit être leur décision à propos d'une situation de fait donnée sans en percevoir très clairement la *ratio decidendi* », HOLMES O W, « Codes and Arrangements », *Harvard Law Review*, vol. 44, 1931, p. 725, cité par MICHAUT F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC*, 1987, n° 2, p. 353.

<sup>2064</sup> HORWITZ M. J., « The place of Justice Holmes in American legal thought », in, GORDON R. W. (dir.), *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Stanford : Stanford University Press, 1992, p. 57 : « Above all, it is the first time, I believe, that a fully articulated balancing test has entered American legal theory. Because of this development, perhaps it is the moment we should identify as the beginning of modernism in American legal thought ». Holmes avait « développé une philosophie pragmatique et relativiste, qui sera par la suite bien adaptée à l'idée de la mise en balance des intérêts » (HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et compare », *Série des Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit*, n° 2007/1, p. 44, disponible sur <http://www.philodroit.be> ou in, *Juger les droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 139 et s.).

de la vie<sup>2065</sup> » ; à substituer une vision dynamique à l'image statique du droit. Le juriste devrait, estime Holmes, renoncer à appréhender le droit comme un phénomène isolé et le raccrocher à l'image cohérente par laquelle celui-ci se représente le monde. En application de cette recommandation, Holmes « lit le droit et son histoire à la lumière de la philosophie utilitariste anglaise et de l'évolutionnisme, à l'ombre de son scepticisme, et à la lueur de son patriotisme et de son expérience de la guerre<sup>2066</sup> ». L'influence de l'utilitarisme de Bentham et de d'Ihering – « un homme de génie » dit-il<sup>2067</sup> – l'amène à envisager la société, explique Mme Michaut, « comme le lieu d'un affrontement et d'une conciliation forcée d'intérêts, de désirs contradictoires<sup>2068</sup> » et le droit, comme le phénomène social destiné à résoudre ces conflits inhérents à toute société démocratique. Afin de mettre un terme aux conflits entre membres de la société, le législateur et le juge, dans la création et l'application du droit, doivent procéder à une mise en balance (balancing) des intérêts.

**Formation du droit et balance des intérêts.** D'un point de vue macroscopique, Holmes à l'instar d'Ihering perçoit le droit comme une manifestation de force destinée à faire prévaloir certains intérêts sur d'autres. Le droit est, dit autrement, un phénomène social exprimant la volonté du pouvoir suprême au service des intérêts du plus grand nombre. Concrètement, une norme telle que la limitation de la durée de travail pour une catégorie socioprofessionnelle tend vers une fin sociale – le bien-être de ces travailleurs – qui apparaît comme un désir dont la satisfaction a été jugée représenter un avantage social<sup>2069</sup>. Les inconvénients qu'une telle loi provoque, en l'occurrence l'atteinte à la liberté contractuelle et l'augmentation des coûts de production, représentent le sacrifice des intérêts de la minorité – les employeurs et dans une moindre mesure les employés – voulu par le législateur et justifié par leur moindre valeur au regard des intérêts satisfaits. Cela signifie qu'en amont de toute règle de droit, à l'étape de sa formation, s'opère une analyse en termes de balance des intérêts. A ce stade, Holmes comme Bentham s'en remet aux sciences pour déterminer objectivement l'existence et la valeur des intérêts en présence et contribuer à la découverte de moyens pour assurer la satisfaction des intérêts les plus nombreux ou les plus importants. La science devient le relais de l'expression

---

<sup>2065</sup> V. MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, note 39, p. 56.

<sup>2066</sup> MICHAUT Fr., *id.*, p. 57.

<sup>2067</sup> « A man of genius » estime Holmes, HOLMES W. O., *The common law*, 2011, p. 185 ; V. égal. SHAKANKIRI M. E., *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris : LGDJ, 1970, p. 412.

<sup>2068</sup> MICHAUT Fr., *op. cit.*, p. 57.

<sup>2069</sup> MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 60, note 49.

des intérêts des différentes catégories sociales et l'instrument privilégié pour trancher les conflits entre intérêts antagonistes<sup>2070</sup>. Dès lors, la sociologie, la psychologie, l'économie, les statistiques, sont conviées dans le débat législatif pour délivrer les connaissances relatives aux facteurs d'augmentation ou de diminution de l'utilité sociale. Cela ne veut pas dire que le droit est soumis à la science, mais que celle-ci se substitue à la morale<sup>2071</sup> pour aiguiller le législateur. Selon Holmes, « un système de droit idéal devrait tirer ses postulats et sa justification législative de la science<sup>2072</sup> ».

La substitution de la morale par la science accompagne la substitution partielle de la subsomption par la mise en balance des intérêts.

**Le balancing comme mode de raisonnement judiciaire.** A l'instar du législateur, le juge, également conscient des problèmes sociaux et des besoins de l'époque, doit dans le cadre de son office s'aider de la science comme mode de connaissance des réalités sociales, afin de trancher les conflits d'intérêts qui se présentent devant lui.

Ces conflits se présentent sous la forme de prétentions opposées ayant chacune pour support un droit subjectif. Quand « deux droits *entrent en collision...une ligne doit être tracée*<sup>2073</sup> ». Cette ligne ne se dessine pas à l'aide du raisonnement formel, lequel résout ce type de conflits en discriminant les droits antagonistes au regard de leur nature pour ensuite appliquer le régime de l'un au détriment de l'autre. Au contraire estime Holmes, il faut procéder à une mise en balance des intérêts ce qui se manifeste, quant aux droits, par des « distinctions de

---

<sup>2070</sup> MICHAUT Fr., id., p 60. « Les postulats du droit, tirés de la science, indiqueraient, semble-t-il, les fins désirables et les moyens de les atteindre. Il semblait possible d'espérer que la science aiderait à comparer les fins sociales et donc à faire des choix : le problème quand un conflit apparaîtrait alors entre deux désirs sociaux serait de déterminer quel est le plus intense ».

<sup>2071</sup> Le rejet de la métaphysique et l'exclusion de tout élément moral ou axiologique de la sphère juridique relèvent d'un prérequis pour les tenants du pragmatisme. Ainsi Holmes affirme « *je parie que nous n'avons pas l'importance cosmique qu'enseignent les pasteurs et les philosophes. Je doute que les sphères infinies frissonnent si un tas de fourmis est brûlé au kérosène* » (Lettre à Lewis Einstein, 1909, cité par MALAURIE P., Anthologie de la pensée juridique, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Cujas, 2001, p. 217). En pratique et à l'extrême, cet amoralisme se traduit par la décision de la Cour Suprême validant une loi de Virginie destinée à la stérilisation d'handicapés mentaux atteints d'une tare génétique, qu'Holmes justifie par : « *trois générations d'imbéciles suffisent* », cité par MALAURIE, loc. cit.

<sup>2072</sup> HOLMES O. W., « Learning and science », collected legal papers, New York, Harcourt, braceand Howe, 1920, p. 139, cite et traduit par MICHAUT F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », RIDC, 1987, n° 2, p. 350, note 23.

<sup>2073</sup> HOLMES O. W., "Privilege, malice, and intent", in, Collected Legal Papers, Orlando : Harcourt Brace, 1920, p. 122 cité par COHEN-ELIYA M., PORAT I., Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 35.

degrés<sup>2074</sup> ». Lorsque par exemple le droit de propriété entre en conflit avec l'exercice d'une politique publique, le raisonnement traditionnel aboutirait à faire prévaloir le droit constitutionnel de propriété considéré comme absolu sur les prérogatives administratives<sup>2075</sup> ; Holmes considère au contraire que les droits ne peuvent être absolus, et lorsqu'un tel conflit survient, cela suppose à nouveau une conciliation :

« Tous les droits tendent à se déclarer eux-mêmes absolus jusqu'à leur dernière extrémité logique. Pourtant tous sont limités du fait de la promiscuité des principes de politique publique [principles of policy] lesquels sont différents de ceux sur lesquels les droits individuels sont fondés, et suffisamment solides pour se dresser de manière autonome lorsqu'un certain stade est atteint. Les limites posées à la propriété par les autres intérêts publics se présentent elles-mêmes comme une branche de ce que l'on appelle le pouvoir de police de l'Etat. La frontière résultant de la balance des intérêts en conflit [the conflicting interests balance], ne peut être fixée par aucune formule générale a priori, elle est déterminable en reliant une série de points représentant les décisions de justice rendues à partir de situations concrètes situées d'un côté ou de l'autre de cette frontière. Ainsi, le pouvoir de police peut limiter la hauteur des buildings en ville, sans compensation. En ce sens, il limite ce qui serait un droit de propriété. Mais s'il fixait la hauteur au point qu'un bâtiment ordinaire soit inutile, les droits de propriétés l'emporteraient sur les autres intérêts publics et le pouvoir de police serait restreint<sup>2076</sup> ».

## II) Le discours du balancing dans la sociological jurisprudence

### *A) Le balancing : mode de raisonnement judiciaire selon Cardozo*

Chez Cardozo, la « balance des intérêts » se réfère à un principe méthodologique auquel a exceptionnellement recours le juge, lorsqu'aucune norme de droit n'est applicable. Le

---

<sup>2074</sup> Ibid. ; idée que Holmes exprime régulièrement : « it was not recognized as it is today that most of the distinctions of the law are distinctions of degree » (HOLMES O. W., opinion dissidente, Cour Suprême, *Panhandle Oil Co. contre Etat du Mississippi*, 277, U.S., 218 [1928]).

<sup>2075</sup> V. HORWITZ M. J., « The place of Justice Holmes in American legal thought », in, GORDON R. W. (dir.), *The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr*, Stanford : Stanford University Press, 1992, p. 56 ; COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 35.

<sup>2076</sup> *Hudson County Water Company contre R. McCarter*, 209, U.S., 349, [1908], n° 4. Nous traduisons.

principe d'équilibre de Cardozo peut être perçu comme le pendant américain de la méthode « d'équilibre des intérêts » de Gény.

A l'occasion de trois conférences tenues à Yale en 1921 sur le « processus décisionnel en matière judiciaire » (« judicial process »<sup>2077</sup>) dont les transcriptions ont été réunies dans un ouvrage « canonique »<sup>2078</sup>, Benjamin Cardozo (1870-1938) alors juge à la Cour Suprême, se propose de répondre à cette série de questions liminaires : « Que fais-je lorsque je tranche un litige ? *Quelles sont les sources d'information vers lesquelles je me tourne pour guider mon jugement ? Quelle est la part que j'accorde à chacune pour parvenir au résultat ? Quelle part devrais-je accorder à chacune pour parvenir au résultat ?* »<sup>2079</sup>.

Au demeurant, Cardozo conçoit le droit de manière plus traditionnelle que ses aînés. Pour lui, le droit, ne se réduit pas aux décisions judiciaires, il s'agit simplement d'un ensemble de règles<sup>2080</sup>. En dépit de cette conception, le juge n'est pas réduit au statut d'agent mettant en œuvre un processus mécanique. Ouvrier en bout de chaîne de montage la plupart du temps, le juge est également, dit-il, « navigateur » ou encore « cuisinier »<sup>2081</sup>. Certes, de manière générale, le juge ne fait qu'appliquer la loi ou jauger la véracité des faits tels qu'ils lui sont présentés, et en ce sens, il actionne une mécanique bien huilée, néanmoins, dans certaines affaires relativement rares, le juge doit, afin de rendre une décision appropriée à l'espèce, recourir à d'autres techniques que la méthode formelle. Prudemment Cardozo précise que ce périmètre d'activité créatrice est limité. Le juge est autorisé à créer une règle de droit par le truchement du précédent, uniquement dans les cas où la règle en vigueur est lacunaire ou

---

<sup>2077</sup> CARDOZO B. N., *La nature de la décision judiciaire*, trad. CALVES G., Paris : Dalloz, 2011. Le Professeur Calvès déplore ici qu'aucune traduction française ne soit susceptible de rendre compte exactement de l'idée exprimée par « judicial process », qui désigne à la fois le processus conscient et inconscient par lequel le juge aboutit à sa décision et les modalités de développement d'un droit qui progresse au fil des arrêts rendus par des juridictions suprêmes (v. CALVES G., « Introduction », in, CARDOZO B. N., *La nature de la décision judiciaire*, p. 8 ; v. égal. RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1936, p. 42).

<sup>2078</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 51, note 70. L'ouvrage « causa une grande sensation en Amérique, car il révélait franchement l'incertitude du juge qui tranche un litige et analysait d'une façon pénétrante les tendances opposées qui s'imposent à son examen » (PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 992).

<sup>2079</sup> CARDOZO B. N., op. cit., p. 25.

<sup>2080</sup> V. CARDOZO B. N., id., p. 12 et p. 85

<sup>2081</sup> V. CARDOZO B. N., id., p. 12 et s.

qu'elle est manifestement inapplicable en l'espèce, autrement dit, dans les « interstices » du droit<sup>2082</sup>.

#### 1) Les quatre méthodes d'interprétation

**Les méthodes du juge en cas de défection des règles de droit.** Cardozo énumère et explicite quatre principes auxquels le juge, confronté à un cas particulier, a recours pour trancher le litige. Ces principes constituent les sources auxquelles puise le juge en tant que « législateur discret ».

Le premier relève de la méthode philosophique et consiste dans l'application de raisonnements traditionnels : le syllogisme et l'analogie<sup>2083</sup>.

La deuxième méthode est le principe de cohérence historique. Cardozo constate en effet que nombre d'institutions juridiques, telle que la propriété, ne sont pas les produits de la logique, mais de l'histoire. Il revient alors au juge de perpétuer ou de renouveler ces institutions conformément à leur évolution et en cohérence avec les contingences sociales. « *Fruits d'un développement que l'histoire a nourri, et que l'histoire doit continuer à modeler*<sup>2084</sup> » ces institutions juridiques trouvent dans l'histoire la justification de leur maintien ou de leur adaptation à l'époque actuelle.

La troisième méthode est également liée à la stabilité au cours du temps, puisqu'il s'agit de la tradition. Renvoyant aux coutumes de la communauté considérée, cette méthode, importante jadis, se contente au XXe siècle constate Cardozo de fournir un critère d'appréciation de la conformité de certains comportements aux standards posés par le droit<sup>2085</sup>.

Enfin la méthode sociologique, quant à elle, se réfère plus particulièrement aux notions de justice, de morale, de bien-être social (welfare) et aux mœurs de l'époque. Cette méthode permet au juge d'établir la portée d'un principe en fonction de la valeur sociale de celui-ci, de

---

<sup>2082</sup> CARDOZO B. N., id., p. 31 : « *tout jugement a un pouvoir d'engendrement, et ce qu'il engendre est à sa propre image* ». L'on perçoit ce qui rapproche et sépare Cardozo de Gény : tous les deux considèrent que le juge peut s'affranchir de la loi quand celle-ci est silencieuse ou lacunaire ; toutefois pour Cardozo, le juge crée du droit : c'est un législateur discret ; pour Gény, au contraire, le jugement rendu ne lie que les parties, il ne produit pas ipso facto du droit ayant une portée générale. Cardozo et Gény néanmoins se rejoignent de nouveau quant à la *méthode d'interprétation* que le juge doit mettre en œuvre pour découvrir la solution du litige.

<sup>2083</sup> V. CARDOZO B. N., op. cit., p. 36 et s. ; MICHAUT Fr., op. cit., p. 73.

<sup>2084</sup> CARDOZO B. N., op. cit., p. 50.

<sup>2085</sup> V. CARDOZO B. N., id., p. 53.

son adaptation aux fins poursuivies par une société à une époque donnée et en fonction de sa conception de la justice. Dans ce cadre, le juge « apparaît comme un législateur secondaire qui, dans les interstices de la loi et du précédent, travaille comme le législateur principal, appréciant, comme lui, les intérêts en présence<sup>2086</sup> ». La méthode sociologique ou « balance des intérêts » est clairement inspirée par la méthode d'« équilibre des intérêts » de Gény<sup>2087</sup> dont Cardozo est « l'admirateur le plus assidu en Amérique<sup>2088</sup> ».

2) Le rôle prépondérant de la méthode de la balance des intérêts

**Le dosage des quatre principes d'interprétation.** Logique, histoire, coutume et utilité sont, soit isolément, soit en se combinant, les forces que le juge a pour mission de coordonner, de promouvoir ou de limiter et qui président au progrès du droit. A cette fin, le rôle du juge est d'autant plus ardu que ces forces sont occasionnellement contraires. Sa mission consiste alors à opérer un subtil dosage de plusieurs techniques en fonction des intérêts respectifs qu'elles défendent<sup>2089</sup>. Les intérêts sont tantôt satisfaits par la généralité, l'impartialité et la certitude de la norme, qualités promues par les méthodes statiques telle que la méthode philosophique, historique ou coutumière, tantôt par l'équité ou par d'autres éléments dynamiques de bien-être social que la méthode sociologique, a pour objet de mettre en avant. Ces principes, en raison des valeurs et des intérêts qu'ils induisent, et de la logique à laquelle ils sont attachés, ne sont donc pas équivalents. Parmi ces principes, Cardozo considère que la méthode sociologique est celle par laquelle in fine sont coordonnées les autres méthodes :

---

<sup>2086</sup> MICHAUT Fr., op. cit., p. 80.

<sup>2087</sup> Du point de vue de la technique, le principe sociologique est également clairement inspiré par la « mise en balance des intérêts » introduite par Gény dans la *méthode d'interprétation et sources du droit* que Cardozo cite à de nombreuses reprises. Cardozo, à l'instar de Gény, partage la conviction que le droit naît des faits et que la véritable science du droit est la vie (MICHAUT F., id., p. 80). La société n'est pas un ensemble statique et « le droit ne peut être figé dans des systèmes intellectuels construits sur la législation d'une époque donnée, destinée à être rapidement dépassée par les besoins et les aspirations d'une société en transformation toujours plus rapide » (FASSO G., op. cit., p. 212). Comme pour Gény, la méthode sociologique a une compétence limitée aux lacunes de la règle, et s'entend comme la mise en balance des intérêts opposés.

<sup>2088</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-C., « François Gény aux États-Unis », art. préc., p. 306.

<sup>2089</sup> CARDOZO B. N., op. cit., p. 55 : « dans cette matière, un intérêt général suprême, qui prévaut sur un inconvénient passager ou une rigueur fortuite, nous enjoint donc peut-être à ne pas sacrifier à la légère, la certitude, l'uniformité, l'ordre et la cohérence. Tous ces éléments doivent être pris en considération. Un bon jugement décidera du poids à accorder à chacun. Ils sont des composants du bien-être social que notre métier nous impose de découvrir. Dans certains cas nous estimerons devoir leur accorder une valeur prépondérante. Dans d'autres, nous jugerons que leur valeur est de rang inférieur. Nous devons les évaluer du mieux que nous pouvons ».

« La méthode sociologique arbitre entre les différentes méthodes, déterminant en dernière analyse le choix qui est fait de l'une ou de l'autre, soupesant les mérites de leurs exigences respectives, fixant les limites de leurs prétentions, établissant entre elles l'équilibre, la pondération réciproque et l'harmonie<sup>2090</sup> ».

**La méthode sociologique attachée à la finalité du droit.** Cette fonction qui place le principe sociologique au dessus des autres, s'explique en raison du critère finaliste qui distingue la méthode sociologique<sup>2091</sup>. En effet ce principe, contrairement aux autres, est destiné exclusivement à servir le bien-être de la société<sup>2092</sup>, ce qui représente, selon lui, et à l'instar de Ihering, « la cause finale du droit »<sup>2093</sup>.

La méthode sociologique est de loin la plus essentielle, car non seulement elle coordonne (donc délimite) les autres méthodes judiciaires, mais encore, elle constitue l'instrument (« organon ») de l'évolution du droit. En effet, cette méthode consistant à la pesée des différents intérêts au regard du cas d'espèce et des différentes techniques, conduit à associer la norme à sa valeur sociale. La valeur sociale d'une règle représente le gain ou la perte « que représente pour la société le respect des canons *d'une conduite juste, définis par les mœurs de la société*<sup>2094</sup> ». Lorsque le juge décide, suivant cette méthode d'écarter, d'appliquer ou de créer une règle, il se prononce au final sur l'utilité de la norme et contribue ainsi à faire évoluer le droit conformément au bien-être du corps social.

Bien qu'il définisse le droit comme un ensemble de règles Cardozo envisage « le droit que *crée les juges pour ce qu'il est : une réalité*<sup>2095</sup> ». L'existence de ces techniques permettant de dépasser les limites posées par la logique formelle, atteste de la reconnaissance du rôle, certes discret mais réel, du juge dans la création de normes juridiques. Aux côtés de l'analyse du processus judiciaire s'adjoint ainsi une invitation destinée aux juges à exercer leur fonction de manière à servir une fin déterminée. La fonction du juge ne se résume pas à appliquer la loi telle que le législateur l'a exprimé, il doit contribuer, à l'instar de ce que fait le législateur mais à sa mesure, à la réalisation de l'intérêt social.

---

<sup>2090</sup> CARDOZO B. N., id., p. 71.

<sup>2091</sup> CARDOZO B. N., id., p. 55 : « *la logique, l'histoire et la coutume ont toute leur place. Nous donnerons au Droit la forme qu'elles exigent, lorsque nous le pouvons ; mais pas au-delà d'un certain point. Ce que doit primer c'est la fin que sert le Droit* ».

<sup>2092</sup> CARDOZO B. N., id., p. 57 : « *la méthode sociologique, lorsqu'elle est appliquée au comblement de ces brèches [lacunes de la loi ou inapplicabilité de la loi] met l'accent sur le bien-être de la société* ».

<sup>2093</sup> CARDOZO B. N., id., p. 54.

<sup>2094</sup> CARDOZO B. N., id., p. 58.

<sup>2095</sup> CALVES G., « Introduction », in, CARDOZO B. N., op. cit., p. 12.

## B) *Le balancing : instrument d'ingénierie sociale de Pound*

Le plus grand philosophe du droit des Etats-Unis<sup>2096</sup>, Roscoe Pound (1870-1964) fut, avant d'être doyen de la faculté de Harvard, docteur en botaniste et doyen de la faculté de droit du Nebraska. Son œuvre poursuit la critique du modèle traditionnel initiée par Gray –dont il suivit les enseignements - et par Holmes qu'il considère comme l'initiateur du mouvement sociologique<sup>2097</sup>. Pound enjoint de reléguer l'approche formaliste, rationnelle, logique qui caractérise la pensée classique qu'il qualifie de « mechanical jurisprudence » à une place secondaire et, qui plus est, de se détourner du droit dans les livres (law in books) au profit du droit en action (law in action). Il n'est pas étonnant que le pragmatisme soit, selon lui, la philosophie présidant au droit. Ce souci du caractère pratique du droit rejoint la pensée de Holmes et plus fondamentalement celle de Bentham, lequel subordonnait tout ce qui s'apparentait à une contrainte juridique à ses effets pratiques lesquels se traduisent en termes de plaisir et de douleur perçus par les intéressés. De la même manière, Pound soumet les principes juridiques aux considérations de vie des individus et place la question humaine au cœur de toute question juridique<sup>2098</sup>.

**L'historicisme de Pound.** La critique qu'il formule à l'encontre du modèle traditionnel repose sur ce que Guido Fasso nomme, un « historicisme extrême<sup>2099</sup> ». Le droit pour Pound est un phénomène social contingent à un lieu et à une époque donnés, dont l'évolution est fonction de la satisfaction des besoins des individus. L'idée d'évolution ne doit laisser accroire que le droit est comparable à un organe pourvu de propriété inhérente à son fonctionnement. Au contraire, pour Pound, le droit est une construction sociale, un édifice qui se bâtit pierre après pierre<sup>2100</sup>. Ce relativisme à l'aune duquel Pound conçoit le droit, frappe

---

<sup>2096</sup> V. DUBOUCHET P., *La pensée juridique avant et après le Code civil*, p. 195 ; PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 983

<sup>2097</sup> Selon Pound, la sociological jurisprudence commence avec le juge Holmes, lorsque ce dernier refuse dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Lochner*, d'attribuer au juge de la Cour Suprême le rôle de porte parole d'une quelconque théorie économique, sociale ou politique qui déterminerait a priori le contenu de la Constitution.

<sup>2098</sup> V. HENNETE-VAUCHEZ S., « Pound Roscoe », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 610.

<sup>2099</sup> FASSO G., *op. cit.*, p. 207.

<sup>2100</sup> Autrement dit, selon Pound, on doit penser au droit : « non comme à un organisme, qui croît à cause et au moyen de quelque propriété lui étant inhérente, mais...comme à un édifice, construit par les hommes pour satisfaire des aspirations humaines et constamment réparé, restauré, reconstruit et agrandi afin de venir en aide à la croissance et à la variation des aspirations, ou même à la variation des usages. Nous devons penser à

également la science du droit. La science du droit est une discipline dont la diversité des contenus au cours du temps s'explique, dans chacun des cas, par le contexte historique et les données sociales, économiques, politiques et culturelles<sup>2101</sup>.

Cette relativisation du droit et de la science du droit permet à Pound d'examiner le formalisme juridique aux Etats-Unis en tant que phénomène extrême mais passager qui appelle nécessairement une réaction opposée<sup>2102</sup>. La sociological jurisprudence correspond, avec le réalisme, à cette réaction antagoniste, destinée à s'opposer à la logique formelle et à l'esprit de système dans lesquels le droit et la science du droit américains sont enfermés.

Enfin, le projet de Pound dépasse le stade critique et tend, dans une optique normative, à fournir les moyens au droit et à ses organes d'appréhender la société telle qu'elle est, c'est-à-dire un système complexe traversé de forces contraires. A l'aune de cette réflexion de type sociologique, la vision de Pound ne dénote toutefois pas avec l'idéalisme de ses prédécesseurs<sup>2103</sup>. Pound fait confiance à la science pour l'étude des intérêts et assigne au droit l'objectif de réaliser leur équilibre, ce qui correspond pour Pound à la justice.

#### 1) L'équilibre des intérêts : finalité du droit

**La fonction du droit : la réduction des frictions dans la société.** Pour Pound le droit est un instrument parmi d'autres de gestion sociale<sup>2104</sup>. Le droit est ce fameux instrument of social engineering qui désespérait tant Villey<sup>2105</sup>. Pound partage avec Ihering la conviction que la société est constituée d'individus ou de groupes d'individus aux intérêts multiples qui divergent voire s'opposent<sup>2106</sup>. Ces intérêts ont pour objet les biens de l'existence dont la

---

*un ensemble de matériaux d'un usage effectif que nous livre le passé, sur lequel consciemment ou inconsciemment nous opérons pour réaliser les aspirations et satisfaire les besoins du présent... » (POUND R., interpretations of legal history, p. 21 de la 2e édition, Cambridge, Mass., 1946, cité par FASSO G., op. cit., pp. 207-208).*

<sup>2101</sup> Ainsi, à ses yeux, toute doctrine du droit qui prétend définir le droit de manière absolue est en réalité déclare Pound, déterminée par les exigences historiques (v. FASSO G., op. cit., p. 206).

<sup>2102</sup> MICHAUT F., Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit, RIDC, 1987-2, p. 354.

<sup>2103</sup> V. MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, p. 87.

<sup>2104</sup> Comme l'éducation, les arts, les mœurs l'éthique etc... V. BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 195.

<sup>2105</sup> V. VILLEY M., « Préface historique », Arch. phil. droit, n° 26, 1981, p. 10 : « *A l'encontre des américains utilitaristes, du doyen Pound, nous refusons d'assimiler le juriste à un ingénieur, et le droit avec une usine à produire l'ordre social (social engineering)* »

<sup>2106</sup> V. MICHAUT Fr., op. cit., p. 92 ; BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 90.

rareté provoque des « frictions » entre les hommes. Ces frictions représentant les conflits d'intérêts, prennent, lorsqu'elles apparaissent, deux formes : soit il s'agit d'un conflit entre des intérêts juridiquement et des intérêts nouvellement revendiqués; soit il s'agit d'un conflit entre des intérêts individuels et des intérêts collectifs.

L'expression des intérêts nouveaux prend la forme selon Ihering de revendications, de besoins, de désirs, et ajoute Pound, d'« attentes », lesquels sont portés d'une manière ou d'une autre, à l'attention des pouvoirs publics<sup>2107</sup>. La pérennité de la société dépend de la faculté des institutions à appréhender ces revendications dans la mesure de leur impact sur les intérêts privés ou collectifs protégés. Cette gestion consiste dans le choix de protéger ou non ces nouveaux intérêts et le cas échéant, d'offrir les moyens juridiques destinés à garantir leur protection. En effet, si l'Etat accède juridiquement aux sollicitations, il lui appartient de définir les droits nouvellement attribués, c'est-à-dire de fixer leur limites en considération de la contrariété qu'ils vont provoquer sur les autres intérêts juridiquement protégés, et enfin, d'offrir les moyens techniques de protection à leurs titulaires.

Le but du droit est donc de satisfaire, de protéger et de concilier les intérêts tout en réduisant les « déperditions » résultant des conflits et des frictions dans l'utilisation de biens rares.

L'enjeu du droit n'est pas mince, puisque cette capacité d'ajuster au niveau collectif et de manière optimale les multiples intérêts individuels et collectifs qui surviennent au fur et à mesure, n'est rien de moins que la condition du progrès et le signe de la civilisation<sup>2108</sup>. Il s'ensuit que le droit, pour atteindre cette fin, doit s'inscrire dans le mouvement de la société et s'y adapter systématiquement afin de pouvoir intégrer les intérêts qui sont périodiquement générés. Il en découle, en d'autres termes, pour le juriste et le droit en général « une obligation ontologique de se plier au progrès automatique de l'humanité<sup>2109</sup> ».

**Un « équilibre des intérêts » de type sociologique.** Pound marche dans les pas de Bentham lorsqu'il invite le législateur et les juges à procéder à une « arithmétique des intérêts<sup>2110</sup> ». Néanmoins, du point de vue méthodologique, il se singularise par une approche sociologique qui contraste avec l'individualisme méthodologique de Bentham. S'il s'agit bien in fine de comparer les intérêts en fonction de leur poids respectif, toute la question réside dans la

---

<sup>2107</sup> V. POUND R., *Jurisprudence*, Saint-Paul, Minn : West Publishing Co., 1959, vol III, p. 15.

<sup>2108</sup> V. MICHAUT Fr., op. cit., p. 93.

<sup>2109</sup> MICHAUT Fr., id., p. 95.

<sup>2110</sup> MICHAUT Fr., id., p. 91. V. égal. FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, p. 297.

détermination du poids, or, un tel problème se résout généralement par une distinction entre les intérêts et l'attribution d'une valeur à chaque intérêt<sup>2111</sup>. Pound s'accorde avec Ihering d'une part, dans la manière de considérer intérêts individuels et intérêts collectifs lesquels comprennent l'intérêt public et les intérêts sociaux et d'autre part, en ce qu'il reconnaît l'irréductibilité de l'intérêt public à la somme des intérêts sociaux et privés. Par ailleurs, à la place d'une quantification de chaque intérêt, Pound opte pour un classement ordinal a priori des différents intérêts en fonction de leur importance sociale. La résolution d'un conflit d'intérêts ne se résout donc pas selon une balance comptable, mais à partir de la comparaison, en fonction de considérations éthiques et sociales, des valeurs sous-tendues par chaque intérêt. Cette méthode ordinale, indique Benoît Frydman, constitue une variante de la mise en balance des intérêts de type benthamienne<sup>2112</sup>.

**Une ontologie de la justice à partir des intérêts à équilibrer.** Pound, par l'objectif qu'il assigne au droit, est classé parmi les auteurs souscrivant aux doctrines idéalistes d'essence sociologique<sup>2113</sup>.

Pound assigne au droit la justice comme finalité. Si cette assimilation semble classique, elle ne doit pas faire accroire à une quelconque résurgence d'ordre métaphysique. Le terme de justice, pour la sociological jurisprudence, recouvre un sens proche de l'idéal poursuivi par la philosophie utilitariste. La justice, selon Pound est « un ajustement, un compromis entre des intérêts, qui se fait en fonction de la morale dominante, en fonction des circonstances quand la société est divisée sur ce point<sup>2114</sup> ». La justice représente l'équilibre des intérêts que le droit poursuit « *sous l'angle des buts sociaux et des besoins de l'homme*<sup>2115</sup> » et non plus en fonction de la conformité à un idéal supérieur issu de la Nature ou de Dieu.

---

<sup>2111</sup> V. DUBOUCHET, op. cit., p. 199.

<sup>2112</sup> Afin d'appréhender la distinction entre les deux types de mise en balance des intérêts, M. Frydman explique que dans la mise en balance benthamienne qualifiée d'« économique », le but est la maximisation de l'utilité et trouve une certaine incarnation dans l'analyse économique du droit à des fins prescriptive. Dans la mise en balance de type « sociologique », l'ingénieur social qu'est le juriste, sans nier ni négliger la valeur des considérations économiques, doit moins maximiser que tenter d'*équilibrer* les intérêts non en raison de leur valeur monétaire, mais en considération des buts sociaux qu'ils poursuivent. Autrement dit, l'arithmétique a priori des plaisirs et des peines, fait place à une échelle des intérêts permettant au juriste de s'y référer au moment où il doit, lors d'un conflit, équilibrer les intérêts (v. FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, p. 448 et s.).

<sup>2113</sup> FRIEDMANN W., *Théorie générale du droit*, p. 207.

<sup>2114</sup> MICHAUT Fr., op. cit., p. 90. Il existe tout de même une différence fondamentale entre l'utilitarisme pur et la l'idéalisme de Pound car Bentham récusait l'historicisme et la relativité des valeurs. Selon lui, seule l'utilité devait gouverner la direction du droit, indépendamment de toute « morale dominante ».

<sup>2115</sup> FRIEDMANN W., op. cit., p. 207.

La question de la justice ne se résout pas, en première analyse, grâce à la spéculation, mais à travers les données recueillies par les sciences nouvelles. Ensuite il convient aux acteurs du droit, aidés des juristes, de parvenir à ordonner ces intérêts en conflit. Cette idée que Pound exprime par la formule « *d'ingénierie sociale* » rejoint « *les rêves d'une société éclairée par la science qu'avait déjà caressés O. W. Holmes* »<sup>2116</sup>. La justice, sous la forme d'un équilibre positif entre intérêts, se présente non seulement comme un objectif souhaitable mais encore techniquement atteignable<sup>2117</sup>.

## 2) Moyens d'équilibrer les intérêts

### a) La technique légistique du standard

**Besoins de sécurité et d'adaptation du droit.** Selon Pound, le législateur et les juges exercent la même fonction –interpréter les intérêts et les équilibrer- mais de manière différente. Le législateur est plus libre car il se prononce sur des comportements à venir alors que le juge, lui, ne se prononce que sur des comportements passés et les apprécie en fonction de règles de droit prédéfinies. L'éventail d'actions du juge est d'autant plus réduit qu'il lui incombe, contrairement au législateur, de justifier sa décision ; néanmoins, aussi lié soit-il par le mode d'expression de la volonté du législateur et par une logique contraignante, le juge trouve toujours selon Pound les moyens de rendre la justice<sup>2118</sup>.

De manière traditionnelle, la difficulté de la tâche du législateur consiste, d'une part, dans un souci de sécurité et de prévisibilité juridique, à élaborer des lois dont le sens ne peut être susceptible d'équivoque, et d'autre part, à trouver une formulation qui soit suffisamment générale pour que la plupart des comportements visés ou susceptibles de l'être par le législateur tombent sous le coup du texte. C'est donc au moment de l'élaboration de la loi que la tension entre les besoins de sécurité et d'adaptabilité est la plus forte. Pound insiste

---

<sup>2116</sup> MICHAUT F., « Sociological Jurisprudence », in, ARNAUD A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris : LGDJ, 1988.

<sup>2117</sup> V. HENNETE-VAUCHEZ S., « Pound Roscoe », art. préc., p. 605. L'on se souvient que pour Bentham : « connaître le bien de la communauté dont les intérêts sont en question, voilà ce qui constitue la science », (BENTHAM J., Traités de législation civile et pénale, p. 13).

<sup>2118</sup> V. MICHAUT F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la 'sociological jurisprudence' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », art. préc., p. 335.

néanmoins : le législateur doit se garder d'être trop précis<sup>2119</sup> car il est essentiel de laisser au juge une marge de pouvoir suffisamment importante pour que celui-ci puisse faire évoluer le droit et l'appliquer de manière satisfaisante en fonction des considérations de chaque espèce<sup>2120</sup>. Parmi tous les procédés normatifs<sup>2121</sup>, Pound invite alors le législateur à opter, dans certains domaines, pour la technique du standard, lequel en tant que guide pour le juge ou l'administration permet efficacement de concilier le souci de sécurité et celui de s'adapter aux nouveaux besoins<sup>2122</sup>.

**L'utilité du standard pour la poursuite des objectifs de stabilité et d'adaptation.** Le standard selon Pound est une « mesure moyenne de conduite sociale correcte<sup>2123</sup> » et correspond par exemple à la « loyauté », au « raisonnable », à la « faute » etc. Si le mot est nouveau la chose est ancienne : Pound constate que les romains employaient cette technique comme le révèle l'usage de la notion de bona fides par exemple.

Le standard présente plusieurs caractéristiques<sup>2124</sup>. En premier lieu, contrairement à la règle de droit, le juge dispose, lorsqu'il doit appliquer un standard, d'une marge de discrétion. En second lieu, le standard implique une appréciation morale moyenne de la conduite, laquelle doit être, selon les circonstances, loyale, consciencieuse, raisonnable, prudente ou encore diligente. En troisième lieu, l'application du standard n'exige pas de connaissance juridique précise, son emploi appelle moins l'intelligence du juge que son sens commun (« Common sense about common things »), son intuition des choses<sup>2125</sup>. Il n'y a rien de dirimant à solliciter l'intuition du juge car selon Pound celle-ci intervient d'une manière ou d'une autre dans le processus judiciaire quels que soient le type de raisonnement et la nature de la règle à appliquer. Le standard en ce sens est bien utile puisqu'il obvie à la difficulté occasionnelle de justifier une certaine solution qui apparaît spontanément juste. Enfin, le dernier et

---

<sup>2119</sup> V. MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 93.

<sup>2120</sup> Ibid.

<sup>2121</sup> Pound, aux côtés des standards, distingue d'autres types de règles générales de natures à résoudre un cas : les règles ou préceptes juridiques ; les idéaux et les techniques transmis par la tradition, concernant l'application et l'interprétation de ces règles ou préceptes et, enfin, les conceptions philosophiques, politiques et éthiques relative à la finalité du droit.

<sup>2122</sup> V. NERON S., « Le standard juridique, un instrument juridique complexe », JCP, n° 38, 19 Septembre 2011, 1003.

<sup>2123</sup> POUND R., *The administrative application of legal standards*, American Bar Association Reports, XLIV, p. 445, cité par STATI M.-O., *Le standard juridique*, préf. DEMOGUE R., Paris : Duchemin, 1927, p. 35.

<sup>2124</sup> V. STATI M.-O., th. préc., p. 43.

<sup>2125</sup> MICHAUT Fr., op. cit., p. 98.

certainement le plus important des caractères du standard concerne son contenu indéterminé. Dénué de définition a priori, le standard, à l'instar de la « notion fonctionnelle » du doyen Vedel<sup>2126</sup>, peut être employé de manière spécifique à chaque cas d'espèce. Il favorise une justice individualisée<sup>2127</sup>.

b) La contribution de la science du droit

Pour Pound, la science du droit constitue une « technique sociale » car son rôle est de proposer des moyens pour optimiser l'instrument d'ingénierie sociale qu'est le droit afin que celui-ci parvienne à concilier de manière plus optimale les intérêts en présence. Dans cette perspective, Pound élabore le programme de la sociological jurisprudence à destination des juristes et offre au législateur et au juge, une classification des intérêts pour les aider dans leur tâche respective.

**Les fonctions assignées au juriste.** Afin de fournir une aide au législateur et au juge, le juriste doit être conscient des enjeux politiques, économiques, sociaux, culturels de la société, des dynamiques, des forces en présence, des attentes des individus et doit privilégier l'étude du fonctionnement du système juridique à celle du contenu abstrait des préceptes<sup>2128</sup>. Pour accomplir sa tâche, le juriste doit nécessairement revêtir la casquette de sociologue afin de détecter et d'évaluer les intérêts en présence qu'il s'agit de concilier.

Plus concrètement, mettre en œuvre la sociological jurisprudence selon Pound suppose pour tout juriste de s'employer à appliquer les sept directives suivantes : étudier les effets sociaux des institutions juridiques, des préceptes et des doctrines juridiques contemporaines ; rechercher préalablement au vote d'une loi, les effets sociaux qu'elle est susceptible de

---

<sup>2126</sup> V. TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de ' notion fonctionnelle' », RFDA, 2009, p. 641 et s.

<sup>2127</sup> Le standard selon Pound est un moyen en vue d'une fin : la conciliation entre l'objectif de prévisibilité et le souci d'adaptabilité nécessaire à l'individualisation de la justice. Or les besoins de prévision et d'adaptation ne sont pas uniformes et dépendent éminemment de la nature des rapports sociaux. Dans les rapports entre les personnes relatives aux choses, la prévisibilité est à la fois possible et souhaitable car l'intérêt privé à la stabilité des propriétés est fort ; Pound estime alors que les règles strictes sont à privilégier en droit des biens. Par contre dans les rapports immédiats entre individus, en droit des obligations, puisqu'il s'agit souvent de se prononcer sur le comportement d'un contractant ou d'une personne ayant causé un préjudice, il est préférable de laisser au juge une plus grande marge de liberté au travers de standards (v. MICHAUT Fr., op. cit., p. 99). Pound considère que pour les droits constitutionnels sont également des standards qui invite le juge, lors de conflits de droits, de mettre en balance les intérêts (v. COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 40).

<sup>2128</sup> V. MICHAUT Fr., op. cit., p. 109.

provoquer ; élaborer les moyens d'une meilleure application des préceptes juridiques ; étudier la méthode juridique ; reconnaître comme une nécessité l'individualisation des solutions dans l'application des préceptes juridiques ; promouvoir la création d'un ministère de la justice pour réaliser ces études et proposer les réformes utiles<sup>2129</sup>.

La plupart de ces directives enjoint le juriste à s'intéresser davantage au fonctionnement du système juridique qu'à son contenu et à préférer l'approche conséquentialiste, c'est-à-dire plus portée sur les effets pratiques des règles que sur la conformité des solutions juridiques aux préceptes formels. La tâche du juriste suppose que celui-ci prenne du recul afin de changer la perspective à partir de laquelle il observe le système juridique. Ce recul désigne le détachement face aux formes du droit et l'intégration des outils du sociologue<sup>2130</sup>.

**La contribution scientifique de Pound : la classification des intérêts en vue de leur équilibre.** L'une des contributions majeures de Pound au mouvement sociological jurisprudence, réside dans la tentative de mesurer et d'organiser les intérêts sociaux dont l'équilibre aboutit au progrès social. Pound propose au législateur et au juge une classification ordinale des intérêts en fonction de leur nature et des valeurs de la société. Cette classification constitue l'outil « d'ingénierie sociale » essentiel à la poursuite de la finalité du droit, que Pound n'aura cesse de modifier.

Cette classification indique Friedmann découle des réflexions amorcées par Bentham<sup>2131</sup>, toutefois, il faut souligner l'influence décisive d'Ihering consistant à substituer la méthode sociologique à l'individualisme méthodologique. En effet, Pound classe les intérêts juridiquement protégés de la société en trois catégories principales (intérêts publics, sociaux et privés) dont les rapports ne sauraient s'analyser en termes d'agrégation et d'appartenance.

**Les trois catégories d'intérêts (publics, sociaux, privés).** Les premiers, les intérêts publics, sont ceux de l'Etat. En tant que personne morale, l'Etat a un intérêt propre : subsister afin de remplir sa mission consistant à garantir les intérêts sociaux. Ces derniers, beaucoup plus nombreux, se regroupent en six sous-catégories. Les intérêts sociaux correspondent, en premier lieu, au maintien de l'ordre social, lequel comprend la sécurité, la santé, et la stabilité des acquisitions et des transactions ; en second lieu, à la protection des institutions familiales,

---

<sup>2129</sup> V. MICHAUT F., « Sociological Jurisprudence », art. préc.

<sup>2130</sup> V. FRIEDMANN W., op. cit., p. 299.

<sup>2131</sup> V. FRIEDMANN W., id., p. 297.

économiques, et politiques ; en troisième lieu, à la protection de la moralité et le maintien des bonnes mœurs ; en quatrième lieu, à la conservation des ressources sociales et patrimoniales ; en cinquième lieu, à l'amélioration de la construction sociale par le progrès du développement des facultés humaines ; et enfin, à la protection de l'existence individuelle selon les normes de la société<sup>2132</sup>.

Les derniers, les intérêts privés, sont de trois ordres : il s'agit des intérêts de la personnalité, c'est-à-dire ceux attachés à la protection de l'intégrité physique, à la liberté de la volonté, à la réputation, à la vie privée et à la liberté de pensée et d'opinion. A leurs côtés, se placent les intérêts familiaux, relatifs au mariage, aux pensions alimentaires, aux rapports entre parents et enfants ; enfin, les derniers intérêts privés sont les intérêts économiques et concernent la protection de la propriété, la liberté de tester, la liberté de commercer et de contracter, le respect de la parole donnée et la liberté de s'associer<sup>2133</sup>.

La hiérarchie des différents intérêts et la prééminence à accorder à un ou plusieurs intérêts au détriment d'un ou de plusieurs autres dépend d'une échelle de valeurs de la société, relatives à la paix, la jouissance et la propriété, la bonne foi, la considération d'autrui et la sécurité<sup>2134</sup>.

Le fait d'introduire ces valeurs – et partant de croire en leur existence – susceptibles de modifier l'ordonnement des intérêts, est interprété comme une évolution de la pensée de Pound qui n'est pas sans créer une certaine tension<sup>2135</sup>. Le relativisme des débuts qui nourrissait la critique du formalisme tend à laisser place à une conception objective du droit, voire à une réhabilitation du droit naturel. Pound en effet défend l'idée d'un « droit naturel positif » (positive natural law), c'est-à-dire, un droit naturel en devenir constamment informé et instruit par les données sociales positives<sup>2136</sup>.

---

<sup>2132</sup> V. FRIEDMANN W., id., p. 294.

<sup>2133</sup> V. TOURET D., Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, Paris : Litec : 2003, pp. 150-151.

<sup>2134</sup> Ces valeurs sont le fait que les hommes acceptent de ne pas s'agresser volontairement ; la prérogative de jouir librement des fruits du travail et des bénéfices réalisés ; le fait que les hommes puissent, dans leurs rapports réciproques, agir de bonne foi ; le fait que les hommes puissent bénéficier d'une certaine sécurité individuelle et sociale (garantie de l'emploi, garantie contre les risques de l'existence, droit à la retraite et à la pension) (v. TOURET D., id., pp. 150-151).

<sup>2135</sup> Pound « *croit qu'il existe des valeurs morales communes, alors même que les sciences sociales qui sont au principe de leur démarche tendent à démontrer qu'elles sont soit inexistantes, soit variables et non systématisables* » (HENNETTE-VAUCHEZ S., « Pound Roscoe », art. préc., p. 465).

<sup>2136</sup> DUBOUCHET P., op. cit., p. 199.

## Conclusion de la section deux

Le courant de la Sociological Jurisprudence emmené par Holmes et Pound entend mettre à mal la pensée classique de Langdell, trop attachée à la logique, afin de mettre en avant la recherche scientifique de l'équilibre des intérêts, tant au niveau de la production de la norme que de son interprétation.

Patterson, qui écrivait sous la Prohibition, avait dressé les grandes lignes séparant la pensée juridique américaine de la pensée française : « les Américains qui ne sont pas satisfaits de la nourriture mentale du XVIIIe siècle tâtonnent pour trouver des « faits » plutôt que des idées *abstraites*. Ils n'évaluent pas très haut les principes synthétiques définitifs qui sont tirés d'une multitude de cas particuliers. Pour le penseur français, le principe synthétique est la crème du lait ; pour l'Américain, c'est seulement l'écume de la bière (non alcoolisée)<sup>2137</sup> ».

## Section 3 : Le discours de l'équilibre dans la doctrine française

*« la question sociale, plus qu'un simple retard de la réalité sociale vis-à-vis de l'idéal politique de la République, révèle donc une contradiction interne de ce qui constitue son instrument par excellence : le langage du droit<sup>2138</sup> ».*

**Le formalisme hexagonal.** La pensée juridique en termes d'équilibre apparaît, en France, de la même manière qu'elle est apparue en Allemagne et aux Etats-Unis. Elle révèle une crise du droit et de la science du droit<sup>2139</sup> et se présente comme un expédient pour en sortir. Cette

---

<sup>2137</sup> V. PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », art. préc., p. 998.

<sup>2138</sup> DONZELOT J., *L'invention du social*, Paris : Fayard, 1984, p. 49.

<sup>2139</sup> V. JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in, D. ALLAND D., RIALS St. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, p. 381.

double crise résulte à nouveau de l'inadaptation du droit et des méthodes d'interprétations des règles aux nouvelles conditions sociales. L'excès du formalisme juridique compromet l'adaptation des règles de droit aux nouvelles réalités. La notion d'« équilibre » appartient au vocabulaire du discours juridique qui va réagir contre le formalisme et tenter de le dépasser.

Le formalisme, dans l'hexagone, ne s'exprime toutefois pas comme en Allemagne ni comme aux Etats-Unis où régnaient, respectivement selon M. Treves, le « formalisme conceptuel » et le « formalisme jurisprudentiel<sup>2140</sup> ». Le formalisme au cœur de la pensée juridique française est le légalisme. Héritier du subjectivisme issu du nominalisme, du volontarisme résultant du jusnaturalisme moderne (et en premier lieu, Hobbes), et de l'idéologie libérale qui marque la période post-révolutionnaire, le légalisme désigne la conception selon laquelle la loi, c'est-à-dire, la volonté du législateur ou la volonté générale, constitue la principale voire l'unique source du droit (– auquel cas il s'agit d'*ultralégalisme*). La conception selon laquelle toute conséquence juridique doit dériver de la loi, induit une forme de raisonnement juridique et un mode d'interprétation particuliers : d'une part la méthode légaliste – dite exégétique – se caractérise par l'application de concepts juridiques et de la logique formelle, d'autre part, l'interprétation consiste à être le plus fidèle possible à la volonté réelle ou supposée de l'auteur de la loi. L'interprétation est donc littérale lorsque le texte suffit, et à défaut, « psychologique ». Il s'agit, dans ce dernier cas, de rechercher, dans les annexes à la loi, la volonté du législateur.

**Les problèmes ontologiques et méthodologiques posés par la sociologie.** Précisons, toujours à titre liminaire, que le savoir-extra juridique mobilisé au service du dépassement du formalisme est, en France comparativement à l'Allemagne et aux Etats-Unis, un peu moins tributaire de l'utilitarisme. En France, les sciences sociologiques ont fortement influencé les juristes. La signification de l'« équilibre » subira cette influence. Nous pourrions en effet observer deux types d'usages de l'équilibre, l'un qui relève d'un positivisme-utilitariste (la loi doit poursuivre l'équilibre des intérêts) et l'autre qui relève du positivisme-sociologique (la loi doit constater l'équilibre spontané des intérêts). Dans ce dernier cas, un problème de nature ontologique, puis méthodologique se pose. Si nous devons réduire le discours des trublions<sup>2141</sup> à cette seule idée, nous dirions qu'il s'agit de revaloriser le fait par rapport au

---

<sup>2140</sup> V. TREVES R., *Sociologie du droit*, Paris : PUF, 1995.

<sup>2141</sup> V. ARNAUD A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris : PUF, 1975, p. 23.

droit et plus précisément le fait social par rapport à la volonté juridique<sup>2142</sup>. Une telle revalorisation, si elle a pour effet d'alerter le législateur, a surtout pour objet de pouvoir fournir au juge – placé en première ligne- les moyens épistémologiques et méthodologiques permettant in fine de faire plier la règle de droit posée sous le poids des faits. En d'autres termes, toute la pensée juridique anti-formaliste formée des travaux de la doctrine de l'époque converge vers cette même question : comment permettre et justifier ce dépassement des insuffisances de la loi par le fait social ? Or c'est ici que surgit la question ontologique. Car, l'une des voies empruntable – et empruntée – est celle de faire dériver le droit, non plus d'une volonté, mais, sous certaines modalités, du fait social lui-même. Or un tel passage s'avère délicat à baliser et davantage à délimiter. Si la plupart des juristes opposés au positivisme juridique s'oppose aux excès de l'idéologie libérale, ils n'en demeurent pas moins attachés à celle-ci et sont souvent prompts à condamner l'idéologie socialiste ou collectiviste. Il existe donc un danger pour eux à proposer aux juges des méthodes d'interprétations extra-légales, fondées sur le fait social, puisque ces méthodes pouvaient servir à favoriser les revendications collectivistes. Autrement dit, la doctrine était consciente qu'elle risquait de créer un golem qui pourrait se retourner contre elle. Il fallait donc, d'une manière ou d'une autre, conserver des moyens de contrôle. C'est ainsi que résonne la fameuse formule de Saleilles « Au delà du Code civil, mais par le Code civil » qui représente assez bien la direction vers laquelle les nouvelles méthodes des juristes anti-formalistes que nous nommerons modérés devaient mener. Pour ces derniers, lorsqu'ils emploient l'équilibre, c'est généralement pour concilier l'individualisme avec le social. En ce sens parler d'équilibre est surtout un moyen rhétorique pour tempérer l'individualisme. D'autres l'entendent d'un point de vue méthodologique. Ce sera Gény surtout qui atteindra le plus haut degré de maturation avec la libre recherche scientifique.

Pour les radicaux (Proudhon, Gurvitch, Hauriou ou Duguit), le droit et le fait entretiennent, au plan ontologique, des rapports complexes, puisqu'ils considèrent que le droit né spontanément des faits. Il n'est plus le résultat d'une volonté suprême. Le problème se déplace ici sur le plan épistémologique : la question est de savoir comment reconnaître dans les faits, l'existence du droit ? Que ce soit pour les juristes anti-formalistes modérés ou les radicaux, la place de la sociologie est fondamentale, puisque pour les premiers, elle assiste le juge pour dépasser les

---

<sup>2142</sup> V. GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, 1992, p. 169 ; VIALA A., op. cit., p. 155 ; MORIN G., *La révolte du droit contre le Code*, Paris : Sirey, 1945.

lacunes de la loi, tandis que pour les seconds, elle fournit les moyens épistémologiques de découverte du droit. Or, il appert que l'emploi du positivisme sociologique par les premiers et a fortiori les seconds, revêt, en dépit des postulats d'objectivité et de réalisme, une forme d'idéalisme. Comme le dit Alexandre Viala, une sacralisation des faits s'est substituée à la sacralisation de la volonté<sup>2143</sup>.

Nous apercevons quelque peu l'inconvénient de l'usage de la discipline de la sociologie par rapport à l'utilitarisme juridique (lequel médiatise toujours le droit et le fait au travers de la volonté du législateur). L'espèce de fébrilité animant les juristes sur la question de la frontière de droit et du fait, est perceptible si l'on observe l'usage de la notion d'« équilibre ». Pour les modérés, l'« équilibre » relève du champ du droit et se présente comme un but ; selon eux, le législateur ou le juge doit rééquilibrer tantôt les intérêts, individuels et collectifs, tantôt les droits, subjectifs et sociaux, afin de se conformer à une certaine idée de la justice. Pour les radicaux, l'« équilibre » relève originellement du fait et non du droit au sens de droit étatique. La question auxquels les radicaux répondent est celle de savoir comment l'état d'équilibre qui résulte des rapports sociaux peut-il accéder à la juridicité ?

Alors que le contexte de crise et l'émergence du droit social feront l'objet du premier paragraphe (I), la place de l'« équilibre » dans le discours juridique occupera le second (II). Le dernier sera spécialement consacré au statut de l'« équilibre » au sein d'un seul ouvrage, celui de François Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (III). Pourquoi ce traitement de faveur ? Essentiellement pour quatre raisons. En premier lieu, il est difficile de classer Génys dans l'une des deux catégories que nous avons dégagées, c'est-à-dire, entre les modérés et radicaux. Certes il est attaché à la loi, mais il a également tenté de dégager, sous certaines conditions, le droit à partir du fait social. En second lieu, la pensée de Génys nous semble plus proche de l'utilitarisme que celle des autres auteurs. En troisième lieu, parce que Génys, contrairement à ses confrères, a fait un usage singulier de la notion d'« équilibre », laquelle désigne un mode de raisonnement relativement proche de la « logique de l'utilité ». Enfin, parce que la méthode de la libre recherche scientifique, dirigée vers l'idée d'équilibre des intérêts, a influencé les juristes et notamment les juristes

---

<sup>2143</sup> VIALA A., op. cit., p. 155 : « tandis que le positivisme juridique du XIXe siècle – c'est en cela que résidait la dérive naturaliste de l'épistémé moderne – tenait la loi de l'Etat pour vraie et rationnelle, le positivisme sociologique qui s'inscrivait en faux contre ce triomphe légaliste, connut à son tour sa propre dérive essentialiste en idéalisant non plus la volonté du législateur mais le fruit de l'observation empirique des faits sociaux ».

américains. Le Gény de Méthodes constitue l'une des autorités invoquées par les tenants de la sociological jurisprudence.

## I) Les conditions de formation du discours de l'équilibre

L'étude de la question sociale (A) précédera la réponse apportée par le droit (B)

### A) *La question sociale posée au droit*

La question sociale figure comme une crise des modèles (1) et comme une crise juridique (2).

#### 1) La question sociale

Le XIXe siècle est une période troublée, traversée par une série de crises politique, sociale et intellectuelle. Ces crises peuvent être appréhendées comme l'incapacité des gouvernants et des élites à renouveler les modèles de société susceptibles de saisir les nouvelles réalités sociales et d'en diriger les forces. Les anciens modèles avaient du mal à tenir bon. « La République » ne garantissait plus l'ordre établi. Le « marché » était loin de contribuer au bien-être de tous les membres de la société. Le « Code civil », au croisement et au service du politique et de l'économie<sup>2144</sup>, victime par ricochet des assauts menés contre l'un et l'autre, apparaissait de moins en moins capable de saisir les rapports qu'il était censée encadrer.

#### a) La crise des modèles classiques

**La « République ».** A la suite de la révolution de 1789, la « République », parce qu'elle semble capable de résorber les crises politiques, jouit d'un prestige populaire. Pourtant dès la

---

<sup>2144</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 143.

seconde moitié de XIXe siècle elle apparaît « épuisée<sup>2145</sup> » car incapable de fournir une solution à une pluralité de problèmes ayant trait aux conditions de travail et de vie de la population ouvrière, problèmes réunis sous l'expression de « question sociale ». Source de déceptions en raison des promesses non tenues, l'idéal républicain proclamé avec l'instauration de la IIe République attise plus qu'il n'éteint les passions d'une classe ouvrière offensée. Conscient de l'humeur ouvrière, le gouvernement garantit « le travail à tous les citoyens<sup>2146</sup> », reconnaît les droits de réunion et d'association et consacre l'égalité politique. Si le suffrage universel réalise à n'en pas douter l'idéal républicain<sup>2147</sup>, il conduit surtout à faire « ressortir le contraste entre l'égle souveraineté politique de tous et la tragique infériorité de la condition civile de certains<sup>2148</sup> ».

Consécutivement à la chute du Second Empire en 1870, est proclamée la IIIe République<sup>2149</sup>. Quelque temps après, entre le 18 mars et le 27 mai 1871, éclate l'épisode de la Commune de Paris où s'érige dans la capitale un gouvernement insurrectionnel soutenu par les milieux populaires. Déçus une nouvelle fois de la République, les ouvriers se révoltent et tentent d'instaurer à l'échelle de la capitale une société conforme aux principes de 1789. Réprimée par la force et dans la violence, la Commune traumatise les ouvriers et figure comme une cause de formation du droit social<sup>2150</sup>.

**Le « marché ».** Le modèle libéral classique repose sur l'idée, issue de la pensée anglo-saxonne (Hobbes, Bentham, Smith...), que le marché produit l'harmonie sociale. Le « marché » est « le libre jeu des appréciations individuelles<sup>2151</sup> », ou le « mode de régulation de l'activité économique par un système de prix librement formés<sup>2152</sup> ». Les échanges libres entre les membres de la société de biens et de services, engendreraient spontanément, à travers le jeu d'une conciliation d'intérêts entre l'offre et la demande, un équilibre jugé satisfaisant. Selon les économistes libéraux, le marché en tant que résultat de la volonté

---

<sup>2145</sup> AUBIN G., BOUVERESSE J., Introduction historique au droit du travail, Paris : PUF, 1995, p. 153.

<sup>2146</sup> V. Décret du 26 février 1848.

<sup>2147</sup> En 1848, « le peuple est devenu roi » (RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris : LGDJ, 1940, p. 18) ; « c'est une époque décisive de notre histoire » écrit Planiol, « la puissance politique est déplacée, la direction du pouvoir législatif changée, les gouvernements deviennent gouvernants, les sujets législateurs », PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, 12<sup>e</sup> éd., t.1, n° 108, cité par RIPERT G., loc. cit.

<sup>2148</sup> DONZELOT J., *L'invention du social*, Paris : Fayard, 1984, p. 67.

<sup>2149</sup> Sur cette période, v. TIMBAL P.-Cl., CASTALDO A., MAUSEN Y., Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2009, p. 643 et s.

<sup>2150</sup> V. DELBREL Y., *L'essentiel de l'histoire du droit social*, Paris : Gualino, 2006, p. 50.

<sup>2151</sup> LEPAGE H., Pourquoi la propriété, Paris : Hachette, 1985, p. 28.

<sup>2152</sup> ROSANVALLON P., Le capitalisme utopique, Paris : Seuil, 1999, p. II.

individuelle servant les intérêts de chacun, aboutirait plus sûrement et plus efficacement à l'harmonie des intérêts c'est-à-dire l'harmonie sociale, que ne le ferait le politique au travers de ses institutions et de ses mécanismes contraignants. « Le marché », écrit ainsi M. Rosanvallon « se présente à la fin du XVIIIe siècle comme la réponse globale aux questions que les théories du pacte social ne pouvaient pas résoudre de façon totalement satisfaisante et opératoire<sup>2153</sup> ».

En d'autres termes, le marché ne se réduit pas en un simple mode de régulation des rapports d'ordre économique, il s'intègre dans une pensée globale, éthique et politique<sup>2154</sup> : le libéralisme<sup>2155</sup>. Or, les crises économiques et sociales au XIXe siècle montrent que le modèle du marché, s'il demeure en théorie viable, ne saurait échapper à une sérieuse remise en cause.

**Le « Code civil ».** Enfin, le dernier modèle à périlcliter en cette fin de XIXe siècle est le Code civil. Considéré jusqu' alors comme le correcteur de tous les problèmes sociaux – ce dont la suppression des privilèges et des corporations témoignait<sup>2156</sup> –, le Code apparaît incapable d'empêcher les inégalités sociales ni même de ralentir leur accentuation. L'Etat, conformément aux principes révolutionnaires, s'étant retiré du domaine de la production et du travail<sup>2157</sup>, le régime juridique des relations de travail demeure contenu dans le champ de la liberté et de la volonté individuelle. La suppression et l'interdiction des corps intermédiaires, (coalitions, corporations etc.) laissent en principe l'employeur et l'employé libres de former leur convention et de convenir entre eux des modalités de leur relation.

Les règles gouvernant leurs rapports relèvent alors du droit commun. Le contrat de travail n'étant pas prévu par le Code civil, la convention entre l'employeur et l'employé est qualifiée de contrat de louage<sup>2158</sup>. En cas de litige, le régime de droit commun était applicable et ses effets demeuraient particulièrement défavorables aux ouvriers : la lésion n'était pas invocable ; en cas d'accident, l'indemnisation était conditionnée à l'engagement de la

---

<sup>2153</sup> ROSANVALLON P., op. cit. V. égal. AUDARD Ch., *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris : Gallimard, 2009, p. 15.

<sup>2154</sup> Le libéralisme est « avant tout une doctrine de la limitation du pouvoir qui, tout en admettant la nécessité d'une organisation gouvernementale (...) considère néanmoins que la préservation de la liberté suppose avant tout que l'Etat soit cantonné dans une sphère déterminée » (RAYNAUD P., « Libéralisme », in, RAYNAUD P., RIALS S., Dictionnaire de philosophie politique, Paris : PUF, 1996, p. 344). V. ROSANVALLON P., op. cit., p. VIII.

<sup>2155</sup> V. ROSANVALLON P., op. cit. ; AUDARD Ch., op. cit.

<sup>2156</sup> DONZELOT J., op. cit., p. 50.

<sup>2157</sup> Les lois Le Chapelier des 2 et 17 mars 1791 ont consacré la liberté du travail et supprimé les privilèges de professions et les corporations, v. DELBREL Y., op. cit., p. 21.

<sup>2158</sup> V. AUBIN G., BOUVERESSE J., op. cit., Paris : PUF, 1995, pp. 102-106.

responsabilité civile de l'employeur ; en cas de litige sur le montant du salaire, l'employeur bénéficiait de présomption irréfragable de la véracité<sup>2159</sup>. Le Code civil, par l'incontestable inégalité de fait qu'il provoquait et qui se révélait ouvertement, n'apparaissait donc plus comme le garant d'un ordre social juste, mais comme un « Code bourgeois », c'est-à-dire, le symbole du triomphe de la bourgeoisie.

**La réalité sociale du XIXe.** Au risque de réduire la situation à sa plus simple expression<sup>2160</sup>, nous pouvons schématiquement représenter cette époque à travers le clivage entre deux groupes sociaux : ceux qui récoltent les fruits de l'ère industrielle et du libéralisme économique et ceux qui en subissent les effets. Les conditions de vie de la bourgeoisie et de la classe ouvrière s'opposent du tout au tout. Si les disparités entre nantis et pauvres traversent les âges et les lieux, deux phénomènes s'avèrent à cette époque inédits. En premier lieu, l'antagonisme entre la classe ouvrière et la classe bourgeoise est profondément exacerbé par rapport à l'époque de l'Ancien régime. Ici, les différences se situent à chaque niveau : revenus, instructions, santé, habitat : « une forme de ségrégation sociologique apparaît au *XIXe siècle qui n'existait pas autrefois*<sup>2161</sup> ». Si la dialectique marxiste consistant à rendre compte de cet écart par la lutte des classes était loin de faire l'unanimité, le constat de conflits *d'intérêts* entre les groupes ou de disharmonie sociale, quant à lui, était rarement contesté. En second lieu, en raison des transformations radicales des modes de production (industrialisation, machinisme), des lieux (l'usine remplace l'atelier), ainsi que de l'urbanisation, la classe défavorisée se présente sous un jour nouveau, elle est frappée d'une forme jusqu'alors inconnue de pauvreté impliquant l'apparition d'un mot approprié : le paupérisme. Le paupérisme « était le fait du travail industriel ; il accompagnait *l'industrialisation, sinon comme sa condition, du moins comme sa conséquence, son ombre portée*<sup>2162</sup> ».

---

<sup>2159</sup> V. OLSZAK N., Histoire du droit du travail, Paris : Economica, 2011, pp. 29-30.

<sup>2160</sup> Pour plus de détails, V. DELBREL Y., op. cit., pp. 39-48 ; GUESLIN A., Gens pauvres - pauvres gens, Paris : Aubier, 1998, 315 p. ; DEWERPE A., Le monde du travail 1800-1950, Paris : Armand Colin, 1998, 2<sup>e</sup> éd., pp. 53-92.

<sup>2161</sup> DELBREL Y., op. cit., p. 46 : « il y a donc désormais deux populations face à face ; elles ne sont susceptibles de se rencontrer qu'à l'occasion du travail et n'ont pas de rapport que de commandement ou de subordination. La dissociation va évoluer vers l'antagonisme. Les intérêts de ces populations sont contraires parce que les intérêts du capital et du travail sont divergents ».

<sup>2162</sup> EWALD F., Histoire de l'Etat providence, Paris : Grasset, 1996, p. 59. Le concept de paupérisme (apparu en Angleterre dès 1815 et en France en 1823, v. GUESLIN A., Gens pauvres - pauvres gens, Paris : Aubier, 1998, p. 94) désigne un état de pauvreté singulier en raison de caractères propres : cette pauvreté touche des populations entières et ciblées, elle est durable, permanente, discrimine physiquement et moralement le pauvre du riche, et trouve enfin sa cause, non de l'absence de travail, mais du travail lui-même.

Alors qu'ils alimentent la « dynamique de la modernisation<sup>2163</sup> », les ouvriers mènent une vie laborieuse et pâtissent de leur extrême vulnérabilité. Aux conditions de vie ordinaires éprouvantes en raison de la durée quotidienne de travail<sup>2164</sup> et de l'insalubrité des usines, s'ajoute une insécurité constante et totale. Les ouvriers sont exposés d'une part aux accidents dont le machinisme accroît les risques de survenance et d'autre part aux maladies et aux infections provoquées par les produits chimiques de plus en plus usités. Hors de l'usine ou de la mine, la vie ouvrière n'est pas moins affligeante. La plupart d'entre eux, déracinés de leur campagne<sup>2165</sup>, s'installent aux abords des agglomérations industrielles ou des bassins miniers. Les taudis dans lesquels les familles élisent demeure, constituent un environnement propice aux maladies et à la violence quotidienne<sup>2166</sup>. Ces conditions déjà misérables sont plus terribles encore pour les enfants que l'on fait travailler dès six ans<sup>2167</sup> ou les femmes qui se livrent, pour certaines d'entre elles, après leur journée à l'usine<sup>2168</sup>, à la prostitution.

A cette précarité quotidienne s'ajoute la précarité économique et les appréhensions. En effet, l'industrialisation cause occasionnellement des situations de surproduction desquelles résultent des crises économiques aussi passagères que fatales provoquant baisse de salaires, réduction d'activité, voire faillite et licenciements<sup>2169</sup>.

Finalement conclut M. Delbrel, le véritable malheur de l'ouvrier, contrairement au compagnon de l'Ancien régime « est sans doute la peur du lendemain<sup>2170</sup> ». Les risques auxquels sont exposés les ouvriers, l'absence de perspective d'avenir<sup>2171</sup> et le défaut de

---

<sup>2163</sup> CASTEL R., *Les Métamorphoses de la question sociale*, Paris : Gallimard, 1995, p. 370.

<sup>2164</sup> Le Professeur Delbrel indique que les journées sont en moyenne de quatorze heures, ce qui correspond plus ou moins à la durée du travail sous l'Ancien Régime. Mais précise-t-il, le rythme a changé : il n'y a plus de pause, plus de jour férié, plus de dimanche chômé. La cadence est tirée vers le haut par l'action des contremaîtres, (v. DELBREL Y., op. cit., p. 20 et s. ; v. égal. DEWERPE A., op. cit., p. 111).

<sup>2165</sup> Le recrutement de travailleurs ruraux a pour effet de produire une solitude ouvrière. L'ouvrier type du XIXe est « culturellement un rural exilé de la ville. Il a coupé avec ses origines familiales et amicales ; il est alors dépourvu des réseaux de solidarité à même de venir en aide dans les moments difficiles de la vie » (DELBREL Y., op. cit., p. 44).

<sup>2166</sup> V. ASSELAIN J.-Ch., « Révolution industrielle », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>2167</sup> Sur le travail des enfants, v. OLSZAK N., op. cit., pp. 50-55.

<sup>2168</sup> L'embauche des femmes devient, pour certains directeurs, une aubaine. En effet, avec les machines, il n'est plus requis de posséder une force physique notable. En outre, les employeurs ont vite compris l'intérêt d'engager des femmes : elles sont réputées plus dociles, moins revendicatives et sont payées moins cher (v. DELBREL Y., op. cit., 2006, p. 41 ; OLSZAK N., op. cit., pp 54-56).

<sup>2169</sup> V. GUESLIN A., op. cit., p. 96 et s.

<sup>2170</sup> DELBREL Y., op. cit., p. 43.

<sup>2171</sup> V. DEWERPE A., op. cit., p. 108.

protection sociale jettent l'effroi sur toute une partie de la population. « La société capitaliste libérale devient, ajoute M. Delbrel, une société de la peur sociale<sup>2172</sup> ».

A cela, s'adjoignent de nombreuses grèves durement réprimées, qui constituent autant de signaux d'alertes et de menaces adressés à la bourgeoisie. Outre ces mouvements ouvriers, la tension entre les classes se traduit également de manière exacerbée, à l'occasion de procès qui opposent les patrons d'usine et ouvriers victimes d'accidents. Ces litiges cristallisent les espoirs mais surtout les frustrations d'une partie de la population, car ils rendent compte de l'incapacité du droit à se saisir de la condition ouvrière.

#### b) Les périls socialiste et marxiste

**Les doctrines socialistes.** Les déceptions de la classe ouvrière, les inégalités qu'elle supporte, les injustices qu'elle subit et la violence qu'elle provoque, témoignent sans conteste de l'absence d'harmonie sociale. L'incapacité de la « République », du « Code civil » et du « marché » en tant que modèles à représenter les phénomènes auxquels ils sont censés correspondre et dont ils sont supposés déterminer l'évolution, est flagrante et il s'avère donc indispensable, pour la classe possédante afin de recouvrer sa sûreté, de repenser les conditions de l'harmonie sociale. La prégnance est d'autant plus lourde, qu'il s'agit également de faire obstacle au socialisme. En effet, ce mouvement philosophique et politique qui s'est développé en réaction au modèle capitaliste, se fixe pour objectif de réaliser une plus grande justice sociale en faveur prioritairement des travailleurs qu'il attire naturellement. Que ce soit en Angleterre, en France, aux Etats-Unis ou en Allemagne, les divers courants socialistes de plus en plus populaires, se rejoignent pour condamner le caractère immoral des conséquences sociales du capitalisme, souligner son inefficacité économique eu égard aux crises économiques et au chômage qui en résultent, et enfin, promouvoir une plus grande égalité sociale<sup>2173</sup>.

En France, en dépit de points de vue relativement peu compatibles, trois figures majeures représentent ce mouvement ambitionnant de résoudre la « question sociale ». Néanmoins, plus que Saint-Simon (1760-1825) prônant la fraternité entre élites et ouvriers<sup>2174</sup> ou Fourier

---

<sup>2172</sup> DELBREL Y., loc. cit.

<sup>2173</sup> V. LAVROFF Dm. G., Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle, 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2007, p. 81 et s. ; DELBREL Y., op. cit., p. 52 et s.

<sup>2174</sup> Maître d'Auguste Comte, Saint-Simon promeut une nouvelle philosophie positive fondée sur l'étude des faits et un christianisme renouvelé. La Révolution française étant inachevée, il s'avère nécessaire, selon lui, de la

(1772-1837) imaginant une harmonie sociale gouvernée par les lois astronomiques<sup>2175</sup>, c'est Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) qui livre la doctrine sociale la plus retentissante<sup>2176</sup>. La pensée complexe et foisonnante de Proudhon, si elle n'est pas forcément comprise par le peuple, est, dans ses grandes lignes, saisie<sup>2177</sup>. Sa célèbre formule « *la propriété, c'est le vol !* » témoigne que les raisonnements économiques et juridiques dont elle constitue la conclusion, n'ont pas nécessairement besoin d'être appréhendés par la classe ouvrière afin que celle-ci n'en saisisse le caractère radicalement politique. Proudhon, bien qu'il rejette le collectivisme et le dogme marxiste de la lutte des classes, se revendique anarchiste, prône la fusion des classes et la suppression de l'Etat au profit du fédéralisme. Sa célèbre étude sur la propriété le conduit à voir dans cette institution telle qu'elle est justifiée et exercée, l'une des causes de la question sociale. Avant d'être reléguée, avec la montée du marxisme au rang de « socialisme utopique », la pensée de Proudhon fut grandement accueillie et l'esprit de « la Commune » porte incontestablement sa marque<sup>2178</sup>.

**La doctrine marxiste.** Dans les années 1870, la pensée de Marx gagne la France et produit un effet retentissant. Marx veut faire prendre conscience au prolétariat de son rôle dans l'histoire, afin que les prolétaires dépassent leur condition en luttant contre la classe possédante qui, par la privation des moyens de production, les réduit en servitude. Par sa pensée ouvertement révolutionnaire, Marx « contribue à renforcer le sentiment *d'appartenance du monde ouvrier à une classe sociale spécifique tout en le préparant à la*

---

compléter par une série de réformes sociales aux caractères éthiques et religieux, consistant avant tout dans l'élévation des classes ouvrières (v. DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, p. 181 ; WOLFF J., Histoire de la pensée économique, Paris : Montchrestien, 1991, pp. 138-141).

<sup>2175</sup> Appartenant à la catégorie des utopistes, Fourier traduit ces idées de réformes sociales en projets « plus ou moins fantastiques » (DEL VECCHIO G., op. cit., p. 18). Il dessina dans ses plus petits détails un nouveau type d'unité sociale, la phalange, avec un centre commun, le phalanstère, et une commune organisation de travail. Il inspira directement Godin lorsque ce dernier bâtit son Familistère à Guise (v. DEBOUT-OLESZKIEWICZ S., « Fouriérisme », Encyclopædia Universalis ; WOLFF J., op. cit., pp. 139-140).

<sup>2176</sup> V. LESCUYER G., Histoire des idées politiques, Paris : Dalloz, 2001, p. 507 ; ANTONETTI G., Histoire contemporaine politique et social, Paris : PUF, 1999, 8<sup>e</sup> éd., p. 296.

<sup>2177</sup> Proudhon aurait déclaré, « le peuple ne me lit pas ; mais sans me lire, il m'entend », cité par LESCUYER G., op. cit., p. 507 ; v. égal. REGNIER P., « Les contradictions littéraires d'un révolutionnaire : Proudhon », Littérature, n° 24, 1976, p. 71, note 33.

<sup>2178</sup> L'influence de Proudhon apparaît notamment après l'insurrection communaliste dans le manifeste du comité central le 23 mars 1871 : « *l'indépendance de la Commune est le gage d'un contrat dont les clauses librement débattues feront cesser l'antagonisme des classes et assureront l'égalité sociale* » (cité par ANTONETTI G., op. cit., p. 312) ; de même, les acteurs de la Commune sont animés par la volonté d'abolir toute structure étatique dans « *la plus pure pensée de l'anarchisme anti-étatique de Proudhon* » (ROYER J.-P., Histoire de la justice en France, Paris : PUF, 2001, 3<sup>e</sup> éd., p. 577. V. égal. LAVROFF Dm. G., Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle, Paris : Dalloz, 2007, 9<sup>e</sup> éd., p. 90).

lutte politique<sup>2179</sup> ». Le marxisme est perçu, à maints égards, dangereux pour la stabilité sociale. Il contribue à la fracture sociale par l'opposition des classes, révèle l'unité des ouvriers et suscite même, en quelque sorte, une fierté ouvrière qui constitue autant d'obstacles à la conciliation avec la classe opposée. En outre, Marx est un penseur de tout premier ordre. La base scientifique sur laquelle il entreprend la critique de l'ordre bourgeois renforce la légitimité de la révolte ouvrière. Lorsque le marxisme se meut en force politique, organisée tant au niveau national<sup>2180</sup> qu'international<sup>2181</sup>, le marxisme devient définitivement menaçant pour la classe politique et la classe bourgeoise.

## 2) Les apories du droit civil

**Illustration à partir de la mise en œuvre de la responsabilité civile.** Si la question des modalités de la responsabilité civile se révélait déjà prégnante sous l'Ancien Régime<sup>2182</sup>, le besoin d'une réponse généralisée devient pressant en cette seconde moitié du XIXe siècle. Les faits sont connus : en raison de la concentration industrielle, du développement du machinisme et de la volonté d'accroître les rendements – causes d'augmentation de la pression patronale et de réduction des précautions de sécurité –, se produisent de nombreux accidents dans les usines. En conséquence, une quantité importante d'actions en responsabilité furent engagées par les ouvriers victimes ou par leur famille à l'encontre des employeurs<sup>2183</sup>. Juridiquement, le problème se présente simplement : les juges saisis étaient interrogés sur l'existence d'une responsabilité de l'employeur au titre des articles 1382 et suivants du Code civil. Conformément à la loi, l'indemnisation du dommage subi par

---

<sup>2179</sup> DELBREL Y., op. cit., p. 54.

<sup>2180</sup> L'un des premiers leaders marxistes en France est Jules Guesde.

<sup>2181</sup> Le socialisme prend la forme d'une association internationale des travailleurs fondée à Londres en 1861 dont Marx rédige les statuts.

<sup>2182</sup> BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in, Mélanges Boyer, t.1, Paris : Sirey, 1962, p. 222 : « contrairement à une affirmation fréquente qui rattache au développement du machinisme l'intérêt pratique de cette question, le problème de la responsabilité extracontractuelle se posait souvent devant les tribunaux de l'ancienne France. La violence des mœurs multipliait les homicides et les coups et blessures. De nombreux accidents étaient dus à l'usage habituel du cheval et aux exigences de la vie rurale. En ville, l'entassement et la médiocre qualité des constructions rendaient fréquents et importants les dégâts dus aux incendies et aux écroulements ».

<sup>2183</sup> V. PREMONT M.-Cl., « François Géný et les enjeux de la responsabilité civile », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François Géný, mythes et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 112.

l'employé était subordonnée à l'existence d'une faute de l'employeur et d'un lien entre celle-ci et le préjudice.

Dans les faits, la responsabilité de l'employeur n'était que marginalement engagée<sup>2184</sup>. Soit, parce que la victime ne parvenait pas à rapporter la preuve de l'existence d'une faute, soit parce qu'elle avait, dans une proportion plus ou moins déterminante, contribué à son propre dommage, soit enfin, parce que l'accident était « anonyme » selon la formule de Josserand, c'est-à-dire un évènement indépendant de tout comportement fautif.

En conditionnant l'indemnisation du préjudice subi par la victime à l'existence d'une faute exclusive de l'employeur dont il fallait rapporter la preuve, la lettre de la loi s'avérait particulièrement défavorable aux ouvriers victimes d'accidents et apparaissait peu sécurisante à l'égard de ceux qui, quotidiennement, étaient exposés aux risques d'accidents<sup>2185</sup>. Quant aux juges, désormais privés du recours à l'« équité », ils n'apparaissaient pas enclins à protéger les ouvriers, puisque ils s'en tenaient, malgré quelques propositions innovantes issues d'une doctrine minoritaire, à une interprétation littérale des articles 1382 et suivants du Code. Ainsi appliquée, la responsabilité délictuelle prévue par le Code civil, dans ce contexte particulier (néanmoins redondant), creusait plus profondément le gouffre séparant les ouvriers et les directeurs d'entreprise, et attestait l'insuffisance et l'inadaptation des règles aux nouvelles exigences sociales.

**Autres exemples.** Si elle s'avère la plus saillante du fait de la quantité d'actions en réparation engagées et de l'émoi suscité par le caractère manifestement indécent des jugements déboutant les actions en réparation<sup>2186</sup>, cette aporie du droit n'était pas la seule. Le droit libéral et volontariste des contrats, peu enclin à admettre la révision du contrat<sup>2187</sup>, était manifestement incapable de prendre en compte les effets des fulgurantes crises économiques qui frappaient les contractants et bouleversaient leurs relations. Le droit des personnes, régi par des règles issues de l'époque féodale voire antique, était également particulièrement

---

<sup>2184</sup> V. PREMONT M.-Cl., « François Géný et les enjeux de la responsabilité civile », art. préc., p. 105 et s.

<sup>2185</sup> De même que la lettre du contrat de louage de service entre le patron et l'ouvrier ne prévoyait évidemment, dans cette situation, aucune clause d'indemnisation au profit de la victime.

<sup>2186</sup> V. RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1940, p. 159.

<sup>2187</sup> La lésion prévue à l'article 1118 du Code civil ne constituait pas un vice général du consentement et ne donnait lieu à rescision que dans un nombre restreint de contrats (le partage – art. 887 du C. civ. ; la vente immobilière – art. 1674 du C. civ.) et au profit de certaines personnes (mineurs, interdits, femmes mariées : art. 1118, 1123, 1305 et 1312 du C. civ.) ; CATALA P., « Des contrats déséquilibrés », in, *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, Paris : LexisNexis, 2010, p. 77 : « en 1804, le Code civil des Français ne s'est guère préoccupé du déséquilibre dans les contrats ».

inadapté au mode de vie du XIXe siècle<sup>2188</sup>. Les normes fixant le statut de la femme mariée, le sort des enfants naturels, le pouvoir exorbitant du père de famille, exigeaient impérieusement d'être réévaluées au regard de l'évolution des mœurs.

**Sclérose de la loi.** La plupart des règles en vigueur durant la seconde moitié du XIXe siècle sont pour l'essentiel issues de textes inchangés depuis la codification de 1804. En d'autres termes, la majeure partie des lois appliquées dans la société industrielle du XIXe siècle fut élaborée dans le contexte social d'une société pré-industrielle. Cette vétusté des règles, source de lacunes et de silence, explique à la fin du siècle, la montée en puissance du rôle du juge. Alors qu'on s'était efforcé depuis la Révolution de dénier farouchement au juge, « toujours suspecté d'attachement à la vieille France aristocratique<sup>2189</sup> », toute fonction créatrice de droit, celui-ci devint progressivement le centre d'attention de la doctrine. Néanmoins, avant d'être audacieux, les juges sous l'influence et le regard méfiant de l'Ecole de l'exégèse, faisaient encore mine de rechercher la volonté exprimée, ou supposée, du législateur par le truchement de la loi, laquelle était considérée depuis Rousseau, comme la seule et pure forme d'expression de la volonté populaire. Ce légalisme, voire cet « ultra-légalisme<sup>2190</sup> » dans l'interprétation du droit et dans la science du droit contribue, autant que l'inadaptation des règles aux faits sociaux, à rigidifier le droit. Le formalisme légaliste, s'il s'explique pour des raisons historiques (la crainte des juges depuis l'époque des Parlements) se trouve également maintenu pour des motifs idéologiques. De fait, il était nécessaire de justifier cet attachement à la loi pour éviter que la satisfaction des intérêts de la bourgeoisie n'apparaisse trop ostensiblement comme la cause essentielle de ce mode d'interprétation.

---

<sup>2188</sup> Le Code civil de 1804 repose, quant aux personnes, sur l'idée romaine du *pater familias* impliquant une forte inégalité de statut entre les membres de la cellule familiale. L'homme est doté en puissance et en réalité de tous les droits, contraignant les autres, femmes, mineurs et interdits, de passer par leur intermédiaire pour agir. Avec l'évolution des idées, le législateur va progressivement renforcer le statut des personnes soumis à la puissance paternelle. Ainsi, le statut de la femme vers la fin du XIXe siècle, se voit accorder de plus en plus de prérogatives. En 1895, afin d'inciter à l'épargne, fut promulguée une loi sur la capacité de la femme mariée. Celle-ci qui était autorisée depuis 1881 à ouvrir en son nom un livret d'épargne, peut désormais faire seule des dépôts et des retraits ; en 1897, la femme acquiert la possibilité d'être témoin aux actes de l'état civil et dans les actes instrumentaires ; avec le XXe siècle, la profession d'avocat leur est ouverte, etc. A propos des mineurs et les interdits, ceux-ci font l'objet d'une protection légale en 1880 et en 1889. La loi de 1889, en instaurant la « déchéance de la puissance paternelle » vise à reconnaître à l'enfant le droit à un certain genre de vie et tend à condamner l'exercice du droit à correction du Code Napoléon, lorsqu'il est employé pour prodiguer de mauvais traitements, (v. ARNAUD A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris : PUF, 1975, p. 81 et s.).

<sup>2189</sup> VIALA A., op. cit., p. 149.

<sup>2190</sup> JESTAZ P., « Les sources du droit : un déplacement d'un pôle à l'autre », art. préc., p. 12.

**La fiction de la rationalité du législateur.** Afin de justifier le formalisme dans la méthode d'interprétation de la loi et dans la science du droit, nous avons vu que les juristes américains se référaient aux principes contenus dans la Constitution et principalement la liberté individuelle et l'égalité. En raison de sa faible juridicité en droit privé et de son absence de stabilité, la constitution n'était pas capable de constituer le mythe susceptible de fonder le formalisme. Les juristes français se sont donc tournés vers la fiction de la Raison pour donner crédit à la méthode formaliste. On ne pourrait expliquer mieux que M. Viala, le rôle tenu par la Raison dans la pensée juridique classique du XIXe siècle :

« Dans l'héritage logique de cette révolution jusnaturaliste où le droit naturel s'affichait comme un droit rationnel, le positivisme légaliste du XIXe siècle prit la forme d'un discours faisant appel (...) à la rationalité du législateur. Afin de protéger l'autorité du Code civil, digne héritier juridique de la philosophie des Lumières vanté pour sa systématisme et sa cohérence, les juristes de l'époque n'eurent de cesse de le présenter comme l'expression de la rationalité du législateur. L'objectif de la démarche était de neutraliser toute défiance à l'égard de l'illustre document législatif représentatif d'une idéologie libérale triomphante qu'il fallait préserver de toute interprétation *contra legem*. Toujours suspectée d'irrationalisme depuis que les juges sont regardés comme les derniers vestiges d'une aristocratie vaincue et lésée de préjugés, l'interprétation judiciaire était reléguée par la doctrine légaliste au rang de simple fonction cognitive. Le travail de ce juge présumé rétif au nouveau credo du libéralisme devait être exégétique et s'en tenir à la duplication de la volonté subjective d'un législateur dogmatiquement représenté comme l'incarnation de la Raison. (...) Sous la bannière de la Raison – et c'est un autre aspect de la dialectique de la modernité- le positivisme juridique traditionnel a fini par figer et réifier la loi qui n'est pourtant rien d'autre qu'un outil déontique marqué du sceau de la contingence et de l'impureté axiologique. Une telle dérive métaphysique illustre, rappelons-le, ce qu'on appelle le légalisme qui, derrière les apparences d'un strict formalisme prétendant réduire le droit à la loi de l'Etat, cachait mal une inclination de type jusnaturaliste consistant à assurer la pérennisation de l'ordre libéral établi depuis la Révolution Française<sup>2191</sup> ».

**L'idéologie libérale du Code civil.** Le droit civil de la seconde moitié du XIXe siècle se présente comme un droit individualiste, (strictement) égalitaire, volontariste. Ces caractères

---

<sup>2191</sup> VIALA A., op. cit., p. 108.

découlent de la finalité du droit civil : assurer la liberté du sujet<sup>2192</sup>. A cette fin, il importe de prime abord d'établir une stricte égalité juridique. En ce sens, le droit se définit comme l'instrument de la coexistence des libertés individuelles : il « *n'est que réglementation des relations entre individus libres, égaux, et doués de la faculté de s'engager consciemment dans les dédales de la vie quotidienne*<sup>2193</sup> ». Le contrat apparaît comme le modèle des rapports entre les hommes<sup>2194</sup> et le droit des contrats, le droit noble par excellence<sup>2195</sup>. D'une part, il « acquiert sa valeur symbolique en référence au contrat social fondateur<sup>2196</sup> », et d'autre part, il apparaît comme un mécanisme générateur de normes tirant son efficacité et sa justification de la liberté et de l'égalité qu'il préserve et promet. Puisque les hommes sont libres, raisonnables et autonomes, il leur est reconnu individuellement la liberté de convenir entre eux, selon les modalités qu'ils choisiront, l'organisation de leurs rapports réciproques<sup>2197</sup>. Dès lors, seul un vice à l'occasion de l'échange de consentement ou une transgression à l'ordre public à l'occasion des modalités de la convention est susceptible de faire échec à ce mécanisme générateur d'obligations.

## B) *La réponse juridique*

La réponse juridique est d'abord une tentative de remédier à la crise des modèles (1) puis à celle du droit civil (2).

### 1) Le modèle salvateur : la solidarité

**La recherche d'un nouveau modèle.** Entre un statu quo instable et un péril de plus en plus rouge, la classe dominante se trouve contrainte de concéder à mettre en œuvre une certaine

---

<sup>2192</sup> V. RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1958, 2<sup>e</sup> éd., p. 90 : « le XIX<sup>e</sup> siècle a vécu sur l'idéologie de la révolution de 1789. Le maintien de la liberté a paru être le bien le plus précieux ».

<sup>2193</sup> ARNAUD A.-J., op. cit., p. 81 ; THIREAU J.-L., *Introduction historique au droit*, Paris : Flammarion, 2001, pp. 288-294.

<sup>2194</sup> V. MORIN G., *La révolte du droit contre le Code*, Paris : Sirey, 1945, p. 22.

<sup>2195</sup> V. NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ*, 1994-3, p. 775.

<sup>2196</sup> NIORT J.-Fr., id., p. 781.

<sup>2197</sup> Le principe de la liberté des conventions implique « *dans cette perspective libérale, l'absolue souveraineté des parties contractantes dans la détermination du contenu du contrat, de ses effets et de son interprétation* », NIORT J.-Fr., id., pp. 775-776.

justice sociale afin de prévenir toute révolution<sup>2198</sup>. Il faut, résume M. Jamin, « recréer de l'harmonie sociale autrement que par le marché pour que la société bourgeoise tienne le choc<sup>2199</sup> ». Il s'agit alors de renouveler le langage sinon la science juridique, de combler les lacunes du Code, tout en minimisant au possible les impacts à l'égard des principes constitutifs de l'ordre bourgeois.

Un concept permettant de faire échec aux excès du modèle libéral existait et jouissait d'une consécration républicaine : à la suite de la liberté élevée en principe absolu et de l'égalité instituée pour assurer la première, se dresse en effet, la fraternité. Cependant, à cette époque, la fraternité est déjà obsolète : en plus d'être politiquement usée et juridiquement limitée, la fraternité, associée à la charité chrétienne, demeurait incongrue depuis la sécularisation opérée au moment de l'instauration de la République<sup>2200</sup>. Objet de sarcasme chez Marx qui la qualifie « d'équilibre sentimental des intérêts de classes contradictoires<sup>2201</sup> » ou laissée à l'abandon pur et simple par la plupart<sup>2202</sup>, la fraternité est insusceptible de constituer le modèle salvateur de la bourgeoisie. Heureusement pour elle, la fin du XIXe siècle voit sa quête s'achever.

**L'émergence de la solidarité.** Au cours du XIXe siècle, la notion de « solidarité » était dans l'air du temps<sup>2203</sup>. Néanmoins, le sens du terme n'était pas rigoureusement fixé et oscillait entre une conception sentimentale, factuelle et normative à laquelle il fallait adjoindre, la

---

<sup>2198</sup> V. MUCCHIELLI L. La découverte du social, Paris : La Découverte, 1998, p. 238.

<sup>2199</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 5 et s.

<sup>2200</sup> Pour plus de détails, v. BORGETTO M., La notion de fraternité en droit public français, préf. ARDANT Ph., Paris : LGDJ, 1993, pp. 345-350.

<sup>2201</sup> MARX K., Les luttes des classes en France (1848-1850), Paris : Editions sociales, 1957, p. 52, cité par BORGETTO M., op. cit., p. 349.

<sup>2202</sup> GIDE C., La coopération, Paris : Sirey, 1910, p. 155, cité par BORGETTO M., op. cit., p. 350 : « ce vieux mot n'a plus cours (...) les gens sérieux ne lui donnent pas plus de place dans la science que dans les affaires ».

<sup>2203</sup> Parmi les différents auteurs employant la notion durant le XIXe siècle, il y a le socialiste Pierre Leroux : « outre qu'il fut l'un des premiers sinon le premier à avoir introduit le mot même de solidarité dans l'ordre et le langage philosophiques », indique M. Borgetto, « il est clair qu'en n'ayant pas hésité d'une part à poser le fait d'interdépendance sociale et humaine comme l'un des fondements du devoir général de solidarité, d'autre part à ne s'assigner d'autre but, après avoir pris soin de les distinguer, que de réconcilier la solidarité-fait et la solidarité-devoir, cet auteur se rangea sans conteste parmi les inspirateurs les plus anciens des radicaux-socialistes de la IIIe République » (BORGETTO M., id., p. 351). Sur la genèse de la notion au XIXe siècle, v. égal., BLAIS M.-Cl., La solidarité – Histoire d'une idée, Paris : Gallimard, 2007, pp. 49-230. On trouve également la notion chez Proudhon. La « solidarité contractuelle », devant se substituer à la centralisation gouvernementale, traduit l'anarchisme proudhonien, v. PROUDHON P.-J., Philosophie du progrès, Bruxelles : Lacroix, Verboeckhoven, 1868, p. 56.

signification originelle, purement juridique<sup>2204</sup>. Des synthèses furent tentées sans emporter l'adhésion<sup>2205</sup>.

Quoiqu'elle était déjà bien comprise par Proudhon, la notion se trouve consacrée en 1896, par un petit livre du juriste Léon Bourgeois qui aurait pu aisément passer inaperçu malgré son titre évocateur : *Solidarité*<sup>2206</sup>. Parce que « *l'époque s'y est reconnue*<sup>2207</sup> », l'ouvrage est un succès : la thèse est très lue, se diffuse rapidement et devint corrélativement l'objet de vives et parfois d'acribes discussions dans les milieux académiques. Si le solidarisme ne fait pas l'unanimité, il devient néanmoins incontournable et se trouve renforcé et légitimé par la renommée des récipiendaires qui s'en réclament tels Bouglé<sup>2208</sup> en sociologie, Buisson et Malapert en philosophie<sup>2209</sup>, ou l'économiste Charles Gide, fondateur de l'école de la solidarité. Signe de sa popularité et de sa consécration, en 1900, la solidarité se voit honorée à l'Exposition Universelle tenue à Paris<sup>2210</sup>. Comment expliquer un tel engouement ? Pour MM. Aubin et Bouveresse, le mérite de Léon Bourgeois fut « de faire sortir du principe normatif *d'interdépendance et de socialisation une doctrine contractuelle fidèle à l'idéal de la Révolution*<sup>2211</sup> ». Ce principe a pour apanage de pouvoir justifier l'action étatique dans les domaines réservés aux volontés individuelles : « grâce à elle, les réformateurs républicains *disposent d'un outil théorique permettant de justifier l'intervention de la puissance publique en matière sociale. C'est une révolution juridique qui s'ouvre car, désormais, il est possible de légitimer l'assistance publique obligatoire*<sup>2212</sup> ». Enfin un dernier attrait du concept de solidarité est qu'il est suffisamment puissant pour éroder les modèles dominants, et

---

<sup>2204</sup> Les termes « solidaire » et « solidairement » sont jusqu'au XVIIIe siècle des termes essentiellement juridiques. On peut sobrement définir la solidarité en droit civil comme « le correctif aux inconvénients de la pluralité des créanciers (*solidarité active*) ou de débiteurs (*solidarité passive*) d'une même obligation » (SUPIOT A., *Homo juridicus*, Paris : Seuil, 2005, p. 307).

<sup>2205</sup> Nous renvoyons à l'étude de M. Borgetto dans laquelle sont analysés les rôles, déterminants pour la formation de la doctrine solidariste, jouées par les réflexions de Charles Secrétan, Henri Marion, Charles Renouvier, Alfred Fouillé (BORGETTO M., op. cit., pp. 357-363).

<sup>2206</sup> V. BLAIS M.-Cl., *La solidarité – Histoire d'une idée*, Paris : Gallimard, 2007, pp. 21-27.

<sup>2207</sup> BLAIS M.-Cl., id., p. 43.

<sup>2208</sup> V. BOUGLE C., *Le solidarisme*, Paris : 1907. V. égal. POLICAR A., Bouglé, Paris : Michalon, 2009.

<sup>2209</sup> V. BLAIS M.-Cl., op. cit., pp. 237-238.

<sup>2210</sup> V. BLAIS M.-Cl., op. cit., pp. 259-260.

<sup>2211</sup> V. AUBIN G., BOUVERESSE J., op. cit., p. 183.

<sup>2212</sup> DELBREL Y., op. cit., p. 56.

rassurant<sup>2213</sup> pour restaurer la confiance de la classe ouvrière d'un côté, sans remettre en cause acquis de la classe bourgeoise<sup>2214</sup>.

Le concept de la solidarité, avant de décliner dans les années 1920<sup>2215</sup>, va déterminer en grande partie le renouveau de la pensée juridique, que ce soit en droit privé ou en droit public. Aujourd'hui, alors qu'un discrédit affecte quelque peu le concept dégagé au XIXe siècle en raison du but fallacieux poursuivi par ses promoteurs<sup>2216</sup>, l'on constate la réapparition du concept tant dans le discours politique<sup>2217</sup>, que dans le discours juridique<sup>2218</sup>.

**Aperçu du solidarisme.** Le solidarisme est une doctrine politique (ou une « énorme supercherie<sup>2219</sup> ») située entre le libéralisme et le socialisme<sup>2220</sup>, qui se propose d'émousser les excès du premier<sup>2221</sup> tout en gardant bien de se compromettre avec le second. Selon cette théorie, la société n'est ni un agrégat d'individus isolés ainsi que le laisse accroire la pensée moderne héritière du nominalisme, ni le lieu du conflit entre bourgeois et prolétaires prôné

---

<sup>2213</sup> V. ARNAUD A.-J. et N., « Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique », Arch. phil. droit., n° 21, 1976, p. 132.

<sup>2214</sup> Le succès du solidarisme est perceptible : « le mouvement ouvrier conclut avec la bourgeoisie républicaine une sorte de pacte d'oubli. Les ouvriers taisent leurs rancunes héritées de la répression sanglante de la Commune ; en échange, le pouvoir républicain décide d'amnistier les Communards et d'engager des réformes pour le progrès social. Dans le cadre d'un véritable pacte républicain, se noue une sorte d'accord tacite entre acteurs politiques et sociaux pour consolider le régime. Cette consolidation passe par l'intégration du plus grand nombre possible d'individus pauvres à la classe moyenne, véritable socle sociologique de la République. Voilà l'objectif : intégrer les pauvres, qu'ils soient travailleurs ou non, aux 'couches nouvelles' », DELBREL Y., op. cit., p. 57.

<sup>2215</sup> V. LESCUYER G., Histoire des idées politiques, Paris : Dalloz, 2001, p. 612.

<sup>2216</sup> V. ARNAUD A.-J. et N., « Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique », art. préc., pp. 130-151 ; BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », art. préc., p. 512.

<sup>2217</sup> V. HECQUARD-THERON M., « Du sens du terme dans les textes juridiques », in, Solidarité(s) Perspectives juridiques, actes de colloque des 3 et 4 mars 2008, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse : Toulouse, 2009, pp. 227-239.

<sup>2218</sup> V. JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in, Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin, Paris : LGDJ, 2001, pp. 441-472 ; MAZEAUD D., « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in, Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser, Paris : LexisNexis, 2012, pp. 905-927.

<sup>2219</sup> ARNAUD A.-J. et N., « Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique », art. préc. Déjà à l'époque, on pouvait lire : « le solidarisme est une valeur de propagande, d'ailleurs très réussie, car elle est apte à faire aller ensemble le vieux radicalisme individualiste et le socialisme qui lui est opposé » (HALEVY D., La république des comités, Paris : Grasset, 1934).

<sup>2220</sup> La doctrine « pensait entre deux pensées » (HATZFELD H., Du paupérisme à la sécurité sociale. 1850-1940, p. 275, cité par GUESLIN A., Gens pauvres - pauvres gens, Paris : Aubier, 1998, p. 176). V. égal. MOREAU de BELLAING L., « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in, CHEVALLIER J., COCHART D., HAROCHE Cl. et al. (dir.), La solidarité un sentiment républicain, actes du colloque tenu le 25 octobre 1991 à Amiens, organisé par le CURAPP et l' Université de Paris 7, Paris : PUF, 1992, p. 78.

<sup>2221</sup> POLICAR A., op. cit., p. 77 : « le solidarisme se présente comme une réaction vive contre l'individualisme anti-égalitaire et, corrélativement, comme un retour aux sources de l'individualisme véritable, celui qui porte attention à nos devoirs sociaux ».

par le marxisme. A l'opposé de l'atomisme social et du conflit de classes, le modèle solidariste restaure une conception organique et harmonieuse du corps social<sup>2222</sup>, affranchie toutefois – scientisme oblige – des poids métaphysique et théologique<sup>2223</sup>. Alors que le modèle libéral suppose l'indépendance de jure de chacun des individus par rapport aux autres afin de garantir à la fois leur liberté et l'égalité entre tous, le solidarisme postule au contraire l'interdépendance de facto de tous les membres de la société en raison de leur appartenance commune à la société<sup>2224</sup>. Cette indissociation des membres implique nécessairement entre les parties et, entre les parties et le tout, des rapports irréductibles aux seuls rapports consentis, formalisés par le contrat. En conséquence et du point de vue normatif, pour le solidarisme « le fait social engendre une créance sociale<sup>2225</sup> » c'est-à-dire que tout profit que chacun tire du patrimoine commun implique l'obligation réciproque de contribuer aux charges collectives. Dès lors, l'une des exigences du modèle solidariste est de soumettre chacun des membres de la société à de plus ou moins lourdes obligations. Ce qui distingue la solidarité de la charité ou de la fraternité, réside dans la nature de ces devoirs. Pour le solidarisme, il est bien question de créances, d'obligations juridiques et non de devoirs moraux. L'un des piliers du solidarisme de Léon Bourgeois est l'idée, issue de la philosophie de Comte<sup>2226</sup>, de dette sociale<sup>2227</sup> qui oblige celui qui s'est enrichi grâce à la société (passée et présente) de contribuer aux charges qui la grèvent.

Pour asseoir la dette sociale, Léon Bourgeois s'inspire à la fois de l'imaginaire de la pensée libérale, tout en s'en démarquant fondamentalement : au lieu du contrat social fictif destiné, dans le modèle libéral, à justifier la protection des droits naturels par l'ordre positif constitué par l'accord de tous, le solidarisme défend l'existence d'un quasi-contrat social par lequel sont obligées réciproquement les parties en raison de l'équité ou de l'utilité<sup>2228</sup>, c'est-à-dire indépendamment de toute volition. Au travers de cette sublimation du droit des

---

<sup>2222</sup> L'idée est déjà présente chez les stoïciens et les épicuriens.

<sup>2223</sup> V. BLAIS M.-Cl., op. cit., p. 27.

<sup>2224</sup> BLAIS M.-Cl., op. cit., p. 32.

<sup>2225</sup> LESCUYER G., op. cit., p. 611.

<sup>2226</sup> V. BOURDEAU M., « Auguste Comte », in, BORLANDI M., BOUDON R., CHERKAOUI M., et al.(dir.), Dictionnaire de la pensée sociologique, Paris : PUF, 2005 ; JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 446.

<sup>2227</sup> BLAIS M.-Cl., op. cit., p. 32.

<sup>2228</sup> MOREAU de BELLAING L., « Le solidarisme et ses commentaires actuels », art. préc., p. 89 : « le solidarisme est un mutuellisme qui inscrit l'obligation morale et juridique de donner, de recevoir et de rendre dans ce qu'il appelle les quasi contrats, c'est-à-dire ceux qui relèvent à la fois du droit explicite (même non écrit), mais aussi de la juridicité implicite liée à la morale. Le solidarisme prétend lier tous les individus et groupes par une obligation quasi contractuelle, non seulement dans le présent, mais aussi par rapport au passé et pour l'avenir ». V. égal. : BLAIS M.-Cl., op. cit., p. 39.

obligations<sup>2229</sup>, Bourgeois vise, dans un but de pacification sociale, à emporter la conviction de la nécessité de redéfinir les rapports entre les individus : il ne s'agit plus, dit Bourgeois, d'établir un rapport d'égalité entre les hommes, mais de « rétablir un rapport *d'équivalence* » qui leur permette de se considérer comme de « véritable associés<sup>2230</sup> ».

**Inspiration (ou caution<sup>2231</sup>) scientifique du solidarisme.** Malgré son fond moral et ses présupposés idéalistes<sup>2232</sup>, le solidarisme repose ou prétend reposer, conformément à la tradition scientiste du XIXe siècle<sup>2233</sup>, sur des bases scientifiques<sup>2234</sup>. A cet égard, la doctrine initiée par Bourgeois se veut tributaire des avancées en biologie et en zoologie sur l'étude des organisations des sociétés animales et le fonctionnement des organismes vivants<sup>2235</sup>. De manière générale, les scientifiques de l'époque, qu'ils étudient la physique, la chimie, la biologie ou la démographie, reconnaissent en la solidarité, l'expression d'une loi universelle<sup>2236</sup>. Plus directement, le solidarisme trouve sa source positive essentielle dans la sociologie comtienne conçue comme une « physique sociale<sup>2237</sup> » et celle, plus actuelle, de Durkheim<sup>2238</sup>.

---

<sup>2229</sup> V. OLSZAK N., « L'utilisation politique du droit des obligations dans la pensée de la belle époque », RRJ, 1995-1, pp. 33 et s. et p. 36 : « Nous sommes donc bien en présence d'une forme de sublimation très astucieuse avec la transformation de principes solides du droit civil en arguments flous, destinés à entretenir un nuage de fumée autour d'une transformation radicale des institutions ».

<sup>2230</sup> BLAIS M.-Cl., « Solidarité : une idée politique ? », in, Solidarité(s) Perspectives juridiques, actes de colloque des 3 et 4 mars 2008, Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, p. 42.

<sup>2231</sup> V. J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », RRJ, 1994-3, p. 782.

<sup>2232</sup> V. MOREAU de BELLAING L., « Le solidarisme et ses commentaires actuels », art. préc., p. 97.

<sup>2233</sup> V. GUESLIN A., op. cit., p. 177.

<sup>2234</sup> V. BOURGEOIS L., La solidarité, Paris : A. Colin, 1897, cité par MUCCHIELLI, op. cit., p. 239 : « *c'est par l'étroit accord de la méthode scientifique et de l'idée morale que le renouvellement politique et social s'accomplira* ».

<sup>2235</sup> Ce qu'on appelle le bio-sociologisme ou le socio-naturalisme, consistant à faire un parallèle entre les organismes biologiques ou les organisations animales et l'organisation sociale, ainsi qu'à exporter les connaissances des premières dans l'étude de la seconde, était depuis Herbert Spencer à la mode (v. BORGETTO M., La notion de fraternité en droit public français, préf. ARDANT Ph., Paris : LGDJ, 1993, p. 355. V. égal. NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », RRJ, 1994-3, p. 782 ; BLAIS M.-Cl., La solidarité – *Histoire d'une idée*, Paris : Gallimard, 2007, p. 29 et s. ; V. AUBIN G., BOUVERESSE J., op. cit., p. 183).

<sup>2236</sup> V. NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », art. préc., p. 782.

<sup>2237</sup> COMTE A., Cours de philosophie positive, vol. 4, leçon 46, Paris : Bachelier, 1839, p. 7. V. égal. MUCCHIELLI L., op. cit., p. 239.

<sup>2238</sup> V. BLAIS M.-Cl., op. cit., p. 206 et s. ; BILLIER J.-C., MARYIOLI A., op. cit., p. 212 : « la société de solidarité fut initialement pensée par Emile Durkheim ».

Dans la dialectique comtienne de l'ordre et du progrès<sup>2239</sup>, la Révolution n'est qu'une étape nécessaire, dans l'histoire de l'humanité. A l'âge théologique succède l'âge métaphysique auquel succède à son tour l'âge positif, éminemment moderne, rationnel, scientifique, éclairé. Dès lors, pour préparer ce dernier, Comte fournit une critique radicale mais non réactionnaire à l'endroit des Lumières, coupable d'ériger la volonté à la fois en cause de droits et en fin, et surtout, de décomposer l'humanité en autant d'individus. La physique sociale qu'il se propose d'établir nécessite de rétablir entre les hommes leurs indéfectibles liens. A cette fin, le concept de solidarité constitue pour Comte, la clé de voûte et la fin ultime de la philosophie positive<sup>2240</sup>. De surcroît, Comte s'avère constituer une influence notable pour le solidarisme lorsqu'il place au cœur de la cohésion et de l'unité de la société, le principe de la division du travail<sup>2241</sup>.

Durkheim poursuit la critique comtienne<sup>2242</sup> contre l'absolutisme issu des Lumières, « avec certes plus de modération et d'intérêt à l'égard du droit<sup>2243</sup> ». Dans sa thèse De la division du travail social, Durkheim s'interroge sur le paradoxe d'après lequel l'homme, tout en devenant plus autonome, dépende plus étroitement de la société. Comment peut-il être à la fois plus personnel et plus solidaire ? Durkheim montre, au rebours de la conception juridique individualiste, que l'homme est lié à ses semblables en raison de l'organisation du travail. Pour Durkheim, la division du travail, c'est-à-dire la répartition de tâches spécifiques entre les hommes, induit une dépendance nécessaire des uns par rapport aux autres, autrement dit, une « solidarité organique<sup>2244</sup> ». Cette solidarité, préexistant à sa consécration par le

---

<sup>2239</sup> V. LACROIX J., *La sociologie d'Auguste Comte*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1967, p. 40 : « ces deux notions (ordre et progrès) chez lui s'appellent l'une et l'autre, se complètent mutuellement à tel point que l'une n'est pas pensable sans l'autre. L'ordre tend de lui-même à se réaliser toujours davantage et dans tous les domaines ; c'est ce qu'on appelle proprement le progrès. Le progrès ne s'oppose pas à l'ordre antérieur, mais n'en est que l'extension ».

<sup>2240</sup> La philosophie positive n'a d'autre objet que de « faire ressortir (...) la liaison de chacun à tous (...) de manière à rendre involontairement familier le sentiment intime de la solidarité sociale, convenablement étendu à tous les temps et à tous les lieux » (COMTE A., *Discours sur l'esprit positif*, Paris : Vrin, 1983, p. 118, cité par BORGETTO M., *La notion de fraternité en droit public français*, préf. ARDANT Ph., Paris : LGDJ, 1993, p. 354).

<sup>2241</sup> V. BORGETTO M., op. cit., p. 354.

<sup>2242</sup> V. DURKHEIM E., *De la division du travail social*, Paris : PUF, 1967, p. XXXII-XXXIII : « une société composée d'une poussière d'individus inorganisés, qu'un Etat hypertrophié s'efforce d'enserrer et de retenir, constitue une véritable monstruosité sociologique ».

<sup>2243</sup> NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », art. préc., p. 778.

<sup>2244</sup> Durkheim distingue la solidarité mécanique de la solidarité organique. La première conduit à la suppression des individualités (tous réalisent exactement la même tâche) tandis que la seconde les respecte et les met en valeur. Dans *De la division du travail* était défendue l'idée qu'il était nécessaire que les acteurs du droit consacrent une solidarité nouvelle (organique) afin de permettre aux individus d'assurer pleinement l'épanouissement de leur personnalité, ce qui devait demeurer la préoccupation sociale prioritaire.

législateur<sup>2245</sup>, se présente juridiquement sous la forme de conventions entre les individus. Mais loin d'être laissés à leur volonté individuelle, ces contrats doivent selon lui être contrôlés par les organes de l'Etat tant lors de la formation que lors de l'exécution, en vue de remplir leur fonction de coopération. Durkheim ne vise pas à bouleverser l'ordre social, mais à garantir un « ordre collectif » au travers d'une loi de « justice distributive » destinée à modérer les passions, les velléités de puissance des plus forts et les revendications des plus faibles<sup>2246</sup>.

**Réévaluation du rôle de l'Etat.** Le solidarisme redéfinit les rôles des acteurs privés et publics en réduisant leur différence et assigne à l'Etat, conçu comme une grande société d'actionnaires, les fonctions de garant de l'harmonie sociale<sup>2247</sup> et du progrès. Neutre en apparence<sup>2248</sup>, ce dernier but ne prête a priori pas le flanc aux flèches du libéralisme et du marxisme : il ne s'agit ni d'imposer, ni de restaurer un ancien ordre à la société, mais exclusivement de garantir l'évolution de la société par le contrôle de l'exécution des obligations auxquels sont soumis ses membres les uns envers les autres<sup>2249</sup>.

**Le solidarisme : facteur d'évolution de la pensée juridique.** Le bouleversement de la pensée juridique à la fin du XIXe siècle est unanimement reconnu<sup>2250</sup>. Plusieurs raisons sont

---

<sup>2245</sup> DURKHEIM E., « Leçon d'ouverture du Cours de science sociale (1888) », in, *La science sociale et l'action*, Paris : PUF, 1970, p. 23, cité par NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », art. préc., p. 779 : « *c'est dans les entrailles mêmes de la société que le droit s'élabore, et le législateur ne fait que consacrer un travail qui s'est fait sans lui* ».

<sup>2246</sup> V. GUESLIN A., op. cit., p. 180.

<sup>2247</sup> L'Etat n'est plus l'agent direct de la réforme sociale mais « l'arbitre et le garant de l'application et de l'arbitrage des droits sociaux », MUCCHIELLI L., op. cit., p. 238.

<sup>2248</sup> Bien au contraire, pour Ripert, « la croyance au progrès fait partie de la mystique démocratique » et le progrès en question ne s'entend pas dans son acception morale ou spirituelle mais exclusivement matériel : « *Le rêve d'un avenir meilleur, c'est tout simplement, pour la plupart, le désir d'une vie matérielle plus confortable et plus large (...) Le législateur, qui représente cette foule, n'a pas la prétention de susciter le dévouement, de réveiller la foi, de créer un idéal. Il ne peut même pas, bien qu'il le dise, et parfois le veuille, faire régner la vertu. Il exprime les intérêts et les volontés et tâche de donner satisfaction à tous ceux qui s'adressent à lui* », RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1940, p. 42

<sup>2249</sup> V. DONZELOT J., op. cit., p. 114 ; MOREAU DE BELLAING L., « Le solidarisme et ses commentaires actuels », art. préc., p. 91. La fonction de l'Etat s'arrête toutefois à l'observation de l'exécution de la dette sociale de tout à chacun. Au-delà, apparaît la sphère de la liberté, sous toutes ses formes : c'est à cet endroit que le solidarisme ne peut être confondu avec le socialisme (v. BLAIS M.-Cl., op. cit., p. 42).

<sup>2250</sup> MALAURIE P., « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », JCP G, 2001, I 283, n° 4 : « le passage du XIXe siècle au XXe a été un moment crucial dans l'évolution de la pensée juridique ». Pour M. Arnaud, c'est « le temps des trublions » (ARNAUD A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris : PUF, 1975, p. 75 et s. V. égal. HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2° éd., Paris : PUF, 2012, p. 170 ; CUCHE P., « A la recherche du fondement du droit – Y a-t-il un romantisme juridique », RTD civ., 1929, pp. 57-72. ; BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe

ordinairement avancées : un contexte favorable au développement des savoirs<sup>2251</sup>, l'influence de la science du droit en provenance d'Allemagne (Zachariae<sup>2252</sup>, Savigny, Ihering), le nouveau mode de recrutement des professeurs de droit<sup>2253</sup>, le sentiment d'un enseignement vieillissant du droit civil face aux fringantes disciplines qui faisaient leur entrée ou leur sortie des facultés de droit<sup>2254</sup>, une étude doctrinale de plus en plus soucieuse de la jurisprudence<sup>2255</sup>.

---

siècle en France », art. préc., pp. 507-544 ; JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in, ALLAND D., RIALS St. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p. 380 et s.).

<sup>2251</sup> De la philosophie aux sciences naturelles en passant par les sciences sociales, pas un champ du savoir ne reste en jachère, créant ainsi un esprit d'émulsion et, par l'effet des échanges, un rapprochement des intellectuels. M. Malaurie souligne l'importance de Bergson pour la philosophie en général, et mentionne également les apports du scientisme, du sociologisme, du rationalisme, du matérialisme, de l'évolutionnisme et du positivisme (v. MALAURIE P., « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », art. préc., n° 2).

<sup>2252</sup> Ce professeur allemand de Heidelberg a procédé à l'analyse du Code Napoléon introduit en Rhénanie, dans son Handbuch des französischen Civilrechts publié à partir de 1808. A la différence des commentateurs français qui étudiaient doctement le Code article par article, Zachariae préféra un mode d'exposition synthétique qui distinguait le « droit civil théorique » et le « droit civil pratique », le premier étant lui-même subdivisé en deux parties consacrées respectivement à l'état et la capacité juridique des personnes et l'autre aux droits (propriété, obligations, droits du père de famille, patrimoine, successions). Aubry et Rau se sont attelés à la traduction, autorisée par l'auteur, de l'ouvrage puis au fur et à mesure des éditions, les auteurs français ont revendiqué, sans renoncer à la méthode d'exposition de Zachariae, « une œuvre complètement nouvelle ». Par leur attachement à « l'esprit de système » indique M. Halpérin, « Aubry et Rau ont conservé une proximité avec la démarche des auteurs allemands dans leur ambition d'ériger le droit civil à la hauteur d'une véritable science » (HALPERIN J.-L., « Aubry et Rau », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 12).

<sup>2253</sup> D'un point de vue organique, les contributeurs au tournant de la pensée juridique appartiennent, relativement au droit privé, à la seconde génération de professeurs issue du récent concours d'agrégation. Ce nouveau mode de recrutement et la division du concours en quatre sections garantissent la compétence et l'indépendance des agrégés et renforce « l'esprit de corps » de la profession. En s'octroyant un quasi-monopole de fait sur la doctrine, les enseignants en modifient la nature. La doctrine devient un « droit de professeurs » et s'exprime scientifiquement (v. REMY P., « Planiol : un civiliste à la Belle Epoque », RTD civ., 2002, n° 6 ; JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue, notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in, *L'avenir du droit, mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, pp. 125-139 ; MALAURIE P., « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », art. préc. ; HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, p. 175).

<sup>2254</sup> L'enseignement du droit civil dans les facultés de droit explique M. Jamin consiste dans l'apprentissage du Code civil, dans l'ordre de ses articles et selon la méthode de la dictée. La méthode, autant que la matière enseignée, devenait chaque année de plus en plus en décalage face aux disciplines peut être moins rigoureuses, mais en tout cas plus vigoureuses. Ainsi l'économie politique fit son entrée en 1874 dans les facultés de droit, tandis que la science politique gagnait son autonomie. En outre, le droit administratif connaissait, avec la montée en puissance de la jurisprudence administrative et les traités synthétiques de Laferrière et Hauriou, une estime croissante et un regain d'intérêt. « *Cet ensemble contribuait à vieillir singulièrement l'apprentissage classique du droit civil dont les représentants, qui paraissaient demeurer les seuls à ignorer les nouvelles réalités politiques et sociales, se crispaient sur l'étude du Code civil, au moment même où une profonde réforme des études juridiques intervenue en 1895 mettait fin à son hégémonie* » (JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », art. préc., pp. 381-382).

<sup>2255</sup> JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », art. préc., p. 381 : « *l'amélioration notable de l'édition juridique lui [la nouvelle génération d'agrégés] avait en particulier fait prendre conscience de la richesse de l'œuvre des tribunaux dont le commentaire devenait pour elle plus utile que celui d'un Code civil désormais vieillissant. Cette génération inventa ainsi les arrêttistes, avec pour précurseur Labbé (1825-1894), qui surent accompagner et souvent anticiper la jurisprudence novatrice des vingt dernières années du XIXe s. par la publication de nombreuses notes publiées sous les arrêts* ».

Néanmoins, le facteur substantiel de cette évolution demeure la réception positive et conceptuelle du fait social, favorisée par le développement des sciences de la société. Autrement dit, la solidarité d'un côté, et la sociologie de l'autre, sources des réactions contre le dogme libéral et l'individualisme (philosophique et méthodologique) sont exploitées par les juristes dits « inquiets » pour souligner, au fond, les lacunes des dispositions du Code civil et, attaquer, quant à la méthode, l'idéalisme épistémologique de la science juridique camouflé sous les apparats du légalisme et du rationalisme.

**Volonté versus Equilibre.** D'une manière générale, on assiste, à la suite de cette introduction du fait social dans la pensée juridique, au passage assez net entre une conception de la volonté -celle du législateur ou de l'individu- comme *fondement de l'ordre juridique* à une représentation de la volonté comme *simple moteur de l'ordre juridique*<sup>2256</sup>. C'est dans le cadre de cette transition, consistant en la relégation du statut de la volonté au profit de celui du fait que l'on a pu constater l'apparition d'un nouveau vocabulaire dans le discours doctrinal. Les notions de « social », de « solidarité », de « fait social », et pour ce qui nous intéresse, d'« équilibre » rentrent dans le langage ordinaire du juriste soucieux de renouveler la science du droit. Surtout, c'est l'expression de « droit social » qui apparaît comme la plus détonante. L'expression qui a acquis un franc succès, se pose non seulement comme distincte du droit individualiste, mais surtout en opposition au droit civil. Il est possible d'évaluer cette formule au degré de mépris qu'elle suscitait auprès de l'un de ses plus célèbres contempteurs, Georges Ripert, lequel associait cette formule à une « sorte de délire prophétique de quelques philosophes<sup>2257</sup> ». Mais, plus que la formule, c'est le contenu et la fonction du droit social que vilipendait Ripert. En effet, loin d'être un slogan, le « droit social » recouvrait essentiellement une « transformation du lieu et de la finalité du droit<sup>2258</sup> » et induisait une profonde reformulation de la philosophie du droit<sup>2259</sup>. Avant de nous intéresser exclusivement à la notion d'équilibre dans le discours juridique de l'époque, il convient en dernier lieu, de présenter le droit social.

---

<sup>2256</sup> Cette distinction structure la première partie intitulée La question ontologique : *qu'est ce que le droit ?* de l'ouvrage d'Alexandre Viala (VIALA A., Philosophie du droit, Paris : Ellipses, 2010).

<sup>2257</sup> RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris : LGDJ, 1940, p. 55.

<sup>2258</sup> NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », art. préc., p. 773.

<sup>2259</sup> V. DONZELOT J., op. cit., p. 76.

## 2) Le droit social

**Droit social** Le modèle solidariste permet de rendre compte autant qu'il justifie les interventions du législateur pour tenter de répondre à la « question sociale ». Le droit qui se dégage de ses interventions, fortement influencé par les apports des sciences sociales, est généralement appelé droit social<sup>2260</sup>. Alors qu'aujourd'hui l'expression désigne formellement l'ensemble composé du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, le droit social, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe, renvoie à la fois à la branche du droit qui s'est développée presque ex nihilo dans la pratique du droit des obligations et qui croît en parallèle du droit civil et plus généralement à la conception nouvelle du droit et à son mode spécifique de rationalité juridique.

Bien que contestée en son principe, l'existence d'un droit social à la fin du XIXe siècle ne faisait aucun doute. Un ensemble d'éléments distinctifs tant au niveau de la logique que du contenu, permettait de le distinguer du droit civil. Néanmoins constate M. Ewald, aucune doctrine ou philosophie générale du droit social n'a véritablement été exposée pour théoriser ce processus de socialisation qui traverse le droit civil depuis la promulgation du Code. Les pères fondateurs du droit social sont Duguit, Hauriou en droit public<sup>2261</sup>, et Saleilles et Gény en droit privé<sup>2262</sup>.

**Les manifestations du droit social au XIXe siècle.** Sous le signe de la solidarité se développe, à la fin du XIXe siècle, et à la suite d'initiatives privées et semi-publiques (mutuelles, coopératives, assurances, caisse de retraites) tout un mouvement législatif protecteur de la classe ouvrière, qui pose les bases du droit social, destiné à protéger les ouvriers, les femmes et les enfants<sup>2263</sup>. La loi Waldeck-Rousseau sur la liberté syndicale de

---

<sup>2260</sup> Expression qui est apparue pour la première fois en 1889, sous la plume d'Eugène Fournière, dans la *Revue Socialiste* : « Lois et principe du droit social », cité par BLAIS M.-Cl., *La solidarité – Histoire d'une idée*, p. 41. Pour une bibliographie, v. NIORT J.-F., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », art. préc., p. 774, note 2.

<sup>2261</sup> Sur le rôle de la solidarité dans la théorie du droit public, v. LAFORE R., « Solidarité et doctrine publiciste – Le « solidarisme juridique » hier et aujourd'hui », in, *Solidarité(s) Perspectives juridiques*, actes de colloque des 3 et 4 mars 2008, Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2009, pp. 47-82.

<sup>2262</sup> V. EWALD F., *L'Etat providence*, Paris : Grasset, 1986, p. 435.

<sup>2263</sup> Bien que destiné à protéger le travailleur, le droit social n'était pas forcément bien accueilli par les ouvriers, dont certains s'étaient rangés en faveur du socialisme. Une partie du mouvement se dressait contre l'idée d'une réglementation du contrat de travail par l'Etat, au profit de l'organisation de la puissance ouvrière sous une forme antiétatique et sur une base socialiste. Ils craignaient que la création d'un droit social du travail conduirait à une démobilisation du mouvement ouvrier (v. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « François Gény aux Etats-Unis », art. préc., p. 301).

1884<sup>2264</sup>, les lois de 1890 sur la suppression du livret ouvrier<sup>2265</sup> et la résiliation du contrat de louage et d'industrie, celle de 1892 sur le travail des femmes et des enfants<sup>2266</sup>, les lois de 1895 sur les caisses de retraites, de secours et de prévoyance fondées au profit des ouvriers et des employés et sur la saisie-arrêt des salaires constituent des avancées significatives en faveur de la classe ouvrière et manifestent la tendance solidariste à viser des catégories spécifiques d'individus. Mais le texte qui va profondément marquer et échauffer les esprits est sans aucun doute la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail<sup>2267</sup> puisqu'elle va à l'encontre de l'esprit du principe régulateur du libéralisme qu'est la responsabilité délictuelle<sup>2268</sup>.

Depuis quelques temps déjà, les juristes, conscients de l'injustice qui frappait la victime d'un tel évènement fortuit, mais « imbus des principes traditionnels<sup>2269</sup> » avaient activement recherché parmi les procédés offerts par le droit civil, des moyens de favoriser l'engagement de la responsabilité de l'employeur. Fut ainsi proposé, sans succès, de condamner l'employeur en raison de la violation d'une obligation contractuelle implicite. Par la suite, les juges innovèrent de manière insolite en trouvant dans un texte « qui avait vécu quatre vingt ans d'une vie ignorée<sup>2270</sup> », l'article 1384 alinéa 1, le fondement légal d'une responsabilité générale du fait des choses. Ces tentatives destinées à faciliter l'indemnisation de la victime, malgré leur diversité, avaient toutefois pour dénominateur commun, de systématiquement s'accrocher d'une manière ou d'une autre à la notion de faute de l'employeur. Il semblait inconcevable d'engager la responsabilité d'un directeur sans lui reconnaître un comportement inapproprié. Le choc provoqué par la loi fut alors brutal puisqu'elle instituait un droit à

---

<sup>2264</sup> V. ARNAUD A.-J., op. cit., p. 84. Sur Waldeck-Rousseau, v. OLSZAK N., « L'utilisation politique du droit des obligations dans la pensée de la belle époque », art. préc., p. 39 et s.

<sup>2265</sup> Le livret ouvrier recouvre une pluralité de fonctions : il assure l'exclusivité du compagnon puis de l'ouvrier à son employeur jusqu'à ce qu'il reçoive congé, il constitue surtout un instrument contractuel de discipline et un outil de contrôle social (v. EWALD F., op. cit., p. 80 ; DELBREL Y., *L'essentiel de l'histoire du droit social*, Paris : Gualino, 2006, pp. 25-27 ; OLSZAK N., *Histoire du droit du travail*, pp. 32-36 ; AUBIN G., BOUVERESSE J., op. cit., pp. 106-109).

<sup>2266</sup> V. HALPERIN J.-L., op. cit., p. 171.

<sup>2267</sup> La loi du 9 avril 1898 mit en place un système de responsabilité automatique et forfaitaire à la charge des employeurs pour la réparation des accidents du travail. Bien que ce système ait fait perdre beaucoup de son intérêt à la jurisprudence Teffaine (v. infra) les tribunaux continuèrent à utiliser l'article 1384, alinéa premier, pour des accidents qui ne relevaient pas du champ d'application de la loi.

<sup>2268</sup> V. COLIN A., CAPITANT H., *Droit civil français, II*, Paris : Dalloz, 1932, 7<sup>e</sup> éd., p. 172 : « nous repoussons le principe même de la *responsabilité [objective] du simple fait, parce qu'il aurait des conséquences [...] injustes ; il n'irait à rien moins qu'à tuer toute initiative, à supprimer la conception individualiste du Droit civil qui en est le fondement même* ».

<sup>2269</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 201.

<sup>2270</sup> RIPERT G., id., p. 202.

réparation indifférent à l'existence d'une faute<sup>2271</sup>. Ainsi était consacrée la responsabilité fondée sur l'existence d'un risque. Néanmoins, ce régime n'était pas rattaché aux articles 1382 et suivants du Code civil, laissant ainsi le régime civiliste de la responsabilité en dehors du processus de socialisation.

**Les caractères du droit social.** Deux éléments caractérisent le droit social : c'est un droit réaliste qui conduit à la revalorisation de la société par rapport à l'individu<sup>2272</sup>, et c'est un droit qui confère ce que M. Ewald nomme des droits distributifs<sup>2273</sup>.

Le réalisme qui caractérise ce droit signifie qu'il porte sur les individus tels qu'ils sont et tels qu'ils sont saisis par la sociologie<sup>2274</sup>. L'idée est d'exclure la vision a priori et rationnelle de l'homme promue par les tenants du droit naturel moderne, et par laquelle l'homme est défini in abstracto selon des attributs juridiques pré-étatiques, avant d'être placé dans une communauté naturelle ou civile. Au contraire, l'individu n'est jamais considéré autrement que comme la partie d'un ensemble, le membre d'une communauté. Le droit social est donc un droit « *qui s'adresse moins aux individus pris isolément qu'en tant qu'ils appartiennent à un groupe, une classe, une catégorie socio-professionnelle*<sup>2275</sup> ».

En conséquence, le droit social discrimine les individus en fonction des groupes auxquels ils appartiennent et leur attribue des droits correspondant à leur catégorie. C'est donc, pour ainsi dire, « un droit des inégalités, un droit discriminatoire, un droit des préférences<sup>2276</sup> » qui s'oppose diamétralement au droit classique fondé sur le principe d'égalité rationnel et abstrait. En conséquence, la cause motrice est substituée : ce n'est plus la volonté individuelle qui apparaît comme la source principale de droits et d'obligations, mais la volonté du législateur

---

<sup>2271</sup> Cette loi indique M. Ewald « *« inscrivait l'accident dans une causalité objective, où la conduite de l'ouvrier se trouvait objectivée comme élément du processus de production dont il dépend. Causalité purement matérielle qui, par là même, ne pouvait plus laisser place à la subjectivité d'une faute. Et, d'un autre côté, la loi instituait un droit à réparation indépendant de ces relations de causalité, articulé sur une notion renouvelée de la relation de travail. Le risque professionnel, en effet, relève bien plus d'un droit contractuel que d'un droit délictuel : il suppose que l'on conçoive un rapport de 'solidarité' des patrons et des ouvriers au sein de cette relation, la distribution respective des profits et des charges »* (EWALD F., op. cit., p. 440).

<sup>2272</sup> V. NIORT J.-F., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », RRJ, 1994-3, p. 773.

<sup>2273</sup> V. EWALD F., op. cit., p. 451.

<sup>2274</sup> Le réalisme du droit social selon ses défenseurs n'est que la conséquence de la réception des résultats de la sociologie : « *il n'y a pas, comme les promoteurs du droit social l'avaient eux-mêmes revendiqués, de droit social sans sociologie ni peut-on ajouter, sans sociologie du droit lui-même* » (EWALD F., op. cit., p. 452).

<sup>2275</sup> EWALD F., id., p. 458.

<sup>2276</sup> Ibid.

éclairée voire orientée par les sciences sociales, lesquelles, d'une part, mettent en lumière les causes de « déséquilibre » ou « d'anomie », et suggèrent, d'autre part, les moyens d'y mettre un terme. L'inégalité de jure répond à l'inégalité de facto. « La structure inégalitaire et ségrégative est caractéristique des droits sociaux » estime M. Ewald, ce « droit, pour être juste, pour correspondre à son concept, doit prendre en compte les situations de fait, les différences, les disparités, les rapports de forces et de pouvoirs<sup>2277</sup> ». Il ajoute que le droit social « n'a pas tant pour objectif d'établir un ordre de coexistence au-delà des différences et des particularités individuelles que de rétablir des équilibres défaits, de compenser des inégalités, favoriser les faibles par rapport aux forts<sup>2278</sup> ».

Cela montre que le droit social ne se caractérise pas seulement par un ensemble grandissant de règles protectrices à l'intention de certaines catégories sociales<sup>2279</sup>, mais aussi, voire surtout, par l'adoption d'une perspective distincte de celle qui préside au droit civil.

**La tension entre droit civil et droit social : l'exemple de la responsabilité civile.** Côte à côte, le droit civil et la législation sociale se chevauchent toutefois relativement peu. Le dualisme n'emportait aucun pluralisme juridique. Néanmoins, dans certains domaines auxquels le législateur n'avait pas touché, se confrontaient aux niveaux judiciaire et doctrinal les principes classiques et la « théorie nouvelle<sup>2280</sup> ». Certains magistrats, sous l'influence de cette dernière et soutenus par une doctrine marginale<sup>2281</sup>, rompent avec la jurisprudence

---

<sup>2277</sup> Ibid.

<sup>2278</sup> Ibid. Ce type de droit serait aujourd'hui insuffisant pour compenser : « le droit compensatoire est une solution légale élaborée au cours du XXe siècle et très répandue pour traiter les problèmes économiques et sociaux. Il en est ainsi en matière de droit du travail, de droit de la consommation et de droits sociaux (...) Le problème est que les compensations, bien que très importantes pour les groupes vulnérables, ne peuvent pas modifier ou influencer le fonctionnement du système économique. (...) Ces compensations sont nécessaires pour les travailleurs consommateurs ou à plus forte raison encore pour les exclus du processus économique victimes de la pauvreté. Or, en fonction des intérêts importants de ces groupes, les compensations sont insuffisantes, surtout dans une réalité économique de plus en plus dominée par des structures qui concentrent beaucoup de pouvoir économique (les monopoles) » (FILHO C. S., Histoire critique des monopoles, Paris : LGDJ, 2010, p. 17).

<sup>2279</sup> Par la suite, la branche du droit social grossit au fur et à mesure de la promulgation de lois protectrices relatives aux conditions de travail, à la protection du travailleur contre les maladies, à la vieillesse, au chômage auxquelles il faut également ajouter les lois protectrices de l'enfant et de la femme dans la famille, ainsi que les multiples mesures destinées à veiller aux conditions de santé, d'éducation et de moralité de tous les membres de la société. Enfin, avec le siècle, naissent, la loi sur la liberté d'association (1901), le ministère du Travail (1906) et le Code du travail (1910).

<sup>2280</sup> V. PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, t. 2, Paris : LGDJ, 1917, § 930, p. 308 ; COLIN A., CAPITANT H., Droit civil français, II, Paris : Dalloz, 1932, 7<sup>e</sup> éd., p. 168.

<sup>2281</sup> V. SALEILLES R., Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris : Arthur Rousseau, 1897.

traditionnelle en matière de responsabilité délictuelle. Le célèbre arrêt Teffaine du 16 juin 1896 rendu par la Cour de cassation avant la loi sur les accidents de travail, illustre la réception de la pensée innovante des juristes du XIXe. En déclarant responsable de la mort d'un ouvrier, le propriétaire du remorqueur qui avait explosé en raison d'un vice de construction et auquel aucune faute n'avait été retenue, les juges de la chambre civile de la Cour de cassation validaient, selon Saleilles, la théorie du risque professionnel<sup>2282</sup>. Pour fonder leur décision, les juges employèrent de manière surprenante, l'alinéa 1 de l'article 1384<sup>2283</sup>, destiné au demeurant à servir de transition entre les articles 1383 disposant la responsabilité pour négligence et l'article 1384 relatif à la responsabilité du fait d'autrui.

Bien que cette jurisprudence fût minoritaire et brève en raison de l'intervention subséquente du législateur, elle attestait « que les articles du Code pouvaient servir à résorber le problème social des accidents de travail <sup>2284</sup> ». Il était possible pour les juristes, à condition de faire plier la lettre sous le poids de l'esprit, d'employer la loi, aussi lacunaire soit-elle, à des fins plus conformes à d'évidentes considérations de justice. En conséquence, le problème de l'inadaptation des règles de droit, qui se traduit comme un déficit normatif peut se résoudre en confiant aux juges le soin d'adapter les règles vétustes du Code civil aux besoins sociaux actuels, ce qui suppose de revaloriser la fonction judiciaire et de fournir aux magistrats des méthodes idoines. Dès lors, la doctrine va s'évertuer à élaborer des moyens destinés à fournir des modes d'interprétation dont les résultats restaurent une certaine forme de justice.

L'évolution de la jurisprudence et de la doctrine aurait pu être l'amorce d'une fusion entre le droit civil et le droit social. Pourtant, la greffe ne prend pas. L'influence de la pensée sociologique et du solidarisme en droit civil s'il se constate au travers de certaines atteintes à la propriété<sup>2285</sup> ne modifie pas en substance les principes ni la conception individualiste du droit classique. Concernant le problème de la responsabilité civile, les palliatifs juridiques élaborés suivant cette doctrine et contenus dans la loi sur les accidents du travail sont des

---

<sup>2282</sup> Cass. civ., 16 juin 1896, Oriolle, Guisnez et Cousin c/ Teffaine, D. 1897, 1, p. 433, note SALEILLES R.. Cet arrêt est à l'origine de la théorie du risque développée par Josserand, v. JOSSERAND L., De la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris : A. Rousseau, 1897. V. égal., PIERRE N., « François Gény et la responsabilité civile : le droit-science et le sens de l'histoire », in, CACHARD O., LICARI F.-X., LORMANT F., (dir.), La pensée de François Gény, actes du colloque international des 21 et 22 octobre 2011 de Nancy-Metz, Paris : Dalloz, 2013, p. 154.

<sup>2283</sup> A l'origine l'alinéa n'était destiné qu'à faire la transition entre les articles.

<sup>2284</sup> PREMONT M.-Cl., « François Gény et les enjeux de la responsabilité civile », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François Gény, mythes et réalités, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 121.

<sup>2285</sup> Par exemples les charges imposées au propriétaire pour motif d'intérêt public.

mécanismes assurantiels extérieurs au régime de la responsabilité civile. Ils ont pour objet de faire peser la charge de la compensation du risque auquel est exposé l'ouvrier sur l'ensemble de la collectivité<sup>2286</sup>. Le droit social se forme sur la base « de la socialisation du risque, et non dans le prolongement du droit classique<sup>2287</sup> ». Dès lors le régime de responsabilité de droit commun et le régime spécifique d'indemnisation prévu par ces lois ne se chevauchent guère et répondent à des conceptions différentes : « Les notions de faute et de causalité *correspondent à l'individualisme libéral, alors que dans un ordre solidariste, fondé sur l'idée que dans une société personne n'est jamais un tiers pour l'autre, l'imputation des dommages ne peut se faire que selon une règle elle-même sociale*<sup>2288</sup> ».

Cela montre qu'au lieu d'une mutation de ce qui constitue la substance du droit civil, se crée sur des bases indépendantes, un nouveau mode de régulation des rapports entre individus. Le droit social ne peut s'appréhender que comme « une alternative générale au droit civil dans ses sources, dans ses techniques, dans sa philosophie, comme dans son mode *d'expression*<sup>2289</sup> ». Pourtant, chacun des deux a vocation à devenir le seul et unique droit : « ils se concurrencent, se jalourent dans la mesure même où tous deux ont commune prétention à la totalité<sup>2290</sup> ».

**Droit civil et droit social : deux modes de régulations différents.** Le droit civil classique nourri des principes de liberté et d'égalité induit une ontologie nominaliste et une conception résolument libérale et conventionnelle : l'Etat, formé par un contrat social, doit garantir les droits et les libertés de ces citoyens afin que ces derniers puissent ordonner librement sous la même forme –c'est-à-dire contractuelle - leurs rapports mutuels<sup>2291</sup>. Dans la pensée sociale, la conception des rapports du tout avec ses parties et des parties entre elles est inverse<sup>2292</sup>. L'ensemble que constitue la société précède et prime sur les individualités, ce qui se

---

<sup>2286</sup> V. RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, p. 220-221.

<sup>2287</sup> V. DONZELOT J., op. cit., p. 139.

<sup>2288</sup> EWALD F., op. cit., p. 448.

<sup>2289</sup> EWALD F., op. cit., pp. 435-436. V. aussi en ce sens : OST Fr., « Droit et intérêt », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 158.

<sup>2290</sup> EWALD F., op. cit., pp. 435-436 ; REMY P., « Planiol : un civiliste à la Belle Epoque », RTD civ., 2002, n° 4 : « cette coexistence de deux codes, le code « bourgeois » de la propriété et de l'individu d'un côté, le code '*social*' du travail industriel de l'autre, représente assez bien les tensions qui travaillent la République '*opportuniste*' puis '*radicale*' des années 1880-1914 ».

<sup>2291</sup> NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », art. préc., p. 775.

<sup>2292</sup> EWALD F., op. cit., p. 436.

manifeste dans l'existence de devoirs imposés aux individus à l'égard de la société qui égalent, voire surpassent les droits qui leur sont octroyés. Par ailleurs, les rapports entre individus ne sont jamais totalement laissés à l'abandon de leur volonté. Insuffisantes pour former un accord juste, les volontés sont systématiquement médiatisées par l'intervention ou le contrôle étatique.

Les dispositions législatives insufflant la vie au droit social, et plus précisément celles relatives à la responsabilité dite objective, si elles demeurent motivées par la morale<sup>2293</sup>, sinon, par la « soif de justice, c'est-à-dire *d'équilibre juridique* » selon les termes de Josserand<sup>2294</sup>, induisent une modification fondamentale de la gestion juridique des relations de causalité et corrélativement, une réorientation de la notion de justice elle-même : « *l'appel de la justice ne provient plus (ou plus seulement) du scandale d'une conduite irréfléchie, qui, venant de briser une vie, doit être condamnée à réparer, mais de la détresse d'une victime dont il apparaît absolument injuste qu'elle en soit réduite là pour ça*<sup>2295</sup> ». Ce qui importe désormais est la « détermination des dommages dont on considérera qu'en dehors même de la sanction d'une faute il est juste –on dira plutôt équitable– qu'ils ne restent pas à la charge de la victime ; elle obéit au principe social du maintien des équilibres<sup>2296</sup> ». Dès lors, a pu conclure Josserand « le problème de la responsabilité, en matière civile, cesse d'être un problème d'imputabilité pour devenir un effort de répartition des dommages ; la justice distributive, répartitive, est substituée à la justice individuelle<sup>2297</sup> ». Ainsi, à côté de la faute aquilienne générant l'application de la justice commutative, existe un nouveau fait générateur, le risque, déclencheur d'un mécanisme relevant de la justice distributive. A la suite d'un

---

<sup>2293</sup> Tissier caractérise le droit social comme le « droit à tendances démocratiques, droit protecteur des classes pauvres et se préoccupant d'aider à l'amélioration de leur condition physique et morale. On ne se fie plus à l'harmonie nécessaire des intérêts ; le terrain du droit privé s'entend ; la liberté de quelques-uns est restreinte pour accroître la liberté du plus grand nombre : la morale pénètre davantage le droit » (TISSIER A., « Le code civil et les classes ouvrières », in, *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, t.1, Paris : A. Rousseau, 1904, p. 92. V. aussi : RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 207).

<sup>2294</sup> V. JOSSERAND L., *Evolutions et actualités*, Paris : Sirey, 1936, p. 34 : « qui donc, de nos jours, souffrirait qu'un ouvrier, victime d'un accident dont la cause est inconnue, demeurât sans réparation, et que la misère, la famine s'installassent à son foyer ? Personne, j'en ai la certitude. Nous avons soif de justice, c'est-à-dire d'équilibre juridique, et, lorsqu'une catastrophe survient, nous cherchons aussitôt le responsable ; nous voulons qu'il y ait un responsable ; nous n'acceptons plus docilement les coups du destin, nous nous prétendons en déterminer l'incidence définitive. (...) Si le mot n'était pas un peu gros, je dirais volontiers que nous avons sécularisé la responsabilité, que nous en avons fait une affaire de pure justice humaine, à régler dans le cadre de notre communauté sociale, en conformité de l'équilibre des intérêts et des droits et en satisfaction de notre conscience juridique ».

<sup>2295</sup> EWALD F., op. cit., p. 441.

<sup>2296</sup> Ibid.

<sup>2297</sup> JOSSERAND L., *Cours de droit civil français positif*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris : Sirey, 1939, p. 353.

dommage, les maux représentant la compensation du dommage ne sont plus attribués à l'auteur de la faute, mais sont répartis, partagés entre tous.

## **Conclusion + transition.**

### II) Le discours de l'équilibre

Le discours de l'équilibre est tenu par de nombreux juristes (A). François Gény se distingue de ces derniers en raison de son ambition de placer l'équilibre au cœur de sa méthode d'interprétation (B).

#### *A) L'équilibre dans la pensée juridique en général*

L'étude du discours des juristes « modérés » (1) précédera celle du discours des juristes « radicaux » (2).

##### 1) L'équilibre dans les discours des modérés

Ces juristes dits modérés sont Saleilles (a), Josserand (b), Demogue (c) et Gounot (d).

###### a) Raymond Saleilles

Catholique libéral<sup>2298</sup>, Raymond Saleilles (1855-1912), dont la pensée est « vie et puissance<sup>2299</sup> », souhaite dépasser la contradiction existant entre le caractère évolutif de la vie

---

<sup>2298</sup> ROLLAND P., « Un 'cardinal vert' Raymond Saleilles », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008/2, n° 28, p. 303 : « Son libéralisme peut être considéré comme essentiellement politique parce qu'il place en son centre les conditions de la libre recherche de la vérité par la conscience individuelle ».

<sup>2299</sup> GAUDEMET E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, présentat. JAMIN C. et JESTAZ P., Paris : La mémoire du droit, 2002, p. 193.

sociale et la fermeté de la règle de droit. C'est dans ce but, que les notions d'« évolution »<sup>2300</sup>, d'« harmonie » et d'« équilibre », qui sont « *au cœur de la pensée de l'auteur* »<sup>2301</sup>, interviennent. Le terme d'*équilibre* alimente le discours de Saleilles et renvoie à ce que l'on pourrait appeler un idéal sociologique de justice.

Si Saleilles ne reconnaît pas au fait social la source ontologique du droit, il n'en demeure pas moins selon lui qu'elle « le conditionne nécessairement au sens historique »<sup>2302</sup>. Dès lors, il constate dans l'histoire du droit, la coexistence de deux tendances antinomiques : l'individualisme et le « socialisme ». A la fin du XIXe siècle, il apparaît à Saleilles comme à d'autres que l'héritage du XIXe siècle et du libéralisme triomphant ont largement déséquilibré le rapport entre le droit individuel et le droit collectif au détriment de celui-ci<sup>2303</sup>. Le droit social constitue « *la revanche de l'idée de solidarité sociale du groupe homogène à l'encontre de la dispersion des unités du système individualiste (...) il [le droit social] devra, sans détruire le droit individuel, poser les bases d'un nouvel équilibre social* »<sup>2304</sup>.

Pour contribuer à l'avènement du droit social, Saleilles va s'appliquer, au point de vue méthodologique, à la promotion de la méthode historique<sup>2305</sup> et du droit comparé<sup>2306</sup>. Leur coordination permet d'assurer le respect du passé et des faits acquis tout en répondant au besoin naturel d'évolution du droit. En outre, cette ouverture dans l'espace et dans le temps, offre à Saleilles l'opportunité de relativiser l'importance et la nature de la technique juridique. Les concepts ou les principes juridiques ne représentent, selon lui, rien d'autres que des instruments. Aucun principe en lui-même ne saurait prétendre à l'absolu. Aucun principe ne devrait être laissé « autonome » car sa mise en œuvre aboutirait fatalement à un extrême. Dès

---

<sup>2300</sup> GAUDEMET E., id., p. 124.

<sup>2301</sup> JAMIN Ch., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », RIDC, vol. 52, n° 4, 2000, p. 738. V. égal. JONESCO C., *L'œuvre de Raymond Saleilles en droit civil comparé*, Paris : Jouve, 1919, p. 47.

<sup>2302</sup> SALEILLES R., « Le Code civil et la méthode historique », in, *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, Paris : A. Rousseau, Tome 1, 1904, p. 110.

<sup>2303</sup> V. SALEILLES R., *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris : 1904, p. 129, cité par DELBREL Y., op. cit., p. 23 : « *le Code civil de 1804 fut dans le domaine de la vie juridique l'expression parfaitement adaptée d'un état social qui bientôt ne sera plus, mais qui venait de triompher, celui de la prépondérance des classes moyennes et de l'individualisme bourgeois* ».

<sup>2304</sup> SALEILLES R., « Le code civil et la méthode historique », art. préc., p. 114.

<sup>2305</sup> Sur la méthode historique, v. GAUDEMET E., op. cit., p. 195 ; HALPERIN J.-L., « Saleilles Raymond », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 508 ; MATHEY N., « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », in, *1804-2004 Le Code civil - un passé un présent un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 211-223.

<sup>2306</sup> Le droit comparé, pour Saleilles, est « non seulement un auxiliaire pour la législation, mais un élément de la *méthode de l'interprète du droit positif* » (GAUDEMET E., op. cit., p. 196. V. égal. JAMIN Ch., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », RIDC, vol. 52, n° 4, 2000, pp. 733-751).

lors, il enjoint de systématiquement corrélér un principe à son contraire : « *il n'y a que des concepts qui se relient et se limitent les uns les autres, pour se fondre en une harmonie d'ensemble, faite d'équilibre et de compromis*<sup>2307</sup> ».

Cette posture méthodologique est déterminée par les convictions de fond de Saleilles. Défenseur de la justice sociale, celui-ci s'est notamment attelé à « solidariser » le droit des obligations, et à promouvoir les droits associatifs, ainsi que ceux des enfants naturels et de la femme mariée. Dans toutes ces sphères, Saleilles dont on loue l'éclectisme<sup>2308</sup> et l'esprit de modération<sup>2309</sup> souhaite tempérer l'individualisme qui ressort du droit civil, sans toutefois l'annihiler<sup>2310</sup>. Il en appelle conformément à ce qui a été vu, à la conciliation entre droit individuel et droit social, notamment en matière contractuelle<sup>2311</sup> ; en matière délictuelle, il soutient la thèse de la responsabilité sans faute fondée sur le risque<sup>2312</sup>. En 1897, il concluait son essai de théorie objective de responsabilité délictuelle, en plaidant en faveur d'« un juste équilibre<sup>2313</sup> » dans l'imputation des causes afin que la victime d'accident ne demeure pas démunie. Au début du XXe siècle, dans le livre du Centenaire du Code civil, Saleilles défend une nouvelle fois une conception de nature à harmoniser le droit social avec le droit

---

<sup>2307</sup> SALEILLES R., « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 61, 1911, p. 22, cité par JAMIN Ch., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », art. préc., p. 738.

<sup>2308</sup> V. DEROUSSIN D., « Raymond Saleilles : le droit, la méthode et la postérité », in, AUDREN Fr., CHENE Ch., MATHEY N. et alii (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà...*, Paris : Dalloz, p. 171.

<sup>2309</sup> Selon Gaudemet, Saleilles fut « un grand conciliateur moral » (GAUDEMET E., op. cit., p. 125. Dans le même sens : ROLLAND P., « Un 'cardinal vert' Raymond Saleilles », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008/2, n° 28, p. 283 : « une philosophie de la modération constitue sa réponse personnelle à la condamnation du modernisme. La valeur de la modération tient à ce qu'elle place la vérité de conduite au centre ». V. égal. HALPERIN J.-L., « Saleilles Raymond – De la personnalité juridique Histoire et théories », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 507-509).

<sup>2310</sup> V. DEROUSSIN D., « Raymond Saleilles : le droit, la méthode et la postérité, art. préc., p. 175.

<sup>2311</sup> Saleilles est sans doute l'initiateur du *contrat d'adhésion*. De manière générale, Saleilles défend l'idée que le contrat, « loin d'être un acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit », se définit comme « le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour sa satisfaction des intérêts individuels réciproques », (SALEILLES R., *De la déclaration de volonté*, Paris : Pichon, p. 229) dès lors, le contrat consiste en un instrument de solidarité juridique. Au contraire, le contrat d'adhésion exprime la *prédominance d'une seule volonté*, il n'apparaît donc pas comme une œuvre de solidarité contractuelle et nécessite alors d'être interprété en fonction des intérêts de la collectivité. Ainsi, constate M. Jamin, « le contrat d'adhésion devient un fait social à part entière » (JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in, *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, p. 450), en conséquence, le juge dans l'interprétation des contrats, est autorisé à admettre de nouvelles obligations que n'ont pas voulues les parties, au moment de la formation du contrat, telles que l'obligation de sécurité auquel est soumis le transporteur.

<sup>2312</sup> V. ARAGONES A., « Saleilles et les accidents du travail : le droit moderniste face à l'Etat social », in, *Raymond Saleilles et au-delà, actes du colloque international des 29 et 30 mars 2012 organisé par l'Institut d'histoire du droit, le Centre de droit des affaires et gestion de l'Université Paris Descartes et l'Ecole de droit de Sciences Po*, Paris : Dalloz, 2013, pp. 128-141.

<sup>2313</sup> SALEILLES R., *Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris : Arthur Rousseau, 1897, p. 82.

individuel, au lieu d'amplifier leur antagonisme<sup>2314</sup> : il s'agit « d'un équilibre social à établir, d'une harmonie indispensable à réaliser entre les différents éléments qui composent la collectivité<sup>2315</sup> ». Plus tard, il dressera contre Planiol, qui reproche à sa théorie du risque de favoriser l'inertie et de freiner l'initiative privée, la balance de la justice : « la justice » déclare Saleilles « veut que l'on fasse pencher le plateau de la responsabilité du côté de l'initiateur du risque. C'est une doctrine autrement courageuse et féconde, socialement parlant, que celle qui ferait de tous ces hardis pionniers du progrès industriel des contempteurs de la loi et comme des violateurs de toutes les obligations sociales<sup>2316</sup> ».

b) Louis Josserand

Louis Josserand (1868-1941)<sup>2317</sup> emploie la notion d'« équilibre », en la faisant suivre tantôt par celle de « droits », tantôt celle d'« intérêts » que ce soit en droit des obligations ou dans le cadre de sa théorie de l'abus de droit. Comme chez Saleilles, le but d'un tel usage est rhétorique. Le terme est porteur d'un sens bien plus sociologique qu'utilitariste<sup>2318</sup> et révèle un certain idéalisme métaphysique.

---

<sup>2314</sup> SALEILLES R., « Le Code civil et la méthode historique », in, Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire, Paris : A. Rousseau, Tome 1, 1904, p. 116 : « le droit n'est donc jamais purement individuel. Et, de même devrait-on dire, ce que ne savent pas reconnaître les socialistes, qu'il n'est jamais purement social. Il est la résultante de la vie sociale dans sa combinaison avec la vie individuelle. Et, par suite, dans la mesure où cette expansion de l'individu est nécessaire au progrès et à la prospérité de la société, la société doit protection aux individus, non plus à l'individu abstrait (...), mais aux êtres vivants et concrets dont se compose le groupe qui la constitue, et à ceux surtout qui sont mal armés pour vivre et pour jouer leur rôle d'homme ici-bas. C'est parce qu'il n'y a une part de droit individuel dans le droit social que les individus pris en masse doivent protection à l'individu, et c'est parce qu'il y a une part de droit social dans tout droit individuel que la sphère juridique de l'individu reste toujours conditionnée et délimitée par l'intérêt collectif du groupe ».

<sup>2315</sup> SALEILLES (R.), « Le Code civil et la méthode historique », art. préc., p. 117.

<sup>2316</sup> SALEILLES R., « La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieur du Canada », art. préc., p. 58.

<sup>2317</sup> Pour une étude approfondie, v. AUDREN F., FILLON C., « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », RTD civ., 2009, pp. 39-78 ; DEROUSSIN D., « L. Josserand : le droit comme science sociale ? », in, DEROUSSIN D. (dir.), Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République, Paris : La mémoire du droit, 2007, pp. 63-119. V. égal. JALLAMION C., « La fortune de Josserand », Propriété industrielle, 2010, n° 10, pp. 9-11 ; BAILLON-PASSE Ch., « Relire Josserand », D. 2003, p. 1571 et s. ; CHAZAL J.-P., « 'Relire Josserand', oui mais... sans le trahir ! », D., 2003, pp. 1777-1781 ; BAILLON-PASSE Ch., « Réponse à Jean-Pascal Chazal : 'mission accomplie, on va relire Josserand' », D. 2003, pp. 2190-2191.

<sup>2318</sup> Josserand ne partage pas les vues de l'utilitarisme anglais ou de l'utilitarisme juridique allemand : « avec la doctrine utilitaire, si épurée qu'on l'imagine, ce sont le plaisir, l'intérêt, l'utilité qui doivent l'emporter sur le devoir, la justice et la conscience » (JOSSEAND L., Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris : Dalloz, 2006, p. 33) ; « en somme, et comme on l'a noté très exactement [Fouillée], les écoles allemandes et anglaises sont des écoles fatalistes ; les fondements qu'elles prétendent assigner au droit, force ou intérêt, ont un caractère véritablement oppressif ; avec elles, l'homme est comme enfermé dans un cercle fatidique qui ne comporte point d'issue et qui ne lui laisse entrevoir aucune clarté ; elles négligent l'idéal pour se confiner

En matière conventionnelle, Josserand estime que « chacune des parties doit conformer sa conduite à l'idéal commun ; elle doit respecter et assurer l'équilibre contractuel<sup>2319</sup> ». En matière délictuelle, assimilant équilibre juridique et justice<sup>2320</sup>, Josserand considère que la question générale de la responsabilité doit être posée comme « un problème d'équilibre des droits : lorsque l'un des plateaux de la balance s'élève alors que l'autre s'abaisse, le droit intervient pour remettre les choses en ordre, pour ramener le fléau à la position horizontale<sup>2321</sup> ». En l'occurrence, pour que la balance en matière de responsabilité délictuelle atteigne sa position d'équilibre, il est nécessaire selon Josserand d'engager la responsabilité de celui qui réunit les conditions de production du risque dont la réalisation a causé un dommage. Comme pour Saleilles, Josserand défend la notion de risque, à côté de la notion traditionnelle de faute, en tant que cause autonome de responsabilité, en vue d'un « équilibre des intérêts et des droits<sup>2322</sup> ».

L'équilibre sert en outre à expliquer sa théorie de *l'abus de droit*, fondée sur la responsabilité délictuelle<sup>2323</sup>. Cette théorie est en droit à la fois ancienne, puisqu'elle était, selon Josserand, déjà exprimée par les Romains sous la forme de *summa ius, summum iniuria*<sup>2324</sup> et à la fois actuelle, puisqu'elle se fonde sur l'idée, en vogue à l'époque, de relativité. Selon Josserand, le rôle du législateur n'est pas, contrairement à ce que suggère la Déclaration des droits de l'homme et son « individualisme outrancier<sup>2325</sup> », d'assurer la coexistence des libertés lesquelles sont erronément perçues comme « un refuge inviolable », mais de concilier les intérêts en conflit, *d'équilibrer* les forces individuelles qui se choquent<sup>2326</sup>. L'abus de droit est

---

prétendument dans la réalité; mais, sans idéal, il peut bien y avoir un statut, une sorte de règlement d'atelier, une règle du jeu: il n'y a plus de droit » (JOSSE RAND L., id ;, p. 34). Pour une analyse de la pensée de Josserand à ce propos, v. égal. KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », in, BROWNSWORD R., MICKLITZ H.-W., WEATHERILL St. et al.(dir.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland : Hart, 2011, pp. 205-206.

<sup>2319</sup> JOSSE RAND L., « Sur la relativité des droits », *Revue internationale de la théorie du droit*, année II, 1927-1928, p. 152, cité par JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 453.

<sup>2320</sup> V. JOSSE RAND L., *Evolutions et actualités*, Paris : Sirey, 1936, p. 34.

<sup>2321</sup> JOSSE RAND L., id., p. 178.

<sup>2322</sup> JOSSE RAND L., *Cours de droit civil français positif*, Paris : Sirey, 1939, II, p. 354 : « l'idée est donc en marche, dans le prétoire comme à l'école, et le concept de risque, sans expulser celui de la faute, s'installe à côté de lui en vue de la réalisation d'un plus satisfaisant équilibre des intérêts et des droits ».

<sup>2323</sup> V. JOSSE RAND L., id., p. 216, n° 417.

<sup>2324</sup> V. JOSSE RAND L., *Evolutions et actualités*, p. 38 : « les romains ne s'y étaient pas trompés, eux qui, en face de la maxime *neminem lardit qui jure suo utitur*, avaient érigé cet autre adage : *summum jus, summa injuria* qui concrétise, sous la forme la plus réduite, la plus ramassée, toute la théorie de l'abus des droit ».

<sup>2325</sup> JOSSE RAND L., id., p. 161.

<sup>2326</sup> JOSSE RAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit*, Paris : Dalloz, 1927, pp. 2-3 : « dans une société quelconque, tous les droits sont mitoyens et le rôle du législateur consiste, non pas à

l'un des moyens d'équilibrage des forces puisque cette théorie justifie la sanction judiciaire à l'encontre d'un titulaire de droits qui aurait exercé l'un d'entre eux en outrepassant la finalité sociale qui lui est attachée. Comme Duguit, Josserand assigne à chaque droit une fonction sociale<sup>2327</sup>. Lorsque un titulaire exerce son droit et déroge à la fonction à laquelle il est destiné, se produit un déséquilibre dont la correction se traduit par une sanction juridique de l'exercice abusif.

En associant, tour à tour, responsabilité objective et abus de droit à l'équilibre, Josserand prend conscience de la valeur et la portée du concept. Il se représente dès lors *l'équilibre* comme capable d'égaliser sinon de supplanter le concept fondamental duquel est inféré tout le droit individualiste : la souveraineté. A l'encontre de la pensée juridique archaïque qui ne conçoit et ne peut produire que l'unité, l'absolu et l'unilatéralité, Josserand invite à accueillir la modernité, à appréhender la réalité à travers les notions de rapport, de réciprocité, de relativité. C'est au profit de l'idée *d'équilibre des droits* que Josserand propose d'abandonner l'idée de souveraineté qui préside à la compréhension du droit subjectif :

« Le concept du droit subjectif a bénéficié de cette rénovation profonde dont il atteste la réalité pratique ; jadis, les droits tels que la propriété, la puissance paternelle, ou la puissance maritale étaient considérés ainsi que des pouvoirs conférant leurs titulaires des prérogatives absolues, sans contrepartie effective ; on y voyait des rapports unilatéraux qui mettaient tous les avantages du même côté, tous les devoirs de l'autre. Puis cette conception simpliste et fruste a vieilli ; si elle a reçu un regain de vitalité sous l'action de la Révolution française et par le truchement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, marquée au coin d'un individualisme outrancier, elle est tombée, depuis bien des années déjà, dans un discrédit qui s'accuse toujours davantage. Désormais, les droits sont considérés comme des rapports synallagmatiques, imposant à leur titulaires, en compensation des prérogatives qu'ils leur assurent, des obligations plus ou moins nombreuses et étendues ; comme des valeurs relatives et sociales qui doivent être utilisées

---

assigner à chacun d'eux un refuge inviolable, mais à organiser leurs luttes, à conditionner sagement, pour l'amortir, le choc des intérêts en présence, - en un mot à réaliser le juste équilibre des forces individuelles qui gardent perpétuellement le contact ».

<sup>2327</sup> JOSSERAND L., De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus de droit, préf. DEROUSSIN D., Paris : Dalloz, 2006, n° 257 bis : « ce n'est pas dans les espaces interplanétaires que se réalise la règle de droit, mais bien dans un monde assez peuplé où les intérêts se coudoient et s'entrechoquent ; et on n'imagine pas que les droits, qui sont la figuration juridique de ces intérêts, soient doués d'une puissance d'expansion indéfinie ; ils ont une raison d'être, une fonction à remplir, et ce n'est nullement les diminuer que de les contraindre à demeurer dans les limites et dans l'esprit de cette fonction, de rester à leur place ; c'est, bien au contraire, leur donner une nouvelle force, la force morale ; une nouvelle dignité, la dignité sociale ; c'est faire sortir de l'abstraction pour les concrétiser, pour leur insuffler une nouvelle vie, conforme à leur tempérament »0

conformément à l'esprit de l'institution : l'idée d'équilibre des droits a supplanté le dogme de la souveraineté<sup>2328</sup> ».

c) René Demogue

Le cas de René Demogue (1872-1938), juriste de *l'impermanence*<sup>2329</sup> selon M. Jamin, est assez complexe. S'il est incontestable de placer Demogue du côté opposé à l'individualisme juridique, il faut néanmoins le classer un peu à part des autres tenants du solidarisme. L'étude de la notion d'« équilibre » nous permet d'expliquer cette nuance. En effet, il nous semble que, lorsque Demogue parle d'équilibre, c'est, dans certaine manière, en réaction contre l'idéalisme des auteurs que nous venons de mentionner. Cette réserve n'est d'ailleurs qu'un symptôme d'une approche générale du droit quelque peu iconoclaste, qui lui fut reprochée – elle charrie selon Gény un « nihilisme décourageant<sup>2330</sup> » – et qui expliquerait l'oubli progressif par la doctrine dont l'auteur fait l'objet<sup>2331</sup>.

**La démystification de l'équilibre** Dans la seconde décennie du XXe siècle, le regard désenchanté de Demogue à l'égard des méthodes destinées à fournir aux juges les moyens objectifs de suppléer aux lacunes de la loi, telle le « systématisme » de Planiol<sup>2332</sup>, tranche

---

<sup>2328</sup> JOSSERAND L., *Evolutions et actualités*, pp. 160-161.

<sup>2329</sup> V. JAMIN Ch., DEMOGUE R., *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Paris : Dalloz, 2013, p. 49.

<sup>2330</sup> GENY F., « compte rendu », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1911, p. 125, cité par JAMIN Ch., « Demogue et son temps », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2006, n° 56, note 13. C'est d'ailleurs à la suite de la lecture de *Notions fondamentales de droit privé* que Gény aurait eu la conviction qu'il lui fallait recadrer ses idées exposées dans *méthode d'interprétation et sources de droit privé positif* en 1999 afin de refermer la « boîte de Pandorre » (JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 140) : « la nécessité d'un nouvel effort en ce sens m'apparaît urgente depuis que j'ai pris connaissance du nouvel ouvrage de Demogue. Car, si j'admire, plus que personne, la finesse et l'ingéniosité de ses analyses, je ne puis m'empêcher de déplorer ce parti pris de dissolution et de désintégration qui ne nous laisserait plus aucun appui ferme pour les nouveaux aménagements indispensables à la vie sociale » (GENY F., Lettre du 8 février 1911, cité par JAMIN Ch., « Demogue et son temps », art. préc., n° 56, p. 12). Sur le caractère infondé de l'accusation et sur les rapports entre la pensée de Demogue et de Nietzsche, v. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 199 et s ; JAMIN Ch., DEMOGUE R., *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Paris : Dalloz, 2013, p. 6.

<sup>2331</sup> Depuis quelques années, impulsée par MM. Jamin et Kennedy ainsi que Mme Belleau, l'œuvre de Demogue revit.

<sup>2332</sup> L'histoire de la pensée juridique voit triompher la méthode de Planiol dont le *Traité élémentaire de droit civil*, en trois volumes, constitue le support. Tous les grands traités de droit civil au XIXe siècle prenaient traditionnellement la forme d'un commentaire littéral du Code civil (Aubry et Rau, Demolombe, Huc, Baudry-Lacantinerie etc.). Planiol innove en proposant dans un traité relativement court (3 tomes) une méthode scientifique d'exposition du droit, « un livre de l'étudiant » (HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français*

avec l'enthousiasme de la Belle Epoque. « Face à la doctrine enseignante, qui se structure et se donne pour tâche *d'ordonner le social, c'est-à-dire de diriger la jurisprudence (mais aussi la loi) par le biais de constructions abstraites, afin d'éviter à celle-ci de céder à sa propre subjectivité*<sup>2333</sup> », Demogue oppose un doute voire un scepticisme qualifiable de nietzschéen<sup>2334</sup>.

Au fond, Demogue ne s'écarte pas de ses prédécesseurs et cherche également à substituer la liberté par la solidarité en tant que valeur sociale suprême<sup>2335</sup>. La solidarité est appréhendée à la manière d'un Durkheim<sup>2336</sup> mais également d'un Spencer car Demogue estime que la solidarité, ainsi que l'évolution et l'adaptation, sont des lois gouvernants les organismes juridiques et biologiques. En l'occurrence, il s'agit pour les organismes juridiques de parvenir à s'adapter face à un obstacle majeur : le vieux principe individualiste de l'article 1135 du Code civil<sup>2337</sup>. Pour contribuer à cette adaptation, Demogue préconise par exemple de renouveler l'interprétation de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, afin que la disposition légale selon laquelle les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » s'appréhende en véritable devoir de coopération entre les contractants en raison de leur appartenance commune à « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun<sup>2338</sup> ». Le contrat « est à l'image de la société dans son entier : il doit être gouverné de la même façon par un principe de solidarité<sup>2339</sup> ».

---

depuis 1804, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, p. 182), affranchi de l'ordre du Code pour mieux rendre compte de la vie et de la totalité du droit civil. Il délaisse les considérations philosophiques pour laisser toute la place aux réalités. Il place au premier plan, la jurisprudence, cite la doctrine et intègre des éléments de nature historique, économique, statistique etc. Or, pour ordonner cette masse de connaissance sans la structure du Code, Planiol érige de grandes théories explicatives et représentatives du droit.

A la suite du traité de Planiol et dans la même veine au fond comme dans la forme, Colin et Capitant publient leur Cours élémentaire de droit civil (trois volumes). Avec ces traités au demeurant pédagogique, se bâtit un nouvel ordre rationnel (v. PIMONT S., « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », RTD Civ., 2009, p. 417 et s.).

<sup>2333</sup> JAMIN Ch., « Demogue et son temps », art. préc., p. 12.

<sup>2334</sup> V. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 199 et s.

<sup>2335</sup> D'après les civilistes « l'état de liberté est l'état naturel de l'homme. Cette idée qui rappelle inconsciemment l'état de nature de Rousseau et place comme idéal que chacun en société soit aussi libre qu'auparavant dans le prétendu état de nature, est tout à fait inexacte. L'état naturel en société est la solidarité, la liberté peut simplement être considérée comme souhaitable dans une certaine mesure » (DEMOGUE R., Traité des obligations en général, Paris : Rousseau, t.1, 1923, n° 10, p. 19, cité par JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 448.

<sup>2336</sup> V. DEMOGUE R., JAMIN Ch., Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, coll. Tiré à part, Paris : Dalloz, 2013, p. 2.

<sup>2337</sup> V. DEMOGUE R., JAMIN Ch., id., p. 45.

<sup>2338</sup> DEMOGUE R., Traité des obligations en général, Paris : Rousseau, t.6, 1932, n° 3, p. 9 cité, par JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 451 ; DEMOGUE R., JAMIN Ch., loc. cit. : « le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. (...) Le contrat est

Sur la forme, l'œuvre de Demogue, et spécialement *Notions fondamentales du droit privé* publiée en 1911, constitue « *l'étude critique la plus exhaustive de la déduction dans le vaste domaine du droit privé*<sup>2340</sup> ». Dans cet ouvrage, la notion d'« équilibre » dont on a vu jusqu'alors qu'elle était foncièrement marquée du sceau du droit social et le support d'un certain idéal de justice, est employée à quelques reprises par Demogue de manière particulièrement neutre. Demogue, en abandonnant le discours rhétorique d'un Saleilles ou d'un Josserand, fait choir de la notion d'équilibre l'apparat sociologique et symbolique que ces prédécesseurs s'étaient évertués à lui faire revêtir. Cette démystification ne résulte pas, comme plus tard chez Ripert, d'une contestation idéologique doublée d'un certain mépris à l'égard du droit social car Demogue défend la conception solidariste du droit<sup>2341</sup>, mais plutôt du réalisme caractérisant sa pensée et de la sincérité de son caractère.

Demogue délaisse la rhétorique assimilant l'équilibre à la justice, et restaure le positivisme comtien<sup>2342</sup>. En effet, il conçoit l'équilibre comme cet état de la société relativement imprévisible, entre ordre et mouvement, auquel le droit peut contribuer, mais sans jamais véritablement l'atteindre. L'équilibre est un état précaire et complexe, puisqu'il se « réalise par des déséquilibres successifs et limités en sens divers<sup>2343</sup> ». La stabilité, toujours incertaine en raison du mouvement inhérent à toute forme de vie et l'incapacité de l'homme à appréhender tous les éléments constitutifs de l'équilibre<sup>2344</sup> conduisent Demogue de manière générale à renoncer à atteindre tout droit idéal<sup>2345</sup>. Cela ne signifie pas de renoncer à chercher

---

*respectable en fonction de la solidarité humaine. Une convention qui ne peut plus aboutir qu'à des conséquences en contradiction certaine avec l'intérêt général cesse telle qu'elle est de mériter une force obligatoire ».*

<sup>2339</sup> JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 451.

<sup>2340</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 171.

<sup>2341</sup> Pour M. Jamin, la pensée de Demogue, « traduit le plus exactement la philosophie solidariste » (JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 448. V. égal. JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue, notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in, *L'avenir du droit, mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 135 et s. , ou encore, JAMIN Ch., « Demogue et son temps », art. préc., p. 13 et s., spéc. p. 17.

<sup>2342</sup> V. DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : La mémoire du droit, 2001, p. 204.

<sup>2343</sup> DEMOGUE R., id., p. 197. V. égal. JAMIN Ch., DEMOGUE R., op. cit., p. 6.

<sup>2344</sup> DEMOGUE R., op. cit., p. 198 : « *n'appelons donc pas nos tentatives juridiques un équilibre, stable. La position des plateaux d'une balance n'est qu'un tour de force exceptionnel dans le monde physique. Le monde moral et le monde physique ne vivent que d'approximations, d'équilibres divers. Comme les saisons se font régulièrement par des phrases atmosphériques d'une irrégularité sans nombre, ainsi au total le monde social peut s'équilibrer avec les aspirations les plus durables de l'esprit humain, par des déséquilibres constants et divers ».*

<sup>2345</sup> DEMOGUE R., op. cit., p. 50 : « *le droit purement idéal répondant à l'utilité générale envisagée objectivement et aux conceptions individuelles de la vie est si rare, si difficile à atteindre, qu'il ne faut que rarement penser y parvenir ».*

l'équilibre, mais, tout du moins à en trouver la pure manifestation. En d'autres termes, le juriste doit réduire les prétentions qu'il projette sur le droit et espérer seulement que celui-ci effleure cet équilibre. Il faudra seulement se satisfaire lorsque

« par une série de mesures se contrebalançant, la loi par ces à-coups en sens divers *provoquera un état d'activité, qui pourra donner l'illusion d'un équilibre. Ce ne sera pas cet équilibre statique impossible à se réaliser dans la vie, milieu mouvant, mais un équilibre en marche, c'est-à-dire le fait d'atteindre une certaine manière d'être par des approximations en sens divers*<sup>2346</sup> ».

**La contribution des principes et de la technique du droit à l'équilibre.** Ce relativisme est la raison pour laquelle il se garde d'attribuer une valeur absolue aux principes<sup>2347</sup> et reste modéré en matière d'abstraction<sup>2348</sup>. Demogue doute que l'on puisse un jour penser et réunir les conditions de l'équilibre de la société et demeure convaincu qu'aucun principe ne peut contenir en lui-même ces conditions<sup>2349</sup>. Dès lors, l'équilibre général en tant qu'idéal vers lequel tendre – qui n'est « pas cette paix douceuse où chacun est tranquille, se reposant sur *d'autres du bonheur collectif, mais plutôt la paix d'un soir de lutte ou celle de deux adversaires qui mesurent leurs forces*<sup>2350</sup> » – pose chez Demogue un problème d'ordre épistémologique. Comment atteindre l'équilibre en dépit de l'incomplétude des connaissances pour le concevoir ? L'une des réponses de Demogue pour s'en approcher, est très simplement, la constante modération et le compromis :

---

<sup>2346</sup> DEMOGUE R., op. cit., p. 507.

<sup>2347</sup> Les principes du droit « sont les principes d'action que l'on répète pour faire agir dans un certain sens. Mais leur abus est extrêmement dangereux, il aboutit aux extrêmes, un principe dominateur en fait rejeter un autre tout aussi raisonnable » (DEMOGUE R., id., p. 57). Demogue refuse « cette sorte de congélation du droit autour de certains principes » (DEMOGUE R., id., p. 236). V. JAMIN Ch., DEMOGUE R., op. cit., p. 5.

<sup>2348</sup> JAMIN Ch., DEMOGUE R., id., p. 5 : « Demogue ne monte guère en abstraction et ne réduit pas le droit positif en un système cohérent. En un mot, il ne contribue pas au culte naissant des fameuses « théories générales » (...) *En ce sens, Demogue représente la mauvaise conscience d'une doctrine universitaire qui, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, entend prendre le pouvoir en mettant sérieusement de l'ordre dans le droit positif pour devenir de ce fait la gardienne du social, c'est-à-dire de la société et des principes qui sont censés la régir* ».

<sup>2349</sup> Pour Demogue, l'histoire a montré les conséquences des principes qui sont appliqués à l'excès, c'est-à-dire, lorsque l'on a cherché à tirer d'un seul et même principe toutes les conséquences : « je ne crois pas que les évolutions sociales multiples semblables ou dissemblables aboutissent à un équilibre stable et mobile. Cet équilibre, même avec un déplacement lent de son centre de gravité, peut être rompu tout à coup. Il en a été plus *d'une fois ainsi dans le passé, et cela nous fait augurer d'un même avenir. Il est vrai que sitôt une catastrophe* de ce genre, des évolutions recommenceront qui ramèneront vers un équilibre apparent » (DEMOGUE R., op. cit., p. 57).

<sup>2350</sup> DEMOGUE R., id., p. 197.

« C'est en général un grand malheur quand des principes sont ainsi poussés jusqu'au bout, et les jurisconsultes romains l'avaient déjà bien vu en faisant cette remarque si vraie : *summum jus, summa injuria*. Il y a des extrêmes qu'il est dangereux d'atteindre, il en résulte une réaction, un trouble état de fait toujours dangereux. L'humanité se trouve ainsi appelée naturellement à des compromis, qui limiteront en étendue ce que j'appellerai les oscillations de l'évolution. Elle ne paraît d'ailleurs jamais être appelée à trouver l'équilibre <sup>2351</sup> ».

« Mettre en garde contre les excès auxquels peut mener la fidélité illimitée à une maxime, à une ligne de conduite » constatait Perelman « *c'est toujours faire intervenir d'autres valeurs dont on exige le respect* <sup>2352</sup> ». Pour Demogue comme Saleilles auparavant, il faut renoncer à tout absolutisme. L'individualisme doit être contrebalancé par la solidarité, la liberté par l'égalité, la stabilité par le mouvement, etc.

La réalisation de principes concurrents est l'objet de la technique juridique, définie comme « *l'étude qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire* <sup>2353</sup> ». La technique contribue à l'équilibre des principes « soit en maintenant un équilibre instable, soit en réparant un certain déséquilibre par un autre <sup>2354</sup> ». Mais la tâche est ardue car il y a une tension constante à gérer entre d'une part, ordre et mouvement, et d'autre part, principes opposés : « il faut donc que la technique assure la rapidité de réalisation du droit, une certaine sécurité et en même temps la coexistence de principes divergents <sup>2355</sup> ».

**L'héritage de Demogue.** M. Jamin affirme que l'un des apports méthodologiques de Demogue consiste (avec d'autres) en l'introduction de la « balance des intérêts <sup>2356</sup> ». De même, M. Kennedy et Mme Belleau considèrent que Demogue a contribué à ce qu'ils nomment la « rationalité juridique des considérations conflictuelles », autrement dit, à l'un des modes de rationalité juridique actuels tels que la « balance des intérêts » ou la « technique

---

<sup>2351</sup> DEMOGUE R., id., p. 40.

<sup>2352</sup> PERELMAN Ch., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles : Editions de l'université de Bruxelles, 1976, p. 390.

<sup>2353</sup> DEMOGUE R., op. cit., p. 204.

<sup>2354</sup> Ibid.

<sup>2355</sup> Ibid.

<sup>2356</sup> JAMIN Ch., DEMOGUE R., op. cit., p. 12.

de proportionnalité (balancing)<sup>2357</sup> », et qui se distingue des autres modes de rationalité juridique (i.e. classique, exégétique, sociale et analogique). Pour ces derniers, la contribution de Demogue à la « rationalité juridique des considérations conflictuelles » s'exprimerait, en premier lieu, par le refus d'élever un principe suprême, ou de produire une méta-théorie juridique cohérente, rationnelle, ordonnée à partir de laquelle les solutions théoriques découleraient<sup>2358</sup> ; en second lieu, par le fait de dépendre « les normes juridiques comme des compromis entre finalités substantives<sup>2359</sup> » (c'est-à-dire comme résultant d'une transaction entre les notions fondamentales que sont la justice, la solidarité, l'égalité etc.) ; enfin, par l'identification des conflits de considérations matérielles du droit, à l'instar du conflit entre sécurité statique et sécurité dynamique<sup>2360</sup>.

Néanmoins, parce qu'il ne s'intéressait guère aux méthodes d'interprétation<sup>2361</sup> et qu'il ne semble pas avoir œuvré directement à la balance des intérêts, Demogue ne nous semble pas figurer comme l'un des contributeurs essentiels à la technique qui sera, par la suite, employée par les juges<sup>2362</sup>. Demogue ne s'est pas, semble-t-il, rangé sous la bannière de « l'équilibre des intérêts ». Il s'est davantage intéressé aux « unités », aux notions abstraites qu'il s'agit de concilier qu'au mode de conciliation lui-même. En outre, l'idée souvent réitérée de

<sup>2357</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 164 et s.

<sup>2358</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 174 : « Demogue ne produisit rien de plus qu'une énumération des notions, et refusa de proposer une méta-théorie ou d'entreprendre un projet de reconstruction. S'il y a un trait qui définit le type idéal des considérations conflictuelles, il réside dans le refus de proposer une procédure transcendante plus exaltée que l'équilibrage ou la proportionnalité comme fondement d'une décision juridique ou de la spéculation juridique, dès lors qu'il existe une lacune, un conflit ou bien une ambiguïté dans l'ordre normatif ».

<sup>2359</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 176.

<sup>2360</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 176-177 : « *la sécurité statique est l'intérêt de tout possesseur d'un droit à ce que les règles de droit rendent difficile son transfert contre son gré. Par contre, la sécurité dynamique désigne l'intérêt de tout acquéreur d'un droit à ce que le transfert ne soit pas défait après coup par un tel possesseur antérieur qui précisément prétend être victime d'un échec de ses intentions. L'exemple le plus simple est celui du conflit d'intérêts entre l'acquéreur de bonne foi d'un bien volé et le propriétaire, victime du vol* ». Demogue trouva chez Bentham et Ihering les bases théoriques de son étude sur la sécurité juridique (v. BOUDOT M., *Le dogme de la solution unique*, th. datyl., Aix-Marseille, 1999, n° 52).

<sup>2361</sup> V. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 185.

<sup>2362</sup> Nous ne placerions donc pas, contrairement à M. Kennedy et Mme Belleau, Demogue sur le même plan que Holmes ou Heck lesquels ont positivement contribué à cette technique. Au contraire, Demogue, s'il a eu une influence sur la balance des intérêts, celle-ci serait de nature négative, puisqu'il doutait de l'efficacité de la technique juridique en général : « là où Saleilles et Gény résolvent la difficulté engendrée par la nécessité de *balancer des intérêts conflictuels en poussant les feux de la technique (...)* Demogue se montre nettement plus circonspect. Pour lui, le droit n'est fait que d'une suite de marchandages voués à l'approximation, d'équilibres plus ou moins stables obtenus à force de compromis... » (JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 150).

l'inaccessibilité de l'équilibre ou de son caractère illusoire, nous invite à supposer qu'il doutait de l'efficacité d'une technique prétendant mettre en balance les intérêts.

S'il n'a pas œuvré directement à la balance des intérêts, on ne saurait néanmoins nier qu'il a contribué indirectement à celle-ci en contestant systématiquement l'idée qu'un seul principe puisse dominer le droit<sup>2363</sup>. Demogue a promu le relativisme qui est l'un des caractères de la mise en balance des intérêts.

d) Emmanuel Gounot

En 1912, est publiée la célèbre thèse à l'ironie destinée<sup>2364</sup> d'Emmanuel Gounot (1885-1960) : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*<sup>2365</sup>. Afin de démontrer la « nécessaire conciliation à établir entre l'autonomie individuelle et les exigences de la solidarité sociale<sup>2366</sup> », Gounot s'attaque à l'une des deux institutions juridiques sacrées du modèle libéral : le contrat. Son ambition est de « faire du contrat individuel, au lieu du choc désordonné de deux égoïsmes, un principe d'union et de solidarité<sup>2367</sup> ». Il dénonce la conception selon laquelle le contrat serait un instrument gouverné par un seul principe : l'autonomie de la volonté.

Au contraire, selon lui, l'essence du contrat ne procède pas de la rencontre des volontés des sujets mais du principe d'équivalence<sup>2368</sup>. S'il se réclame de Gény et voit dans *l'équilibre des intérêts* en présence, l'application du principe d'équité<sup>2369</sup> qui doit s'étendre au contrat, Gounot, pour nourrir sa critique de l'autonomie de la volonté, sollicite non seulement la

---

<sup>2363</sup> Demogue a sur ce point influencé les juristes américains (v. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 191 et s.).

<sup>2364</sup> En érigeant l'autonomie de la volonté au rang de principe afin de mieux le critiquer, Gounot aurait finalement contribué à imposer dans les esprits un principe qu'aucun de ses adhérents n'aurait osé défendre : « il lui offrit » écrit M. Chénéde, « une place au Panthéon des idées juridiques » (CHENEDE Fr., « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative – du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 4, 2012, p. 164). Aujourd'hui, sa démarche critique fait l'objet de vives désapprobations : « la systématisation de la doctrine de l'autonomie de la volonté réalisée par Emmanuel Gounot apparaît donc largement outrancière, pour ne pas dire mensongère » (CHENEDE F., id., pp. 163).

<sup>2365</sup> V. GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris : Arthur Rousseau, 1912.

<sup>2366</sup> GOUNOT E., id., p. 25.

<sup>2367</sup> GOUNOT E., id., p. 376.

<sup>2368</sup> V. GOUNOT, id., p. 211.

<sup>2369</sup> Ce que Gény appelle « *le principe de l'équilibre des intérêts en présence* » nous apparaît ainsi comme la principale application du principe d'équité. On voit, d'après ce qui est dit au texte, combien la vieille comparaison de la balance, appliquée à la justice, est profondément exacte. (v. GOUNOT, id., p. 211, note 2).

« solidarité »<sup>2370</sup> mais également une tradition juridique plus ancienne à l'autorité plus affirmée et, pour ainsi dire, totalement disponible. En effet, Gounot se réfère aux jurisconsultes romains afin de réintroduire les idées de proportion, de réciprocité, d'équilibre autrement dit, les principes de justice contractuelle<sup>2371</sup>. C'est donc tout un argumentaire autour des idées de commutation, de rapport objectif et de justice gréco-romaine qui revient sur le devant de la scène. Ainsi lorsque Gounot emploie l'équilibre afin de contraster avec la liberté contractuelle et le subjectivisme, il ne se réfère pas seulement à l'acception sociologique, mais aussi à l'équilibre des Anciens :

*« en matière de contrats, la règle suprême de justice, dont s'inspire toujours le législateur, se résume, nous le verrons plus loin, dans le principe commutatif ou principe de l'équivalent. L'équité contractuelle consiste donc à assurer le triomphe de l'équivalent. Il s'agit pour le juge d'apprécier exactement et de comparer les divers intérêts en présence pour les équilibrer (aequitas, aequum) d'après leur importance individuelle et conformément à leur fins sociales<sup>2372</sup> ».*

La corrélation entre d'un côté l'équilibre des intérêts en présence et de l'autre l'*aequum* et l'*aequitas* peut apparaître comme paradoxale, puisque chaque « équilibre » tire sa raison d'être d'une tradition absolument à l'autre. Néanmoins, cela atteste avec force la fonction rhétorique de *l'équilibre*.

## 2) L'équilibre dans les discours des radicaux

Chacun des « radicaux », Gurvitch (b), Duguit (c) et Hauriou (d) semble avoir un lien de parenté avec Proudhon (a).

---

<sup>2370</sup> V. CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la ' libre recherche scientifique ' », RDC, 2004, n° 3, p. 621 et s. ; JAMIN C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 448.

<sup>2371</sup> GOUNOT E., th. préc., p. 369 : « *Mais si nous abandonnons la tradition des interprètes du Code civil, c'est pour nous rattacher à une tradition plus auguste et plus ancienne, qui n'est pas seulement celle de tous les moralistes depuis Aristote et Cicéron, mais encore celle de tous les jurisconsultes et canonistes du Moyen-Âge, celle aussi des Daguesseau, des Pothier, voire des Portalis ; tradition qui, en dépit des juristes individualistes et des économistes, demeure toujours bien vivante dans la conscience populaire* ».

<sup>2372</sup> GOUNOT E., th. préc., p. 211 ; v. aussi, id., p. 369 : « non, une cause quelconque ne suffit pas ; il faut une *cause proportionnée à l'obligation. Il faut qu'entre les prestations effectuées ou promises, entre les avantages et les sacrifices respectifs des parties, il y ait équivalence. La justice est harmonie, disaient les anciens. En matière d'échange, elle est équilibre et égalité ; la balance est son symbole. Le contrat n'a plus droit à l'application de la loi, lorsqu'il n'y a pas entre les services échangés une équitable réciprocité (aequitas, aequum)* ».

a) Pierre-Joseph Proudhon

Auteur d'une œuvre à plus d'un titre, visionnaire<sup>2373</sup>, Pierre-Joseph Proudhon (1805-1865) est célèbre pour le socialisme scientifique<sup>2374</sup> qu'il a élaboré, l'anarchisme qu'il a revendiqué, les assauts qu'il a menés contre l'ensemble des théories de la propriété<sup>2375</sup> et l'influence qu'il a produite sur les insurgés de la Commune. Malheureusement, la pensée innovante de Proudhon a pâti du style par lequel elle a été exprimée : ses riches réflexions ont progressivement été réduites à certaines formules chocs et dont la plus célèbre demeure « la *propriété c'est le vol* ». Ces lieux communs répétés à l'envi tendent à éclipser une œuvre qualifiée de « bouillonne, chaotique et parfois boursouflée<sup>2376</sup> » mais aussi de « géniale, au foisonnement déconcertant<sup>2377</sup> ». En effet, ceux qui s'y sont sérieusement intéressés ont vu dans la pensée de Proudhon la genèse de « la sociologie moderne, du pragmatisme, du solidarisme, du personnalisme [et] des théories du droit social<sup>2378</sup> ». Fort heureusement, les mérites attribués par de grands auteurs tels Hauriou<sup>2379</sup> et Gurvitch ont contribué à attirer les regards sur une

---

<sup>2373</sup> La création de nombreuses institutions actuelles a été suggérée par Proudhon. Citons parmi d'autres propositions, la création d'une banque populaire accordant des prêts sans intérêts ; la création d'une confédération qui regrouperait tous les marchés du monde ; l'établissement d'une Europe confédérale dotée d'un budget, de divers organes, d'une cour de justice et organisant un marché commun. V. PECHEUL A., « Introduction générale », in, Pierre Joseph Proudhon - *L'ordre dans l'anarchie*, Actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, p. 7 ; en philosophie du droit, Proudhon semble avoir été un précurseur en définissant la Justice à partir du concept de dignité de l'Homme, v. PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in, *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 113 et s. Pour une analyse du concept de dignité chez Proudhon, V. BERNARD G., « Proudhon et la justice », in, Pierre Joseph Proudhon - *L'ordre dans l'anarchie*, Actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, p. 11 et s.

<sup>2374</sup> Le socialisme scientifique est selon Proudhon une science de la société méthodiquement découverte et rigoureusement appliquée, v. BANCAL J., « Pierre-Joseph Proudhon », Encyclopaedia Universalis.

<sup>2375</sup> PROUDHON P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ?* Paris : Librairie Générale Française, 2009. L'ouvrage au succès et au scandale retentissants, v. égal., BANCAL J., « Pierre-Joseph Proudhon », art. préc.

<sup>2376</sup> XIFARAS M., « Y a-t-il une théorie de la propriété chez Pierre-Joseph Proudhon ? », Corpus revue philosophique, n° 47, 2004, p. 229.

<sup>2377</sup> BANCAL J., « Pierre-Joseph Proudhon », art. préc.

<sup>2378</sup> Ibid.

<sup>2379</sup> Hauriou estime que les Contradictions économiques de Proudhon un « livre magistral », (HAURIOU M., Cours de science sociale, Paris : Larose, 1896, p. 95).

pensée préparant le terrain à la tendance sociologique de la science juridique<sup>2380</sup> et au solidarisme juridique<sup>2381</sup>.

L'éclectisme de sa pensée, comme l'atteste la diversité des disciplines approchées (linguistique<sup>2382</sup>, religion<sup>2383</sup>, philosophie, économie, politiques nationale et étrangère, histoire...) et son ambition de résoudre toute question (scientifique, philosophique, politique ou sociale) par la Justice<sup>2384</sup>, l'ont naturellement dirigé vers un champ, passablement ignoré par ses contemporains socialistes (Saint-Simon, Fourier<sup>2385</sup>), le droit. Sa pensée juridique, qualifiée de sociologie juridique par Carbonnier<sup>2386</sup> et dont Gurvitch louait le caractère « génialement anticipateur<sup>2387</sup> », quoique assez confidentielle, n'en demeure pas moins « dense et élaborée<sup>2388</sup> ». Pour la comprendre il faut au premier abord s'intéresser à l'épistémologie proudhonienne.

**Rejet épistémologique du monisme.** Appréhender la pensée juridique de Proudhon n'est pas simple, saisir la signification qu'il attribue à la notion *d'équilibre* l'est encore moins. Pour autant, nous pouvons avoir une idée approximative de l'une comme de l'autre, au travers de la

---

<sup>2380</sup> Chez Proudhon, écrit Gurvitch, « la sociologie juridique se plaçant entre l'étude des forces matérielles et de la raison collective se dégage avec une netteté particulière de la sociologie tout court ; dans cette sociologie juridique prédomine le problème de la typologie des groupements, sans que la question génétique soit négligée. », GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique*, préf. F. Terré, Paris : Dalloz, 2012, p. 58.

<sup>2381</sup> V. LESCUYER G., *Histoire des idées politiques*, Paris : Dalloz, 2001, p. 507 ; PFISTER L., *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? : la formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, th. dactyl., Strasbourg, université Robert Schuman, 1999, p. 528.

<sup>2382</sup> Son premier ouvrage, publié anonymement en 1837, s'intitule : *Essai de grammaire générale*, sur l'ouvrage V. BOURQUIN J., « Variantes et variations chez Proudhon », *Semen*, 12/2000, disponible sur : <http://semen.revues.org/1881>

<sup>2383</sup> V. TZITZIS St., « Proudhon et Jésus », in, Pierre Joseph Proudhon - *L'ordre dans l'anarchie*, Actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, pp. 157-171.

<sup>2384</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in, *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 42 : « la Justice est tout à la fois, pour l'être raisonnable, principe et forme de la pensée, garantie du jugement, règle de la conduite, but du savoir et fin de l'existence. Elle est sentiment et notion, manifestation et loi, idée et fait ; elle est la vie, l'esprit, la raison universels. De même que, dans la nature, tout concourt, tout conspire, tout consent, selon l'expression d'un ancien, de même en un mot que tout dans le monde tend à l'harmonie et à l'équilibre ; de même aussi, dans la société, tout se subordonne à la Justice, tout la sert, tout se fait à son commandement, d'après sa mesure et en vue d'elle ; c'est sur elle que se construit l'édifice des intérêts, et, à cette fin, celui des connaissances : tandis qu'elle-même n'est subordonnée à rien, ne reconnaît hors d'elle-même aucune autorité, ne sert d'instrument à aucune puissance, pas même la liberté ».

<sup>2385</sup> Le traitement du versant juridique de la question sociale est manifestement ce qui a manqué aux auteurs « socialistes », contemporains de Proudhon, V. LE GOFF J., *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail*, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004, p. 146.

<sup>2386</sup> CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Paris : PUF, 2004, p. 91 : « Si être socialiste est déjà un peu être sociologue, Proudhon a été sociologue (...) on peut s'attendre à rencontrer dans ses écrits de quoi construire une sociologie juridique ».

<sup>2387</sup> Cité par CHAMBOST A.-S., *Proudhon et la norme*, Rennes : PUR, 2004, p. 284.

<sup>2388</sup> CHAMBOST A.-S., th. préc., p. 282.

présentation par Karl Schmitt de l'anarchisme proudhonien. Celui-ci constitue pour l'auteur allemand :

« une lutte contre toute forme d'unité systématique, contre l'uniformité, marquée par la tendance à centraliser, de l'Etat moderne, contre les politiciens professionnels du parlementarisme, contre la bureaucratie, l'armée et la police, contre la foi en Dieu perçue comme un centralisme métaphysique<sup>2389</sup> ».

Par extension, nous pouvons comprendre la pensée de Proudhon dans son ensemble comme une réaction contre tout apriorisme, tout monisme et tout absolutisme, quel qu'en soit leur forme et leur domaine (politique, philosophie ou science notamment juridique). Selon lui, la tendance à faire procéder toute connaissance d'un idéal métaphysique d'unité découle d'une « pensée diabolique de domination<sup>2390</sup> ». Il faut au préalable selon Proudhon se défaire de tous les a priori et idéaux préconçus puisqu'ils ne conduisent qu'à fausser la véracité des résultats qu'on est censé attendre des sciences et de la philosophie<sup>2391</sup>, et sur la base desquels s'élabore la réglementation des rapports sociaux. Il faut donc abandonner les instruments incapables d'identifier les véritables problèmes et observer le réel tel qu'il est, c'est-à-dire complexe. Sur ce point, la pensée de Proudhon rappelle celle des philosophes présocratiques comme Anaximandre lequel se représentait le monde comme un ensemble d'éléments antagonistes dont les rapports dynamiques gouvernés par la Justice se reconduisent telle une boucle sans fin<sup>2392</sup>. Essentiellement complexe, multiple et mouvant, le monde selon l'observation de Proudhon se présente plus précisément sous la forme d'une série d'éléments contradictoires. Sa philosophie est ici tributaire de celle de Comte et de la dialectique de l'ordre et du progrès car, pour Proudhon, toute vie, toute organisation, tout agrégat d'individus, répond à une loi universelle d'équilibre et de mouvement<sup>2393</sup>.

---

<sup>2389</sup> SCHMITT C., *Parlementarisme et démocratie*, Préf. P. PASQUINO, trad. J.-L. SCHLEGEL, Paris : Seuil, 1988, p. 83.

<sup>2390</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, p. 17.

<sup>2391</sup> Pour Proudhon, la philosophie doit être essentiellement pratique, v. PROUDHON P.-J., op. cit., p. 19.

<sup>2392</sup> PROUDHON P.-J., *Philosophie du progrès*, Bruxelles : Lacroix, Verboeckhoven, 1868, p. 14 : « Rien ne subsiste, disaient les anciens sages : tout change, tout coule, tout devient ; par conséquent, tout se tient et s'enchaîne ; par conséquent tout est opposition, balancement, équilibre, dans l'univers ».

<sup>2393</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 51 : « L'univers ne tend pas à l'immobilisme ; son mouvement est perpétuel, parce que lui-même, l'univers, est infini. La loi d'équilibre qui y préside ne le pousse pas à l'uniformité, à l'immobilisme ; elle en assure au contraire l'éternel renouvellement par l'économie des forces, qui sont infinies ».

C'est sous le prisme d'une épistémologie spécifiquement élaborée par ses soins que Proudhon saisit ces phénomènes duettistes : « la clé de la pensée proudhonienne ne réside pas dans un apriorisme intellectuel, un dogme métaphysique, mais dans une théorisation fondée sur l'observation scientifique : le pluralisme<sup>2394</sup> ». Le pluralisme permet de concevoir simultanément, l'individu et le collectif, l'unité et la diversité, la dynamique le statique, la liberté et l'égalité, l'économie et le politique, etc. Ainsi, note Proudhon, sans l'approche pluraliste, on commet l'erreur en politique de ne voir que le collectif (comme dans le système communiste) source de l'asservissement de l'individu par la privation de ses droits<sup>2395</sup>, ou de ne voir que l'individu (comme dans le système de la liberté absolue<sup>2396</sup>) ce qui aboutit in fine à le sacrifier sur l'autel de la science « chimérique<sup>2397</sup> » des intérêts. Ce n'est donc pas vers l'utilitarisme<sup>2398</sup> (en raison de son atomisme<sup>2399</sup>) que Proudhon se tourne pour rechercher, dans une perspective positive ou descriptive, les éléments à partir desquels il élaborera son entreprise constructive. Réactive plus que prédictive, la science des intérêts est d'ailleurs à cette fin impropre, selon lui, à tenir le poste d'auxiliaire du législateur<sup>2400</sup>. Pour Proudhon,

---

<sup>2394</sup> BANCAL J., « Pierre-Joseph Proudhon », art. préc.

<sup>2395</sup> PROUDHON P.-J., op. cit., p. 115 : « dans ce système, l'individu n'a pas d'existence juridique ; il n'est rien par lui-même ; il ne peut invoquer de droits, il n'a que des devoirs. La société le produit comme son expression, lui confère une spécialité, lui assigne une fonction, lui accorde sa part de félicité et de gloire : il lui doit tout, elle ne lui doit rien. Tel est, en peu de mots, le système communiste, préconisé par Lycurgue, Platon, les fondateurs d'ordres religieux, et la plupart des socialistes contemporains ».

<sup>2396</sup> PROUDHON P.-J., op. cit., p. 115 : « Les partisans de cette opinion soutiennent qu'il n'y a pas, au fond, opposition entre les intérêts ; que, les hommes étant tous de même nature, ayant tous besoin les uns des autres, leurs intérêts sont identiques, partant aisés à accorder; que l'ignorance seule des lois économiques a causé cet antagonisme, qui disparaîtra le jour où, plus éclairés sur nos rapports, nous reviendrons à la liberté et à la nature. Bref, on conclut que s'il y a désbarmonie entre les hommes, cela vient surtout de l'immixtion de l'autorité dans des choses qui ne sont pas de sa compétence, de la manie de réglementer et légiférer ; qu'il n'y a qu'à laisser agir la liberté, éclairée par la science, et que tout rentrera infailliblement dans l'ordre. Telle est la théorie des modernes économistes, partisans du libre échange, du laissez faire, laissez passer, du chacun chez soi, chacun pour soi, etc. ».

<sup>2397</sup> PROUDHON P.-J., op. cit., p. 119.

<sup>2398</sup> Proudhon est très critique à l'égard de l'utilitarisme de Bentham. Selon lui, la définition du droit de Bentham tournée vers l'intérêt « ruine la Justice, et ne laisse à sa place que le calcul et la licence » (PROUDHON P.-J., op. cit., p. 230). V. égal. PROUDHON P.-J., *La guerre et la paix*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dentu, 1861, pp. 180-181.

<sup>2399</sup> Pour Proudhon, Bentham est un « grand économiste » mais n'a « rien de commun avec celui qui enseigne la Justice, le Droit » (PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 129). Si Bentham a effectivement embrassé le nominalisme et l'individualisme méthodologique, il n'a pas nié les phénomènes sociaux ou collectifs, v. CAUSIN E., « la logique sociale de la déontologie », in GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 419 et s.

<sup>2400</sup> Pour Proudhon la « science des intérêts » serait « la plus haute expression du droit si on pouvait jamais la croire définitive, mais science qui, venant toujours après coup, ne devant pas les difficultés, forcée d'imposer ses décisions par autorité publique, peut bien servir d'instrument et d'auxiliaire à l'ordre, mais ne saurait être prise pour le principe même de l'ordre » (PROUDHON P.-J., op. cit., pp. 118-119).

c'est la Justice et non l'utilité qui doit gouverner les rapports de droit<sup>2401</sup> et la science juridique.

**Equilibre et Justice.** L'examen du pluralisme (approche descriptive) et son dépassement (approche normative) sont, chez Proudhon, généralement exprimés à l'aide des notions d'«équilibre» et de «justice». Ces deux notions, facilement assimilables<sup>2402</sup> tant elles répondent aux mêmes fonctions, gouvernent toute la pensée de Proudhon. Le pluralisme, les antinomies, les contradictions constitutives de l'existence appellent la nécessité de l'équilibre<sup>2403</sup> et de la justice. Selon Proudhon la première est à la nature et à la science ce que l'autre est aux rapports sociaux :

« Toutes les relations des hommes entre eux sont gouvernées par la Justice ; toutes les lois de la nature dérivent de celle par laquelle les êtres, et les éléments qui les composent, sont ou tendent à se mettre en équilibre ; toutes les formules de la raison se réduisent à l'équation ou à des séries d'équations. La logique, l'art de raisonner juste, peut se définir, comme la chimie de Lavoisier, l'art de tenir la balance<sup>2404</sup> ».

---

<sup>2401</sup> PROUDHON P.-J., op. cit., pp. 118-119 : « La Justice, au contraire, en vertu de la réciprocité qui la fonde et dont le serment nous lie, s'impose, impérative, souvent onéreuse, sans souci de l'intérêt, ne tenant compte que du droit et du devoir, quelque peu profitable que les circonstances aient fait du premier, quelque désastreux qu'elles aient rendu le second ».

<sup>2402</sup> Les commentateurs de Proudhon rapprochent également les deux notions, v. par ex : JOURDAIN E., Proudhon un socialisme libertaire, Paris : Michalon, 2009, p. 15 : « La justice ne peut donc se comprendre que comme système de réciprocité supposant un équilibre des droits et des devoirs » ; « Proudhon s'évertue à montrer que le mouvement et la justice sont l'expression d'un équilibre progressif des forces en contradiction, qui ne peut être atteint sans pluralisme agnostique » (loc. cit., p. 28) ; GURVITCH G., Eléments de sociologie juridique, Paris : Dalloz, 2012, p. 58 : « Proudhon (...) attribue un rôle particulièrement important au droit comme principe de l'équilibre mobile entre les antinomies irréductibles constituant toute réalité sociale ».

<sup>2403</sup> PROUDHON P.-J., Philosophie du progrès, Bruxelles : Lacroix, Verboeckhoven, 1868, p. 94 : « Admettons qu'il n'y ait pas dans le monde deux choses égales : du moins on ne niera pas que toutes choses ne soient en équilibre, puisque, sans équilibre, comme sans mouvement, il n'y a pas d'existence ».

<sup>2404</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in, *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, pp. 42-43, il poursuit : « Quiconque commet une erreur ou une faute a failli, dit-on, il a trébuché, il a perdu l'équilibre. Sous mille expressions différentes le langage reproduit sans cesse la même idée. Ne reconnaît-on pas à ce que signe l'existence d'une philosophie populaire, laquelle n'est autre que la philosophie du droit, philosophie tout à la fois de la raison et de la nature ? » ; PROUDHON P.-J., Philosophie du progrès, Bruxelles : Lacroix, Verboeckhoven, 1868, p. 60 : « ce qui est vrai, c'est qu'il y a compensation à toutes les époques entre le bien et le mal, comme entre le mérite et le démérite, et que la condition la plus formelle pour la société est celle où le mouvement dans la justice s'accomplit avec la moindre oscillation, dans un équilibre qui exclut également les grands sacrifices et les grands crimes ».

La Justice chez Proudhon revêt un statut principiel. Elle ne gouverne pas seulement les hommes mais s'élève au rang de « principe à toute connaissance<sup>2405</sup> » et constitue « le sommet à la pyramide philosophique<sup>2406</sup> ». La Justice est, en conséquence, totale ; elle gouverne « le monde, nature et humanité, science et conscience, logique et morale, économie politique, politique, histoire, littérature et art<sup>2407</sup> ». Ces avatars sont, entre autres, *l'équilibre, l'harmonie, l'égalité*, et la balance<sup>2408</sup> :

« La Justice prend ainsi différents noms, selon les facultés auxquelles elle s'adresse. Dans l'ordre de la conscience, le plus élevé de tous, elle est la Justice proprement dite, règle de nos droits et de nos devoirs ; dans l'ordre de l'intelligence, logique, mathématique, etc., elle est égalité ou équation ; dans la sphère de l'imagination, elle a nom idéal ; dans la nature, c'est l'équilibre. A chacune de ces catégories d'idées ou de faits la Justice s'impose sous un nom particulier et comme condition sine qua none<sup>2409</sup> ».

La justice, chez les hommes, bien que transcendante, constitue le produit de leur esprit : elle n'est dit-il « *qu'un rapport d'équilibre, conçu par l'entendement, mais librement admis par la volonté, comme toute autre spéculation de l'esprit, en raison de l'utilité qu'elle y trouve* »<sup>2410</sup>. Dans leurs rapports, la Justice a pour utilité de résoudre les conflits d'intérêts entre les hommes<sup>2411</sup> mieux que ne le feraient les dogmes libéraux ou collectivistes. Pour répondre à sa

---

<sup>2405</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, p. 33 ; selon lui, toute la connaissance produite par l'homme est destinée à poursuivre la Justice : « *Qu'est-ce, en effet, que cette Justice, sinon l'essence souveraine que l'Humanité a de tout temps adoré sous le nom de Dieu ; que la philosophie n'a cessé de chercher à son tour sous des noms divers*, Idée de Platon et Hegel, Absolu de Fichte, Raison pure et Raison Pratique de Kant, *Droits de l'homme et du citoyen de la Révolution ? Est-ce que, depuis le commencement du monde, la pensée humaine, religieuse et philosophique, n'a pas constamment gravité sur ce pivot ?* » (loc. cit., p. 41)

<sup>2406</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, p. 33 ; selon lui, toute la connaissance produite par l'homme est destinée à poursuivre la Justice : « *Qu'est-ce, en effet, que cette Justice, sinon l'essence souveraine que l'Humanité a de tout temps adoré sous le nom de Dieu ; que la philosophie n'a cessé de chercher à son tour sous des noms divers*, Idée de Platon et Hegel, Absolu de Fichte, Raison pure et Raison Pratique de Kant, *Droits de l'homme et du citoyen de la Révolution ? Est-ce que, depuis le commencement du monde, la pensée humaine, religieuse et philosophique, n'a pas constamment gravité sur ce pivot ?* » (loc. cit., p. 41)

<sup>2407</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, p. 44.

<sup>2408</sup> PROUDHON P.-J., op. cit., p. 49.

<sup>2409</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 33-34.

<sup>2410</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 133.

<sup>2411</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, pp. 116-118 : « il peut arriver, et 1 expérience prouve qu'il arrive tous les jours, que les

fonction, la justice se manifeste sous la forme intersubjective de la réciprocité. Il s'agit d'une forme étendue de la justice commutative qui comprend non seulement l'égalité dans les échanges (le juste salaire par exemple)<sup>2412</sup>, mais encore l'égalité dans la considération d'autrui (égal respect de la dignité d'autrui) : « Respect pour respect, garantie pour garantie, service pour service, sous condition d'égalité<sup>2413</sup> ».

**Justice, équilibre et droit.** Appliquée au droit, sa philosophie de la Justice et de l'équilibre conduit à des résultats pratiques marqués. Deux aspects méritent d'être soulignés. En premier lieu, en raison du pluralisme et du rôle des forces sociales dans la dynamique de la société, Proudhon récuse le positivisme juridique et la réduction du droit au commandement du souverain :

« Avec le principe de liberté du travail et d'égalité dans l'échange, ce qui implique le consentement de l'impôt et le contrôle, l'équilibre de la société ne peut plus dépendre, en principe, du commandement souverain, roi ou peuple ; il résulte virtuellement de la détermination synallagmatique, quotidienne, du droit et de *l'avoir* des sociétaires. A la centralisation gouvernementale succède donc la solidarité contractuelle<sup>2414</sup> »

En second lieu, l'opposition entre la société et l'Etat conduit selon Proudhon à la nécessité de distinguer le droit économique du droit politique. Le premier relève d'une constitution sociale et doit correspondre à l'équilibre des intérêts tandis que le second s'apparente à une

---

intérêts, tant individuels que collectifs, malgré la sympathie qui rapproche les êtres de même espèce, soient en opposition diamétrale. Comment concilier ces intérêts divergents, si, pour tout le monde, la *maxime des mœurs* reste la même, la félicité? Comment satisfaire en même temps des volontés antagoniques, dont chacune exige ce qui fait l'objet des réclamations des autres ? (...) *L'hypothèse communiste et l'hypothèse individualiste étant donc toutes deux écartées, la première comme destructive de la personnalité, la seconde comme chimérique, reste à prendre un dernier parti, sur lequel du reste la multitude des peuples et la majorité des législateurs sont d'accord : C'est celui de la Justice. La dignité, chez l'homme, est une qualité hautaine, absolue, impatiente de toute dépendance et de toute loi, tendante à la domination des autres et à l'absorption du monde ».*

<sup>2412</sup> PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in, *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, pp. 32-33 : « *La justice est synallagmatique, produit, non pas simplement d'une impression du non-moi sur le moi et de l'action de celui-ci sur celui-là, mais d'un échange entre deux moi, qui se connaissent l'un l'autre comme ils se connaissent eux-mêmes, et qui se jurent, sur leur honneur mutuellement garanti, alliance à perpétuité ».*

<sup>2413</sup> Proudhon P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in, *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, p. 119.

<sup>2414</sup> PROUDHON P.-J., *Philosophie du progrès*, Bruxelles : Lacroix, Verboeckhove, 1868, pp. 55-56.

constitution politique, donc autoritaire<sup>2415</sup> et fut consacré par la Révolution de 1789. Au contraire, le droit économique, selon Proudhon, n'a toujours pas connu sa révolution.

**Equilibre et « dialectique des antinomies ».** La notion d'« équilibre » semble se spécifier quelque peu de celle de la Justice à l'occasion de l'exposé et de l'application de sa méthodologie de la « dialectique des antinomies » ou « dialectique sérielle ». Celle-ci lui permet tant de saisir le réel (elle constitue un outil épistémologique) que de dégager des solutions pratiques (elle est normative). Si dans ces œuvres de jeunesse Proudhon rapprochait celle-ci de la synthèse hégélienne, il s'en est ensuite séparé en raison de l'irréductibilité des antinomies :

« J'avais cru jusqu'alors avec Hegel que les deux termes de l'antinomie, thèse, antithèse, devaient se résoudre en un terme supérieur, synthèse. Je me suis aperçu depuis que les termes antinomiques ne se résolvent pas plus que les pôles opposés d'une pile électrique ne se détruisent ; qu'ils ne sont pas seulement indestructibles ; qu'ils sont la cause génératrice du mouvement, de la vie, du progrès ; que le problème consiste à trouver, non leur fusion, qui serait la mort, mais leur équilibre, équilibre sans cesse instable, variable selon le développement même des sociétés (...) L'antinomie ne se résout pas : là est le vice fondamental de toute la philosophie hégélienne. Les deux termes dont elle se compose se balancent, soit entre eux, soit avec d'autres termes antinomiques : ce qui conduit au résultat cherché<sup>2416</sup> ».

En conséquence, le collectif et l'individu ne doivent se fondre en une entité abstraite, de même que le droit politique et le droit économique ne doivent se confondre en un droit mixte. Au contraire, l'équilibre signifie de trouver la mesure exacte de l'un et de l'autre, afin de donner selon les circonstances plus de poids au premier (droit impératif) ou au second (droit mutualiste ou coopératif).

b) Georges Gurvitch

---

<sup>2415</sup> V. HERRERA C. M., « préface », in, GURVITCH G., *La déclaration des droits sociaux*, Paris : Dalloz, 2009, p. XI.

<sup>2416</sup> PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, Paris : Lacroix, Verboeckhove, 1866, p. 52 ; sur la dialectique sérielle de Proudhon, V. BOURGEOIS B., « Proudhon et la dialectique », in, Pierre Joseph Proudhon - *L'ordre dans l'anarchie*, Actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, p. 35 et s. ; BANCAL J., « Pierre-Joseph Proudhon », art. préc.

Célèbre pour son apport à la doctrine du droit social<sup>2417</sup> et pour avoir développé en France l'idée du pluralisme juridique<sup>2418</sup>, le sociologue et juriste Georges Gurvitch (1894-1965) contribua de manière déterminante à l'essor de la sociologie juridique<sup>2419</sup>. Inspiré au plan méthodologique et au plan normatif par Ehrlich<sup>2420</sup>, Hauriou<sup>2421</sup> et surtout Proudhon<sup>2422</sup> dont il semble vouloir appliquer le programme, Gurvitch est aujourd'hui relativement négligé par les juristes<sup>2423</sup>.

Quelques mots, à titre liminaire, relatifs à la partie sociologique de son œuvre éclaireront la singularité de son œuvre juridique, dans le cadre de laquelle la notion d'« équilibre » s'avère, dans la continuité pleinement assumée de Proudhon, déterminante<sup>2424</sup>.

**La nature de la sociologie de Gurvitch.** Inspiré par Durkheim<sup>2425</sup>, Gurvitch souhaite livrer une grille de lecture systématique de la vie sociale spécialement adaptée au caractère mouvant et évolutif de celle-ci. Son « ambition démesurée<sup>2426</sup> » de cerner l'insaisissable<sup>2427</sup>, l'amène à élaborer des concepts idoine et à concevoir une méthode dialectique qui tire plus du côté de

---

<sup>2417</sup> GARAPON A., « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », in, BOURETZ P. (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, pp. 215-228.

<sup>2418</sup> BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 195 ; TREVES R., *Sociologie du droit*, Paris : PUF, 1995, p. 144.

<sup>2419</sup> V. son célèbre ouvrage, GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique*, préf. F. TERRE, Paris : Dalloz, 2012.

<sup>2420</sup> BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, p. 71.

<sup>2421</sup> Il considère comme Hauriou comme « *l'un des plus remarquables juristes-philosophes de notre époque* », (GURVITCH G., *L'idée du droit social*, Paris : Sirey, 1972, p. 133 cité par LE GOFF J., *Georges Gurvitch, le pluralisme créateur*, Paris : Michalon, 2012, p. 68). V. égal. HERRERA C. M., « préface », in, GURVITCH G., *La déclaration des droits sociaux*, Paris : Dalloz, 2009, p. XIX ; à propos de l'influence du concept d'*institution* de Maurice Hauriou sur la pensée de Gurvitch, V. LE GOFF J., op. cit., p. 67 et s.

<sup>2422</sup> Gurvitch serait venu en France pour approfondir la connaissance de l'œuvre de Proudhon, v. HERRERA C. M., « préface », in, GURVITCH G., op. cit., p. XI.

<sup>2423</sup> La pensée de Gurvitch semble désormais condamnée à être consignée dans les livres d'histoire des idées juridiques. S'il a eu ses heures de gloire, Gurvitch fait aujourd'hui l'objet d'un certain désintérêt de la part des juristes. M. Audren soulève plusieurs raisons à cela : « son intérêt trop exclusivement centré pour le droit politique (au détriment du droit privé), ou encore sa méconnaissance du judiciaire. Sans oublier, une critique frontale de l'idéologie juridique dominante qui prédispose à l'exclusion d'une pensée plutôt qu'à sa réception. », V. Audren, « Gurvitch Georges », in CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 226-227.

<sup>2424</sup> Le terme apparaît, dans *Eléments de sociologie juridique* à soixante-quatre reprises.

<sup>2425</sup> ; V. GURVITCH G., op. cit., p. 13 et s., égal. p. 79 et s. ; AUDREN, « Gurvitch Georges », art. préc., p. 226.

<sup>2426</sup> MARCEL J.-Ch., « Gurvitch George », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>2427</sup> CAZENEUVE J., « La sociologie de Georges Gurvitch », *Revue française de sociologie*, VII, 1966, p. 6 : « Il devait consacrer tous ses efforts à une tâche des plus difficiles, en se donnant pour but d'étreindre ce qui est mouvant, de rendre compréhensible une réalité qu'il ne voulait jamais fermer sur elle-même, et de décrire ou classer les cadres d'une société dont la véritable vocation, selon lui, était de briser tous les cadres possibles ».

Proudhon que d'Aristote<sup>2428</sup>. Contrairement à ses contemporains d'outre-Atlantique, Gurvitch délaisse la recherche empirique au profit d'une approche théorique<sup>2429</sup> voire philosophique des sciences sociales<sup>2430</sup>, consistant à modeler, toujours plus précisément, des abstractions capables de saisir les faits dans toute leur signification sociale. Paradoxalement, cette sociologie destinée à « l'étude de la société en acte, soumise à de perpétuels mouvements de structuration et de déstructuration<sup>2431</sup> » pourrait apparaître, en raison de son conceptualisme, essentiellement formaliste<sup>2432</sup>. Ce caractère s'explique par une représentation de la réalité sociale héritée de Proudhon, c'est-à-dire, complexe, dynamique et composée d'antinomies. Comme Proudhon, Gurvitch perçoit la société comme « une trame faite de tension et d'équilibres mobiles entre groupes particuliers<sup>2433</sup> », une variété mouvante où domine l'indétermination et qui fonctionne essentiellement de manière spontanée et autonome<sup>2434</sup>. En ce sens, la société est pluraliste car elle constitue autant la source des conflits que la source de leur possible résolution spontanée :

---

<sup>2428</sup> Chez Aristote, la dialectique s'entend comme un procédé discursif de connaissance d'un objet certain que la science et la logique ne peuvent appréhender –soit parce qu'il se situe au-delà de ce que la science peut découvrir, tel Dieu, soit en deçà telle la Justice- dont malheureusement, on ne peut avoir aucune certitude. Chez Proudhon, puis Gurvitch, c'est l'objet même de la connaissance –la réalité sociale par exemple- qui se présente comme une entité duale dont on ne peut rendre compte qu'en le scrutant de manière relative, en défiant toute idée absolue et préconçue : « selon Georges Gurvitch, c'est le propre des sciences humaines d'être entièrement dialectiques à la fois quant à leurs méthodes et quant à leur objet de connaissance. La dialectique est, par fonction, une épuration du savoir, une lutte perpétuelle contre tout dogmatisme, toute préconception ; et par là même elle est la marque et le garant de ce qu'il y a d'irréductible dans l'humain. Elle ne doit donc être, sous peine de se trahir elle-même, ni apologétique, ni ascendante, ni descendante, car elle ne saurait assigner d'avance une direction dans un sens ou dans l'autre. » (CAZENEUVE J., « La sociologie de Georges Gurvitch », *Revue française de sociologie*, VII, 1966, p. 12).

<sup>2429</sup> CAZENEUVE J., « La sociologie de Georges Gurvitch », art. préc., p. 8

<sup>2430</sup> TREVES R., *Sociologie du droit*, Paris : PUF, 1995, p. 149 ; MARCEL J.-Ch., « Gurvitch George », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>2431</sup> MARCEL J.-Ch., « Gurvitch George », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>2432</sup> CAZENEUVE J., « La sociologie de Georges Gurvitch », *Revue française de sociologie*, VII, 1966, p. 8 : « Pour observer et surtout pour expliquer une réalité sociale effervescente, chatoyante, irréductible à ses aspects particuliers, sans cesse différente d'elle-même, il fallait élaborer un instrument d'analyse d'une complexité presque infinie, certes, mais tout de même exprimable et, finalement, assez rigide pour qu'on le puisse appliquer à toutes les manipulations possibles. D'où les énumérations de niveaux et de paliers, de types, de genres, de modes, de classes, qui, au total, constituent un système de catégories permettant de s'orienter dans la recherche, d'identifier les phénomènes et d'établir des corrélations entre des notions ou des faits bien repérés. Il est évident que si l'on prend pour la théorie sociologique ce qui est seulement son outil, si l'on détache de la réalité ce quadrillage qui doit seulement la rendre plus observable, si l'on se laisse fasciner par ce réseau de concepts, alors, on n'a plus affaire qu'à une caricature, alors une sociologie qui se veut rebelle à tout dogmatisme est réduite à un jeu scolastique et à un pur formalisme » ; v. égal. MARCEL J.-Ch., « Gurvitch George », *Encyclopaedia Universalis*.

<sup>2433</sup> HERRERA C. M., « préface », in, GURVITCH G., *La déclaration des droits sociaux*, Paris : Dalloz, 2009, p. XI.

<sup>2434</sup> GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique*, préf. F. TERRE, Paris : Dalloz, 2012, p. 142 ; v. LE GOFF J., *Georges Gurvitch, le pluralisme créateur*, Paris : Michalon, 2012, p. 40.

« le pluralisme est un fait observable dans toute société sans exception. Toute société a été toujours un microcosme de groupements particuliers se limitant, se combattant, s'équilibrant, se combinant, s'intégrant et se rangeant hiérarchiquement dans l'ensemble global, microcosme permettant les combinaisons les plus variées, conditionnées par les situations historiques. La trame de la vie sociale est donc caractérisée par un pluralisme fondamental de fait, la tension entre les groupes et leurs équilibres mobiles constituant la matière sociale fondamentale<sup>2435</sup> ».

La sociologie de Gurvitch vise à pouvoir attester, par le truchement de concepts appropriés, l'existence de ses tensions et ses équilibres sociaux afin d'identifier les différentes formes de droit et de se prononcer sur la finalité de celui-ci.

**L'« équilibre » dans la sociologie juridique de Gurvitch.** Notion fondamentale, l'« équilibre » sert à Gurvitch, dans une perspective pluraliste, à désigner la nature des rapports, complexes et spontanés, formés au sein de la société et desquels résulte le droit. Il ne s'agit pas d'équilibres absolus, idéaux et perpétuels, mais d'équilibres « mobiles », circonstanciés et conjoncturels. La notion d'« équilibre » participe donc, dans un premier temps, à servir un objectif d'analyse et de description du fait social, pour participer, dans un second temps à l'identification du droit social. En effet, lorsque le pluralisme s'entend comme un idéal juridique, la notion d'« équilibre » sert de critère de juridicité :

« A ce pluralisme de fait s'oppose nettement le Pluralisme comme un idéal. Il s'agit ici d'un idéal moral et juridique, consistant dans une harmonie entre la variété et l'unité, s'engendrant réciproquement, un équilibre entre les valeurs personnelles et les valeurs des groupes et des ensembles, une immanence réciproque entre les tous et les parties multiples<sup>2436</sup> ».

Dans sa sociologie, ce qui permet d'expliquer le passage du fait au droit est ce que Gurvitch nomme le « fait normatif », concept qu'il associe au concept d'« institution » de Hauriou<sup>2437</sup>. Le « fait normatif » correspond, selon une conception quasi-jusnaturaliste<sup>2438</sup>, au moment où le phénomène social de solidarité est conforme à l'idéal de solidarité. La constatation d'équilibres sociaux participe à la reconnaissance de la solidarité sociale, et partant, de

---

<sup>2435</sup> GURVITCH G., La déclaration des droits sociaux, pp. 59-60.

<sup>2436</sup> Ibid.

<sup>2437</sup> GURVITCH G., Eléments de sociologie juridique, pp. 115-116.

<sup>2438</sup> LE GOFF J., op. cit., p. 54.

l'existence de droit au sein des divers groupements composant la société. En effet, selon Gurvitch, la fin du droit est l'intérêt général qu'il définit comme l'équilibre mobile entre des intérêts contraires<sup>2439</sup>. Cet équilibre peut spontanément advenir entre des groupes distincts (producteurs, consommateurs, usagers) ayant respectivement des intérêts opposés (intérêts à travailler, intérêts à la subsistance, intérêts à la vie)<sup>2440</sup>. A défaut d'un équilibre spontané, il revient à l'Etat de donner aux groupes sociaux leur pleine autonomie les uns par rapports aux autres et les moyens juridiques d'équilibrer leurs intérêts. En l'occurrence, le défaut d'équilibre constaté par Gurvitch au début du XXe siècle résulte d'une absence de contrepartie aux droits individualistes. Cette contrepartie doit prendre la forme selon Gurvitch de droits sociaux, « droits de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers<sup>2441</sup> ».

**Perspective normative.** Gurvitch ne se contente donc pas d'interpréter le phénomène juridique qu'est le droit social, qui se manifeste au travers d'« équilibres mobiles », il œuvre avec beaucoup de ferveur à promouvoir le projet « libéral » de Proudhon, consistant à « socialiser la liberté<sup>2442</sup> ». Pour ce faire, il est nécessaire ainsi que l'a défendu Proudhon d'étendre la juridicité, de la sphère politique à la sphère économique en élaborant au côté des droits politiques proclamés dès 1789, une série de droits applicables aux rapports économiques entre producteurs, consommateurs et citoyens<sup>2443</sup>. Gurvitch s'attaque à l'élaboration de ce programme d'action sociale et politique imaginé par le « plus grand

---

<sup>2439</sup> GURVITCH G., La déclaration des droits sociaux, p. 123 : « *l'intérêt général n'est qu'un équilibre mobile* entre les intérêts contraires et il existe autant d'aspects multiples et équivalents de l'intérêt général qu'il y a de possibilités d'équilibrer les intérêts contraires » ; v. égal. GURVITCH G., « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1933, 3-4, p. 70.

<sup>2440</sup> GURVITCH G., op. cit., pp. 66-67 : « Chacun d'entre nous est à la fois citoyen, producteur et consommateur, ce qui n'empêche pas que les intérêts des producteurs, des consommateurs et des citoyens sont loin d'être identiques. Au contraire, ils s'opposent sous tous les régimes et doivent être équilibrés par des techniques spéciales ».

<sup>2441</sup> HERRERA C. M., « Préface », in GURVITCH G., op. cit., p. XI.

<sup>2442</sup> HERRERA C. M., « Préface », in GURVITCH G., op. cit., p. XI.

<sup>2443</sup> GURVITCH G., op. cit., p. 23 : « En proclamant la nécessité d'un 1789 dans la sphère économique, il [Proudhon] a insisté sur le fait que ce n'est qu'un système de contrepoids entre les droits des producteurs, des consommateurs et des citoyens, en tant qu'individus et en tant que groupes, qui pouvait conjurer la menace d'un double danger pour la liberté humaine. Ce danger consiste *d'une part dans l'apparition de la 'féodalité économique' faisant surgir un pouvoir arbitraire dans la sphère sociale, d'autre part, dans la concentration* dans les mains de l'Etat à la fois de la fonction politique et de la fonction économique. Ainsi Proudhon liait d'une façon géniale la nécessité d'élaborer une nouvelle déclaration des droits à une technique pluraliste qui profiterait de la limitation réciproque des groupes autonomes et des ensembles équivalents et égaux en droit, pour défendre la liberté humaine à une époque de développement d'organisations de large envergure ».

penseur social français, Proudhon<sup>2444</sup> » qu'il délivre sous la forme de la déclaration de droits sociaux. Ces droits sociaux n'ont pas vocation à se substituer aux droits subjectifs issus de la sphère politique, mais à les contrebalancer<sup>2445</sup> afin que les antinomies trouvent enfin leur équilibre.

c) Léon Duguit

Quoique sa pensée fortement influencée par le positivisme sociologique, s'y prête, et, contrairement à Géný dont il aurait mis à profit les suggestions et analyses<sup>2446</sup>, Léon Duguit (1859-1928) emploie peu la notion d'« équilibre ». Il met davantage à profit les enseignements de Durkheim relatifs à la solidarité sociale<sup>2447</sup>.

Rappelons que l'obsession de Duguit est de limiter l'Etat par le droit —c'est tout l'objet de sa théorie du service public. Le positivisme sociologique lui fournit les outils pour disloquer le positivisme étatique et désarçonner la métaphysique mobiliser pour le justifier. Fortement influencé par Durkheim, le publiciste a également étendu sa critique du positivisme juridique au droit privé. Au nom du fait qu'est la solidarité<sup>2448</sup> et d'une conception réaliste du droit<sup>2449</sup>,

---

<sup>2444</sup> GURVITCH G., op. cit., p. 22 : « *le plus grand penseur social français, Proudhon, n'a cessé d'enseigner, avant, pendant et longtemps après 1848, qu'il fallait compléter et équilibrer la 'Constitution Politique', par 'une Constitution Sociale' indépendante, dont le premier pilier serait la déclaration des droits économiques des groupes et des individus, qui servirait de base à l'instauration de la 'démocratie industrielle'.* »

<sup>2445</sup> GURVITCH G., op. cit., p. 174.

<sup>2446</sup> V. GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, 1992, p. 173. Sur leurs différences, v. CHAZAL J.-P., « Léon Duguit et François Géný, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2, vol. 65, pp. 85-133.

<sup>2447</sup> Duguit et Durkheim ont dispensé pendant plus d'une décennie leurs enseignements à la même faculté de droit (Bordeaux) et se sont donc côtoyés (v. SALAS D., « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », in, BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, p. 197 et s.).

<sup>2448</sup> Duguit fait souvent référence à la « solidarité » même s'il préfère l'idée d'interdépendance. Pour lui, la solidarité sociale ou l'interdépendance, n'est pas une idée ou même un concept : c'est un « *fait d'ordre réel* susceptible de constatation directe : elle est le fait de la structure sociale elle-même » (DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris : La mémoire du droit, 1999, p. 26). Elle se compose de deux éléments, la similitude des besoins des hommes d'une part, et la diversité des besoins et des aptitudes de chacun des membres du groupe social d'autre part.

<sup>2449</sup> Duguit constate qu'il existe une opposition entre un système juridique fondé sur l'idée de droit subjectif et celui fondé sur l'idée d'une règle sociale s'imposant à l'individu. Cette opposition est celle entre la métaphysique du système du droit subjectif et le réalisme du nouveau système (v. DUGUIT L., op. cit., pp. 8-9). Ce nouveau système ne correspond pas au « droit social » : « en parlant de droit social et de droit individuel, je n'ai point l'intention de proposer après mille autres un nouveau système pour concilier les droits de la collectivité et les droits de l'individu, mais seulement démontrer que ni la collectivité ni l'individu n'ont de droits, qu'il n'y a ni droit social, ni droit individuel » (DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris : Alcan, 1908, p. 5).

il s'est évertué, d'une part, à critiquer brutalement l'individualisme juridique et la métaphysique des droits subjectifs<sup>2450</sup> à l'instar du droit de propriété<sup>2451</sup>, et d'autre part, à élaborer une théorie radicale du droit objectif<sup>2452</sup>.

**Source de la règle de droit objectif.** Pour Duguit, la règle de droit objectif est issue de la masse des consciences individuelles et repose sur les sentiments de solidarité et de justice<sup>2453</sup>. L'Etat, n'étant lui-même qu'un fait<sup>2454</sup>, ne crée pas le droit mais l'enregistre et le met en forme par le truchement de la loi. Celle-ci ne se présente plus comme l'expression d'une volonté ni ne tire sa validité de l'autorité étatique qui l'a prescrite mais de sa conformité avec la règle de droit objectif<sup>2455</sup>, laquelle ressort des rapports entre individus gouvernés par la « norme sociale ».

---

<sup>2450</sup> Pour Duguit, l'idée du droit subjectif n'est qu'une pure fiction puisqu'elle repose sur une conception fautive de l'homme, celle de « Robinson sur son île ». Pour lui, l'homme n'a de droit que lorsqu'il entre en relation avec d'autres hommes » (DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 18). Le droit subjectif « est une notion d'ordre métaphysique, qui ne doit pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes » (DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, p. 4).

<sup>2451</sup> V. DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 21 : « La propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale ».

<sup>2452</sup> Sur le manque de scientificité de sa théorie, v. FONBAUSTIER L., « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 1053 et s. ; concernant le retournement jusnaturaliste de Duguit, v. SALAS D., « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », art. préc., pp. 202-203 ; GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, 1992, p. 177 ; SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, préf. J.-A. Mazères, avt-propos. SFEZ L., Paris : L'Harmattan, 2013, p. 239 et s.

<sup>2453</sup> V. MELLERAY Fr., « Léon Duguit », in, CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004, p. 383.

<sup>2454</sup> WEIDENFELD K., « Duguit Léon », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 143 : « à ses yeux, l'État est un fait immanent à la structure sociale, simplement lié à la différenciation politique entre gouvernants et gouvernés ; l'État, écrit-il, n'est qu'une coquille vide, dépourvue de personnalité juridique, derrière laquelle se cachent des gouvernants. Ce rejet de toute appréhension métaphysique et personnifiée de l'État, interdit d'analyser le droit comme un produit de la volonté de la puissance gouvernante ».

<sup>2455</sup> VIALA A., *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, 2010, p. 97 : « tout le rejet du volontarisme moderne et du positivisme étatique s'exprime pleinement dans cette dualité des sources du droit qui, ce faisant reflète la philosophie réaliste et sociologique de l'Etat de Léon Duguit. L'Etat n'est pas une personne juridique, il n'est pas souverain et les gouvernants n'ont aucun titre de légitimité ni aucun droit subjectif à imposer leur volonté aux gouvernés ». Pour Kelsen, cette dualité entre le droit positif et le droit objectif n'est rien d'autre qu'une réitération du dualisme entre droit positif et droit naturel. La « solidarité sociale », source de droit objectif chez Duguit, apparaît alors éminemment critiquable pour Kelsen qui n'y voit qu'un produit de l'imaginaire, (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris : Dalloz, 1962, p. 306).

**La fonction de la norme sociale : garantir l'équilibre du groupement social.** Dans une perspective plus proche d'Ihering que de Comte<sup>2456</sup>, Duguit estime que l'activité de l'homme est toujours dirigée vers un certain but et, en conséquence, l'homme en société s'avère soumis à une loi de but et non à une loi causale<sup>2457</sup>. Au niveau de la collectivité, cette loi prend la forme de la « norme sociale » que Duguit définit comme « la loi inhérente au fait social, qui détermine l'attitude active ou passive que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent puissent vivre, se développer, loi dont la violation entraîne forcément une réaction, qui est le fait du groupe s'attachant naturellement à la loi qui préside à sa vie<sup>2458</sup> ». Cette norme produit sur chaque individu une série d'obligations sociales. La notion d'équilibre intervient pour rendre compte des rapports entre l'individu soumis à cette obligation et le groupe: en effet, si l'obligation « n'est pas remplie, il se produit un certain déséquilibre dans les éléments constitutifs du groupement social et, par suite, une réaction sociale, c'est-à-dire un effort spontané pour le rétablissement de l'équilibre<sup>2459</sup> ». La norme sociale, précise Duguit, interdit tout acte ou toute abstention susceptible de produire un désordre social et impose à tout individu la charge de collaborer, selon ses moyens et dans sa mesure, à réaliser l'ordre social<sup>2460</sup>.

La nature de cette obligation souligne Duguit n'est ni métaphysique, ni morale, mais simplement sociale : « si elle est violée, il n'y a pas atteinte à un principe supérieur de moralité, mais seulement à l'équilibre du groupement social, il y a un certain désordre qui se traduit dans une réaction plus ou moins énergique contre le violateur de la norme<sup>2461</sup> ». Cela signifie, même si Duguit ne l'a pas présenté ainsi, que l'« équilibre » est le principe transcendant duquel résulte la norme sociale et dont la violation justifie la réaction sociale.

**De la norme sociale à la norme juridique.** L'une des réactions sociales pour rétablir l'équilibre rompu se traduit par la création du droit. En effet, le passage de la règle sociale à la

---

<sup>2456</sup> Duguit a été également très influencé par l'inventeur du positivisme scientifique. Il achève d'ailleurs son ouvrage en citant Comte (v. DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris : Alcan, 1908, p. 151 et s.).

<sup>2457</sup> V. CHAZAL J.-P., « Léon Duguit et François Génay, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2, vol. 65, p. 99.

<sup>2458</sup> DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris : De Boccard, 1927, pp. 81-82.

<sup>2459</sup> DUGUIT L., *id.*, p. 83.

<sup>2460</sup> *Ibid.* V. égal. DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris : Alcan, 1908, p. 12. Autrement dit, « dans ce système, ni l'homme ni la collectivité n'ont de droits ; l'un et l'autre ont seulement des fonctions à remplir, pour assurer l'interdépendance sociale » (WEIDENFELD K., « Duguit Léon », art. préc., p. 142).

<sup>2461</sup> DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, p. 83.

règle juridique correspond au moment où les membres du groupe réalisent la nécessité pour le bon fonctionnement du groupe de recourir à la contrainte en cas d'irrespect des règles sociales (morales, économiques)<sup>2462</sup>. Certaines normes constituent des habilitations (à contraindre et à sanctionner) et partant des attributions de pouvoirs. Cette perspective permet à Duguit d'expliquer l'origine et le but de l'Etat : le pouvoir de commander propre à l'Etat a pour origine les normes sociales (et non la souveraineté ou la puissance publique) et pour finalité, le service public<sup>2463</sup>.

Dans le cadre strictement juridique, Duguit n'utilise plus le terme d'« équilibre » ce qui signifie que ce dernier appartient exclusivement au lexique du positivisme scientifique. Le faible emploi de la notion par Duguit, ainsi que son acception restrictive contrastent avec la manière dont Hauriou a utilisé la notion d'« équilibre ». La différence entre les deux publicistes réside dans l'idée que Duguit a semble-t-il tenté de résoudre radicalement les contradictions, notamment entre le droit étatique et le fait social, en réduisant le premier au second, alors que Hauriou, lequel rejette comme Proudhon « toute explication moniste des phénomènes sociaux<sup>2464</sup> » ne fonde pas le droit que sur le fait social, et préfère « offrir un espace où tous les termes du débat, y compris, les plus conflictuels, pourront s'affronter<sup>2465</sup> ». En outre, Duguit se voit reprocher par Hauriou d'avoir hypostasié la solidarité et perdu de vue les réalités. Pour Hauriou, le phénomène juridique ne peut s'expliquer par le concept de « solidarité » mais plutôt, selon une perspective fonctionnaliste, sur celui de l'« ordre »<sup>2466</sup> qui renvoie dans sa pensée aux équilibres sociaux.

---

<sup>2462</sup> Cette conception du droit dérivant du fait et de la conscience sociaux justifie les limitations apportées à l'Etat (v. WEIDENFELD K., « Duguit Léon », art. préc., p. 143).

<sup>2463</sup> SALAS D., « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », art. préc., p. 201 : « l'existence de règles propres au droit public se justifie non sur le fondement de la souveraineté ou d'une quelconque puissance publique mais sur le but poursuivi par ces agents – le « but de service public » – qui procède non d'un pouvoir de commandement mais d'une fonction sociale remplie dans l'intérêt de tous ». Le service public est défini comme l'ensemble des activités « dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernementale », (WEIDENFELD K., « Duguit Léon », art. préc., p. 144) ; c'est, comme le dit Chapus, une « doctrine des buts », par opposition à la « doctrine des moyens » qu'est la théorie de la puissance publique de Hauriou (CHAPUS R., Droit administratif général, t.1, 15<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2001, p. 3).

<sup>2464</sup> MAITROT J.-Cl., « Maurice Hauriou », Encyclopaedia Universalis ; sur les rapports entre Proudhon et Hauriou sur ce point, v. GURVITCH G., « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, n° 1-2, 1931, p. 163.

<sup>2465</sup> BILLIER J.-C., MARYIOLI A., Histoire de la philosophie du droit, Paris : Armand Colin, 2001, p. 228.

<sup>2466</sup> HAURIUO M., Principes de droit public, préf. BEAUD O., Paris : Dalloz, 2010, p. 67 : « Que si notre collègue faisait un effort pour prendre davantage contact avec les réalités et pour préciser ses formules, il serait nécessairement amené à se rabattre sur la notion de la fonction et par conséquent de l'ordre ».

d) Maurice Hauriou

Si l'« institution est la grande affaire de [sa] vie<sup>2467</sup> », on pourrait dire que l'« équilibre » est sa petite affaire. En effet et contre toute attente, c'est dans un ouvrage assez peu connu de Maurice Hauriou (1856-1929), pour certains le plus marquant<sup>2468</sup>, *Principes du droit public* (1910)<sup>2469</sup> que nous rencontrons, tout ouvrage juridique confondu, la notion d'« équilibre » avec la plus grande fréquence<sup>2470</sup>.

Dans cet ouvrage philosophique et théorique de la « maturité<sup>2471</sup> », Hauriou, auteur à la pensée complexe<sup>2472</sup>, restaure l'idée d'équilibre qu'il avait déjà mobilisée au début de sa carrière. Son statut a toutefois changé : alors qu'auparavant, Hauriou employait *l'équilibre* pour simplement définir, à la manière d'un Ihering le phénomène juridique (« phénomène d'équilibre établi entre deux intérêts rivaux dans un but de paix sociale<sup>2473</sup> »), il l'utilise ensuite pour rendre compte de la dynamique de toute chose pourvue de vie, et en premier lieu,

---

<sup>2467</sup> HAURIOU M., Lettre du 14 juin 1923, cité par SCHMITZ J., *La théorie de l'institution* du doyen Maurice Hauriou, préf. MAZÈRES J.-A., avt-propos SFEZ L., Paris : L'Harmattan, 2013, p. 54. Pour saisir l'idée derrière le concept d'institution, nous pouvons citer Schmitt : « *Le concept d' 'institution' permet de dépasser tant le normativisme, tel qu'il existait jusqu'ici, que le décisionnisme et, ce faisant, le positivisme en tant que composé des deux. Selon le mode de pensée institutionnaliste, l'Etat n'est plus une norme ou un système de normes, pas plus qu'il n'est une pure décision souveraine, mais l'institution des institutions* » (SCHMITT C., *Les trois types de pensée juridique*, Paris : PUF, 1995, p. 106) ; v. égal. BILLIER J.-C., MARYIOLI A., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris : Armand Colin, 2001, p. 229 et s. ; BARROCHE J., « Maurice hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008/2 n° 28, p. 317 et s.

<sup>2468</sup> V. BEAUD O., « Préface », in, HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris : Dalloz, 2010, p. XV ; cet ouvrage contiendrait « *une véritable théorie générale du droit et de l'Etat* » (SCHMITZ J., th. préc., p. 56). Pour Waline, cet ouvrage « marque une date, non seulement dans l'histoire des doctrines de droit public, mais dans celle des idées » et le compare, en raison de son caractère difficile mais attachant à « un ciel nuageux traversé par des éclairs éblouissants » (WALINE M., *L'individualisme et le droit*, préf. MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., Paris : Dalloz, 2007, p. 21).

<sup>2469</sup> Lequel a fait l'objet d'une récente réédition chez Dalloz. Nous renvoyons à l'instructive préface d'Olivier Beaud, dans laquelle, l'auteur recherche les raisons de cette méconnaissance, v. BEAUD O., « Préface », in, HAURIOU M., *Principes de droit public*, p. I et s.

<sup>2470</sup> L'emploi du terme « équilibre » est, dans cet ouvrage, presque aussi redondant que celui d'« institution ». L'un comme l'autre est utilisé plus de sept cents fois.

<sup>2471</sup> AUDREN F., MILLET M., « préface », in, HAURIOU M., *Ecrits sociologiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. XIII.

<sup>2472</sup> BRIMO A., « Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat », *Arch. phil. droit*, n° 21, 1976, p. 99 ; GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, 1992, p. 178.

<sup>2473</sup> HAURIOU M., *Ecrits sociologiques*, préf. AUDREN F., MILLET M., Paris : Dalloz, 2008, p. XIII : « Le phénomène juridique suppose un conflit d'intérêt (intérêt d'un individu contre l'intérêt d'un autre individu, ou bien intérêt d'une collectivité contre intérêt d'une autre collectivité). Ce n'est autre chose qu'un certain équilibre établi entre ces deux intérêts de façon à donner autant que possible satisfaction à chacun, et cela dans un but de paix social. Ainsi le phénomène juridique est un phénomène d'équilibre établi entre deux intérêts rivaux dans un but de paix social » ; pour une analyse, v. égal. WALINE M., *L'individualisme et le droit*, préf. MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., Paris : Dalloz, 2007, p. 21 ; on retrouve encore l'influence de Ihering sur Hauriou lorsque ce dernier distingue le monde social du monde physique en fonction de la nature finaliste du premier et mécanique du second (HAURIOU M., *Principes de droit public*, p. 55)

la société. *L'équilibre* devient l'objet d'une théorie explicative à portée universelle que Hauriou va appliquer aux phénomènes sociaux, politiques, juridiques et économiques. Le but étant de pouvoir appliquer cette théorie au profit de la compréhension de l'Etat et de la société civile en générale<sup>2474</sup> et des domaines administratif et constitutionnel en particulier. Pour l'étude de ce dernier, Hauriou estime que le juriste doit prendre en compte « d'autres équilibres plus fondamentaux, quoique négligés par le droit constitutionnel, entre les forces politiques et les forces économiques, entre le pouvoir militaire et le pouvoir civil, entre la vie publique et la vie privée, entre la propriété publique et la propriété privée, entre l'activité de l'administration publique et l'activité privée<sup>2475</sup> ». Quant au droit administratif, l'étude conjointe des équilibres sociaux et de la jurisprudence, permet à Hauriou de révéler que le « *principe secret de la jurisprudence du Conseil d'Etat* » est le « *principe d'équilibre*<sup>2476</sup> ».

Rappelons qu'en droit privé, une décennie auparavant, Gény avait également fait un usage remarqué du terme dans son œuvre phare dont Hauriou a pu dire qu'elle était « plein du *postulat de l'équilibre*<sup>2477</sup> ». Hauriou a peut-être voulu donné au droit public ce que Gény a livré au droit privé. Cela ne serait pas nécessairement étonnant au regard des caractères que les deux doyens ont en commun. Comme celle de Gény, la pensée de Hauriou se nourrit de nombreuses influences, ce qui l'expose à de multiples interprétations<sup>2478</sup>. Platon, Saint Thomas, Comte, Proudhon, Tarde ou Bergson comptent parmi les influences majeures d'Hauriou<sup>2479</sup>. Corrélativement, le droit naturel ancien (idéisme et réalisme), le socialisme

---

<sup>2474</sup> LE GOFF J., Georges Gurvitch, le pluralisme créateur, Paris : Michalon, 2012, p. 73 : « *Le souci d'Hauriou est de découvrir les conditions de la bonne température sociale entre l'incandescence destructrice et le refroidissement tétanisant, entre les emportements de la passion irrationnelle et un excès d'ordre entropique. Le jeu mutuel d'échanges entre l'instituant et l'institué, entre l'idée d'œuvre et ses manifestations, entre les forces sociales qui composent une société dans les espaces institutionnels multiples qui la quadrillent, doit tendre vers l'équilibre entre le trop et le pas assez* ».

<sup>2475</sup> HAURIOU M., Principes de droit public, p. 11.

<sup>2476</sup> HAURIOU M., Principes de droit public, p. 334.

<sup>2477</sup> HAURIOU M., Principes de droit public, p. 49, note 1 : « Je suis heureux de signaler ici combien ces idées sont dans l'esprit du livre de M. Gény, *Méthode d'interprétation en droit privé*, qui est, au fond, si plein du postulat de l'équilibre ».

<sup>2478</sup> Pour Georges Renard, Hauriou est un précurseur de la restauration de la pensée de Saint Thomas en philosophie du droit, pour Gurvitch, Hauriou se rattache notamment à la pensée de Proudhon, pour Brimo, le doyen est inspiré de Bergson (pour les références, v. BARROCHE J., « Maurice hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008/2 n° 28, p. 308) ; en conséquence, les commentateurs échouent à montrer l'unité de la pensée d'Hauriou : en ce sens, SALAS D., « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », in BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, p. 212-213 : « en lisant les commentateurs habituels, on a l'impression d'avoir affaire à plusieurs Hauriou selon qu'on y voit le créateur du droit administratif, le fondateur du pluralisme juridique, le précurseur de l'analyse institutionnelle. Au fond chacun de ces auteurs retient un élément de l'institution selon sa propre visée théorique sans l'appréhender dans sa globalité ».

<sup>2479</sup> V. SALAS D., « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », in BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, p. 204.

scientifique, le positivisme sociologique, l'utilitarisme ou encore le spiritualisme peuvent facilement être identifiés dans son œuvre. La pensée « buissonnante<sup>2480</sup> » de Hauriou, révélatrice d'« une inquiétude intellectuelle qui (...) l'amène à remettre quotidiennement en question sa propre acquisition de la veille<sup>2481</sup> », pourrait prêter le flanc à la critique, toutefois, la plupart des commentateurs s'accorde pour considérer cet éclectisme comme la source de la richesse de ses réflexions, orientées vers un seul objectif que ne renierait pas Proudhon : « tenter de rendre compatibles les antinomies (...) : droit positif de l'Etat/droit de la société, volonté du législateur/fait social, droits subjectifs/droit objectif de l'interdépendance sociale<sup>2482</sup> ». A cette fin, Hauriou mobilise la notion d'« équilibre » qu'il exploite en véritable principe épistémologique (ou encore « théorie<sup>2483</sup> », « postulat<sup>2484</sup> ») afin de rendre compte de toutes les composantes antagonistes de la vie en société et de dépasser leur opposition lorsqu'elle s'avère nocive. Hauriou insiste, sa *théorie de l'équilibre* n'est pas un idéal d'harmonie ni un « syncrétisme de forces ou d'opinions » mais une « doctrine de vie » qui « tend à une synthèse pratique des forces ordonnée en vue de la vie<sup>2485</sup> ». Selon cette acception appliquée en matière juridique, l'« équilibre » renvoie davantage aux idées d'*ordre* et de stabilité qu'à celle de justice<sup>2486</sup>. En effet, selon Hauriou, l'apanage du droit consiste davantage à répondre à la nécessité d'établir et de maintenir l'ordre social lequel représente le « *minimum d'existence* », que la justice dont la finalité est selon Hauriou l'aequum et le bonum<sup>2487</sup> et qui demeure « un luxe dont, dans une certaine mesure, on peut se passer<sup>2488</sup> ».

i) *Approche liminaire*

<sup>2480</sup> BRIMO A., « Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat », Arch. phil. droit, n° 21, 1976, p. 99.

<sup>2481</sup> BRIMO A., « Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat », Arch. phil. droit, n° 21, 1976, p. 99.

<sup>2482</sup> BILLIER J.-C., MARYIOLI A., Histoire de la philosophie du droit, Paris : Armand Colin, 2001, p. 228 ; v. SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, préf. J.-A. MAZERES, Avt-pr. L. SFEZ, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 456.

<sup>2483</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 50.

<sup>2484</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 45.

<sup>2485</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 50-51 ; v. DOAT M., « Quelques remarques sur la méthodologie d'Hauriou : entre droit et faits », RRJ, 2002-2, p. 615 : « il faut comprendre qu'il ne s'agit pas pour l'auteur de concilier les contraires et de trouver un point d'équilibre stable entre des courants juridiques opposés. Hauriou n'est sans doute pas l'homme du juste milieu et des synthèses produites par une sorte de jeu dialectique, comme certains auteurs ont pu le croire. Même s'il construit sa méthode sur une série d'équilibres, ceux-ci demeurent instables. L'équilibre, c'est un point de suspension entre deux balancements » ; sur les caractères de la théorie de l'équilibre d'Hauriou, v. égal. SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, préf. J.-A. MAZERES, Avt-pr. L. SFEZ, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 455 et s.

<sup>2486</sup> V. HAURIOU M. « L'ordre social, la justice et le droit », RTD civ., 1927, pp. 795-825.

<sup>2487</sup> HAURIOU M. « L'ordre social, la justice et le droit », art. préc., p. 800.

<sup>2488</sup> HAURIOU M. « L'ordre social, la justice et le droit », art. préc., p. 801.

**La signification de l'« équilibre ».** Au demeurant, la quête d'Hauriou, universelle s'il en est, est relativement simple. S'il renonce à rechercher les moyens pour que la société puisse réaliser sa fin, il s'évertue de découvrir les moyens de maintenir le plus durablement possible les conditions d'existence de la vie sociale<sup>2489</sup>. Autrement dit, retarder au maximum le moment où la durée du système arrive à son terme. La vie étant irréductible au mouvement, le problème consiste, d'une part, à préserver les causes de mouvement (l'absence de mouvement équivalant à l'absence de vie), qui se traduit notamment en termes de liberté et d'autonomie pour les membres du corps social, tout en réduisant, d'autre part, ses effets puisque le mouvement précipite la société vers son terme. Il s'agit, finalement, de ralentir le mouvement de la société tout en maintenant sa stabilité autrement dit son ordre<sup>2490</sup>. L'idée d'équilibre sert à exprimer cette nécessité d'ordre dans le mouvement :

« les équilibres sont établis à l'intérieur d'un système social en marche vers des transformations; ils sont, avons-nous dit dès le début, pour régulariser la marche, obtenir un mouvement uniforme, ralentir la vitesse, économiser l'énergie propre du système, lui procurer à la fois de la durée et de l'organisation, mais le système social est en mouvement, et ce mouvement constitue un postulat<sup>2491</sup> ».

Les équilibres servent à préserver la stabilité de la société (par le truchement notamment des institutions) contre sa propre dynamique et, corrélativement, à sauvegarder la liberté de ses membres<sup>2492</sup>. Toutefois, puisqu'ils visent à ralentir le mouvement, ces équilibres constituent une réaction opposée à la direction de celui-ci. Cette réaction de nature à freiner le

---

<sup>2489</sup> HAURIOU M., Principes de droit public, p. 6 : « il y a un idéal social et un ordre des choses qui se forment dans les consciences et qui par elles se relie au monde des impondérables, mais cet ordre n'est pas préétabli, il se crée, ou du moins nous ne voulons l'envisager qu'en tant qu'il se crée. Nous admettons pratiquement que tout en poursuivant cet idéal, parce qu'elles ne le réalisent jamais complètement, les sociétés vont vers le nouveau et en partie vers l'inconnu. Ce que nous savons de plus clair, c'est qu'elles marchent, c'est-à-dire qu'elles se transforment par des mouvements d'ensemble ».

<sup>2490</sup> HAURIOU M., op. cit., pp. 7-8 : « C'est ce mouvement des transformations sociales qu'il importe d'observer et à propos duquel il est nécessaire de reconstituer la notion de l'ordre, car c'est un mouvement d'ensemble, et quelle que soit la direction du mouvement d'ensemble d'une troupe, il est bon que cette troupe marche en ordre. (...) *Cet ordre dans la troupe sociale en marche est ce que nous appelons de la stabilité* ».

<sup>2491</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 51.

<sup>2492</sup> L'ordre et la liberté entretiennent des rapports de co-dépendance : « *L'ordre et la stabilité forment avec la liberté un couple nécessaire (l'ordre encourage la liberté)* » (HAURIOU M., op. cit., p. 7) ; il ajoute : « *l'ordre dans la marche des transformations sociales équivaut donc à une stabilité des institutions compatible avec la liberté et se traduit par la notion de mouvement* » (HAURIOU M., op. cit., p. 8-9).

mouvement, si elle est brutale risque, soit de stopper le mouvement, soit de compromettre la stabilité du système. Dès lors une exigence de modération pèse sur les équilibres eux-mêmes :

« la recherche de la stabilité par les équilibres est elle-même enfermée dans un juste milieu. (...) Quand les transformations sociales se sont mises en mouvement les équilibres se créent pour ralentir le mouvement ; ils s'agencent d'ailleurs spontanément en utilisant les résistances que tout mouvement suscite autour de lui dans le milieu où il se développe ; les équilibres ne sont que des résistances équilibrées. Mais s'ils s'exagèrent, à leur tour, le mouvement s'arrête <sup>2493</sup> ».

**Fonctions de l'équilibre : stabilité et organisation des systèmes sociaux.** Pour Hauriou, les équilibres sont des remèdes contre « *l'écoulement trop rapide des nouveautés* <sup>2494</sup> ». Ce n'est pas tout précise-t-il « les équilibres n'assurent pas seulement la durée et le mouvement uniforme des systèmes sociaux à l'intérieur desquels ils se créent, ils en conditionnent aussi l'organisation. Ils ne sont pas seulement facteurs de durée, ils sont facteurs d'organisation, et ceci est peut-être l'aspect le plus intéressant du sujet » <sup>2495</sup>.

Par « organisation » relatif à tout système, Hauriou entend « une séparation des agents combinée avec une différenciation des fonctions <sup>2496</sup> ». Ainsi, la division du travail dans l'entreprise ou la séparation des pouvoirs au sein de l'Etat manifestent l'organisation puisque pour le fonctionnement de l'un comme de l'autre, des « agents séparés assument des fonctions différenciées relatives à la vie du système <sup>2497</sup> ».

La théorie de l'équilibre permet donc également d'évaluer l'efficacité et les effets de la séparation des organes et leur spécialisation des fonctions au regard des résistances qu'ils produisent sur le mouvement de la société.

*ii) Approche épistémologique*

---

<sup>2493</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 14

<sup>2494</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 13.

<sup>2495</sup> HAURIOU M., op. cit., pp. 15-16.

<sup>2496</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 16.

<sup>2497</sup> Ibid.

**Rejet d'un principe moniste.** Comme pour Proudhon, la vie selon Hauriou se caractérise par sa complexité. Une multiplicité inconnaissable de causes participe à une multiplicité insaisissable d'effets : c'est le monde, dit-il, « des impondérables<sup>2498</sup> ». Hauriou, à travers ce qu'il convient d'appeler, sa théorie de *l'équilibre* ne cherche pas à échapper à cette complexité, mais tente au contraire, de la saisir. Sa théorie se veut donc anti-théorique ou non-idéaliste et essentiellement induite par les réalités et tournée vers la pratique :

« Les doctrines simples ont plus d'attrait pour l'esprit que les complexes; aussi observe-t-on, dans tous les ordres de la connaissance, un écart sensible entre le point de vue des théoriciens et celui des praticiens. Les praticiens savent que les choses sont complexes, les théoriciens veulent l'oublier pour ramener tout à un seul principe. Le point de vue des équilibres (...) est fait pour plaire aux praticiens, il déplaira aux théoriciens imbus de l'esprit moniste, bien que pratiquement il tende à reconstituer l'unité de l'ordre. Les théoriciens ne sont pas satisfaits par les synthèses pratiques, il leur faut l'unité d'un principe abstrait. Il est dans la tradition de beaucoup de juristes de vouloir expliquer le droit par un postulat unique ; ils ne font pas attention que, comme chacun d'eux choisit un principe différent, il faut nécessairement, ou que beaucoup d'entre eux se trompent, ou qu'ils aient tous raison dans une certaine mesure<sup>2499</sup> ».

Comme il le reconnaît, Hauriou veut, à travers l'identification de la multitude des équilibres sociaux, reconstituer « *l'unité de l'ordre* ». La connaissance des équilibres est destinée à améliorer les conditions de pérennité de l'ordre social.

**Universalité de la théorie de l'équilibre.** La théorie de l'équilibre peut être saisie par plusieurs disciplines scientifiques dont les principales sont le droit, la science politique, l'économie ou encore la sociologie. Sans y consacrer plus d'une note, il indique, en faisant référence à la théorie de l'équilibre des forces, que la politique internationale « est visiblement dominée, au moins depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, par le souci de l'équilibre européen<sup>2500</sup> ». Enfin, prenant davantage de recul, Hauriou constate que l'analyse en termes d'équilibre de toute structure pourvue de vie est une méthode de recherche généralisée, employée tant en biologie qu'en psychologie<sup>2501</sup>. Toutefois, il ne préfère pas se référer à ses domaines car il « il

---

<sup>2498</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 6.

<sup>2499</sup> HAURIOU M., op. cit., pp. 57-58.

<sup>2500</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 22, note 1.

<sup>2501</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 14, note 1.

est superflu de renforcer le plus par le moins<sup>2502</sup> ». A son avis d'ailleurs « ce sont la psychologie et la biologie qui auront à invoquer les exemples tirés de la matière sociale<sup>2503</sup> ». Hauriou ne veut ni tomber dans le piège du syncrétisme naïf<sup>2504</sup>, ni prêter (à nouveau<sup>2505</sup>) le flanc aux critiques issues d'autres disciplines, il délaisse donc les équilibres mentaux et biologiques et ne s'en tient qu'aux équilibres sociaux (politiques, économiques, juridiques)<sup>2506</sup> pour élaborer sa théorie. Lorsqu'à l'occasion, il ressent le besoin d'illustrer son propos par une métaphore, il ne sollicite pas ces disciplines et s'en tiendra à des représentations très imagées, comme celle d'une « troupe militaire en marche ».

*iii) L'objet des équilibres*

Il convient de préciser les objets sur lesquels porte la théorie de l'équilibre d'Hauriou. De manière générale, elle concerne la société politique et tous les rapports sociaux, politiques, économiques et juridiques qu'elle renferme : la formation et la répartition des pouvoirs politiques, les rapports entre les détenteurs du pouvoir et les individus, les rapports sociaux, juridiques et économiques au sein des groupes d'individus et entre les individus entre eux.

---

<sup>2502</sup> Ibid.

Le refus d'Hauriou d'emprunter à d'autres sciences leurs résultats pour alimenter son propre discours, la réserve avec laquelle il mentionne la psychologie et la biologie –de nouveau dans une note infrapaginale- et surtout, la prééminence de la discipline sociale sur les disciplines du vivant au nom de laquelle la première serait de nature, sinon à donner des leçons, du moins à fournir des exemples aux secondes, témoignent de la volonté d'Hauriou de ne pas renouveler la pénible expérience qu'il a subie à la suite de la publication de son article le plus singulier consistant à superposer la science sociale à la thermodynamique. V. HAURIOU M., « Leçons sur le mouvement social », in, *Ecrits sociologiques*, préf. AUDREN F., MILLET M., Paris : Dalloz, 2008. L'ouvrage notent MM. Audren et Millet a été très mal reçu, v. AUDREN F., MILLET M., « préface », in, HAURIOU M., *Ecrits sociologiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. XLIX.

<sup>2503</sup> Ibid.

<sup>2504</sup> HAURIOU M., *Principes de droit public*, p. 50 : « la théorie de l'équilibre, qui admet la complexité des éléments sociaux et juridiques, n'est pas un éclectisme ; elle ne se borne pas à juxtaposer des forces quelconques, elle reconnaît qu'il y a des forces d'ordre et des forces de désordre ; elle n'entend pas non plus les accoupler deux à deux en des harmonies stériles, elle n'est pas un syncrétisme de forces ou d'opinions ».

<sup>2505</sup> Le refus d'Hauriou d'emprunter à d'autres sciences leurs résultats pour alimenter son propre discours, la réserve avec laquelle il mentionne la psychologie et la biologie –de nouveau dans une note infrapaginale- et surtout, la prééminence de la discipline sociale sur les disciplines du vivant au nom de laquelle la première serait de nature, sinon à donner des leçons, du moins à fournir des exemples aux secondes, témoignent de la volonté d'Hauriou de ne pas renouveler la pénible expérience qu'il a subie à la suite de la publication de son article le plus singulier consistant à superposer la science sociale à la thermodynamique. V. HAURIOU M., « Leçons sur le mouvement social », in, *Ecrits sociologiques*, préf. AUDREN F., MILLET M., Paris : Dalloz, 2008. L'ouvrage notent MM. Audren et Millet a été très mal reçu, v. AUDREN F., MILLET M., « préface », in, HAURIOU M., *Ecrits sociologiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. XLIX.

<sup>2506</sup> A notre connaissance, il faut attendre Jean Piaget pour retrouver une tentative de théorisation universalisante de *l'équilibre*, ou, en l'occurrence, de ce qu'il appelle, l'équilibration.

**Equilibre et régime politique.** Le « principe de l'équilibre » affirme Hauriou, « devient la base du droit constitutionnel des États modernes par ce double axiome : il n'y a pas de liberté politique sans constitution, et il n'y a pas de constitution sans séparation des pouvoirs<sup>2507</sup> ». Pour comprendre cette réflexion, il faut rappeler que la faculté d'assurer la stabilité de la société dépend de son ordre interne, c'est-à-dire de son organisation et de sa structure. Deux éléments importent ici : l'ordre stratégique et la structure hiérarchique de l'organisation sociale. L'ordre stratégique désigne une répartition équilibrée des forces afin de garantir une certaine sûreté et d'économiser les ressources de la société, tandis que la structure hiérarchique indique une répartition équilibrée des pouvoirs, c'est-à-dire lorsque la prépondérance de l'autorité de celui ou de ceux qui est à la tête de la société (quel que soit son régime politique) se trouve balancée par l'autonomie de ses agents et par l'obéissance volontaire des individus.

Au regard de ces composantes, seule la société organisée sous un régime d'Etat est de nature à prolonger substantiellement sa durée, puisque c'est sous cette forme privilégiée qu'elle sera à même d'évoluer correctement, c'est-à-dire, d'assurer la stabilité dans le mouvement et d'affronter les avaries internes comme externes. Si « la particularité du régime d'Etat est bien d'être équilibré<sup>2508</sup> », c'est davantage en raison de la répartition des pouvoirs que de la répartition des forces. En effet, le régime d'Etat se comprend comme un régime dans lequel le pouvoir est modéré, en ce sens qu'il s'autolimité via un processus de séparation. La séparation des pouvoirs provoque un équilibre des pouvoirs générateur de forces de résistances qui constituent les freins au mouvement<sup>2509</sup>. A nouveau, l'ordre résulte de l'équilibre :

« La constitution des États est de l'ordre introduit dans leur organisation, la séparation des pouvoirs est de l'équilibre. Comme il n'y a pas de Constitution sans séparation des pouvoirs, cela revient à dire qu'il n'y a point d'ordre dans l'État s'il n'y a pas d'équilibre entre les pouvoirs, et cela ramène l'ordre à l'équilibre »<sup>2510</sup>.

---

<sup>2507</sup> HAURIOU M., Principes de droit public, p. 10.

<sup>2508</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 9 : « C'était l'opinion des anciens. Le caractère réglé est de l'équilibre par la modération dans le pouvoir, c'est le to méson d'Aristote et le quod decet de Cicerón, mais cette première forme de l'équilibre ne tarde pas à en engendrer de plus extérieures ».

<sup>2509</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 10 : « Pour modérer le pouvoir, il est bon de créer plusieurs pouvoirs, de les séparer et de les équilibrer les uns par les autres. Ou utilise ainsi les forces de résistance qui se dégagent toujours dans un milieu social lorsqu'un mouvement s'y dessine ».

<sup>2510</sup> Ibid.

Selon cette perspective, la discipline du droit public doit s'orienter « dans la direction des équilibres fondamentaux qui permettent au régime d'État d'évoluer d'un mouvement lent et uniforme, en conciliant l'ordre et la liberté, en combinant les résistances conservatrices et les tendances de progrès et en réalisant ainsi des situations juridiques suffisamment durables<sup>2511</sup>».

**Les équilibres sociaux, économiques et juridiques.** Hauriou dresse une liste de ce qu'il désigne par équilibre sociaux. Il s'agit des équilibres entre forces nationales et étrangères ; entre force gouvernementale et force « de réaction du pays légal » ou du corps électoral ; entre administration centrale et administrations locales ; entre organes exécutif et législatif ; entre Sénat et l'Assemblée Nationale ; entre forces politiques et économiques ; entre pouvoirs militaire et civil ; entre vie publique et vie privée ; entre propriété publique et propriété privée ; et enfin, entre activité administrative publique et activité privée<sup>2512</sup>. Chacun d'entre eux, chaque tension a pour « mobile instinctif » le besoin d'« assurer la durée<sup>2513</sup>».

Les équilibres économiques font intégralement l'objet de la discipline de l'économie politique dont les plus grands représentants à l'époque sont ceux de l'école de l'équilibre économique, à savoir Walras et Pareto<sup>2514</sup>. Pour Hauriou, les « problèmes économiques les plus importants » tels que la concurrence, la valeur, le prix, « reposent sur des questions d'équilibre<sup>2515</sup> ». Surtout, dit-il, c'est « l'équilibre des intérêts qui est la grande affaire de l'économie politique, et on peut dire que la croyance à la tendance naturelle qu'ont les intérêts à s'équilibrer objectivement est son postulat<sup>2516</sup> ».

---

<sup>2511</sup> HAURIOU M., op. cit., pp. 10-11.

<sup>2512</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 11.

<sup>2513</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 13.

<sup>2514</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 27.

<sup>2515</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 26 ; il ajoute : « Tout le problème de la valeur est un problème d'équilibre entre des intérêts, puisque la valeur des choses se ramène à des égalités d'utilité finale. Le phénomène de l'échange et tous ses dérivés sont à base d'équilibre d'intérêts, la circulation monétaire, les banques d'émission, le change d'un pays sur l'autre, le libre échange ou la protection, tous ces phénomènes, toutes ces institutions, tous ces systèmes, reposent sur des équilibres entre des valeurs, entre des utilités, entre des intérêts » (HAURIOU M., op. cit., pp. 26-27).

<sup>2516</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 26.

Traditionnellement, du droit et de l'équilibre se dégagent l'idée de justice. Pourtant avec Hauriou, le droit, s'il a bien pour objet de réaliser la justice, remplit une fonction plus essentielle : instaurer l'ordre social à travers la formation de l'équilibre. L'équilibre est « le but du droit », mais s'interroge-t-il « quel équilibre ? <sup>2517</sup> »

« La politique équilibre surtout des pouvoirs, l'économie politique surtout des intérêts, quels éléments sociaux va équilibrer le droit? Nous l'avons déjà fait pressentir, il va d'une certaine façon les équilibrer tous. La synthèse que poursuit le droit est l'ordre intégral dans la conduite sociale des hommes ; elle est totale tout en étant spéciale par cela même quelle est pour la conduite, mais pour toute la conduite <sup>2518</sup> ».

Trois caractères dessinent la synthèse poursuivie par le droit. Le droit poursuit la paix de la société laquelle dépend de l'« équilibre des droits »<sup>2519</sup> ; il constitue une synthèse de systèmes individualistes et sociaux (dont l'opposition génère des équilibres<sup>2520</sup>) ; enfin il constitue un ordre attributif de droits analysables en termes d'intérêt, de pouvoir et de fonction<sup>2521</sup>.

*B) L'équilibre dans la pensée juridique de Géný en particulier*

La pensée, l'héritage et le statut de Géný sont l'objet de controverses<sup>2522</sup>. Pour un auteur Géný n'est, par exemple, que le meilleur élève de Saleilles<sup>2523</sup>. A nos yeux, Géný sera celui qui, plus que nul autre, aura exploitée de manière originale la notion d'« équilibre » puisqu'elle sera est placée au cœur d'une méthode d'interprétation inédite. Si celle-ci n'aura pas de

---

<sup>2517</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 29.

<sup>2518</sup> HAURIOU M., op. cit., pp. 29-30.

<sup>2519</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 42.

<sup>2520</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 39 et s.

<sup>2521</sup> HAURIOU M., op. cit., p. 32. V. égal. p. 60. Ihering préfère synthétiser les différentes doctrines du droit subjectif (comme celle de Ihering par exemple) et du droit social (comme celle de Duguit).

<sup>2522</sup> V. les différentes contributions à l'ouvrage collectif THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François Géný, mythes et réalités, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000.

<sup>2523</sup> V. JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 138.

succès décisif dans les cours de justice hexagonales, elle connaîtra un écho favorable auprès des juristes de la sociological jurisprudence.

Avant de s'intéresser au rôle du terme d'« équilibre » dans la méthode extra-légale proposée par Gény (la libre recherche scientifique) (II), il convient d'exposer les enjeux majeurs auxquels la méthode tente de répondre (I).

#### 1) Les enjeux de la libre recherche scientifique

La libre recherche scientifique répond à deux exigences. La première relève de la technique juridique puisqu'il s'agit de dégager des instruments capables de produire des résultats objectifs destinés à pallier le déficit normatif, et de les substituer à ceux de la méthode classique infectés par la subjectivité du juriste. Il s'agit en ce sens de répondre à un problème épistémologique. La seconde est d'ordre pratique pour ne pas dire politique et social. La méthode de la libre recherche scientifique ainsi que son statut dans la théorie des sources, figurent comme une tentative pour résorber la crise sociale. Gény suggère, en effet, en reconfigurant les sources du droit, un mode particulier de régulation sociale destinée à apaiser les conflits entre les classes.

##### a) L'enjeu théorique : mettre un terme à l'exclusivité de la méthode régnante

Le constat de l'insuffisance de la loi n'allait pas de soi. Preuve en est, la plupart des « pontifes » -pour reprendre l'expression de M. Arnaud- s'en accommodaient très bien. Il a fallu que Gény le démontre en condamnant la méthode d'interprétation traditionnelle par laquelle la portée des textes de loi était artificiellement étendue. Au demeurant, cette critique ne présente pas de caractère inédit. En Allemagne comme aux Etats-Unis, une réaction sinon similaire, du moins comparable avait, comme il a été vu, quelque peu préparé les esprits. En France même, certains professeurs de la première génération d'agrégés avaient précédé Gény dans sa fronde contre la méthode régnante<sup>2524</sup> et son ami Raymond Saleilles<sup>2525</sup> – dont il se

---

<sup>2524</sup> Labbé, Beudant, Buffois, Leuroy, par exemple (v. JESTAZ Ph., JAMIN Ch., La doctrine, p. 133 ; VILLEY M., « François Gény et la renaissance du droit naturel », in, Le centenaire du doyen François Gény, recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris : Dalloz, 1963, p. 43 ; ARNAUD A.-J., Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours, Paris : PUF, 1975, pp. 116-119.

sent profondément tributaire – s’était déjà distingué dès 1890 en proposant une méthode d’étude de la réalité juridique associant positivisme, historicisme et idéalisme pour dépasser les insuffisances de la loi<sup>2526</sup>. Mais, le grand mérite de GénY, concède même Michel Villey, est d’avoir consacré « *courageusement deux gros volumes et je ne sais combien d’années à un ouvrage de doctrine méthodologique*<sup>2527</sup> ». Pari osé mais remporté : « la somme sur le sujet<sup>2528</sup> » était rédigée.

**L’objet de la critique de GénY.** La méthode régnante est celle de l’« école de l’Exégèse<sup>2529</sup> », laquelle, constitue moins une école que le courant traditionnel de pensée juridique de l’époque qui confine au dogmatisme. Suivant cette « école », nous l’avons déjà évoqué, le droit s’épuise dans la loi c’est-à-dire, la volonté exprimée ou supposée du législateur. En raison de sa nature volontariste, la loi est présentée comme pourvue d’un ensemble de caractères : elle est raisonnable, intellectuelle et indépendante de la réalité

---

<sup>2525</sup> A l’ombre et à l’origine de son ouvrage le plus célèbre, *Méthodes*, il y a Raymond Saleilles (v. JAMIN Ch., « François GénY d’un siècle à l’autre », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François GénY, mythes et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 9), avec qui GénY entretient une amitié profonde nourrie par une grande admiration. A quelques occasions, Saleilles a porté son attention sur la méthode juridique, ce qu’il réitère directement à l’occasion de sa relation épistolaire avec GénY. Bien qu’il se désole de ne pouvoir égaler son ami, GénY entreprend néanmoins, pour sa « formation personnelle » (Lettre du 18 octobre 1896, cité par JAMIN CH., « François GénY d’un siècle à l’autre », art. préc., p. 4) d’approfondir la question et débute par « fixer les traits de la méthode en vigueur » (Lettre du 24 janvier 1897, cité par JAMIN Ch., id., p. 6.), avant de s’attarder au « plus dur », c’est-à-dire, à « reconstruire, ou plutôt inaugurer une méthode à peu près complète » (Lettre du 24 janvier 1897, cité par JAMIN Ch., loc. cit.). Si la forme, quelques temps avant la publication de son célèbre ouvrage, n’était pas encore fixée, son propos l’était : démontrer « *l’impossibilité de s’en tenir à la méthode actuellement en vigueur* » (Lettre de mars 1897, cité par JAMIN Ch., loc. cit.) et tenter « en même temps l’esquisse de procédés plus large » (Ibid.). Saleilles ne s’est donc pas simplement borné à rédiger la préface de l’œuvre de GénY, « *il a suscité les premières interrogations de GénY, il l’a sans cesse soutenu tout au long de la rédaction de son essai et il l’a incité à le publier en un volume* » (JAMIN Ch., « François GénY d’un siècle à l’autre », art. préc., p. 9).

<sup>2526</sup> V. HALPERIN J.-L., Histoire du droit privé français depuis 1804, pp. 179-180 ; REMY P., « Planiol : un civiliste à la Belle Epoque », RTD civ., 2002, p. 31 et s.

<sup>2527</sup> VILLEY M., « François GénY et la renaissance du droit naturel », in, Le centenaire du doyen François GénY, recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris : Dalloz, 1963, p. 44.

<sup>2528</sup> JESTAZ Ph., JAMIN Ch., La doctrine, p. 133.

<sup>2529</sup> « L’école de l’exégèse » est une expression bien commode pour contribuer à identifier la rupture provoquée par GénY entre la méthode classique et la libre recherche scientifique, néanmoins, elle demeure relativement vide de sens, car il est désormais reconnu qu’il n’existe pas à proprement parler d’« Ecole de l’Exégèse » (v. REMY P., « Eloge de l’exégèse », Droits, n° 1, 1985, p. 118). Sont rattachés à cette « école », les auteurs qui partagent un certain conservatisme et le respect de la volonté du législateur : « les exégètes ont été les théoriciens de *l’absolutisme juridique* selon l’expression de P. Grossi (*Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998) : ils se sont enfermés dans le monde clos du Code civil, réduisant l’histoire ou la jurisprudence à des techniques auxiliaires pour expliquer le livre. Cette myopie les a conduits parfois (quand le Code civil était muet ou lacunaire) à bâtir des théories personnelles sans bases solides et à négliger les effets des transformations économiques et sociales du XIXe siècle » (v. HALPERIN J.-L., Histoire du droit privé français depuis 1804, n° 44). V. égal. ARNAUD A.-J., Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours, Paris : PUF, 1975, p. 52 et s. ; SERVERIN E., Sociologie du droit, Paris : La Découverte, 2000, p. 15-16.

quotidienne. Dans cette perspective rationaliste camouflant une forme d'épistémologie idéaliste<sup>2530</sup>, la loi est présumée parfaite. Pour l'appliquer, il suffit au juge d'interpréter littéralement le texte et de l'appliquer sous la forme d'un syllogisme pour lui faire produire ses effets. Cette technique littérale consiste en la méthode d'interprétation classique. Toutefois, puisque il était rationnellement impossible que le texte de la loi saisisse à lui seul, l'intégralité des cas d'espèces, les juristes usèrent d'un second procédé : la méthode dite psychologique. Le but de cette dernière consiste à déterminer la volonté du législateur qui n'apparaissait pas – ou pas suffisamment clairement – exprimée dans le texte, par le truchement d'autres supports à partir desquels la volonté pouvait s'inférer : « pour ce faire » explique M. Arnaud, « *ils disposaient d'éléments divers. Ils pouvaient tout d'abord se référer aux travaux préparatoires de la loi à interpréter. Dans l'exposé des motifs, les discours des rapporteurs, les débats devant les assemblées parlementaires, le juriste pouvait trouver des éclaircissements sur le point où surgissait le doute*<sup>2531</sup> ». Que ce soit par la méthode littérale ou par la méthode psychologique, la méthodologie de l'école de l'Exégèse permettait systématiquement de dégager, à partir de la loi, une solution juridique.

La critique de Gény à l'endroit de l'école de l'Exégèse demeure célèbre et la causticité de ses formules reste intacte. Cependant, il est rappelé avec raison que Gény ne fustige pas la méthode classique<sup>2532</sup> per se, au contraire, il la défend ardemment. L'objet de ses attaques vise l'emploi systématique de cette méthode, et partant le « fétichisme de la loi écrite et codifiée<sup>2533</sup> », « *l'idolâtrie de la loi*<sup>2534</sup> », le « culte superstitieux<sup>2535</sup> » voué à la volonté législative et qui se manifeste concrètement par la méthode psychologique.

---

<sup>2530</sup> VIALA A., op. cit., p. 149 : « ce curieux retournement par lequel, sous la bannière de la Raison, le positivisme légaliste du XIXe siècle allait finir par figer et réifier la loi qui n'est pourtant rien d'autre qu'un outil déontique marqué du sceau de l'impureté axiologique et de la contingence, trouve son explication dans la stratégie de classe des juristes de l'époque du Code civil : il fallait réputer celui-ci comme l'expression de la rationalité du législateur, afin de préserver, contre toute interprétation *contra legem* susceptible d'émaner d'un corps judiciaire toujours suspecté d'attachement à la vieille France aristocratique, les acquis de l'idéologie libérale triomphante. C'est ainsi que s'articule le discours des professeurs de droit au XIXe siècle. En faisant appel à la 'rationalité du législateur' pour réduire l'enseignement du droit civil à celui du Code Napoléon, leur épistémologi[qu]e présente incontestablement les caractéristiques de l'idéalisme ».

<sup>2531</sup> ARNAUD A.-J., op. cit., p. 60.

<sup>2532</sup> JESTAZ Ph., « Une image française de la loi et du juge », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François Gény, mythes et réalités, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 50.

<sup>2533</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1919, t.1, § 35, p. 70

<sup>2534</sup> VILLEY M., « François Gény et la renaissance du droit naturel », art. préc., p. 42.

<sup>2535</sup> GENY Fr., op. cit., §61, p. 127-8

L'on sait depuis Aristote, que la loi n'est jamais suffisante. En raison, d'une part, de son caractère nécessairement général qui l'empêche d'entrer dans le particularisme des faits et d'autre part, de son silence face à situations inédites (le législateur n'est pas prescient<sup>2536</sup>). « *Comme toute œuvre humaine* », écrit à son tour GénY, « la loi sera forcément incomplète<sup>2537</sup> ». « *Légaliste convaincu*<sup>2538</sup> », GénY ne s'attaque pas non plus à la loi en tant que telle. L'objet de sa critique est cette conviction, alimentée et justifiée par les philosophies du contrat social<sup>2539</sup>, que la loi est le droit et que toute solution juridique procède d'elle. Autrement dit, GénY dénonce la fausse représentation de la loi, l'idéalisation de l'œuvre du législateur, le mythe d'une loi parfaite, absolue et complète, en un mot, la fiction<sup>2540</sup> légaliste, cause de la perversion du raisonnement juridique.

**L'herméneutique juridique selon GénY.** Dans le cadre de sa critique de l'exégèse, GénY pose les termes du débat en rejetant tout idéalisme. A l'instar de Bentham<sup>2541</sup>, GénY présente la loi comme un texte, un ensemble de mots destiné à communiquer une information : « *comme tout langage humain, le verbe de la loi n'est qu'un instrument, destiné à manifester la pensée de celui qui parle, pour éveiller une pensée adéquate chez ceux à qui il s'adresse*<sup>2542</sup> ». Plus précisément, la loi est définie comme « *l'expression d'une volonté émanée d'un homme ou d'un groupe d'hommes à la lumière de leur intelligence*<sup>2543</sup> », ou encore « *la volonté d'un organe social déterminé coulée dans une formule verbale*<sup>2544</sup> ». En

---

<sup>2536</sup> Et, cette infirmité irrémédiablement et particulièrement sensible dans l'ordre juridique, qui, pour être saisi en totalité, supposerait connus, à l'avance, tous les rapports, pouvant susciter, entre les hommes, des conflits d'aspirations ou d'intérêts. Imaginât-on, par impossible, un législateur assez perspicace pour pénétrer, d'un large et profond coup d'oeil, l'ensemble de l'ordre juridique de son époque, encore faudrait-il reconnaître qu'il ne saurait prévoir, pour les régler à l'avance, tous les rapports futurs (v. GENY Fr., id., p. 117).

<sup>2537</sup> Ibid.

<sup>2538</sup> JESTAZ Ph., « Une image française de la loi et du juge », art. préc., p. 44.

<sup>2539</sup> V. VILLEY M., « François GénY et la renaissance du droit naturel », in, Le centenaire du doyen François GénY, recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris : Dalloz, 1963, p. 43 ; V. FRYDMAN B., Le sens des lois, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, n° 226.

<sup>2540</sup> V. GENY Fr., op. cit., §19, p. 40 et §81 bis, p. 199.

<sup>2541</sup> BENTHAM J., Of laws in general, London : The Athone Press, p. I, cité et traduit par TUSSEAU G., « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 413 : « une règle de droit (law) peut être définie comme un assemblage de signes déclaratifs d'une volition conçue ou adoptée par le souverain dans un Etat, concernant la conduite à observer en un certain cas par une certaine personne ou classe de personnes, qui dans le cas en question sont [effectivement] ou sont supposées être [les] sujets de ce pouvoir ».

<sup>2542</sup> GENY Fr., op. cit., §101, p. 277.

<sup>2543</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1919, t.2, § 223, p. 405.

<sup>2544</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.1, § 93, p. 243.

substance, la loi se compose alors, d'une « forme<sup>2545</sup> », la formule, et d'une « essence<sup>2546</sup> », la volonté.

Interpréter la loi, signifie tout simplement de « chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime<sup>2547</sup> ». La tâche de l'interprète consiste uniquement, à partir de la formule, à « reconstituer cette volonté dans sa pureté et son énergie première<sup>2548</sup> ». Cette reconstitution sera plus ou moins simple, en fonction de la précision du texte, de la qualité d'écriture, l'époque à laquelle il a été rédigé etc. A son service, l'interprète dispose d'instruments pour restaurer le sens initial du texte telles que l'analyse grammaticale, la logique, les analyses historique et psychologique.

Au final, explique Benoît Frydman, « Gény ne remet pas en cause la méthode philologique de l'interprétation des textes, (...) il en donne au contraire l'exposé le plus pur et le mieux abouti<sup>2549</sup> ». L'interprétation constitue un exercice strict, rigoureux, formel, qui ne saurait, sans être compromis, se confondre en extrapolations qu'elles soient ou non justifiées par des considérations morales, de justice, d'équité etc. Gény ne s'inscrit donc pas à la suite de Saleilles lequel, pour conjurer les effets néfastes de la méthode exégétique, propose une méthode d'actualisation de la loi, c'est-à-dire une technique d'interprétation qui tend à adapter la volonté du législateur telle qu'elle apparaît dans le texte, aux évolutions de la société<sup>2550</sup>. Le juriste pour Saleilles doit rechercher ce que le législateur aurait voulu s'il avait connu la nature de la situation litigieuse actuelle. Gény au contraire pense que l'interprétation cesse dès qu'elle a pour but ou pour effet de dégager du texte une idée qui ne s'y trouve pas<sup>2551</sup>. La quête de l'intention législative, ainsi que tout autre type d'interprétation évolutive de la loi, y-compris celle de son ami Saleilles, se fondent encore et toujours « sur la fiction d'une volonté que le législateur a négligé d'exprimer<sup>2552</sup> ».

---

<sup>2545</sup> GENY Fr., id., §92, p. 280.

<sup>2546</sup> GENY Fr., id., § 97, p. 264.

<sup>2547</sup> GENY Fr., id., § 98 p. 265.

<sup>2548</sup> GENY Fr., id., §97, p. 277.

<sup>2549</sup> FRYDMAN B., Le sens des lois, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, n°221, p. 466

<sup>2550</sup> V. FRYDMAN B., id., n° 222, p. 467.

<sup>2551</sup> GENY Fr., op. cit., § 109, p. 302 : « quand [la] volonté [du législateur] ne s'est pas exprimée, il ne saurait y avoir place pour l'interprétation proprement dite de la loi » ; v. aussi, id., §106, p. 301 « il faut bannir, de la sphère légitime de l'interprétation de la loi écrite, toute recherche d'intention, visant à connaître, non pas ce que le législateur a effectivement voulu et arrêté, mais ce qu'il aurait décidé, si sa pensée s'était portée sur tel objet » et I, § 98, p. 265 : « tant qu'on reste dans la sphère de l'interprétation de la loi proprement dite, -cette recherche doit être faite sans idée préconçue, ni sur la perfection plus ou moins idéale de la règle à découvrir, ni sur son adaptation plus ou moins complète au milieu social dans lequel elle doit s'appliquer ».

<sup>2552</sup> GENY Fr., id., p. 35.

**Le fétichisme légaliste : cause de pervertissement du raisonnement juridique.** La critique de GénY à l'encontre de l'idéalisme épistémologique n'est pas gratuite. Le problème majeur de l'école de l'Exégèse concerne la nature des procédés qu'elle met en œuvre, sous couvert d'interprétation de la loi, pour dégager une solution à partir d'un texte littéralement inapplicable en l'espèce.

L'une des conséquences les plus déplorables du « postulat de la plénitude nécessaire de la législation écrite<sup>2553</sup> » consiste dans le détournement de la technique juridique, et principalement, dans l'abus des abstractions logiques<sup>2554</sup>. GénY constate que le dogme de la loi parfaite a pour effet pervers de fausser toute la rigueur de l'interprétation juridique telle qu'il l'a décrite, puisqu'il aboutit à l'introduction d'éléments de nature subjective pour compléter les vacances de la loi : l'interprète soumis à la plénitude de la loi est nécessairement amené à « substituer son idée propre à celle dont la représentation lui manque<sup>2555</sup> ». Pour camoufler celle-ci et rattacher, plus ou moins médiatement, à la loi, la solution juridique à laquelle il aura abouti, le juriste se sert des moyens disponibles : la logique et les concepts juridiques<sup>2556</sup>.

La logique consiste ici en deux raisonnements successifs : dans un premier temps, le juriste élargit, par le raisonnement inductif, le champ d'application de la loi en subsumant celle-ci sous un concept juridique puis, dans un second temps, applique à l'espèce par déduction ce concept dégagé à partir du texte<sup>2557</sup>. En liant artificiellement une solution à un texte de loi, la logique au demeurant, simple instrument, se trouve alors instrumentalisée pour légitimer ladite solution.

A côté de la logique formelle, le juriste détourne également un autre élément de la technique juridique : les abstractions logiques<sup>2558</sup>. Ces concepts présentent deux caractères : ils sont d'une part, abstraits, puisqu'ils ont pour objet non les réalités sociales mais les règles de

---

<sup>2553</sup> GENY Fr., id., §81bis, p. 193.

<sup>2554</sup> GENY Fr., id., §81, p. 192. Saleilles également condamnait l'abus manipulateur du conceptualisme consistant à masquer les réalités profondes (v. SALEILLES R., De la personnalité juridique : histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques, Paris : A. Rousseau, 1910, p. 671..

<sup>2555</sup> GENY Fr., id., §33, pp. 66-67.

<sup>2556</sup> V. FRYDMAN B., op. cit., p. 469 ; BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », art. préc., 1999, p. 519 ; ROLLAND L., « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François GénY, mythes et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 161-178.

<sup>2557</sup> V. GENY Fr., op. cit., § 22, p. 45 , § 60, pp. 124-125 et §81 bis p. 198.

<sup>2558</sup> V. GENY Fr., id., § 60, p. 124 et s.

droit<sup>2559</sup>, et, d'autre part, subjectifs car ils sont les produits des membres de la doctrine. Aux concepts s'opposent les principes, lesquels sont « basés sur les éléments substantiels de la vie, et représentant les réalités elles-mêmes, exprimées en une forme universelle<sup>2560</sup> ». Cette distinction, qui s'inscrit dans sa dichotomie donné/construit, importera au moment de l'exposition de la libre recherche scientifique, consistant essentiellement dans la découverte et l'application de principes. Cela étant dit, les abstractions, concède GénY, demeurent utiles et légitimes<sup>2561</sup> en tant qu'outils destinés à faciliter l'application des règles de droit aux situations de fait<sup>2562</sup>. L'ensemble de ces constructions, concepts et autres catégories juridiques constitue les instruments de la réalisabilité formelle du droit<sup>2563</sup>. Cependant il constate que ces concepts, sous l'effet d'une doctrine « moutonnaire<sup>2564</sup> », sont devenus, sans raison scientifique légitime, une condition nécessaire, un passage obligé, à toute recherche de solution de droit<sup>2565</sup>. Ainsi, la création par la doctrine de la personnalité morale atteste du caractère « objectivement nécessaire<sup>2566</sup> » du principe a priori – et donc subjectif – selon lequel tout droit « implique, à titre de support, sans lequel il ne pourrait subsister, une personne actuellement existante<sup>2567</sup> ». Pareillement, la distinction classique entre droit réel et droit de créance ne saurait être, selon GénY, logiquement maintenue (« la logique ne transige pas<sup>2568</sup> ») dès lors que le législateur accorde un droit de suite voire un droit de préférence au locataire d'un bail commercial, lequel ne devrait être titulaire, si l'on s'en tient à la distinction classique, que d'un droit personnel à l'encontre du bailleur. L'attribution au locataire d'un

---

<sup>2559</sup> GENY Fr., id., § 69, p. 149 : « en substituant aux éléments, vraiment substantiels de la vie du droit, aux motifs moraux, psychologiques, économiques, politiques et sociaux, qui animent le monde juridique, des notions techniques, abstraites, froides et vides de réalité féconde, notre interprétation s'est fait un système, tout entier en formules et en catégories pures ; et, combiné avec l'excès d'influence attribué à la codification moderne, ce système a rendu la jurisprudence scientifique, non pas seulement stérile, mais, souvent même, irrémédiablement rebelle au progrès ».

<sup>2560</sup> GENY Fr., id., §81, p. 191

<sup>2561</sup> V. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, §158, p. 84.

<sup>2562</sup> V. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, § 81, p. 189 : « il rentre dans la mission de la jurisprudence positive d'organiser, par des procédés artificiels et quelque peu arbitraires, la mise en œuvre des règles du droit, leur sûre et facile adaptation aux faits de la vie ».

<sup>2563</sup> V. GENY Fr., id., § 81, p. 190, citant IHERING R. V, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, § 4 et § 38.

<sup>2564</sup> GENY Fr., id., § 81, p. 187.

<sup>2565</sup> V. GENY Fr., id., § 64, p. 134 : « ce qui revient à dire que tout l'échafaudage des conceptions et constructions, dressé a priori, reste sans valeur absolue et permanente, au point de vue de la mise en œuvre du droit, seul objet de l'activité propre du juriste positif. Et, c'est ce que notre science traditionnelle a trop souvent oublié ».

<sup>2566</sup> GENY Fr., id., § 65, p. 135.

<sup>2567</sup> GENY Fr., id., § 65, p. 139.

<sup>2568</sup> GENY Fr., id., p. 141.

droit sur la chose elle-même<sup>2569</sup> appartenant au bailleur, devrait aboutir à la reconnaissance, par les juristes, du défaut de fondement de la distinction droit réel/droit personnel.

Le raisonnement juridique par lequel toute solution se trouve dégagée de la loi n'offre qu'une objectivité de façade. Gény montre qu'en réalité, c'est par les constructions logiques et autres abstractions issues de la subjectivité du juriste que sont comblées les espaces vides qui séparent le texte de loi de la solution de l'espèce. Gény, par la dénonciation des abus<sup>2570</sup> commis par la doctrine classique, enjoint les juristes à se plier à une interprétation stricte de la loi. Il estime que la méthode classique camoufle des choix subjectifs faits à partir de considérations politiques générales lesquelles constituent in fine les fondations réelles de l'ordre juridique. Sous l'apparence de respecter l'intention du législateur, les juristes introduisent quelques-unes de leurs idées propres. Loin de se contenter de recevoir passivement la loi estime Gény, la doctrine la crée en partie.

b) L'enjeu pratique : recouvrer l'harmonie sociale

**De l'interprétation aux sources du droit.** La question de l'interprétation chez Gény se lie sans se confondre à la question des sources du droit. Jusqu'à présent, le travail de Gény relatif à l'interprétation a conduit à restreindre le champ de la loi, et partant, le rôle du juge, puisque ce dernier doit s'en tenir au texte de la loi et cesser toute extension de celui-ci. La finitude et l'incomplétude de la loi, associée au caractère rigoureux de l'interprétation, concourent inéluctablement à un rapport inégal entre d'un côté la multitude des questions juridiques que les faits soulèvent et de l'autre la parcimonie des réponses fournies par la loi et mises en œuvre par le juge. « *Puisque l'interprétation des textes légaux ne peut, par nature, donner la*

---

<sup>2569</sup> GENY Fr., id., p. 140 ; Gény examine également le concept de patrimoine, v. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, p 141 et s.

<sup>2570</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, p. 121 : « cet abus consiste [...] à envisager, comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature. Et, cette fausse manière de voir, qui, à mon sentiment, nous représente comme un vestige de l'absolu réalisme du Moyen-Âge, aboutit à faire tenir, a priori, tout le système du droit positif, en un nombre limité de catégories logiques, qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie ».

solution à toutes les questions » constate B. Frydman « *il faut envisager l'existence d'autres sources que la loi écrite*<sup>2571</sup> ».

**Les sources formelles.** On attribue à GénY le mérite d'avoir vigoureusement combattu l'idée que la loi n'épuise pas le droit. La loi appartient selon lui à une catégorie, celle des sources formelles. Celles-ci sont des « *injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui serve à la direction de la vie juridique*<sup>2572</sup> ». Parmi ces sources, on compte la coutume définie comme « un usage accepté dans un groupe social et exprimant un sentiment juridique de ceux qui composent ce groupe<sup>2573</sup> ». GénY soutient que la coutume constitue une source formelle de droit<sup>2574</sup> en raison d'une part de sa conformité présumée à la volonté générale des intéressés et d'autre part du sentiment d'obligation de s'y conformer qu'elle suscite. Si elle n'est pas l'égale de la loi<sup>2575</sup>, la coutume demeure une source complémentaire<sup>2576</sup> qui s'impose, en tant que telle, à l'interprète<sup>2577</sup>.

La jurisprudence et la doctrine ne figurent pas au rang des sources formelles, car la première et a fortiori la seconde, se voient priver, constitutionnellement<sup>2578</sup>, de la faculté de réglementer les comportements de manière générale. Toutefois, à défaut d'être des autorités au plan normatif, jurisprudence et doctrine constituent des autorités sur le plan de la raison<sup>2579</sup>.

---

<sup>2571</sup> FRYDMAN B., op. cit., p. 477.

<sup>2572</sup> GENY Fr., op. cit., p. 91, § 237. Pour une analyse de la notion de source formelle chez GénY, v. JESTAZ P., « Une image française de la loi et du juge », art. préc., p. 41 et s.

<sup>2573</sup> GENY Fr., op. cit., §110, pp. 323-324.

<sup>2574</sup> V. GENY Fr., op. cit., §109 et s., p 317 et s.

<sup>2575</sup> Sauf la coutume commerciale face à la loi civile, v. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, §124-133, pp. 387-432.

<sup>2576</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, §116, p. 349 : « *si l'autorité des lois écrites paraît être arrivée à son apogée, leur formule reste manifestement impuissante à saisir les infinies nuances de la vie et à régler dans le détail les conséquences juridiques qu'elles comportent. Donc, tout au moins pour subvenir à cette impuissance, pour combler les lacunes de la loi et en faciliter la sûre application, la coutume conserve aujourd'hui son rôle nécessaire* ».

<sup>2577</sup> V. GENY Fr., id., § 116, p. 347.

<sup>2578</sup> La séparation des pouvoirs sur laquelle repose la Constitution, ordonne que chaque dépositaire remplisse son office sans empiéter sur les prérogatives de l'un ou de l'autre. Le juge est tenu d'appliquer la loi et plus généralement d'appliquer les règles de droit dans chaque espèce mais il lui est interdit de se prononcer par voie générale et réglementaire (v. GENY Fr., op. cit., § 86 et s.).

<sup>2579</sup> V. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, §149, p. 49 et s.

Cette analyse a pu décevoir. Certes, Géný ouvre les portes du « paradis des sources formelles<sup>2580</sup> », mais en refuse l'entrée au juriconsulte et au juge. Pour M. Jestaz, le légalisme exacerbé de Géný l'a empêché d'achever son « ascension triomphale<sup>2581</sup> », laquelle aurait dû l'amener, à l'instar d'un Planiol, à qualifier la jurisprudence de source de droit<sup>2582</sup>. Où se situe alors l'intérêt d'élaborer une méthode judiciaire de production de normes (la libre recherche scientifique) si la portée de celles-ci est réduite au cas particuliers ?

**La réduction du concept de « source ».** Selon Benoît Frydman, l'entreprise de Géný se révèle plus hardie qu'il n'y paraît. En réduisant les sources formelles à la loi et à la coutume, Géný entend remettre « en cause le concept de source lui-même, dans la position régnante où l'avait placée le modèle philologique<sup>2583</sup> ». En effet, lorsque Géný évoque la loi, il laisse entendre que les situations qu'elles couvrent sont relativement marginales. La loi, pour Géný, ne comprend que « quelques règles » et ne fournit « *qu'une information limitée*<sup>2584</sup> ». La coutume, couvrant un champ encore plus restreint que la loi, est assurément dans l'incapacité de combler les espaces normatifs vacants. Autrement dit, le réaménagement et le caractère restrictif des sources formelles ainsi que la redéfinition de l'interprétation, ne seraient destinés qu'à faire tomber la loi et le concept de source de leur piédestal au profit de la méthode nouvelle que Géný s'apprête à exposer. Toutefois, ressurgit la question de la disqualification de la jurisprudence, et dans une moindre mesure, de la doctrine, comme source formelle. En effet, si la conviction de la nécessité d'une méthode juridique s'avère indubitablement renforcée par le constat de la finitude avancée des sources formelles, les potentialités de la libre recherche scientifique demeurent en revanche fortement affectées par l'exclusion de la jurisprudence des sources formelles.

**Une théorie des sources finalisée par la paix sociale.** L'entreprise n'apparaît pourtant pas veine si l'on en suit l'analyse de Mme Serverin. La reconstruction des sources de droit et plus

---

<sup>2580</sup> JESTAZ Ph., « Une image française de la loi et du juge », art. préc., p. 41.

<sup>2581</sup> JESTAZ Ph., id., p. 40.

<sup>2582</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, n° 14. V. égal. REMY P., « Planiol : un civiliste à la Belle Epoque », *RTD civ.*, 2002, n° 13 : « on ne retrouve chez Planiol aucun des scrupules qui poussent Géný à refuser à la jurisprudence la qualité de 'source formelle de droit privé positif' pour en faire seulement un 'propulseur de coutume' ».

<sup>2583</sup> FRYDMAN B., op. cit., p. 479.

<sup>2584</sup> GENY Fr., op. cit., §183, p. 221 : « la loi écrite [...] ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée, du droit, résultant d'un ensemble d'injonctions, consacrées par un organe supérieur, à l'effet d'établir, sans conteste, quelques règles, qui ont paru susceptibles d'une formule nette, ou pratiquement indispensable »

spécifiquement l'inclusion – intrigante<sup>2585</sup> – de la coutume et l'exclusion – a priori décevante – de la jurisprudence constituant, d'un point de vue finaliste, l'un des moyens pour atteindre l'harmonie sociale, dont l'atteinte confine, en cette fin de siècle, à la nécessité.

La question est la suivante : comment contribuer à restaurer la paix sociale, si le juge – instance la plus apte à équilibrer hic et nunc les intérêts- n'a en pratique que le seul pouvoir d'ordonner des règlements de portée relative ? Sur ce point, « le GénY des grands jours<sup>2586</sup> » fournit une réponse singulière et innovante. Malgré la disqualification de la jurisprudence en source formelle, GénY lui attribue un rôle spécifique dans la résolution et la prévention générale des conflits. Les règles que le juge dégage en application de la libre recherche scientifique, ne seront pas uniquement destinées à résoudre les conflits des seuls justiciables qui se présentent devant lui. Par deux processus, le contenu de ces normes de portée relative est susceptible de produire des effets erga omnes.

Tout d'abord et assez classiquement, la jurisprudence constitue une autorité de raison susceptible d'influencer non seulement les autres juges<sup>2587</sup> mais également le législateur<sup>2588</sup>. Le législateur a le pouvoir de consacrer par la loi une solution prétorienne. C'est le premier moyen ; le second est plus original. La jurisprudence, pour GénY, contribue à la résolution générale des conflits en encourageant la société elle-même à adopter les mesures qui lui sont favorables. La jurisprudence, réceptionnée par le corps social, apparaît alors, selon GénY, comme « un propulseur de coutume<sup>2589</sup> ». La jurisprudence – il faut comprendre : les décisions de justice issues de la libre recherche scientifique – s'analyse selon Mme Serverin comme « un mécanisme de régulation des intérêts privés, qui prend son origine dans la

---

<sup>2585</sup> GénY inclut « on ne sait pourquoi, la coutume parmi les sources formelles. S'est-il refusé à gommer des siècles ou des millénaires d'histoire ? Ou bien a-t-il été submergé par sa culture germanique ? Cela se peut. A moins qu'il n'ait voulu trouver une compensation à l'exclusion de la jurisprudence. » (JESTAZ Ph., « Une image française de la loi et du juge », art. préc., p. 44).

<sup>2586</sup> JESTAZ Ph., id., p. 47.

<sup>2587</sup> GENY Fr., op. cit., § 149, p. 49 : « en présence d'une solution, étayée d'une ferme jurisprudence, l'interprète peut se soustraire à la nécessité d'une investigation nouvelle, sur la foi de ses hésitations personnelles, dans le sens que lui indique l'autorité, que même il ne doit s'écarter de celle-ci, que pour des raisons décisives, emportant sa conviction en sens contraire ».

<sup>2588</sup> GENY Fr., op. cit., § 149, p. 150 : « fréquemment, les jugements ouvrent la voie à la loi écrite, qu'ils en préparent la disposition, en montrant la nécessité d'une règle nouvelle, et en suggérant son contenu ». GénY évoque même l'idée que ce sont les sources formelles qui compléteront la libre recherche scientifique, ainsi, relativement à l'autonomie de la volonté, l'interprétation libre écrit-il, « pourrait-elle montrer la voie et préparer, par ses solutions libérales, l'intervention des organes formels du droit positif (loi ou coutume), qui viendraient, après coup, compléter le système, ébauché par les chercheurs indépendants » (GENY Fr., id., § 171, p. 155).

<sup>2589</sup> GENY Fr., op. cit., § 149, p. 151. V. égal. SERVERIN E., Sociologie du droit, Paris : La Découverte, 2000, p. 149.

sphère conflictuelle de ces intérêts, s'accomplit par la libre recherche scientifique exercée par le juge sur des règles non impératives, pour revenir à la sphère non conflictuelle de l'action des intérêts privés sous forme de pratiques coutumières des particuliers<sup>2590</sup> ». Autrement dit, lorsque le magistrat rend ces jugements, il soumet, pour ainsi dire, des propositions de règlements aux citoyens, auxquels il appartient, par une pratique répétée – donc volontaire – de consacrer. Une jurisprudence, à force d'être habituellement suivie par les intéressés s'élève, par la voie coutumière, au rang de source formelle, et en conséquence, lie à l'occasion d'un procès subséquent, le juge et les parties.

La singularité de la théorie des sources de GénY se comprend au regard de cette volonté, que l'on retrouve chez la plupart des juristes inquiets, d'éviter la révolution et de recouvrer progressivement l'harmonie entre les groupes opposés<sup>2591</sup> :

« Le schéma d'action de la jurisprudence proposé par GénY s'apparente à un processus d'apaisement, dans lequel le juge joue un rôle à la fois nécessaire et effacé : l'état de paix ne peut être établi que par la volonté des individus (manifestée par la coutume) acceptant les propositions de régulation faites par la jurisprudence. En poussant encore l'image de l'apaisement, nous dirons que le processus est celui d'une réduction des conflits de classe – conflits économiques essentiellement-, la lutte s'apaisant dans le consensus et la régulation volontaire des relations sociales<sup>2592</sup> ».

L'association de la jurisprudence – ainsi que la doctrine<sup>2593</sup> – à la coutume révèle un processus de création normatif singulier, doté de forts attraits, qui s'oppose diamétralement au processus légaliste, peu productif, et dont l'insuffisance de résultats est patente<sup>2594</sup>. En premier lieu, la règle en formation – c'est-à-dire, la solution issue de la libre recherche scientifique rendue par le juge – est le fruit de l'observation et de la recherche de *l'équilibre*

---

<sup>2590</sup> SERVERIN E., op. cit., p. 152.

<sup>2591</sup> SERVERIN E., id., p. 149 : « c'est pour mieux permettre ce changement que la jurisprudence ne doit pas être une autorité ; ce n'est pas elle qui produira la stabilité des relations juridiques, mais les particuliers qui vont transformer en coutumes les productions judiciaires ».

<sup>2592</sup> SERVERIN E., id., p. 153.

<sup>2593</sup> Une coutume reposant sur la doctrine est à l'évidence plus rare qu'une coutume fondée sur une jurisprudence, reconnaît GénY, mais elle est possible, notamment, après une loi nouvelle (v. GENY Fr., op. cit., § 150, p. 55).

<sup>2594</sup> Au XIX<sup>e</sup> siècle « le législateur n'est pas encore réputé pour son interventionnisme. A cette époque, le droit civil se résume essentiellement à un code qui, s'il fait certes l'objet d'une jurisprudence abondante, n'a guère changé depuis 1804 et qu'il faut donc interpréter librement si l'on ne veut pas qu'il continue à servir le modèle libéral classique » (JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 143).

social<sup>2595</sup>, elle découle de principes, c'est-à-dire, de la synthèse des multiples éléments constitutifs de la vie sociale. Elle est, par essence, acte de raison, et non, acte de volonté<sup>2596</sup>. En second lieu, l'existence de cette règle est subordonnée au consentement des intéressés lequel se manifeste implicitement par leurs pratiques, alors que la loi régulièrement promulguée oblige indépendamment de toute soumission volontaire des intéressés. La coutume, fondée sur la jurisprudence, apparaît davantage à même d'atteindre son objectif d'équilibre des intérêts et de paix sociale que la loi en raison de son origine et du consentement implicite de ceux auxquels elle s'adresse<sup>2597</sup>. En troisième lieu, si la loi et la règle découverte par la libre recherche scientifique et consacrée par la coutume, ont, chacune d'entre elles, pour finalité *l'équilibre des intérêts*<sup>2598</sup>, les moyens de l'atteindre diffèrent. La loi produit l'équilibre moins par son caractère rationnel que par son caractère contraignant et par la sécurité qu'elle assure. Autrement dit, c'est la connaissance a priori du contenu de la loi et des effets de celle-ci, qui fournit la sécurité juridique et concourt à la stabilité de la société<sup>2599</sup>. L'équilibre des intérêts issu de la libre recherche scientifique émane d'une cause distincte : fruit de l'observation et de la mise en œuvre par le juriste de procédés scientifiques, cet équilibre résulte de la raison et repose moins sur la contrainte que sur l'assentiment a posteriori des intéressés. Elle est une norme voulue, et non, à l'instar de la loi, une norme subie. Enfin, cette règle de raison consacrée par la coutume provient en substance, en dépit de la médiation judiciaire voire doctrinale, presque entièrement du corps social. L'étatisme et le

---

<sup>2595</sup> V. infra.

<sup>2596</sup> Pour GénY, rappelons que la loi, représente « *la volonté d'un organe social déterminé, coulée dans une formule verbale, qui en fixe les contours et en définit le contenu pour l'imposer à tous* » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, § 92, p. 241) ; ou elle vaut « *comme expression de la volonté de certains hommes, fixée en une formule écrite, et s'imposant à tous par la vertu du pouvoir appartenant à ses auteurs* » (GENY Fr., id., § 93, p. 243). V. égal. : FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François GénY », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François GénY, Frydman, coll, pp. 217 et s.

<sup>2597</sup> GENY Fr., op. cit., § 116, p. 346 : « *la coutume supposant, par définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, pareille reconnaissance générale, essentiellement volontaire, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure entre les intérêts qui y sont engagés* ». En ce sens, Pascal avait déjà écrit : « *la coutume fait toute l'équité par cette seule raison qu'elle est reçue. C'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe l'anéantit* », PASCAL, *Pensées*, éd. Brunswigg, p. 294, cité par DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : La mémoire du droit, 2001, p. 42.

<sup>2598</sup> Concernant la loi : « nous constatons, que, partout où lui manquent les directions formelles, le juriste se trouve amené, s'il veut procéder avec quelque assurance, à diriger ses recherches, dans le sens des éléments sociologiques, de tout ordre, animant les situations qui lui sont soumises. Le même résultat apparaîtrait plus évident encore, si nous envisagions d'autres problèmes, qui sortent davantage des cadres traditionnels et mettent plus directement en jeu des intérêts moraux ou économiques, dont nos lois écrites ont très parcimonieusement réglé l'équilibre » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, § 176, p. 180).

<sup>2599</sup> La loi assure « *le maximum de sécurité et de certitude dans l'ordre juridique* » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, § 92, p. 241).

légalisme, s'ils ne sont pas totalement exclus de ce mode de formation de la norme, sont réduits au plus petit dénominateur commun. Si l'on ne peut parler véritablement de pluralisme juridique – car la règle procède de l'une des deux sources formelles et d'un ordre juridique unitaire –, force est de constater, que le projet de Gény, dans ses effets, s'en rapproche fortement.

Cette construction ingénieuse, au plan théorique, a pour mérite d'offrir une solution – certes, peu réalisable en pratique<sup>2600</sup> – à l'une des problématiques embarrassantes à laquelle étaient confrontés les juristes qui désiraient à la fois exploiter les ressources des sciences sociales dans un sens prospectif, sans toutefois concéder à la norme une origine exclusivement sociale. En effet, la plupart des juristes et surtout les civilistes -au contraire d'un Duguit ou d'un Gurvitch – rechignaient à tirer de *l'être* – le fait social dégagé sociologiquement – un devoir être c'est-à-dire, une règle de droit. Gény propose une sorte de solution à vocation œcuménique et aux accents éclectiques<sup>2601</sup>. L'étude de l'emploi du terme d'« équilibre » dans le cadre de l'exposé de la libre recherche scientifique permettra de mettre en lumière la manière dont il entendait tirer une norme du fait social.

**Transition.** La question qui se révèle centrale concerne le procédé grâce auquel des éléments de fait vont constituer, après intermédiation des juristes, une norme. Gény propose la méthode dite de la libre recherche scientifique, qu'il destine au juge, lorsque celui-ci, dans un litige donné, constate qu'aucune autorité (loi ou coutume) ne le lie. Fondée essentiellement sur la découverte scientifique des principes juridiques qu'il s'agit d'induire de l'ensemble des éléments de l'organisation sociale, elle constitue une méthode pour combler les lacunes et les silences des sources formelles. Dans l'exposé que livre Gény, le terme d'« équilibre » prend une place bien particulière. En effet l'équilibre est l'idée sur laquelle tient toute la structure de la libre recherche scientifique : à partir de la connaissance d'un « équilibre social » qu'il s'agit de dégager, le juriste peut mettre en « équilibre les intérêts opposés » et former de véritables principes juridiques.

---

<sup>2600</sup> Soulignons, par exemple, le problème de la communication des jugements aux intéressés, celui de la lenteur de formation d'une coutume, de l'incertitude quant à sa validité (du point de vue temporel, substantiel ou matériel). Le système pêche par l'insécurité juridique qu'il suscite.

<sup>2601</sup> V. HAESAERT J., *Théorie générale du droit*, Bruxelles : Bruylant, 1948, p. 235. Gény est l'exemple achevé du genre éclectique, sa théorie sur les sources est d'une « extrême incohérence » (VILLEY M., *Philosophie du droit*, p. 138. V. égal. VILLEY M., « François Gény et la renaissance du droit naturel », in, *Le centenaire du doyen François Gény*, recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris : Dalloz, 1963, pp. 39-56).

## 2) L'équilibre dans la libre recherche scientifique

Le projet de Gény, source d'un « véritable bouleversement méthodologique<sup>2602</sup> » est mû par une ambition colossale : il s'agit rien de moins que d'élaborer ex nihilo une méthode d'interprétation subsidiaire et objective.

Rappelons le double objet de la méthode. Premièrement, et à court terme, la méthode doit suppléer la méthode classique ; elle constitue un instrument supplémentaire à disposition du juge lorsque l'interprétation de la loi est insuffisante. Dans un second temps, et à long terme, la méthode est destinée à contribuer à la formation d'un corpus normatif :

« Il s'agit de constituer, par un effort scientifique, une sorte de droit commun, général par sa nature, subsidiaire par son office, qui supplée aux lacunes des sources formelles, et dirige tout le mouvement de la vie juridique...Mais, ce qu'il importe, avant tout, c'est de savoir comment constituer ce droit commun positif<sup>2603</sup> ».

Après le « pourquoi » et le « pour quoi » de l'entreprise, il convient pour Gény de s'attaquer à la tâche la plus ardue : le « comment ». Comment le juge va-t-il procéder pour élaborer une règle capable de trancher une question de droit non expressément prévue par la loi ou la coutume et destinée à s'intégrer à un corps de règles ?

**Une méthode « dévoilante ».** Le premier attrait de la méthode, postulé dès sa dénomination, réside dans son caractère libre. La méthode affranchit le juge de règles d'autorités et partant de la logique formelle. Libéré de la nécessité de recourir aux abstractions pour feindre d'appliquer la loi, le juge peut enfin exposer ce qu'il ne pouvait dévoiler : les lacunes de la loi<sup>2604</sup>. Révéler les lacunes ou constater l'inapplicabilité des normes issues des sources formelles est, dans ce système, une nécessité pour le juge car cela conditionne le déclenchement de la méthode de la libre recherche scientifique.

---

<sup>2602</sup>CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la 'libre recherche scientifique' », art. préc., p. 621.

<sup>2603</sup>GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.1, n° 159.

<sup>2604</sup>Alors que dans la méthode classique, on « rentre dans le cercle, qui consiste à affirmer la plénitude d'une œuvre, qu'on sait pertinemment être foncièrement incomplète. Par là même, on méconnaît la liberté, que la loi a voulu conférer au juge » (GENY Fr., op. cit., p. 197). V. BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », art. préc., p. 518.

Gény ne pouvait logiquement et décevantement critiquer la subjectivité du juge, camouflée par l'opacité de la méthode classique, sans faire témoigner lui-même de transparence. Dès lors, pour se distinguer de l'exégèse et pour confier aux juges les clés de sa méthode, il est indispensable qu'il procède au délicat exercice de l'exposition de la « source de droit » (lato sensu) à découvrir par la libre recherche scientifique, ou dit autrement, de l'objet de l'interprétation de la méthode.

A défaut d'être clair en soi<sup>2605</sup>, l'objet est clairement exprimé. « *L'interprétation* » dont il est question a pour objet – les périphrases ne manquent pas – la société, les faits sociaux, les réalités sociales, ou encore la nature des choses. Singulièrement, il ne s'agit pas d'interpréter une volonté à partir d'un texte mais des faits issus de la réalité sociale. Le juge est invité à dégager à partir de la coalescence des faits sociaux, un sens, lequel servira ensuite à l'élaboration d'une règle de droit<sup>2606</sup>. Or, c'est dans la détermination de la signification des éléments positifs que gît précisément la suprême difficulté de l'entreprise. Car le sens ainsi dégagé des faits positifs, malgré son origine positive, est destiné essentiellement à remplir une fonction normative. Dès lors, empruntant à l'utopie solidariste<sup>2607</sup>, Gény tente au travers de l'exposé de la méthode, étape par étape, de montrer comment de la positivité résultant de l'analyse de la société peu s'inférer une norme. Ou, autrement dit, par quels procédés le juge tirera de l'observation de *l'être*, l'affirmation d'un devoir être.

A cette fin, tout au long du chapitre consacré à la libre recherche scientifique, revient discrètement mais systématiquement le terme d'« équilibre ». Que ce soit au moment de l'observation des réalités, de la méthode d'analyse du litige, ou encore à celui de la confection des principes, l'« équilibre » demeure l'invariant de l'exposé de la méthode. Objet de la recherche sociologique, instrument de la méthode judiciaire, fondement des principes

---

<sup>2605</sup> En ce sens, v. BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », art. préc., p. 526.

<sup>2606</sup> Par exemple, en 1919, Gény écrit : « sous la variété des opinions émises, se révèlent toujours la pensée essentielle, de découvrir le droit dans les réalités mêmes de la vie sociale, d'où il surgit, et la nécessité de mettre en œuvre, pour cela, tous les moyens, par lesquels peuvent être dictées ou suggérées des règles, ordonnant la conduite de l'homme dans ses rapports avec ses semblables » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, pp. 284-285, note 4). V. BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », art. préc., p. 528.

<sup>2607</sup> C'est à ce niveau par ailleurs, que la doctrine solidariste va décliner au plan scientifique : « la notion scientifique de solidarité sociale en tant que fondement d'un droit va perdre de plus en plus de crédit – la quasi unanimité des auteurs reconnaissant qu'il est vain de vouloir justifier une valeur, une norme éthique, et donc a fortiori juridique, à partir d'un fait naturel – mais va gagner une incontestable légitimité morale » (NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », RRJ, 1994-3, p. 785).

juridiques, l'équilibre glisse d'un champ épistémique à l'autre et confère implicitement à la méthode sa cohérence.

En premier lieu, nous analyserons ce que Gény désigne par l'«équilibre social». Cette expression correspond, relativement à une problématique juridique dérivant d'un conflit d'intérêts, à un ensemble d'éléments positifs scientifiquement identifiables et dont la synthèse est susceptible de fournir une solution pour apaiser le conflit. Cette synthèse qu'est l'équilibre social s'exprime sous la forme d'un critérium, une mesure objective, une échelle d'intérêts qui va permettre, lors de la mise en équilibre des intérêts en présence de dépasser l'opposition des intérêts. L'«équilibre» dans le cadre de la «mise en équilibre des intérêts» revêt un nouveau statut d'ordre épistémologique. En effet, il est l'instrument de la connaissance de la norme à appliquer à un litige particulier. Enfin, la méthode de la libre recherche scientifique, nous l'avons évoqué, vise in fine, à la production de principes dits *d'équilibre*, dont il est important de relever l'ambivalence. Découverts par la méthode de la libre recherche scientifique, ces principes en fixent également la limite.

Autrement dit et pour nous résumer : puisque le passage de l'équilibre social en principe d'équilibre des intérêts est possible grâce à la méthode de la mise en balance des intérêts, il s'agira d'étudier en premier lieu l'équilibre social (A) ; puis l'équilibre méthodologique (B), et enfin, les principes d'équilibre (C).

a) La source de la norme : l'équilibre social

Quant à l'élaboration du procédé en application duquel le juge pallie les insuffisances de la loi, deux voies s'offraient à Gény. La première l'aurait dirigé vers le pluralisme juridique<sup>2608</sup>. Selon cette conception défendue notamment en Allemagne par Gierke ou Ehrlich, le droit, immanent aux groupes sociaux, provient de différentes sources (formelles, matérielles, organiques) et s'expose sous différentes formes. Le juge a pour office de constater l'existence de règles de droit auxquelles il demeure ipso jure soumis et de les appliquer. Gény, en

---

<sup>2608</sup> Le pluralisme juridique se définit comme « la situation dans laquelle deux ou plusieurs systèmes juridiques coexistent dans le même champ social, ou encore comme le fait pour une conduite donnée dans un champ social *d'être régie par plus qu'un seul ordre juridique* », (ZOLLER E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », Arch. phil. droit, n° 49, 2005, p. 109. Sur la question du pluralisme, v. ce volume dans son ensemble.

élaborant, le concept exclusif de source formelle, renonce à cette option. Le juge ne peut, pour des raisons constitutionnelles, constater l'existence d'une règle générale en dehors de la loi et de la coutume. Dans sa conception, le juge est « chargé *de rechercher et d'énoncer la norme juridique applicable*<sup>2609</sup> » : il tire des faits positifs de la société les éléments essentiels à la constitution d'une règle destinée à s'appliquer au litige auquel il est soumis. En conséquence, les faits sociaux ne sont pas per se normatifs. Avant de trouver une norme, le juge doit découvrir en premier lieu un état positif lequel servira ensuite à la formation du contenu de la règle. Cet état positif se présente sous la forme d'un « état d'équilibre ». A l'occasion de chacune des questions juridiques non traitées par le législateur et posées au juge, il est possible de trouver un embryon d'ordre spontané résultant de la synthèse des conditions de vie, morales, économiques, politiques, juridiques de la société. Cet ordre est ce qu'appelle GénY un « équilibre social » ; expression typique du langage des sociologues (Comte, Quételet, Le Play, Durkheim, etc<sup>2610</sup>.) sur l'auteur.

Avant de savoir comment découvrir cet équilibre (1), li faut savoir ce qu'il est censé être (2).

*i) La nature de l'équilibre social*

**L'équilibre : fait positif de la société.** Au sein de la société se trouvent les éléments bruts qui permettront au juriste de déterminer le règlement d'un litige. Bien que la société soit la source au sens large d'une partie du droit, il apparaît a priori que GénY ne cherche pas véritablement à définir celle-ci. Le statut principiel de la société, s'il semble indubitable, ne fait l'objet d'aucune justification particulière. L'essence de la société, constitutive de la norme dégagée par le juge, est même balayée d'un revers de la main de GénY : il suffit pour son propos, dit-il, d'accepter « *les idées du bon sens et de la raison vulgaire sur l'essence de toute organisation sociale*<sup>2611</sup> ». Bien qu'indéfinie, la société ne manque cependant pas de qualifications aussi variées qu'élégantes, lesquelles, si elles sont destinées vraisemblablement à éviter les répétitions contribuent quelque peu à diluer le caractère fondamental de la société comme

---

<sup>2609</sup> DE PALMARI A., « La norme juridique et la libre recherche scientifique : une analyse critique de l'œuvre de François GénY », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François GénY, mythes et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 244.

<sup>2610</sup> Sur ces auteurs et l'équilibre social, V. PEQUIGNOT B., Pour une critique de la raison anthropologique, Paris : L'Harmattan, 1990, p. 195 et s.

<sup>2611</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, p. 80.

substrat de la règle à formaliser. « Les réalités (...) de la vie sociale<sup>2612</sup> », « les réalités vivantes<sup>2613</sup> », « le monde social<sup>2614</sup> », « le grand fonds social<sup>2615</sup> », « les faits de la vie sociale<sup>2616</sup> » ou encore la « nature des choses » sont autant de manières d'exprimer l'objet de la recherche scientifique. Malgré le voile jusnaturaliste qu'elle arbore, l'expression de « nature des choses » ne désigne guère autre chose que la société telle qu'elle est, et ne se réfère à aucun ordre transcendant a priori. La « nature des choses » constitue, dit-il, la « matière »<sup>2617</sup> à partir de laquelle débiteront les investigations du juriste. Bien qu'« imprécise<sup>2618</sup> » reconnaît-il, elle demeure « féconde<sup>2619</sup> » et « indispensable, dans tout système de droit positif<sup>2620</sup> ». Il apparaît nécessaire d'en « *déterminer l'essence* » et d'en « montrer la productivité effective ». C'est donc par le truchement de la nature des choses, que GénY va définir l'objet à partir duquel se dégageront les règles destinées à compenser l'absence de loi. Se référant à Runde, GénY décrit la « nature des choses » ainsi :

« envisagée comme source (lato sensu) du droit positif, elle [la nature des choses] repose sur ce postulat que les rapports de la vie sociale, ou, plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir<sup>2621</sup> ».

Pour GénY, la société contient nécessairement ses propres conditions d'équilibre, autrement dit, l'équilibre est inhérent aux rapports sociaux et constitue une propriété ontologique de la société. Par ailleurs, GénY, à titre liminaire, fait ici un rapprochement entre l'équilibre – qui demeure un fait positif – et la norme qui doit régir les rapports de la vie sociale.

**Nature positive ou sociologique de l'équilibre.** Définir la société ou l'ensemble des rapports qui la constituent au travers de l'équilibre, rappelle la philosophie aristotélicienne. Plus

---

<sup>2612</sup> GENY Fr., id., p. 83.

<sup>2613</sup> GENY Fr., id., p. 114.

<sup>2614</sup> GENY Fr., id., p. 115.

<sup>2615</sup> GENY Fr., id., p. 144.

<sup>2616</sup> GENY Fr., id., p. 145.

<sup>2617</sup> GENY Fr., id., p. 82.

<sup>2618</sup> GENY Fr., id., p. 88.

<sup>2619</sup> Ibid.

<sup>2620</sup> Ibid.

<sup>2621</sup> Ibid.

qu'une réminiscence, le rapprochement entre Aristote et GénY semble fondé, lorsque ce dernier admet l'existence « *d'un ordre naturel permanent de rapports entre les éléments du monde*<sup>2622</sup> » et plus encore, celle de principes objectifs, universels et immuables de pure justice qui émanent de cet ordre<sup>2623</sup>. Mais force est de constater que l'ontologie à laquelle GénY a recours ne renvoie pas à la métaphysique antique. Certes, il croit en l'existence de principes de droit naturel, mais il reconnaît que leur portée est limitée : d'une part, la mise en œuvre de tels principes apparaît toujours tributaire du sujet qui les emploie et d'autre part, la facilité de leur application est inversement proportionnelle à la difficulté des cas<sup>2624</sup>. Bref, la reconnaissance de l'existence du droit naturel est suivie du constat de son inutilité<sup>2625</sup>.

Il serait donc trompeur de rattacher l'équilibre dont parle GénY à la conception antique de celui-ci, liée à l'ordre, à la proportion et à la Nature. Scientisme de l'époque oblige, l'équilibre dont il est question, ainsi que l'atteste l'expression « *équilibre social*<sup>2626</sup> », renvoie plus vraisemblablement à la conception organiciste de la société<sup>2627</sup> élaborée par le positivisme scientifique du XIXe siècle<sup>2628</sup>. Dès lors, pour trouver les influences de GénY et déterminer la nature de l'équilibre, il faut se tourner vers les sociologues<sup>2629</sup> et en premier lieu, Auguste Comte<sup>2630</sup>, lequel résume B. Frydman :

---

<sup>2622</sup> GENY Fr., id., p. 107

<sup>2623</sup> Ibid.

<sup>2624</sup> GENY Fr., id., p. 100-101 : « *pour moi, je n'hésite pas à penser, que la notion de juste, obtenues par nos facultés rationnelles et morales, est susceptible de degrés infinis, suivant la précision de ce qui nous lui demandons, que, dans sa quintessence, elle se représente à nous avec une pleine certitude objective, et que son énergie va se dégradant, de plus en plus, à mesure que nous en voulons dégager les conséquences plus immédiates pour la pratique, de telle sorte que, dans son application définitive aux faits de la vie, il devienne absolument vrai de dire, qu'elle se trouve débordée de connaissance subjective. (...) Tout cela revient à dire, qu'il y a des principes de justice, supérieurs à la contingence des faits, et que, si les faits précèdent la réalisation des principes, ils n'en sauraient contenir l'essence* ».

<sup>2625</sup> V. RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, p. 18.

<sup>2626</sup> GENY Fr., op. cit., p. 116 ; 132 ; 147.

<sup>2627</sup> Opposée à la vision traditionnelle de la société comme simple agrégat d'individus. V. sur ce point, JAMIN Ch., « François GénY d'un siècle à l'autre », art. préc., p. 11.

<sup>2628</sup> Ibid.

<sup>2629</sup> Parmi les influences de GénY, on cite généralement Fouillé, Tarde et surtout Durkheim (JAMIN Ch., id., p. 12). C'est en effet de Durkheim que GénY découvre la notion de normalité qu'il fixe comme norme d'appréciation pour l'interprète : « *ayant, avant tout, à découvrir une règle générale et abstraite, susceptible d'adaptation aux hypothèses particulières et concrètes de la vie, l'interprète du droit positif doit placer, à la base de son appréciation, la notion de normalité, comme dominant tout jugement d'ensemble. C'est-à-dire, qu'il doit se proposer, comme type, l'hypothèse la plus générale, donnant lieu à la question qui lui est soumise, et qu'il doit envisager, les conditions aussi bien que les effets, de la règle à établir, en dehors de toute rencontre extraordinaire, et suivant les prévisions probables, sauf à tenir compte des particularités de l'espèce, pour les ajuster à la règle elle-même* » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, §169, p. 146).

<sup>2630</sup> FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François GénY », art. préc., n° 8.

« appréhende les problèmes sociaux et leur solution sous la forme d'une dialectique de l'ordre et du progrès. L'étude sociologique doit envisager, d'une part, l'état statique de la société, c'est-à-dire le maintien indispensable d'une « harmonie permanente » entre ses différentes composantes, et, d'autre part, son état dynamique, soit les lois, non moins naturelles et nécessaires, de l'évolution des sociétés humaines, en tant qu'organismes vivants. La tâche délicate de la sociologie, comprise comme une « physique sociale », consiste à assurer une « exacte coordination systématique » entre ces deux états de mouvement et d'inertie, de manière à permettre l'évolution positive de la société, en d'autres termes « le progrès social », dans le respect fondamental de l'ordre et de l'harmonie<sup>2631</sup> ».

M. Frydman a constaté dans l'œuvre de Gény l'existence du même rapport dialectique entre statique<sup>2632</sup> et dynamique<sup>2633</sup>, ordre<sup>2634</sup> et évolution<sup>2635</sup>, conservatisme et progressisme. Un tel rapport contradictoire est en effet illustré par ce passage de *Méthode* dans lequel l'auteur met en garde le juriste exerçant la libre recherche scientifique contre l'état d'équilibre apparent de la société :

« Les éléments positifs de l'organisation sociale, tels qu'ils existent en fait, et se manifestent pour ainsi dire à l'état statique, ne suffiront pas toujours à suggérer les règlements juridiques désirables. Il faudra, parfois, dépasser les résultats acquis, et, sans se contenter des apparences d'un équilibre incertain ou trompeur, scruter, en elle-même, et dans son essence dynamique, la nature individuelle et sociale de l'humanité, pour lui arracher le secret des règles, qui la doivent diriger, sous la sanction sociale<sup>2636</sup> ».

---

<sup>2631</sup> FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François Gény », art. préc., n° 8.

<sup>2632</sup> GENY Fr., op. cit., p. 115 : « nous pouvons accepter ce postulat, que les rapports de la vie (nature des choses hoc sensu) contiennent, en eux-mêmes, les lois qui les doivent régir. Mais, pour dégager ces lois, il ne suffit pas d'analyser ces rapports, dans leurs infinies complications. Il faut trouver les points d'appuis fixes, marquant leur équilibre, et dénotant, par des signes précis, les conditions, auxquelles sera le mieux satisfait l'intérêt social, issu lui-même d'une justice sainement comprise ».

<sup>2633</sup> Les réalités de la vie sociale, dit-il, sont « complexes et mouvantes » (GENY Fr., op. cit., p. 83).

<sup>2634</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, p. 5 : « toute la mission de la jurisprudence [consiste à] maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité »; GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, p. 83 : « placé en face des réalités, complexes et mouvantes, de la vie sociale, le jurisconsulte, en vue d'assurer l'ordre et l'équilibre des intérêts, dont il a la charge, est amené à envisager ces réalités, sous un angle très spécial, et à les soumettre à des procédés artificiels, qui transforment, et parfois déforment, leur nature effective ».

<sup>2635</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, p. 7 : « la jurisprudence est soumise à la loi du progrès ».

<sup>2636</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, p. 136.

**Les éléments constitutifs de l'équilibre social.** Les éléments de la vie sociale « révèlent un état d'équilibre, où surgissent, comme d'elles-mêmes, maintes nécessités juridiques de l'heure présente<sup>2637</sup> ». Ces éléments constituent l'équilibre social.

Etonnamment, le premier des facteurs équilibrants correspond au système juridique de la société<sup>2638</sup>. De par sa simple existence, la législation constitue un « élément de la civilisation » fournissant l'équilibre au sein du mouvement social<sup>2639</sup>. La loi, lato sensu, grâce à son caractère contraignant et à la prévisibilité de ses effets, assure la stabilité que toute société requiert pour réduire l'impact des mouvements et des forces dynamiques parfois nuisibles qu'elle subit. Le système légal s'avère être un, à considérer en tout premier lieu. Dans le cadre de la méthode extra-légale, GénY enjoint donc de revenir en premier lieu à ce « ferme point d'appui<sup>2640</sup> » qu'est la loi. Toutefois, la seule étude de la législation ne permet pas, sauf en cas de suffisance du procédé analogique<sup>2641</sup>, à déterminer l'équilibre social.

---

<sup>2637</sup> Ibid.

<sup>2638</sup> Ainsi que l'observe M. Jamin, GénY est « obsédé par la question de l'harmonie censée gésir au fond d'un droit exprimant cette réalité sociale » (JAMIN Ch., « François GénY d'un siècle à l'autre », art. préc., p. 12) ; v. égal. TANCELIN M., « Pour en finir avec le mythe de la modernité de GénY », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François GénY, mythes et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 379.

<sup>2639</sup> GENY Fr., op. cit., p. 131.

<sup>2640</sup> GENY Fr., id., p. 132.

<sup>2641</sup> A vrai dire, l'étude du droit positif, s'il ne présume pas de l'équilibre social, complexe par nature, peut dans certains cas suffire à l'élaboration de la règle juridique. Bien que marginale, l'analogie constitue la première technique de la libre recherche scientifique. Effectivement, en fonction de la nature du conflit d'intérêts et des éléments juridiques à convoquer, le juge devra fournir plus ou moins d'efforts pour découvrir une solution juridique avec un degré suffisant de précision. Certaines questions juridiques ne nécessiteront pour être résolues qu'une transposition mutatis mutandis d'une règle préexistante. Dans d'autres cas, le juriste ne pourra se contenter d'un tel procédé analogique et devra rechercher l'équilibre social et en tirer une règle à appliquer.

En d'autres termes, suivant le lien qui rattache les éléments positifs qui serviront de matière à la solution juridique aux sources formelles, la méthode variera, en charriant ainsi l'autorité et la puissance des résultats. Au sein de la libre recherche scientifique deux procédés alternatifs sont donc nettement distingués. D'un côté et en premier lieu, l'analogie, qui sera applicable dès lors que la règle à dégager trouvera son fondement dans le terreau d'une règle formelle, de l'autre et subsidiairement, ce qu'on pourrait interpréter comme la méthode principale de la libre recherche scientifique, consistant à rechercher plus profondément l'équilibre social, dans tous les éléments de la société, pour en tirer une règle applicable à l'espèce. Ces techniques appartenant à la libre recherche scientifique se distinguent par leur processus et par la précision de leurs résultats. En raison du caractère relativement exact du raisonnement par analogie, cette technique prioritaire d'interprétation fournira plus certainement et incontestablement des solutions juridiques précises que la *méthode d'équilibre*, (v. GENY Fr., id., p. 132).

A l'instar du juriste « en mode classique », lequel recherche en premier lieu l'existence de règles issues des sources formelles pour solutionner le litige, le juriste « en mode libre recherche scientifique » débute en observant la législation : « si l'analogie ne peut suffire à combler les lacunes des sources formelles, elle doit figurer, du moins, au premier rang des procédés de la libre recherche scientifique, parmi lesquels elle mérite d'être distinguée, tant à raison de son mode d'opérer, que par la sûreté des résultats qu'elle peut fournir » (GENY Fr., id., p. 130). A défaut d'analogie qui représente la voie facile, le juriste devra alors emprunter la voie longue et pentue consistant dans le domaine considéré à partir à la recherche de l'équilibre social pour en dégager une norme. Un tel équilibre semble a priori difficile à découvrir en raison de l'hétérogénéité des

A côté du système légal, d'autres éléments de la civilisation<sup>2642</sup> contribuent également à l'équilibre de la société. Le premier d'entre eux est la religion : « les idées formant le fonds de notre morale religieuse, du point de vue chrétien, représentent un élément capital de notre civilisation<sup>2643</sup> » et ne sauraient rester indifférentes à la mise en œuvre du droit<sup>2644</sup>. Ensuite, Gény compte parmi les causes d'équilibre, l'organisation politique positive, « non seulement dans notre droit public, écrit ou coutumier, mais *plus encore dans nos mœurs politiques*<sup>2645</sup> ». Il s'agit d'une force sociale importante qui se manifeste notamment pour « *briser l'autonomie des vouloirs individuels*<sup>2646</sup> » en dressant à leur encontre la suprématie de l'intérêt général. Au regard de cette suprématie, Gény en conclut qu'il existe, comme nous le verrons, un *principe d'ordre public*.

Intervient en sus, l'organisation économique<sup>2647</sup>, entendue dans son acception positive et non normative. Le libéralisme, indépendant de sa justification, en tant qu'il préside au système économique constitue l'un des facteurs d'équilibre les plus puissants : la propriété privée, la liberté contractuelle et le principe de la succession s'imposent « en dehors même et au-dessus *des textes de loi (...) comme des entités effectives* de notre organisation économique<sup>2648</sup> ». « A ce titre », dit-il, « *le jurisconsulte ne peut s'en désintéresser. Bien plus, il les doit faire fructifier en vue de solutions juridiques nécessaires*<sup>2649</sup> ».

**Le caractère approximatif des résultats de la recherche.** A ce stade, l'examen analytique de la société destiné à mettre à jour son équilibre demeure relativement flou, aussi bien au niveau de la méthode prétendument « scientifique<sup>2650</sup> », que des résultats. Nous verrons ci-après les moyens à la disposition du juriste pour découvrir l'équilibre social. Quant à la

---

éléments qui le composent. Dès lors, il faudra se contenter de résultats relativement approximatifs, à la mesure de la difficulté de la méthode applicable.

<sup>2642</sup> GENY Fr., id., p. 132.

<sup>2643</sup> GENY Fr., id., p. 132-133.

<sup>2644</sup> GENY Fr., id., p. 133.

<sup>2645</sup> Ibid.

<sup>2646</sup> Ibid.

<sup>2647</sup> GENY Fr., id., p. 134.

<sup>2648</sup> Ibid.

<sup>2649</sup> GENY Fr., id., pp. 134-135.

<sup>2650</sup> FRYDMAN B., « L'évolution des normes de scientificité en droit », in, ANDREANI T., DESBROUSSES H. (dir.), *Objet des sciences sociales et normes de scientificité*, Paris : L'harmattan, 1997, p. 108.

qualité des résultats, GénY indique que ces derniers seront nécessairement confus en raison de la complexité de l'objet étudié. Une telle révélation « *n'aura jamais, ni la rigueur de la détermination, ni la force de conviction, qui s'attachent aux sources formelles*<sup>2651</sup> ». Néanmoins, il s'agit d'un procédé de découverte, « *à l'image et un peu au-dessous de l'analogie à proprement dite* », qui tire sa force « de la nature des choses vraiment positive » et qui procure à l'interprète « *des éléments objectifs d'appréciation, capables d'assurer une sérieuse direction à son jugement*<sup>2652</sup> ». Autrement dit, en employant cette méthode, le juriste ne peut escompter obtenir des résultats sûrs et précis. La méthode balise plus ou moins bien la voie mais ne délivre aucune coordonnée. Quant à la forme sous laquelle ces résultats apparaîtront, nous constaterons à l'occasion de l'examen de la *méthode d'équilibre des intérêts*, qu'elle représente moins une prescription qu'un critérium social ou une échelle ordinale d'intérêts.

*ii) La découverte de l'équilibre social*

Objet de recherche de nature positive, l'équilibre social, se découvre scientifiquement. Les sciences d'une part délivreront des connaissances objectives et utiles afin de dégager et d'arrêter *l'équilibre social* et d'autre part, excluront, par leur mise en œuvre, la subjectivité du juriste. Pour découvrir l'équilibre, deux types de connaissances seront employées : les unes de nature scientifiques et théorique, les autres empiriques et pratiques.

**L'emploi des savoirs scientifiques.** Dans la première catégorie, GénY inclut la philosophie « nécessaire pour éclairer toute investigation scientifique, en précisant ses conditions, en déterminant ses moyens, et pour centraliser les données des autres branches, en les ramenant sans cesse au but poursuivi<sup>2653</sup> », la sociologie, qu'elle soit individuelle ou collective, en tant qu'elle permet de révéler « la part de volonté libre dans les choses<sup>2654</sup> » et « les impulsions instinctives ou subconscientes de l'humanité<sup>2655</sup> » ; l'éthique destinée à imposer « des limites infranchissables » commandées par « un ordre supérieur aux intérêts matériels<sup>2656</sup> » ; ce qu'il

---

<sup>2651</sup> GENY Fr., op. cit., p. 136.

<sup>2652</sup> Ibid.

<sup>2653</sup> GENY Fr., id., p. 138.

<sup>2654</sup> Ibid.

<sup>2655</sup> Ibid.

<sup>2656</sup> GENY Fr., id., p. 139.

nomme « le droit public rationnel » permettant de « *déterminer les sacrifices, que l'intérêt de tous, synthétisé dans les droits de l'Etat, peut demander aux droits de chacun* » et « de poser les bases générales de l'harmonie des libertés<sup>2657</sup> » ; enfin, l'économie politique, grâce à laquelle sont posés « *les principes directeurs de l'utilité générale, qui demeure le pivot de parties capitales de notre science*<sup>2658</sup> ». On le voit, les sciences successivement citées laissent entrevoir une vision du monde, somme toute utilitariste, sous la réserve que l'utilité puisse être limitée, a priori, par l'éthique ou le « droit public rationnel ». Quant à la sociologie, elle est trop immature et ne constitue pas selon GénY, une science suffisamment fiable, bien qu'il reconnaisse qu'elle serait, dans le principe, appropriée<sup>2659</sup>.

**L'emploi de savoirs connexes.** A côté de ces disciplines « vraiment scientifiques<sup>2660</sup> », l'équilibre sera éclairé par l'histoire<sup>2661</sup>, les statistiques<sup>2662</sup>, la législation et la jurisprudence comparées, enfin et « par-dessus tout » par « *l'étude détaillée et minutieuse de notre droit contemporain, saisi dans les manifestations de la vie la plus intense*<sup>2663</sup> », c'est-à-dire, la pratique extra-judiciaire, notariale ou privée, les décisions judiciaires des tribunaux, cours d'appels pour ce qui est de l'application du droit établi, et de la Cour de Cassation en ce qui concerne « la sphère du droit pur<sup>2664</sup> ». A ceux-ci s'ajoutent, les pratiques administratives, le rôle de la police etc. Tout cela dit-il « devant être observé et fouillé, avec la préoccupation de *trouver, dans la vie juridique prise sur le fait, les éléments de l'harmonie, que le droit positif a pour mission de réaliser*<sup>2665</sup> ».

b) La méthode de formation de la norme : l'équilibre des intérêts

Nous allons assister au premier glissement de la notion d'« équilibre » : GénY va basculer de la sphère ontologique de la société (« équilibre social ») à la sphère méthodologique du juge (« équilibre des intérêts en présence »).

---

<sup>2657</sup> Ibid.

<sup>2658</sup> Ibid.

<sup>2659</sup> GENY Fr., id., p. 137.

<sup>2660</sup> GENY Fr., id., pp. 138-139.

<sup>2661</sup> GENY Fr., id., p. 137 et 140.

<sup>2662</sup> GENY Fr., id., p. 140.

<sup>2663</sup> GENY Fr., id., p. 141.

<sup>2664</sup> Ibid.

<sup>2665</sup> GENY Fr., id., p. 142.

**Exposé de la méthode d'équilibre des intérêts.** Le contenu de la méthode que le juriste devra appliquer en l'absence de loi applicable, dérive de la fin poursuivie par l'instauration des règles de droit :

« L'objet de celle-ci [l'organisation juridique positive], en effet, n'est pas autre, que de donner la satisfaction, la plus adéquate, aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat, consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable<sup>2666</sup> ».

La balance des intérêts est une méthode d'exposition spécifique du litige. La méthode classique procède à la qualification des faits afin de les placer sous les catégories juridiques idoines avant d'en déterminer le régime applicable. La balance des intérêts agit autrement : elle réduit le litige à un conflit d'intérêts<sup>2667</sup>. Ces intérêts doivent être identifiés avant d'être analysés. In fine, la solution consiste à faire prévaloir les intérêts les plus importants en fonction d'un « critérium social » et de réaliser entre ces intérêts inégaux, un équilibre.

**Logique utilitariste.** Au premier abord, la dénomination d'« équilibre des intérêts » ou plus traditionnellement « la balance des intérêts » renvoie à la philosophie du droit utilitariste<sup>2668</sup>. La filiation de pensée entre Gény et l'utilitarisme est indirecte : un des inspirateurs fondamentaux de Gény est Ihering<sup>2669</sup> dont on connaît les penchants pour l'utilitarisme. Au surplus, Gény partage avec les utilitaristes une vision instrumentale du droit. Le droit, et partant l'interprétation du droit, ont pour objet de résoudre des conflits d'intérêts<sup>2670</sup>. En outre,

---

<sup>2666</sup> GENY Fr., id., p. 167.

<sup>2667</sup> GENY Fr., id., p. 170.

<sup>2668</sup> Cf. le chapitre précédent. V. égal., FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François Gény », art. préc., pp. 213-234, n° 7 ; FRYDMAN B., « L'évolution des normes de scientificité en droit », in, ANDREANI T., DESBROUSSES H. (dir.), *Objet des sciences sociales et normes de scientificité*, Paris : L'harmattan, 1997, p. 108.

<sup>2669</sup> Sur l'influence de Ihering sur Gény, v. BALDUS C., « Les lectures de François Gény : la doctrine française et l'École des Pandectes », in, CACHARD O., LICARI F.-X., LORMANT F., (dir.), *La pensée de François Gény, actes du colloque international des 21 et 22 octobre 2011 de Nancy-Metz*, Paris : Dalloz, 2013, p. 37 et spec. p. 41 et s.

<sup>2670</sup> GENY Fr., op. cit., p. 170 : « notre interprétation scientifique ne saurait mieux faire, dans le silence des sources formelles, que de s'orienter très franchement de ce côté : chercher à résoudre les questions juridiques,

Gény dans un langage analogue à celui de Bentham condamne le caractère excessivement formel du droit – la fiction de la plénitude de la loi, les catégories juridiques – qui détourne les juristes de la réalité. Gény a donc en commun avec Bentham ce souci de toujours s’attacher à la réalité scientifiquement connaissable. Chacun des deux exclut d’une manière ou d’une autre, la métaphysique source de dévoiement et ne reconnaît que les résultats des sciences modernes.

Enfin, la méthode de la libre recherche scientifique en conférant à la notion d’« intérêt » (laquelle désigne pour chacun le plaisir, l’avantage, le bénéfice) une place déterminante et un rôle opératoire, revêt sans équivoque un caractère utilitariste. Dans la libre recherche scientifique, l’« intérêt » constitue l’unité que le juriste doit exclusivement évaluer. Ce qui ne signifie pas de réduire les droits aux intérêts, mais uniquement, à l’occasion de l’exercice de la méthode, de convertir ceux-ci en intérêts. Dans le cadre de la libre recherche scientifique, la protection juridique d’un intérêt ne constitue qu’une information pour évaluer celui-ci. En effet, le système légal – constitutif, parmi d’autres facteurs, de « *l’équilibre social* » – n’est pas capable, hors de son champ d’action borné par les limites formelles de la loi, d’imposer une solution mais uniquement de la suggérer « *par la vertu de la manifestation de l’équilibre, qui en ressort, au sein du mouvement social*<sup>2671</sup> ». Ainsi, un droit subjectif, comme le droit de propriété dont l’importance est essentielle, laisse présumer de la forte valeur des intérêts qu’il protège. Toutefois, l’estimation de la valeur des intérêts dépend, non seulement de la législation, mais également d’autres facteurs de nature morale, politique, sociale et économique<sup>2672</sup>, sans la prise en compte desquels, le rapport entre le droit et l’intérêt ne serait que de nature analogique et la libre recherche scientifique qu’une méthode « par a-légaliste ». La mise en œuvre de la « balance des intérêts » ne se calque pas automatiquement sur la hiérarchie traditionnelle des prérogatives juridiques<sup>2673</sup>. In fine, c’est uniquement sous le prisme des intérêts en présence que le juge doit apprécier le caractère légitime ou non de la situation de fait et, le cas échéant, rétablir leur équilibre. En application de la méthode, il est vraisemblable que la valeur d’intérêt juridiquement protégé par la loi soit supérieure à celle d’un intérêt dénué de protection légale. Néanmoins cela ne représente qu’une éventualité,

---

*qui se ramènent toutes à des conflits d’intérêts, par une exacte appréciation et une judicieuse comparaison des intérêts en présence, en visant à les équilibrer conformément aux fins sociales ».*

<sup>2671</sup> GENY Fr., op. cit., p. 131 : « un pas de plus ; et l’ensemble du système légal n’apparaîtra, pour l’interprétation, que comme un élément de notre civilisation, s’imposant par son existence même, et capable seulement de suggérer des solutions juridiques, par la vertu de la manifestation de l’équilibre, qui en ressort, au sein du mouvement social ».

<sup>2672</sup> GENY Fr., id., p. 173.

<sup>2673</sup> V. OST Fr., « Droit et intérêt », art. préc., p. 175.

forte probable, parmi d'autres. Aussi consistant que puisse être le droit subjectif au sein de l'ensemble des prérogatives juridiques individuelles, il ne fournit qu'un indice significatif de la valeur de l'intérêt dont il est la manifestation juridique, sans emporter nécessairement une prééminence de celui-ci sur l'intérêt auquel il est confronté. En effet, chaque droit selon Gény – suivant ici Ihering – a pour objet de protéger un ou plusieurs intérêts particuliers. Si un individu exerce son droit en poursuivant une autre fin, causant, par ailleurs un préjudice à autrui, le juge devra déterminer, en procédant à la « mise en balance de considérations morales, politiques, sociales, ou économiques, qui se trouvent engagées dans le conflit des intérêts en présence » si l'intérêt contrarié ne doit pas être préféré à l'intérêt protégé. Le cas échéant – et en raison du silence de la loi<sup>2674</sup> – le juge a le pouvoir d'engager la responsabilité de l'auteur qui excède le légitime exercice de son droit. C'est à partir d'une comparaison des intérêts en présence que Gény conçoit la théorie de l'abus de droit<sup>2675</sup>. Conséquentialiste, Gény ne fonde pas la théorie de l'abus de droit sur l'intention de nuire, c'est-à-dire une faute a priori<sup>2676</sup>, mais sur l'existence a posteriori d'un déséquilibre des intérêts en présence<sup>2677</sup>. Revenons quelque peu sur cette théorie afin de montrer le caractère approprié de l'analyse de Gény.

**Illustration du caractère utilitariste de la méthode : la théorie de l'abus de droit.** L'abus de droit est une théorie doctrinale destinée à justifier les limitations judiciaires de l'exercice d'un droit. Par cette théorie, le juge est en mesure de condamner tout individu à réparer les conséquences de l'exercice de son droit lorsque celles-ci sont constitutives d'un préjudice pour autrui. Pourtant, comme le note M. Ost, l'abus de droit est « une théorie

---

<sup>2674</sup> Gény constate que « sur cette question capitale de l'abus de droit (...) notre législation écrite garde un silence presque complet » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, §173, p. 173).

<sup>2675</sup> GENY Fr., id., p. 173 : « on sent, toutefois, que la grosse difficulté de cette théorie, peu contestable en soi, consiste à caractériser nettement l'abus de droit, qui, excédant son légitime exercice, donne seul naissance à la responsabilité dont il s'agit (...) Je suis, quant à moi, plutôt porté à croire, que l'on ne découvrira la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient ». Sur la question, v. OST F., « Droit et intérêt », art. préc., p. 139, pour l'auteur, Gény a ouvert la voie à l'idée que l'abus de droit sanctionne moins une faute qu'un déséquilibre des intérêts.

<sup>2676</sup> Classiquement, la majorité de la doctrine fonde l'abus de droit sur la faute aquilienne (v. les références citées par CARON Ch., in, *Abus de droit et droit d'auteur*, avt-propos FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 140, note 9). Pour Josserand, l'abus est constitué en raison d'un détournement de la finalité sociale du droit. Enfin, un dernier fondement fut proposé par Dabin, consistant à sanctionner l'abus en raison de la violation d'un devoir moral de solidarité sociale (v. OST Fr., « Droit et intérêt », art. préc., pp. 141-142).

<sup>2677</sup> En ce sens, v. FRYDMAN B., « L'évolution des normes de scientificité en droit », art. préc., p. 108 ; BERG O., *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages*, préf. VINEY G., avt-propos FRANK R., Bruxelles, Paris : Bruylant, LGDJ, 2006, n° 543.

paradoxe<sup>2678</sup> ». En effet, la singularité, voire l'incongruité de la théorie émane de son incohérence au regard des principes logiques sur lesquels repose le raisonnement juridique traditionnel. Le point a été soulevé de manière on-ne-peut-plus épurée par Planiol : « un seul et même acte ne peut pas être à la fois conforme au droit et contraire au droit<sup>2679</sup> ». En soulignant ce paradoxe, Planiol « ruine la théorie<sup>2680</sup> » de l'abus de droit. L'argument est absolument dirimant car Planiol ne fait que de mettre en évidence une violation flagrante du principe de non-contradiction<sup>2681</sup>. Toutefois, c'est le propre de ce type d'instrument de ne pas rentrer dans les canons logiques du raisonnement juridique étant donné qu'il sert justement à pallier ses manquements.

Comme il est apparu pour les juges et la doctrine que *l'abus de droit*, telle d'ailleurs l'équité en son temps, était utile puisqu'elle remédiait à certaines iniquités, il a bien fallu réaliser des efforts pour justifier la théorie. A cette fin, on a fait appel à la morale<sup>2682</sup>, à la fonction sociale des droits ou encore au devoir de solidarité. En vue d'intégrer cet instrument dans le cadre de la technique juridique classique et conserver un semblant de cohérence, la doctrine suivie par la jurisprudence, a fondé *l'abus de droit* sur la faute aquilienne<sup>2683</sup>. L'exercice d'un droit est condamnable dès lors que sont réunies les conditions de la responsabilité délictuelle : une faute caractérisée en général par l'intention de nuire, un dommage et un lien de causalité. Pour expliquer de manière plus générale cette théorie,

Le système de Gény reposant sur la distinction méthodologique entre d'un côté, l'interprétation classique et de l'autre, la libre recherche scientifique tournée exclusivement vers *l'intérêt*, permettait d'expliquer plus simplement la théorie de l'abus de droit. Ce qui justifie le recours à la théorie de l'abus de droit pour Gény est, formellement, le silence de la loi, puis substantiellement, le déséquilibre des intérêts. Autrement dit, lorsque le juge constate un usage a priori abusif d'un droit, il se doit de consulter la loi. Celle-ci étant silencieuse sur la question de l'exercice abusif, le juge met en œuvre la libre recherche scientifique. Dans ce

---

<sup>2678</sup> V. OST Fr., « Droit et intérêt », art. préc., section : « L'abus de droit. Une théorie paradoxale explicable par l'intérêt »

<sup>2679</sup> PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris : LGDJ, 1900, n° 871.

<sup>2680</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 161.

<sup>2681</sup> A cela Jossierand avait répondu, par le truchement de la distinction droit objectif/droit subjectif, que l'on peut être à la fois dans son droit (subjectif) tout en étant hors du droit (objectif). Cela ne convainc guère si l'on comprend le droit objectif comme genre et le droit subjectif comme espèce, car il serait contradictoire qu'un même élément appartienne à l'ensemble sans appartenir au sous-ensemble.

<sup>2682</sup> V. RIPERT G., *op. cit.*, p. 167.

<sup>2683</sup> V. OST Fr., « Droit et intérêt », art. préc., p. 143. Ce fondement présentait « *l'avantage de ramener les juristes sur un terrain connu et donc d'enserrer la thèse de l'abus de droit dans un ensemble de limites et de critères bien éprouvés* » (RIPERT G., *op. cit.*, p. 162).

cadre, il examine où se situe l'équilibre des intérêts afin de trouver une solution au litige. Si GénY n'y consacre que deux paragraphes, il apparaît aujourd'hui que son analyse portée exclusivement sur la comparaison des intérêts en présence semble, en définitive, la plus satisfaisante<sup>2684</sup>.

**Eloignement avec l'utilitarisme.** L'utilitarisme constitue une inspiration certaine de GénY. On le constate lorsqu'il rejette les méthodes de la dogmatique pour leur caractère aprioristique et abstrait et préconise corrélativement un raisonnement de type conséquentialiste. Néanmoins, GénY s'écarte de l'utilitarisme traditionnel à plusieurs égards. D'abord, « *l'eudémonisme général*<sup>2685</sup> » selon lui n'équivaut pas à la satisfaction de l'ensemble des intérêts individuels<sup>2686</sup>. En ce sens, il succède à Ihering et sera à son tour suivi par Cardozo et Pound lesquels écartent l'individualisme méthodologique et le nominalisme de Bentham. Ensuite, l'équilibre des intérêts, ne s'avère ni une fin en soi, ni la condition du bonheur du plus grand monde ; elle constitue la « condition nécessaire pour réaliser la fin sociale de *l'humanité*<sup>2687</sup> » aussi mystérieuse soit-elle. Enfin GénY propose une méthode d'évaluation des intérêts singulière et distincte de l'individualisme méthodologique qui caractérise la méthode de l'utilitarisme classique.

**Le processus d'évaluation des intérêts.** Comment connaître la valeur d'un intérêt, et partant, l'équilibre entre intérêts opposés ? La question à ce stade concerne la détermination du « poids » à attribuer aux intérêts qu'il s'agit d'équilibrer. Dans une optique pragmatique, GénY s'en remet aux sciences chargées de découvrir l'équilibre social. Le juriste, quant à lui, doit dégager plus précisément ce qu'il désigne par le « critérium social<sup>2688</sup> ». Critère formel sans contenu propre, le critérium social ne préfigure en soi, aucune échelle de valeur des

---

<sup>2684</sup> Pour M. Ost, l'abus de droit condamne en définitive, quel que soit le fondement adopté, le déséquilibre des intérêts (OST Fr., « Droit et intérêt », art. préc., p. 144 et s.)

<sup>2685</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, p. 115.

<sup>2686</sup> V. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, § 194, p. 283. V. aussi : FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François GénY », art. préc., n° 7, note 49. GénY écrit dans une lettre adressée à Saleilles à propos du critère décisif permettant d'établir la balance des intérêts particuliers : « *quoiqu'on en puisse dire, [il] ne peut venir que de très haut. Et, pour ma part, en définitive, je ne puis le trouver ailleurs que dans la fin totale de l'humanité. Ce qui nous ramène bon gré mal gré, à un postulat métaphysique, sans lequel, toute science sociale reste vouée au pur empirisme* » (GENY F., Lettre du 27 septembre 1896, cité par JAMIN Ch., « François GénY d'un siècle à l'autre », art. préc., p. 18).

<sup>2687</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.2, §173, p. 167 ; v. FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François GénY », art. préc., n° 9.

<sup>2688</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.2, §173, p. 167.

intérêts prédéterminée. Il appartient au juge dans l'exercice de la libre recherche scientifique de fixer celui-ci au regard des éléments économiques, moraux, juridiques, politiques, de la société qu'il aura analysé. Autrement dit, ce critérium social d'évaluation des intérêts est déterminé par *l'équilibre social* préalablement découvert. Ce critérium constitue l'étalon de mesure des intérêts. Par le truchement du critérium, l'«équilibre social» accède à la normativité. Le jugement résultant de cette méthode, loin d'être subjectif, se veut conforme au modèle fourni par l'équilibre social, et, in fine, aux valeurs sociales<sup>2689</sup>. Nous sommes donc ici très loin du calcul exclusiviste des plaisirs et des peines indifférent à la culture et aux valeurs (toujours suspectes de charrier des préjugés).

c) Les résultats : les principes d'équilibre

Deuxième et dernier glissement : Gény passe de la méthode d'équilibre des intérêts en présence aux résultats de celle-ci, à savoir, la formation de principes qui ont en commun d'être gouvernés par l'équilibre.

**Le terrain d'expérimentation : le contrat.** Comme annoncé, la méthode vise à réunir les conditions de production objective de normes juridiques afin de combler le déficit normatif sans recourir aux techniques fallacieuses de la méthode classique. Pour « vendre » sa méthode, Gény spéculé sur quelques résultats hypothétiques. Paradoxalement, la question brûlante de la responsabilité civile de l'employeur est à peine traitée. Gény l'évoque modestement en réitérant sa critique contre l'interprétation extensive de la loi qu'il adresse en l'occurrence aux tenants de la « théorie nouvelle<sup>2690</sup> ». La solution à ce problème, indique

---

<sup>2689</sup> EWALD F., *L'Etat providence*, Paris : Grasset, 1986, p. 472 : « juger en termes d'équilibre, c'est juger de la valeur sociale d'une conduite ou d'une pratique dans son rapport à la normalité sociale, en fonction des coutumes et des habitudes qui sont à un certain moment celles d'un groupe donné. C'est donc juger relativement : le même acte pouvait être sanctionné à un endroit, sans l'être à un autre. Ce qui fournit le principe de la sanction, ce n'est pas la qualité intrinsèque de l'acte, mais son rapport aux autres : c'est l'anormal, l'abus, l'excès – ce qui outrepassé une certaine limite, un certain seuil qui, eux-mêmes ne sont pas naturels mais sociaux, donc variables selon les temps et les lieux ». V. égal. FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François Gény », art. préc., p. 225.

<sup>2690</sup> A propos des efforts de Josserand et de Saleilles pour étendre le champ de la responsabilité de l'employeur – que ce soit sur le fondement de la responsabilité contractuelle, de la présomption de faute, ou encore de la théorie du risque – Gény écrit : « est-ce à dire, que je veuille m'élever contre la pensée, pleine de raison et d'équité, qui a inspiré cette théorie nouvelle ? – Loin de là. Je m'y associe tout à fait. Et, j'entends seulement faire apercevoir, ici, les défauts et lacunes de certains procédés, à l'aide desquels on l'a voulu soutenir. Je dirai donc, qu'à mon sentiment, le système se présenterait comme plus facile à défendre, au point de vue d'une saine méthode, aussi bien que plus souple en ses conclusions, si l'on déclarait franchement, que le Code civil, n'ayant prévu, dans les

laconiquement Gény, sera découverte en procédant à « *l'auscultation* attentive du sentiment moral, qui domine notre conception actuelle des rapports entre les hommes », et résolue grâce à « *l'examen des conditions sociales et économiques, qui permettant d'évaluer les intérêts en présence, d'après l'état de notre civilisation contemporaine*<sup>2691</sup> ». La déception passée, il faut convenir avec M. Chazal que « *ce n'est pas avec la responsabilité civile (...) qu'il éprouve sa nouvelle méthode, mais bien avec le contrat*<sup>2692</sup> ».

**Le juge et les principes juridiques.** Ainsi qu'il a été vu, le juge exerçant la méthode est libre dans la recherche des lois de fonctionnement de la société, c'est-à-dire, les principes juridiques. Si le juge a un rôle dans leur découverte et leur formulation, il est étranger à leur contenu. Dans le cadre de la libre recherche, le juge analyse, observe, constate, mais ne construit pas ex nihilo le principe, lequel finalement, s'impose à lui. Cela signifie que le principe juridique à l'instar de la loi quoiqu'à un niveau et avec une force distincts, lie le juge et constitue une limite à sa liberté. La difficulté ici réside dans le fait que le juge est censé découvrir ce qui va s'imposer à lui. Il importe donc à Gény d'exposer les conditions de fonctionnement de la méthode et plus spécifiquement comment vont se coordonner la liberté du juge lors de la libre recherche scientifique et les résultats contraignants auxquels aboutit cette méthode, à savoir, les principes.

En droit privé, Gény considère que la liberté contractuelle ou le *principe de l'autonomie de la volonté* – dont il serait le premier à exprimer sous cette forme<sup>2693</sup> – constitue un principe, une condition d'« équilibre » de la société<sup>2694</sup> bien plus déterminant pour l'avenir que celui de la responsabilité sans faute, ou plus généralement de la responsabilité civile. Liberté contractuelle et libre recherche scientifique partagent donc cette vertu de pouvoir résoudre par

---

art. 1382 et sq., que la responsabilité des fautes, *ces textes n'ont rien à faire en présence d'une pure question de risques* » (GENY Fr., op. cit., § 174, p. 175).

<sup>2691</sup> GENY Fr., id., §174, p. 176.

<sup>2692</sup> CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la ' libre recherche scientifique ' », art. préc., p. 621 et s.

<sup>2693</sup> CHAZAL, id., p. 621 et s. : « l' une des thèses les plus accréditées fait de François Gény le premier utilisateur, sinon le concepteur, de cette formule en droit civil interne ». Sur l'origine de la notion en droit, v. ROUHETTE G., « Rapport français », in, *Le contrat aujourd'hui – comparaisons franco-anglaises*, Paris : LGDJ, 1987, p. 38 et s. Sur l'influence kantienne de cette idée, v. MALAURIE P., « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », JCP éd. G, 2001, I, 283, n° 11 ; ROUHETTE G., « Rapport français », art. préc., p. 39 ; GOUNOT E., th. préc., p. 53 et s. ; HALPERIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, p. 142 et s.

<sup>2694</sup> Le principe de l'autonomie des volontés individuelles constitue, en outre, « l'expression d'une condition d'équilibre, reconnue nécessaire, de toute notre organisation sociale » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t.2, §171, p. 151).

des moyens distincts des problèmes sociaux inédits. La liberté du juge fait ici écho à la liberté contractuelle<sup>2695</sup>.

i) *La nature des principes*

**Nature des principes.** Un principe, constitue selon Gény, la synthèse objective d'éléments positifs, découverts par la science à partir de l'examen de la nature des choses et s'oppose au concept juridique, par nature abstrait et subjectif. Les premiers sont des normes, les seconds des instruments de réalisabilité formelle du droit.

**Portée des principes.** Le juge doit tirer du principe toutes les fois que cela est possible et souhaitable les solutions qui s'en dégagent. De fait, l'application du principe de l'autonomie de la volonté conduit en conséquence à *l'extension* du champ de l'autonomie de la volonté<sup>2696</sup>. Là où la loi est silencieuse, ce principe impose au juge de laisser les parties organiser leurs propres conventions. Ce principe répond à des motifs d'utilité : les volontés autonomes soulignent Gény, sont « mieux capables, que tout organisme autoritaire, d'ordonner les intérêts, qu'elles défendent, en vue du bien commun<sup>2697</sup> ».

Cela signifie par exemple le juge selon Gény devrait être amené à valider le contrat formé malgré l'indétermination du prix ou l'absence d'une parfaite rencontre des volontés<sup>2698</sup>. Le juge pourrait tout autant autoriser la création de droits réels sui generis, des patrimoines d'affectations, ou encore devrait admettre les démembrements conventionnels de la propriété

---

<sup>2695</sup> V. CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la ' libre recherche scientifique ' », art. préc., p. 621 et s.

<sup>2696</sup> « quand il s'agit de mettre en œuvre le principe dans son entier, et d'en développer tout le contenu, pour lui faire pénétrer, jusqu'à la moelle, notre vie pratique, en le conciliant seulement avec le besoin de certitude, essentiel à celle-ci, notre interprétation sait-elle toujours comprendre et manier, avec une latitude et une souplesse suffisantes, les éléments psychologiques et sociaux, qui devraient animer la formule de l'autonomie et en faire rayonner l'action ? Ne peut-on pas pressentir que, sous l'influence d'une recherche plus libre, cette formule serait capable, à l'heure actuelle, d'une nouvelle et plus pleine fécondité ? » (GENY Fr., op. cit., n° 171, p. 152).

<sup>2697</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, n° 174, p. 177.

<sup>2698</sup> « l'analyse de la formation du contrat, toute dominée qu'elle soit par la notion psychologique du consentement, doit traiter, en quelque sorte, cette notion, à travers le prisme de la vie sociale ; en d'autres termes, qu'il ne s'agit pas tant, pour le juriste de savoir, à quelles conditions précises il y a rencontre des volontés métaphysiquement incontestable, que, plutôt dans quelles circonstances générales le rapprochement des vouloirs paraît suffisant pour mériter leur consécration. » (GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, n° 174, p. 177). Bentham, également, réduisait l'importance de l'échange de volonté pour justifier le caractère obligatoire de la convention : « ce n'est pas l'engagement qui constitue l'obligation par lui-même ; car il y a des engagements nuls, il y en a d'illégitimes. Pourquoi ? parce qu'on les considère comme nuisibles. C'est donc l'utilité du contrat qui en fait la force » (BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, t.1, p. 25).

en dehors des cas légalement prévus. De manière générale précise GénY, le principe de l'autonomie de la volonté ne devrait être engoncé dans des catégories réelles héritées du droit romain qui en limiteraient le plein essor<sup>2699</sup>.

i) *La fonction des principes*

**La fonction délimitatrice à l'égard du juge.** Le principe, tel que celui de l'autonomie de la volonté, produit nécessairement des effets sur la méthode de la libre recherche scientifique. Le juge ne peut pas tout faire et doit, en dernière analyse, respecter les principes juridiques. Les conventions particulières ne sauraient donc être modifiées par le juge. La liberté contractuelle, outre qu'elle offre aux parties la faculté d'organiser elles-mêmes leur relation et laisse présumer un certain équilibre des intérêts, constitue un élément essentiel de la société contre lequel le juge, même affranchi de la loi, ne saurait s'opposer. Les principes que le juge découvre sont autant de limites à sa liberté. Partant, le droit positif, élément constitutif essentiel de ces principes restreint la liberté du juge.

**La fonction conciliatrice des principes.** La libre recherche scientifique, si elle tend à libérer plus complètement les volontés individuelles des entraves de la dogmatique et du conceptualisme, a corrélativement pour effet d'en borner les prétentions lorsque celles-ci risquent de porter atteinte à l'intérêt général : « la satisfaction et l'équilibre des intérêts en présence exigent, ici, une norme coactive, qui écarte les fantaisies divergentes<sup>2700</sup> ». Cette limitation n'est pas le résultat d'une décision autoritaire mais celui d'une confrontation du principe de l'autonomie de la volonté individuelle avec celui, supérieur, de l'ordre public. En d'autres termes, un second principe, *l'ordre public*, s'impose au juge comme aux individus. Bien que le caractère d'ordre public soit consubstantiel à la norme, GénY remarque qu'il est rarement explicitement mentionné. Que cette norme soit d'origine légale ou coutumière, il appartient ordinairement au juge de déduire son caractère impérieux en fonction de la nature, du contenu et de la finalité de la règle. « Cela signifie clairement » déduit M. Chazal « qu'il peut exister en droit positif des règles de droit auxquelles les contractants ne peuvent

---

<sup>2699</sup> GENY Fr., op. cit., § 171, p. 153 : « ne restons-nous pas trop souvent fidèles au souvenir, et dociles aux conséquences, des catégories romaines, qui dominent encore, il faut bien le dire, l'ensemble de notre législation écrite, en ces matières ? ».

<sup>2700</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, n° 175, p. 177.

déroger, alors même qu'elles ne sont pas coulées dans un texte de loi<sup>2701</sup> ». Cela rentre dans l'office du juge exerçant la libre recherche scientifique de découvrir en scrutant la société, si une norme donnée au service de l'intérêt général, quelle qu'en soit la source, présente un caractère suffisamment important pour empêcher toute volonté particulière d'y déroger<sup>2702</sup>. Pour M. Chazal, la vision de GénY de l'ordre public est originale elle amène « à rejeter la division bipartite entre les lois impératives et les lois supplétives, exagérément simpliste pour accueillir cet ordre public variable et souple<sup>2703</sup> ». GénY préfère une formulation en trois principes qui, loin de s'opposer, « se combinent et s'enchevêtrent dans l'application<sup>2704</sup> ».

En effet, le principe d'ordre public n'est pas le seul à pouvoir se poser en limite à l'autonomie de la volonté. En droit privé patrimonial, il existe entre ces deux principes un dernier dénommé le *principe d'équilibre des intérêts en présence*<sup>2705</sup> qui entrera en jeu lorsque le principe d'autonomie de la volonté et celui de l'ordre public demeurent relativement étranger au litige. Ainsi, s'agissant de s'interroger sur la validité de l'engagement juridique unilatéral<sup>2706</sup>, GénY prescrit de s'en remettre à la libre recherche scientifique avant de donner faveur restrictivement mais utilement au principe de *l'autonomie individuelle*<sup>2707</sup>. Autrement dit, c'est en application d'un principe plus général, pour ainsi dire premier, capable d'intégrer et de concilier les nombreuses considérations en jeu que cette question trouvera ses éléments de réponse :

« Finalement, donc, ce problème, du rôle et des limites à assigner à l'autonomie de la volonté, dans la création des droits individuels, se montre dominé par un principe général de solution, qui, aussi bien se manifeste, d'une façon constante, pour toutes les questions juridiques, que leur nature fait échapper à l'action directe des volontés privées, ou que celles-ci ont effectivement abandonnées à une réglementation indépendante. Ce principe, qu'on peut

---

<sup>2701</sup> CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la ' libre recherche scientifique '«, art. préc., p. 621 et s.

<sup>2702</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, n° 175, p. 179 et p. 180 : « et comment mener à bien ces investigations nécessaires, si ce n'est en interrogeant notre nature morale, en scrutant les principes de l'organisation politique qui nous régit, en pénétrant les exigences de l'ordre économique qui nous enveloppe, pour reconnaître les règles supérieures, formant, pour ainsi dire, les conditions vitales de la société, à l'heure actuelle, et qui, comme telles, doivent dominer les volontés particulières ».

<sup>2703</sup> CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la ' libre recherche scientifique '«, art. préc., p. 621 et s.

<sup>2704</sup> GENY Fr., op. cit., n° 170, p. 150 : « 1° principe de l'autonomie de la volonté ; 2° principe de l'ordre public ou de l'intérêt supérieur ; 3° principe de l'équilibre des intérêts privés en balance ».

<sup>2705</sup> GENY Fr., op. cit., §173, p. 167

<sup>2706</sup> GENY Fr., id., § 172 bis, p. 160 et s.

<sup>2707</sup> GENY Fr., id., § 172, p. 166 : « *qu'à défaut de toute reconnaissance comme de toutes prohibition légales, notre libre investigation doit s'exercer dans le sens de la recherche et de l'appréciation, – sur données scientifiques, éclairées, dans la mesure possible, par la statistique et par tous autres moyens de l'expérience sociale, – des considérations d'ordre moral, politique, économique, qui, dans notre civilisation française actuelle, recommandent, pour des cas et dans des conditions que la techniques juridique n'aurait plus qu'à préciser, cette utile consécration positive de l'autonomie de la volonté dans les rapports privés* ».

appeler principe de *l'équilibre* des intérêts en présence, doit guider le jurisconsulte interprète du droit, aussi bien qu'il guide le législateur ou les organes de la coutume, toutes les fois qu'à défaut d'un règlement privé, légitime et suffisant, il s'agit de statuer, d'autorité, les règles de conduite, constituant l'organisation juridique positive<sup>2708</sup> ».

L'application du principe *d'équilibre des intérêts* issu de la méthode du même nom, permet de réguler les principes de l'autonomie de la volonté et de l'ordre public. Si la France, doctrine et juges, accueillera timidement la méthode préconisée par Gény, tel n'est point le cas des Etats-Unis. Le principe d'équilibre des intérêts – traduit par « balance of interests<sup>2709</sup> » fut, comme nous l'avons vu, le principe général dans la méthode de Frank Cardozo.

## Conclusion de la section trois

Le discours de l'équilibre tenu par les juristes français vise globalement à réduire le subjectivisme et l'absolutisme. L'œuvre de Gény va au-delà en tentant de produire une méthode d'interprétation reposant sur l'équilibre des intérêts en présence.

## Conclusion du chapitre deux

Le discours doctrinal de l'équilibre au XIXe siècle relie la France, les Etats-Unis et l'Allemagne. Dans chacun de ses pays, des juristes se sont dressés contre les méthodes régnautes caractérisées par un formalisme prégnant. Le discours de l'équilibre vise attirer l'attention sur les intérêts en présence et à écarter les concepts, la logique et l'esprit de système. L'influence de Bentham ne fait aucun doute en Allemagne et aux Etats-Unis. En France, cette filiation est plus difficile à établir même si la méthode de Gény est relativement proche de la logique de l'utilité développée par Bentham.

La question désormais concerne la réception du discours de l'équilibre par ses destinataires, à savoir les juges.

---

<sup>2708</sup> GENY Fr., id., § 173, p. 167.

<sup>2709</sup> Du moins dans l'édition de 1954 de l'éditeur West Publishing.





N° attribué par la  
bibliothèque

\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|\_|  
\_|

## THÈSE

**Pour obtenir le grade de Docteur en Droit**  
Présentée et soutenue publiquement par

**Antoine STATHOULIAS**

Le 23 novembre 2015

### DE L'ÉQUILIBRE

*Contribution à l'étude du droit d'auteur*

Tome 2

### JURY

**Directeur de thèse :**

**Madame Édith BLARY-CLÉMENT**, Professeur à l'Université de Lille 2

**Membres du jury:**

**Madame Mireille BUYDENS**, Professeur à l'Université catholique de Louvain (Rapporteur) ;

**Monsieur Louis de CARBONNIERES**, Professeur à l'Université de Lille 2 ;

**Monsieur André LUCAS**, Professeur à l'Université de Nantes ;

**Monsieur Fabrice SIIRIAINEN**, Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis  
(Rapporteur).

## Chapitre 3 : Les fruits du discours : La balance des intérêts et la proportionnalité

« Le rôle de la doctrine est d'être un précieux adjuvant de la justice. Les théories juridiques (...) ne s'imposent pas parce qu'elles sont vraies ou qu'elles permettent, comme en science, de mieux prévoir des phénomènes inconnus, mais parce qu'elles fournissent des justifications permettant de restreindre ou d'étendre la portée des règles de droit d'une façon acceptable par les Cours et Tribunaux. C'est dans la mesure où elles fournissent les raisons d'une solution acceptable qu'elles seront reprises par la jurisprudence. Elles s'efforcent, par leur argumentation de convaincre les législateurs, les juges et l'opinion publique de ce que, sur ces deux points, le caractère acceptable des solutions et la valeur des justifications, elles sont préférables aux conceptions concurrentes.

C'est la dialectique du législatif et du judiciaire, de la doctrine et de l'autorité, du pouvoir et de l'opinion publique, qui fait la vie du droit et lui permet de concilier la stabilité et le changement<sup>2710</sup> ».

Ch. Perelman.

Ce dernier chapitre vise à mettre en lumière le passage du discours doctrinal de l'équilibre moderne en instrument d'adjudication employé par le juge lorsque les normes posées sont insuffisantes et le syllogisme, inefficace, pour résoudre un litige. Au travers de la « balance des intérêts » ou du « contrôle de proportionnalité », les juges se saisissent des propositions de la doctrine et mettent en œuvre la logique de l'utilité ce qui a pour effet une meilleure prise en

---

<sup>2710</sup> PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », Arch. phil. droit, 1972, n° 17, p. 37.

compte des intérêts en jeu. Corrélativement, ces instruments, à l'instar de l'instrument de l'équité, traduisent un renforcement du pouvoir des juges, parfois, au détriment de la loi.

**Annonce de plan.** A l'issue de la présentation du processus de formation des instruments de la « balance des intérêts » et de la « proportionnalité (section 1), nous examinerons les fonctions de ces instruments (section 2) puis leurs effets critiques (section 2).

## Section 1 : La formation de la balance des intérêts et de la proportionnalité

Il s'agira dans un premier temps de constater en Allemagne et aux Etats-Unis l'introduction des instruments de conciliation des antinomies (A) avant d'examiner leur diffusion dans les autres ordres juridiques et notamment français (B).

### I) Introduction des instruments

Les instruments judiciaires de type *abwägung* et *balancing test* sont les résultats de la pénétration des thèses doctrinales en droit. Le cas de l'Allemagne (A), quelque peu plus complexe, sera étudié avant le cas américain (B).

En effet, l'Allemagne se pare de deux types d'instruments aux fonctions relativement similaires : l'*Interessenabwägung* et la technique de proportionnalité. Si le premier résulte directement de la doctrine anti-formaliste allemande de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le second semble a priori indépendant de cette doctrine (ce qu'il conviendra de prouver). Néanmoins, il convient dans ce chapitre d'examiner également la naissance de la technique de proportionnalité en raison de l'importance que la technique prendra par la suite et en raison de son identification à la technique de « balance des intérêts ». Parce que la technique de la proportionnalité mise en œuvre par les juges s'exprimera plus tard, notamment par la formule de « juste équilibre », il nous a semblé nécessaire de revenir sur son origine et sa formation.

A) *L'Interessenabwägung et le principe de proportionnalité en Allemagne*

*L'Interessenabwägung* fera l'objet des premiers développements (1). Les suivants seront consacrés au principe de proportionnalité (2).

1) L'instrument de l'*Interessenabwägung* en droit privé

Avant de présenter quelques illustrations de cette méthode d'adjudication (b), nous tenterons de déterminer le moment à laquelle elle a été introduite dans les juridictions de droit privé (a).

a) Apparition de la méthode d'*Interessenabwägung*

**Traduction d'« abwägung ».** La traduction française du mot « *abwägung* » n'est pas univoque : « pesée<sup>2711</sup> », « équilibre<sup>2712</sup> », mise en « balance<sup>2713</sup> », « pondération<sup>2714</sup> » et « soupèusement<sup>2715</sup> » sont diversement employés pour rendre compte du mot. Pour M. Würtenberger, « cette difficulté à trouver une terminologie française adéquate pour ce phénomène illustre le fait, que la théorie allemande de l'*Abwägung*, qui se trouve ici en plein essor (...) ne connaît pas de succès comparable en France<sup>2716</sup> ».

---

<sup>2711</sup> JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, préf. Fr. FERRAND, Paris : Dalloz, 2001, p. 78.

<sup>2712</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, Paris : LGDJ, 1954, n° 220, p. 394 et s.

<sup>2713</sup> CALMES S., *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. TRUCHET D., Paris : Dalloz, 2001, n° 111 ; FROMONT M., « *Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2009)* », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, juillet 2010, n° 4, p. 1147 et s. ; LUCAS-SCHLOETTER A., « *Le droit moral en Allemagne* », *Cahier de la propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, janvier 2013, p. 56 ; BERG O., « *L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française* », *RTD civ.*, 2006, p. 42.

<sup>2714</sup> DE WERRA, J., « *L'art et la propriété intellectuelle* », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2011, vol. 23, n° 3, p. 1341.

<sup>2715</sup> « *Soupèusement* » n'est pas employé en tant que tel mais M. Witz parle de « *soupeser les intérêts en présence* » (WITZ Cl., *Le droit allemand*, Paris : Dalloz, 2013, p. 150).

<sup>2716</sup> WÜRTEMBERGER Th., NEIDHARDT St., « *Distance et rapprochement entre le droit administratif allemand et le droit administratif français* », p. 9-10, disponible sur : [http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/thomas\\_wurtenberger.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/thomas_wurtenberger.pdf)

**Introduction de la méthode.** L'introduction de la méthode aurait pu être facilitée par le législateur. Celui-ci n'a toutefois pas saisi l'opportunité de la mentionner à l'occasion de la codification en 1886<sup>2717</sup> et partant, d'encadrer cette technique dont la pratique n'était, certes, qu'embryonnaire. L'indifférence du législateur allemand à l'égard de cet instrument naissant d'interprétation des règles n'est donc guère surprenante. Au surplus, comme l'écrit Mme Jaluzot, la méthode induisait « sans conteste un renversement fondamental des principes sur lesquels le Code civil allemand avait été conçu<sup>2718</sup> ». En un sens, la codification et l'absence de référence à la balance des intérêts va favoriser le développement de celle-ci. Le Code civil allemand, en tant qu'œuvre « *dogmatique et sûre d'elle-même*<sup>2719</sup> », parce qu'il entérinait le droit du passé au lieu de se projeter dans l'avenir symbolisait ce contre quoi s'opposait l'École du Droit Libre<sup>2720</sup>. Ce Code, autrement dit, renforçait encore davantage la nécessité de recourir à une technique d'interprétation adaptée aux réalités sociales.

Au départ, c'est par le truchement du standard de la bonne foi et en référence à *l'équité* que les juges mettent en œuvre la méthode. Dans les années 1920, la plus haute juridiction allemande, était saisie d'un litige relatif à une hypothèque touchée par l'inflation. Interprétant l'article §242 du BGB selon lequel « le débiteur a l'obligation d'exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi [Treu und Glauben] eu égard aux usages », le Tribunal d'Empire déclare que « la bonne foi (...) exige une prise en compte équitable des intérêts [billige Rückschnahme auf die Interessen] des deux parties<sup>2721</sup> ». Pour apprécier, dans ce cas particulier lesdits intérêts, les juges estiment que doivent être pris en compte la valeur augmentée et la nature du terrain en cause, l'état des choses, l'aptitude économique du débiteur à exécuter sa prestation, les charges etc<sup>2722</sup>. Si la méthode employée par les juges correspond dans l'esprit à celle préconisée par Heck et le mouvement de l'Interessenjurisprudenz, l'on constate que les juges évoquent les intérêts sans encore se

---

<sup>2717</sup> Le Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) a été adopté en 1886 et il est entré en vigueur en 1900.

<sup>2718</sup> JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais, préf. Fr. FERRAND, Paris : Dalloz, 2001, n° 283.

<sup>2719</sup> RIGAUX Fr., « Le juge, arbitre de la certitude du droit », in, MACKAAY E. (dir.), Les certitudes du droit – Certainty and the Law, Montréal : Themis, 2004, p. 24.

<sup>2720</sup> V. RIGAUX Fr., id., p. 24 note 12.

<sup>2721</sup> Reichsgerichtliche (RG), 28 novembre 1923, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ - Arrêts du Tribunal d'Empire en matière civile), 107, p. 87, cité par JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais, préf. FERRAND Fr., Paris : Dalloz, 2001, n° 284.

<sup>2722</sup> V. JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais, préf. Fr. Ferrand, Paris : Dalloz, 2001, n° 283.

référer à l'équilibrage [abwägung]. Encore timides, les juges donnaient préférence à l'ancienne technique de déformalisation du droit, à savoir l'équité (Billigkeit)<sup>2723</sup>.

A partir des années 20, la méthode se diffuse dans les juridictions allemandes. Celle-ci n'est pas remise en cause, après la seconde guerre mondiale, par la Cour Fédérale de Justice (Bundesgerichtshof)<sup>2724</sup>. Si l'Interessenabwägung est employé dans de nombreux champs, l'on constate qu'elle est surtout utilisée à l'occasion de litiges mettant en jeu certaines catégories de droits (comme celle des droits personnels) ou certaines matières (droit civil, droit du travail).

b) Illustrations de l'application de l'Interessenabwägung

Dans les années 1950, la méthode est exercée en droit de la responsabilité civile, notamment lorsque les conflits mettent en jeu ce qu'on appelle les « droit-cadres ».

**Mise en balance, responsabilité civile et droits cadres.** A cette époque, la jurisprudence avait élargi le champ des dommages réparables causés par imprudence. Etaient désormais sanctionnées les atteintes au « droit à l'entreprise » (allgemeines Persönlichkeitsrecht) ou au « droit général de la personnalité » (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)<sup>2725</sup>. Toutefois les juges n'ont pas voulu reconnaître à ces nouveaux droits la qualité de droit absolu par crainte des menaces potentielles qu'ils auraient fait peser sur les libertés fondamentales telles que la libre concurrence et la liberté d'expression. Ils ont alors été qualifiés, par rapport aux droits absolus, de « droits-cadres »<sup>2726</sup>. Leur distinction avec les droits absolus se révèle notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier leur violation. La reconnaissance d'une violation de « droit-cadre » répond en effet à une logique distincte de

---

<sup>2723</sup> Rapprochant (conceptuellement) la mise en balance des intérêt et l'équité, v. WÜRTEMBERGER Th., NEIDHARDT St., Distance et rapprochement entre le droit administratif allemand et le droit administratif français, pp. 9-10, disponible sur : [http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/thomas\\_wurterberger.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/thomas_wurterberger.pdf)

<sup>2724</sup> JALUZOT B., th. préc., n° 285.

<sup>2725</sup> Ce droit précise M. Strowel « ne se base pas sur les constructions de la doctrine (civiliste) [contrairement à la doctrine des droits de la personnalité] du 19<sup>e</sup> siècle mais sur l'application combinée de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> (droit à l'épanouissement de la personnalité) et e l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> (intangibilité de la dignité humaine) de la Loi fondamentale. Dans cette mesure, ce droit de la personnalité énonce avant tout un devoir de l'Etat de droit : respecter la dignité humaine et contribuer à l'épanouissement de chaque personnalité individuelle », STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, convergences et divergences*, préf. VAN BUNNEN L., Bruxelles : Bruylant, 1993, n° 409. V. LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 114-115 et n° 156 et s.

<sup>2726</sup> WITZ Cl., *Le droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd, Paris : Dalloz, 2013, p. 150.

celle qui préside à l'appréciation des atteintes aux droits absolus. Alors que la violation d'un droit absolu est présumée illicite et que la seule constatation de l'atteinte au droit suffit à sa condamnation, la violation d'un droit-cadre sera éventuellement reconnue à la suite d'une mise en balance des intérêts en présence (Interessenabwägung)<sup>2727</sup>. Par le truchement de cette méthode, le juge vérifie lequel des intérêts en jeu, de la victime ou de celui concurrent de l'auteur de l'atteinte doit l'emporter<sup>2728</sup>.

**Mise en balance et biens de la personnalité.** Le domaine de la protection de la personnalité constitue un lieu privilégié pour l'exercice de la mise en balance des intérêts<sup>2729</sup>. Ainsi la méthode est employée lorsque s'élève un conflit entre les libertés d'expression et d'information et les droits au nom et à l'image<sup>2730</sup>. La méthode est encore mise en œuvre au civil lorsqu'une partie se prévaut d'une atteinte aux biens de la personnalité consécutive à une diffamation et celui qui invoque en défense la protection d'un intérêt légitime (Wahrnehmung berechtigter Interessen). En cas de conflit de droits fondamentaux mettant en scène un droit de la personnalité, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral insiste sur la nécessité de soupeser concrètement les intérêts en conflit<sup>2731</sup> (abwägung im Einzelfall). Dans chacun des cas, explique M Decker, il s'agit « *de comparer l'utilité sociale ou personnelle de l'atteinte avec la probabilité et l'étendue des inconvénients causés. L'atteinte est déclarée illicite s'il résulte de la pondération des intérêts en cause que le préjudice subi par la victime est plus important que l'avantage personnel ou social obtenu par le défendeur*<sup>2732</sup> ».

---

<sup>2727</sup> V. LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., t. 1, n° 160 et n° 234.

<sup>2728</sup> V. WITZ Cl., op. cit., p. 150. Ainsi, en 1957, les juges ont pu affirmer « dans les litiges où le droit général à la personnalité se heurte au droit équivalent d'autrui et, notamment, au libre épanouissement, il convient de procéder au cas par cas à une mise en balance des valeurs et intérêts en présence. C'est seulement par ce moyen qu'on peut savoir si le défendeur est responsable d'une atteinte à la personnalité », BGH 2 avril 1957, BGHZ [Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen - Arrêts de la Cour fédérale de justice en matière civile], 24, p. 80. Pour le droit de l'entreprise, v. BGH, 2 juin 1966, BGHZ 45, p. 296 (sur ces décisions, v. BERG O., « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », RTD civ., 2006, p. 53 et s., n° 19).

<sup>2729</sup> En ce sens, LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., t. 2, n° 909.

<sup>2730</sup> Pour des illustrations jurisprudentielles, v. DECKER M., Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droit français, allemand et anglais, 2000, Paris II, n° 157, citant notamment : BVerfG [Bundesverfassungsgericht - Cour constitutionnelle fédérale] : Lebach, 5 juin 1973, Az. 1, BvR 536/72 ; BVerfG, 20 avril 2010, 2011, JZ 2011, p. 208, note CASPAR J. (cette dernière décision, v. FROMONT M., « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2010) », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1<sup>er</sup> juillet 2011, n° 4, p. 1055).

<sup>2731</sup> Pour des illustrations jurisprudentielles, v. RIGAUX Fr., « La liberté de la vie privée », RIDC, vol. 43, n° 3, juillet-septembre 1991, p. 560, citant notamment : BVerfG : Lüth, 15 janvier 1958, Az. 1 BvR 400 / 51 ; 14 février 1973, Prinzessin Soraya, BVerfGE 34, 269, 282 ; 14 septembre 1989, Neue Juristische Wochenschrift, 1990, 1990, pp. 563-564.

<sup>2732</sup> DECKER M., th. préc., n° 158.

**Mise en balance et contrat.** En droit privé des contrats, l'Interessenabwägung est exercée par le juge par exemple lorsqu'une partie fonde son action sur les manquements de la partie adverse à l'obligation de bonne foi conformément à l'article §242 du BGB. En vertu de l'interprétation de cet article par les juges, la bonne foi enjoint d'interpréter le contrat au travers d'une « pesée des intérêts mutuels conformes aux faits<sup>2733</sup> ». La caractérisation d'un *abus de droit* fondée également sur l'article §242 du BGB suppose à nouveau « une large pesée des intérêts des deux parties<sup>2734</sup> ».

On rencontre également des applications de l'Interessenabwägung destinées à l'appréciation de la bonne foi en droit public des contrats. Par le truchement de l'exigence de bonne foi, une pondération des intérêts est opérée par les juges favorisant ainsi l'appréciation des circonstances concrètes d'un cas particulier<sup>2735</sup>.

**Mise en balance et droit social.** La méthode est encore employée, en droit social, par le juge lorsqu'il s'agit de contrôler la validité des motifs de licenciements collectifs. Le juge, quel que soit le motif de licenciement invoqué par l'employeur, procède à trois séries de vérification afin d'en examiner la légitimité. Si la relation de travail ne peut pas être maintenue et qu'aucune mesure plus adaptée ne peut être prise, le juge balance in fine les intérêts pour déterminer si ceux de l'employeur de mettre fin à la relation de travail priment sur ceux du salarié à la conservation de son emploi<sup>2736</sup>.

**Mise en balance et droits fondamentaux.** Enfin de manière générale, comme cela a été évoqué, la mise en balance des intérêts est employée par les Cours constitutionnelles et administratives allemandes (fédérales ou fédérées) lors des conflits de droits fondamentaux ou des litiges qui mettent en jeu l'un de ces droits avec l'intérêt général. Dernièrement, par l'exercice de la balance des intérêts, les juges des différentes juridictions constitutionnelles allemandes ont pu se prononcer sur divers litiges mettant en jeu des considérations conflictuelles : l'entrée en vigueur d'une loi d'ordre économique contre la protection de la

---

<sup>2733</sup> V. BGH, 1<sup>er</sup> février 1984, BGHZ, p. 75, citée par JALUZOT B., th. préc., n° 285.

<sup>2734</sup> V. BGH, 5 novembre 1992, BGHZ 120, p. 139, cité par JALUZOT B., th. préc., n° 285.

<sup>2735</sup> CALMES S., th. préc., n° 111 : « la bonne foi ainsi comprise devient une référence concrète qui permet de trancher des conflits, en pesant dans la balance des intérêts (« Interessenabwägung ») en faveur des personnes privées 'de bonne foi' ».

<sup>2736</sup> V. REMY P., « Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand », Droit social, 2008, p. 902 et s. n° 4.

confiance légitime<sup>2737</sup>, la liberté de religion contre les missions d'éducation<sup>2738</sup>, la communication aux parlementaires contre la protection des secrets de l'entreprise<sup>2739</sup>, la liberté de l'audiovisuel contre le droit à la personnalité<sup>2740</sup>, l'ordre public et la liberté de manifestation<sup>2741</sup>.

## 2) L'instrument de la proportionnalité en droit public

Actuellement, la « balance des intérêts », le « juste équilibre » et le « principe de proportionnalité » tendent à signifier la même chose, à savoir, la méthode du juge consistant à concilier les intérêts ou les normes en conflit. Pour parfaitement appréhender ce phénomène, il nous semble nécessaire d'étudier le principe allemand de proportionnalité afin de voir s'il existe des points d'attaches avec *l'Interessenabwägung*. Les origines (a) puis le fondement (b) de la proportionnalité seront étudiés.

### a) Les origines de la proportionnalité en Allemagne

Ce qui particularise l'absolutisme des Etats germaniques par rapport aux autres monarchies européennes, à partir du XVIIe siècle, est la technique de la police en tant qu'incarnation de la *Raison d'Etat*, l'aspiration à devenir un « Etat de police bien ordonnée<sup>2742</sup> » et enfin, la finalité eudémonique et laïque poursuivie<sup>2743</sup>. Cette prégnance étatique explique la réaction

---

<sup>2737</sup> BVerfG, 4 mai 2012, NJW 2012, p. 1941 (v. FROMONT M., « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2012), Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1<sup>er</sup> juillet 2013 n° 4, p. 1033).

<sup>2738</sup> Cour administrative fédérale, 11 septembre 2013, JZ 2014, p. 138, note M. Winkler ; DöV 2014, p. 487.

(v. FROMONT M., « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2013) », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1<sup>er</sup> juillet 2014, n° 4, p. 1115).

<sup>2739</sup> Cour constitutionnelle de Rhénanie du nord-Westphalie, 19 août 2008, DVBl 2008, p. 1380 (v. FROMONT M., « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2018), Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1<sup>er</sup> novembre 2009 n° 6, p. 1721).

<sup>2740</sup> Cour constitutionnelle fédérale, 19 décembre 2007, NJW 2008, p. 977 (v. FROMONT M., « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2007) », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, novembre 2008 n° 6, p. 1689 et s.

<sup>2741</sup> BVerfG, 17 février 2009, BVerfGE, tome 122, p. 342 ; DöV 2009, p. 410. Hong, Die Eilentscheidung des BVerfG zum Bayerischen Versammlungsgesetz, NJW 2009, p. 1458 (v. FROMONT M., « Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2009) », Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1<sup>er</sup> juillet 2010 n° 4, p. 1147 et s.).

<sup>2742</sup> ZOLLER E., Introduction au droit public, p. 59 et s.

<sup>2743</sup> V. NAPOLI P., « 'Police' et 'Polizei' : deux notions à l'âge libéral », in, La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, actes du colloque des 8 et 9 décembre 1995, organisé à la Faculté

des penseurs et de la bourgeoisie qui se manifestera par l'expression d'un modèle d'Etat idéal (Rechtsstaat). Le discours du Rechtsstaat fera le lit du discours de la proportionnalité (i). Par la suite, nous examinerons les conditions de formation du principe (ii), puis la formation elle-même du principe (iii)

*i) Les racines de la proportionnalité : Polizeistaat et Rechtsstaat*

Les deux modèles, Polizeistaat (a) et Rechtsstaat (b) seront successivement évoqués.

*a. L'Etat de police (Polizeistaat)*

Il s'agit ici de comprendre les origines du pouvoir de police (1) et ses justifications (2). Ensuite nous examinerons le mode d'exercice de ce pouvoir (3) et les rapports entre la police et le droit (4)

*1. Introduction du pouvoir de police en Allemagne*

**Déclin de l'Eglise et de l'Empire, essor des princes et des villes.** Au XVI<sup>e</sup> siècle, la réforme provoquée par Martin Luther (1483-1546)<sup>2744</sup> transforme la société allemande. En renouvelant la distinction du domaine temporel et du domaine spirituel sous un prisme défavorable à ce dernier<sup>2745</sup>, Luther bouleverse le Saint Empire romain germanique et jette « les bases du droit public moderne<sup>2746</sup> ».

Le retrait progressif de l'Eglise du champ social voit corrélativement émerger l'Etat princier (Fürstenstaat<sup>2747</sup>). Organisé selon une répartition du pouvoir politique entre le prince les

---

de Strasbourg, Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, 1997, p. 93 ; LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », Politix, vol. 12, n° 48, 4/1999, p. 10.

<sup>2744</sup> V. BRECHT M., « Martin Luther », Encyclopaedia Universalis ; ZOLLER E., op. cit., p. 54.

<sup>2745</sup> BÜHLER P., « Martin Luther », Encyclopaedia Universalis : « le service de Dieu s'effectue en priorité non dans les ordres religieux, mais dans le travail séculier : celui du savetier, du paysan, de la nourrice, du juge, du médecin, et aussi du bourreau, du prince. Une telle revalorisation inclut donc celle de l'autorité temporelle, laquelle est instituée comme instrument du règne de Dieu sur le monde ».

<sup>2746</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 53.

<sup>2747</sup> A la différence de l'Etat royal qui réalisa une fusion complète entre le roi et son peuple, l'Etat princier s'est construit sur une distinction radicale, nette et tranchée entre le prince et son peuple, v. ZOLLER E., id., p. 52.

conseillers et les magistrats, l'Etat princier, pour asseoir solidement son pouvoir, restaure opportunément le droit romain<sup>2748</sup> et réactualise la distinction entre droit privé et droit public<sup>2749</sup>.

**L'état princier.** La sécularisation des biens de l'Eglise enrichit les Etats princiers et les villes. Ces rentrées d'argent dans les caisses font l'objet d'une gestion inspirée du luthérianisme particulièrement rationnelle (qui prend le nom de caméralisme<sup>2750</sup>) et permettent de financer des armées permanentes et la mise en place d'une solide administration. Au lendemain de la guerre de Trente Ans (1618-1648) et de la paix de Westphalie, les princes se trouvent renforcés<sup>2751</sup>. Enhardies, la noblesse princière et les villes entament un processus d'autonomisation à l'égard d'un Saint-Empire Romain Germanique morcelé et affaibli<sup>2752</sup>. L'obtention auprès de l'Empereur des souverainetés externe<sup>2753</sup> (diplomatie et guerre) et interne<sup>2754</sup> (législative et juridictionnelle) signe le terme du droit féodal et fournit aux princes allemands la liberté de combler le vide laissé par l'Eglise pour la régulation sociale.

Le déplacement du processus d'étatisation de l'Empire aux territoires allemands ainsi que la modernisation bureaucratique des techniques d'exercice du pouvoir que l'on doit notamment

---

<sup>2748</sup> V. ZOLLER E., id., p. 56 : « l'extraordinaire succès du droit romain dans toute l'Europe s'explique par le fait qu'il servait admirablement les aspirations au pouvoir absolu des nouveaux princes d'Empire enrichis par les confiscations pratiquées sur les biens ecclésiastiques ».

<sup>2749</sup> Dès le XVI<sup>e</sup> siècle, les juristes, dotés de solides connaissances du droit romain, remettent sur l'étal la distinction ulpienne entre *ius privatum* et *ius publicum*, mais, contrairement à la tradition romaine, ils assignent au droit public un champ particulièrement étendu puisqu'il se déploie dès qu'un intérêt public se manifeste. Ainsi, le *ius publicum* contenait toutes les branches dans lesquelles intervenait d'une manière plus ou moins importante les autorités impériale et étatique, c'est-à-dire les domaines soumis à la législation, les officiers publics, la procédure criminelle et civile, les affaires religieuses, les affaires de l'Empire, du fisc, des municipalités, des devoirs et honneurs publics (v. ZOLLER E., id., p. 49 ; STOLLEIS M., Histoire du droit public en Allemagne, trad. SENELLART M., Paris : PUF, 1998, p. 103 et s.).

<sup>2750</sup> V. THOMANN M., « Théorie du caméralisme », Encyclopaedia Universalis ; STEINER Ph., « Caméralisme et économie politique en Allemagne », Revue économique, vol. 41, n°6, 1990, pp. 1081-1086.

<sup>2751</sup> V. LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., pp. 10-11.

<sup>2752</sup> Avec les traités de Westphalie de 1648, les princes obtiennent la souveraineté dans les affaires diplomatiques et en matière guerre. La féodalité et la hiérarchisation qui régnait entre les membres du Saint Empire laissent place aux relations diplomatiques. Les rapports entre les princes reposent désormais sur une base égalitaire et nécessitent, en plus du respect des règles conventionnellement fixées pour la paix et pour la guerre, une certaine dose d'habileté, puisqu'aucune juridiction n'était compétente. « L'État commença à se protéger dans une société d'égaux. Les premiers linéaments du droit des gens moderne, le futur droit international public, prirent forme », (ZOLLER E., op. cit., p. 58 ; LABORIER P., « La «bonne police». Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 12).

<sup>2753</sup> V. ZOLLER E., id., n° 53.

<sup>2754</sup> V. ZOLLER E., id., n° 54.

aux ouvrages de ceux que l'on appelle caméralistes<sup>2755</sup>, transforment la figure du détenteur du pouvoir<sup>2756</sup>. D'un Roi-juge, qui fait naître la paix en rendant la justice, le prince allemand devient un souverain qui fait le bonheur de ses sujets par l'administration et le commandement<sup>2757</sup>. Dans le vocabulaire, cette mutation qui voit « la justice céd[er] le pas à l'administration<sup>2758</sup> » se traduit par l'importance par l'usage du terme « policey<sup>2759</sup> ». A la tête d'« un gouvernement de la machine administrative<sup>2760</sup> », le Souverain règne seul, sans collègue de ministre, et concentre tous les pouvoirs. « Pasteur » du peuple, le prince veille à son bonheur spirituel et matériel<sup>2761</sup>. Son vœu d'instituer une bonne police (« gute policey »), le sert à s'émanciper du pouvoir central incarné par le Kaiser.

**L'instrument du Prince : les ordonnances de police.** Pour combler le vide normatif laissé par l'Eglise romaine, les princes restaurent au nom du jus politiae, la technique des

<sup>2755</sup> Après la publication en 1655 de l'ouvrage L'État des princes allemands du Saxon Ludwig von Seckendorff, dans lequel il synthétise la doctrine et la pratique constitutionnelle et économique des États territoriaux luthériens, de nombreux auteurs (pasteurs, savants, fonctionnaires) approfondissent dans leurs ouvrages chacun des problèmes spécifiques auquel est confronté l'Etat (v. THOMANN M., « Théorie du caméralisme », Encyclopaedia Universalis). Sur Seckendorff (« L'Adam Smith du Caméralisme »), v. SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (Wohlfahrtsstaat) en Allemagne », in, CAILLE A., LAZZERI Ch., SENELLART M. (dir.), Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique, Paris : La Découverte, 2001, pp. 479-480.

<sup>2756</sup> STOLLEIS M., op. cit., p. 553. La figure de l'agent sous les ordres du prince change également : « les fonctions militaires et civiles des nouveaux états territoriaux exigeaient la présence d'un personnel bureaucratique de plus en plus spécialisé, formé non plus sur le modèle du cavalier, de l'homme de cour et d'armes, mais sur celui de l'administrateur, expert dans les choses pratiques comme le commerce, l'industrie, la manufacture et les finances » (NAPOLI P., Naissance de la police moderne, Paris : La Découverte, 2003, p. 257).

<sup>2757</sup> V. STOLLEIS M. op. cit., p. 557.

<sup>2758</sup> STOLLEIS M. op. cit., p. 557.

<sup>2759</sup> V. STOLLEIS M. op. cit., p. 558. Le terme police provient du grec polis défini traditionnellement -nous l'avons vu- par « Constitution de la ville ». Le sens évolue et le mot désigne « Constitution de l'Etat » puis « administration de l'Etat » ou « gouvernement ». Au XIVe siècle, en France, le terme désigne un type de pratique gouvernementale (v. NAPOLI P., « Le discours de la police et de l'arithmétique politique (XVIe-XVIIIe siècle) », in, CAILLE A., LAZZERI Ch., SENELLART M. (dir.), Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique, Paris : La Découverte, 2001). Dans les ordonnances de Saint Louis, le terme de police évoque la réalité matérielle des nécessités quotidiennes (que ce soit relativement à la production ou l'échange de denrées, ou qu'il s'agisse de traiter les mendiants, oisifs, vagabonds, c'est-à-dire ceux qui se soustraient à cette forme de lien social, v. NAPOLI P., loc. cit). Au XVe siècle la « police générale » concerne tout ce qui a trait au bien public du royaume et s'apparente à l'action de gouverner (police et politique sont synonymes pour Bodin et Montchrestien par exemple, v. NAPOLI P., id., p. 282.) Suite aux guerres de religion, la police devient l'instrument nécessaire pour rétablir l'ordre social, puis elle s'incarnera comme manifestation concrète du discours de la Raison d'état (v. NAPOLI P., id., p. 287). C'est à la fin du XVe siècle, que l'Allemagne importe le terme et l'adapte sous différentes formes (polltzey, pollucy, pollicei ou encore pollicey). Sous le nom de jus politiae, le pouvoir de police (sous formes d'ordonnances) est incorporé au système des droits attachés à la souveraineté des princes (v. FLEINER Fr., Les principes généraux du droit administratif allemand, trad. Ch. EISENMANN, Paris : delagrave, 1933, p. 235 ; STOLLEIS M. op. cit., p. 528).

<sup>2760</sup> LABORIER P., « La «bonne police». Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 13.

<sup>2761</sup> THOMANN M., « Théorie du caméralisme », Encyclopaedia Universalis.

ordonnances héritée des chancelleries impériales<sup>2762</sup>. Durant les XVI et XVIIe siècle, le jus politae, se lie très tôt à l'art politique et sert, à l'aide de la contrainte étatique à satisfaire le « bien être commun<sup>2763</sup> ». La fonction de la police est essentiellement pratique ; son champ recouvre toutes les activités individuelles autrefois réglementées par l'Eglise romaine (le mariage, la famille, la discipline sociale et les dommages moraux, les règlements scolaires, l'éducation des enfants et l'aide aux pauvres etc.).

A partir du XVIe siècle, consécutivement au développement de l'écrit, à la bureaucratisation, à l'imprimerie, aux réformes universitaires, au processus d'étatisation et à l'extension de l'appareil gouvernemental, il s'élabore une véritable science qui rationalise la pratique de la police et préfigure la science administrative du XIXe siècle<sup>2764</sup>.

**Science de la police.** La réflexion en termes de gute policey a pour point de départ le bien vivre de la pensée aristotélicienne telle qu'étudiée par la scolastique médiévale<sup>2765</sup>. La gute policey renvoie globalement à la morale et la politique d'Aristote mais surtout à ses développements en économie<sup>2766</sup>.

Ce qui constitue un élément d'originalité absolue par rapport à l'expérience française de la même époque, est la constitution scientifique de la gute policey, et partant, l'accession de la police au rang d'objet scientifique. La police devient l'objet d'étude privilégié du caméralisme<sup>2767</sup>, science élaborée par des fonctionnaires et bureaucrates au service du pouvoir

---

<sup>2762</sup> La toute première ordonnance de police impériale date de 1530, v. ZOLLER E., Introduction au droit public, Paris : Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 58 ; STOLLEIS M. op. cit., p. 521.

<sup>2763</sup> La spécificité du pouvoir de police entre les mains de l'Etat et sa finalité eudémonique conduisent parfois à confondre « Etat » et « bien commun ». Chez Luther, par exemple (v. LABORIER P., « La «bonne police». Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 8. V. égal. FLEINER Fr., op. cit., p. 235).

<sup>2764</sup> Sur la datation de cette science, v., STOLLEIS M., op. cit., p. 506.

<sup>2765</sup> STOLLEIS M., id., p. 521 : « *cette conception dérive d'une vision du monde dans laquelle l'organisation du [territoire et de son gouvernement] reproduit encore, au début, les équilibres harmonieux de la cosmologie médiévale. Le prince est ses états [Stände] ceux-ci et les sujets doivent vivre dans la paix et la concorde, chacun doit accomplir son devoir à la place qui lui a été assignée par Dieu, tous doivent honorer Dieu, vivre selon ses commandements et regarder le prince territorial comme son représentant* ». V. égal. NAPOLI P., Naissance de la police moderne, Paris : La Découverte, 2003, p. 253.

<sup>2766</sup> Ibid.

<sup>2767</sup> De Kamera, « chambre », qui servait également à désigner le lieu où était rangé le trésor public. Cette doctrine avons-nous vu s'est élaborée à la suite de la Réforme luthérienne et à l'effondrement de l'économie médiévale, dans des Etats territoriaux luthériens et en particulier la Saxe qui est l'Etat le plus riche et le mieux organisé en Allemagne au XVIe siècle ; pour plus de développements (v. THOMANN M., « Théorie du caméralisme », Encyclopaedia Universalis. ; BOURGET R., La science juridique et le droit financier et fiscal, préf. SIMON ACOSTA E., Paris : Dalloz, 2012, pp. 8-12 ; LABORIER P., « La «bonne police». Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 8 et s. ; ZOLLER E., op. cit., pp. 61-62 ; NAPOLI P., op. cit., p. 253 et s. ; STOLLEIS M., op. cit., p. 570).

absolutiste doctrine. Si cette doctrine se prétend économique, politique, administrative et philosophique, elle demeure avant tout une science de gestion des finances de l'Etat<sup>2768</sup> qui perçoit les individus comme des « contribuables »<sup>2769</sup>. La police, en tant qu'instrument de réglementation des activités de production et d'échanges, est étudiée par les caméralistes, dont le plus réputé est Justi<sup>2770</sup>, comme un moyen d'augmenter les richesses de l'Etat.

Au XVIIIe siècle, la police devient l'objet d'une science autonome : la science de la police (Policeywissenschaft<sup>2771</sup>). Enseignée à l'université aux côtés de l'économie et du caméralisme (futur science des finances publiques<sup>2772</sup>), la science de la police vise à rationaliser toutes les sciences et techniques qui se rapportent à l'administration. Ces trois disciplines dirigées vers la satisfaction du bien-être matériel et spirituel<sup>2773</sup>, constituent les branches d'un savoir global destiné aux futurs fonctionnaires de l'administration<sup>2774</sup> et auquel la science du droit n'appartenait pas. La science de la police et la science du droit, en tant que savoir, à l'instar de la police et du *ius publicum*<sup>2775</sup>, en tant que norme, ne se confondaient pas<sup>2776</sup>.

## 2. Justification philosophique de l'Etat de police

---

<sup>2768</sup> Le caméralisme « est la science qui découvre le moyen rationnel pour obtenir, augmenter et administrer les recettes annuelles d'un prince » (NAPOLI P., op. cit., p. 258).

<sup>2769</sup> STOLLEIS M., op. cit., p. 521.

<sup>2770</sup> Le plus grand théoricien des sciences camérales est Justi. Cet auteur dont la pensée est proche de celle de Wolff rationalise les moyens théoriques destinés à développer la puissance générale de l'Etat en vue du bonheur commun. Dans ce cadre, il montre qu'il existe une identité de but entre l'Etat et les individus : les fins privées comme les fins publiques correspondent toujours au bonheur commun. Toute sa réflexion se tourne vers l'élaboration des mesures capables d'accroître la richesse et la sécurité en vue du bien-être (v. STOLLEIS M., op. cit., p. 474 et s. ; LABORIER P., « La «bonne police». Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 9).

<sup>2771</sup> V. STOLLEIS M., op. cit., p. 562 et s. ; SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (Wohlfahrtsstaat) en Allemagne », art. préc., pp. 474-475.

<sup>2772</sup> V. ZOLLER E., op. cit., p. 62.

<sup>2773</sup> Von Justi, l'un des plus fameux caméralistes, estime que la fin ultime est le bonheur de l'État, c'est-à-dire la sécurité intérieure et extérieure associée à une richesse suffisante. La politique se charge de la sécurité extérieure, tandis que la police s'occupe de la sécurité intérieure et de nombreux aspects de la richesse (exploitations des ressources, commerce, etc.). La science camérale étant chargée quant à elle des finances (impôts et taxes) en vue du bonheur de l'Etat (v. STEINER Ph., « Caméralisme et économie politique en Allemagne », Revue économique, vol. 41, n°6, 1990, p. 1082).

<sup>2774</sup> En 1727, Frederic-Guillaume 1<sup>er</sup>, à la demande de Thomassius, ordonne la création d'une chaire de sciences économique, de police et camérale (Cameralia, OEconomica und Polzeisachen) à l'université de Halle. Une seconde est fondée à Francfort. Une telle discipline marquait un mouvement général « d'émancipation d'un savoir administratif élaboré en dehors de la triade aristotélicienne de l'éthique, de la politique et de l'économie », (v. NAPOLI P., op. cit., p. 257 ; STOLLEIS M., op. cit., p. 567 et s. ; LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 10).

<sup>2775</sup> V. STOLLEIS M. op. cit., p. 508.

<sup>2776</sup> V. STOLLEIS M., id., p. 570.

D'un concept teinté de politique aristotélicienne et promouvant le « bon ordre » fondé sur la paix et le droit, la « police » tend progressivement à désigner « *la fonction de l'autorité souveraine*<sup>2777</sup> ». Cette transition est tributaire de la doctrine issue de l'École du droit naturel et des gens et de Christian Wolff (1679-1754) en particulier. Dominant la philosophie allemande durant le second tiers du XVIII<sup>e</sup> siècle, « le prince des philosophes<sup>2778</sup> » est réputé pour avoir « jeté les bases philosophiques d'une police, dont l'objet principal restait la sécurité et le bien-être<sup>2779</sup> ». La pensée de Wolff modernise la tradition aristotélicienne<sup>2780</sup> et les postulats caméralistes<sup>2781</sup> en les intégrant au système jusnaturaliste.

**La contribution de Wolff à l'Etat de police.** A partir de la fiction du contrat social et sous l'influence du rationalisme et du finalisme de Leibniz<sup>2782</sup>, l'auteur des Principes du droit de la nature et des gens<sup>2783</sup> élabore un système de droit dont dérive le pouvoir de police<sup>2784</sup>. Dans l'état de nature, l'homme est soumis aux lois divines, lesquelles l'obligent au nom de sa félicité à accomplir les actions visant à sa perfection et renoncer à celles qui l'en éloignent<sup>2785</sup>. Animal politique, l'homme ne peut atteindre la félicité et la perfection qu'à la condition qu'il vive « dans la société dont dépendent le bien commun (*bonum commune*), la félicité de tous (*Glüseligkeit*)<sup>2786</sup> », c'est-à-dire, celle qui offre politiquement les prestations nécessaires à chacun pour satisfaire la loi de nature<sup>2787</sup>. Les hommes sont alors amenés à conclure un

---

<sup>2777</sup> Sur le changement de sens, v. STOLLEIS M., id., p. 508 ; SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (*Wohlfahrtsstaat*) en Allemagne », art. préc., p. 476.

<sup>2778</sup> V. SENELLART M., id., p. 477.

<sup>2779</sup> LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 24, note 5. Selon M. Barroche, Wolff est le « grand philosophe luthérien à l'origine du concept de *Polizeistaat* » (BARROCHE J., *Etat, libéralisme et christianisme*, préf. DONEGANI J.-M., Paris : Dalloz, p. 333).

<sup>2780</sup> Il prolonge la longue tradition aristotélicienne fondant « *la politique et le droit sur l'impératif individuel de la perfection et sur l'impératif social du bien commun* » (STOLLEIS M., « Wolff Christian », in, CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008, p. 606).

<sup>2781</sup> V. THOMANN M., « Théorie du caméralisme », *Encyclopaedia Universalis* ; Sur *Justi*, v. SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (*Wohlfahrtsstaat*) en Allemagne », art. préc., pp. 481-483.

<sup>2782</sup> V. AHRENS H., *Cours de droit naturel*, t. 2, 6<sup>e</sup> éd., Leipzig : Brochhaus, 1868, p. 326.

<sup>2783</sup> V. WOLFF Ch., *Principes du droit de la nature et des gens*, trad. FORMEY J. H. S., Caen : Université de Caen, 1988 ; STOLLEIS M., « Wolff Christian », art. préc., pp. 604-608.

<sup>2784</sup> V. SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (*Wohlfahrtsstaat*) en Allemagne », art. préc., pp. 477-478.

<sup>2785</sup> L'Etat de nature de Wolff est « *un état d'intégrité et de caractère obligatoire du droit naturel. L'homme a des droits et des devoirs, il est libre et dispose de droits innés et inaliénables (iura connata). A partir de cet état, le monde et le droit positif qui s'y développe peuvent être pensés selon les critères du juste et du faux* » (STOLLEIS M., « Wolff Christian », art. préc., p. 606).

<sup>2786</sup> STOLLEIS M., « Wolff Christian », art. préc., p. 606.

<sup>2787</sup> NAPOLI P., *Naissance de la police moderne*, Paris : La Découverte, 2003, p. 255.

contrat fondamental par lequel le gouvernement est confié à l'un d'entre eux. Ce contrat est finalisé : le gouvernement doit fournir « *l'abondance de tout ce qui satisfait la nécessité, la commodité et la félicité de la vie ; la tranquillitas 'l'absence de crainte des offenses' ; et la securitas 'l'absence de craintes de l'extérieur'* »<sup>2788</sup>. Ces obligations à la charge de l'Etat constituent les bases « *d'une organisation systématique du droit à partir desquelles la police se déduit de façon axiomatique* »<sup>2789</sup>.

Le principe *pacta sunt servanda* rationalise et légitime les pouvoirs de police de l'Etat : la police n'est que l'instrument grâce auquel l'Etat exécute ces devoirs à l'égard des citoyens. Ainsi, et bien qu'il n'ait employé le mot de *polizei*, Wolff passe « pour le premier théoricien véritable de l'Etat de police »<sup>2790</sup>. L'Etat, selon Wolff a pour fin d'assurer non seulement la sécurité des individus, ce qui demeure classique, mais surtout le « bien-être général (*gemeine Wohlfahrt*) sur les plans matériel et spirituel »<sup>2791</sup>.

L'héritage de Wolff s'avère ambigu. D'un côté, il a contribué de manière déterminante à légitimer la police comme un instrument de contrôle social<sup>2792</sup>. De l'autre, il a posé les bases d'un discours jusnaturaliste sur lesquelles les promoteurs de l'Etat de droit tels que Kant et Humboldt vont pouvoir former leur condamnation de l'Etat de police<sup>2793</sup>.

### 3. *L'exercice du pouvoir de police*

**Finalités assignées à l'exercice de la police : bonheur & félicité.** Le modèle de l'Etat « bien ordonné » se singularise par sa finalité eudémonique. Il s'agit pour le Prince, selon la formule connue, de faire le bonheur de ses sujets malgré eux. Sous l'influence de Wolff, la police devient l'instrument principal à disposition de l'Etat pour conduire son peuple « non seulement au bonheur, mais à la félicité (*Glückseligkeit*) »<sup>2794</sup>. Cette conception du bien-être

---

<sup>2788</sup> Ibid., p. 255.

<sup>2789</sup> NAPOLI P., op. cit., p. 256.

<sup>2790</sup> SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (*Wohlfahrtsstaat*) en Allemagne », art. préc., p. 477.

<sup>2791</sup> Ibid. V. égal. AHRENS H., *Cours de droit naturel*, t. 2, 6<sup>e</sup> éd., Leipzig : Brochhaus, 1868, p. 326.

<sup>2792</sup> V. LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 24, note 5.

<sup>2793</sup> V. SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (*Wohlfahrtsstaat*) en Allemagne », art. préc., pp. 477-478.

<sup>2794</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 61.

n'a rien à voir avec celle d'un Bentham qui suppose de laisser à chaque individu la liberté de trouver les causes de sa propre félicité. La conception allemande n'est « *n'est ni libérale, ni républicaine, elle est unitaire* » indique Mme Zoller, « *il s'agit de faire le bien, coûte que coûte, et d'atteindre une situation où, si c'est possible, l'intérêt public et l'intérêt privé soient réunis ; la liberté individuelle est étouffée*<sup>2795</sup> ».

**Champ d'application de la police.** Les ordonnances de police touchaient tous les aspects de l'existence, chaque strate de la société, sans faire de distinction entre la sphère privée et la sphère publique<sup>2796</sup>. Une partie de ces ordonnances visés le bien-être matériel, l'autre partie, le bien-être spirituel.

Les premières concernaient les activités de production des biens, ainsi que de la gestion des ressources. Les réglementations portent sur les impôts, les taxes, l'agriculture, l'horticulture, la sylviculture, l'exploitation des mines, l'élevage, la chasse, la pêche, le contrôle du bois et des denrées alimentaires, le commerce etc. La police règlemente également ce qui relève de la politique de l'urbanisme (règles de construction, de protection contre les incendies d'installation, d'entretien des lanternes de rue, d'hygiène, d'enlèvement ordures). Elle encadre les activités des personnes en interdisant par exemple certains contrats et en définissant les règles pénales contre les falsificateurs de marchandises, les fraudeurs, etc. Elle fixe les règles du travail, de l'artisanat, des professions médicales (sages femmes, dentistes...). Elle pose les mesures d'hygiène, elle met en œuvre les entreprises de charités en faveur des vagabonds et des mendiants<sup>2797</sup>. La police intervient également dans la vie quotidienne par le truchement des règles de savoir-vivre et de conduite domestique collective ou individuelle<sup>2798</sup>.

---

<sup>2795</sup> Ibid.

<sup>2796</sup> STOLLEIS M., Histoire du droit public en Allemagne, p. 560.

<sup>2797</sup> LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 16. L'étendue du domaine d'intervention de l'Etat et son esprit centralisateur constitue les raisons pour lesquelles l'Etat de police est rapproché de l'Etat-providence ou du socialisme (v. TOQUEVILLE A. De, *L'Ancien Régime et la Révolution*, L. II, chap. 1, note 1).

<sup>2798</sup> Elle fixe la morale, la discipline et la décence chrétiennes ; définit les devoirs spécifiques du chef de famille et normalise le mariage, la tutelle, la vie conjugale, les rapports entre parents et enfants, entre voisins etc. La police était ici relayée par une littérature étonnamment copieuse, rédigée par des universitaires et des fonctionnaires, à destination des enseignants, des princes mais également des pères de familles. Prince et père de famille, étant chacun à son échelle à la tête de la pyramide, devait veiller à maintenir le bon ordre de leur bien, gérer les affaires de façon raisonnable et à ne pas sous-exploiter les personnes et les ressources placés sous son autorité et sa maîtrise. Dans le domaine civil, la littérature des pères de famille proscrivaient le luxe, l'habillement, le jeu, la boisson, les juréments et traitaient pratiquement des questions de droit, de santé, de société etc. auxquels tout chef de famille étaient un jour ou l'autre confronté. Cette littérature, emprunte d'aristotélisme et prolongeant le caméralisme et le mercantilisme, préfigure, sur les points de droit, les manuels de droit administratif (v. STOLLEIS M., op. cit., p. 511).

Instrument de contrainte visant à garantir l'ordre, la sécurité publique, et le bien-être matériel, la police est également un instrument de bien-être spirituel<sup>2799</sup> ainsi que le révèlent les mesures de police prises dans les affaires confessionnelles, éducatives et culturelles, « sphère *par excellence* du 'bien-être' des citoyens<sup>2800</sup> ». Ces mesures, qui s'intensifient avec les nouvelles responsabilités qui incombent à l'Etat (pourvoir à l'enseignement, à l'ordre moral, à la subsistance et au développement spirituel), répriment notamment certains loisirs, ordonnent la surveillance des lieux de plaisirs ; ou encore, préviennent certains penchants au mauvais goût. La *police de la culture (Kulturpolizei)*, des mœurs, du bien-être et de la bienfaisance, quant à elle, est chargée de censurer les pièces de théâtres et les ouvrages, et d'interdire les fêtes populaires pour préserver le bon goût et l'éducation. Relativement au « plaisir, au confort et à la jouissance de l'existence », la police régleme les promenades publiques, les cafés, les clubs, les cercles de lecture, les concerts etc. Cette conception extrême de la police, analyse Mme Laborier, « repose sur le présupposé que les individus ne connaissent pas encore ou ne disposent pas eux-mêmes des conditions de leur bonheur et qu'il relève du devoir de la puissance publique de les y amener<sup>2801</sup> ».

**Police et codification.** « D'une technique administrative improvisée », la police se transforme au cours des XVIIe et XVIIIe siècle, en « un instrument de régulation sociale<sup>2802</sup> ». Avec Frédéric-Guillaume 1<sup>er</sup> (1688-1740), la police est encore renforcée et contribue à la formation en Prusse d'un Etat providentiel fondé sur une bureaucratie militaire. Une étape décisive est franchie en 1794, lorsque Frédéric-Guillaume II de Prusse promulgue le Code des Etats prussiens (Allgemeines Landrecht für die Preußischen). A l'origine, destiné à suppléer les droits particuliers des provinces et des villes de Prusse, le Code s'impose comme source de droit principale voire exclusive, de l'Etat prussien<sup>2803</sup>. « Document législatif comme personne à l'époque n'a encore vu<sup>2804</sup> », le Code prussien, par son ampleur, son caractère rationnel et

---

<sup>2799</sup> C'est ainsi que Karl Heinrich Ludwig Pölitz présente la police dans son traité de science politique de 1823 (v. LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 20).

<sup>2800</sup> LABORIER P., id., p. 8.

<sup>2801</sup> LABORIER P., id., p. 9.

<sup>2802</sup> LABORIER P., id., p. 11.

<sup>2803</sup> V. DUNAND Ph., « Le code: une quête d'éternité? Analyse historique du concept de code », in, *Le temps et le droit*, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2008, p. 90.

<sup>2804</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 63.

sa fonction harmonisatrice, deviendra un modèle pour les futurs projets unificateurs allemands<sup>2805</sup> et les codifications étrangères.

En raison de son ampleur et de sa vocation à régler tous les rapports de droit, y-compris ceux mettant en cause l'Etat, le Code prussien se présente selon Tocqueville comme une « véritable constitution<sup>2806</sup> ». L'introduction du Code énonce certains principes généraux et notamment la nécessité de faire prévaloir le bien commun sur le bien individuel et le principe selon lequel « les lois ne peuvent borner la liberté et les droits des citoyens que dans le but de *l'utilité commune*<sup>2807</sup> ». La première partie concerne ce qui relève de l'individuel (statut, droits réels et personnels, succession mais également les conditions d'expropriations) tandis que la seconde s'intéresse à l'individu et à la collectivité (droits de la famille, des groupes sociaux, de l'organisation de l'Etat, du clergé, de l'armée, de la justice pénale, etc). Tocqueville souligne que le Code Prussien n'est pas induit par le dogme de la souveraineté populaire et n'organise pas un gouvernement populaire dans une société libre. Dans ce texte de neuf mille paragraphes codifiant les réglementations de police<sup>2808</sup>, on retrouve la même prétention à « *préciser les devoirs de l'homme jusqu'aux moindres détails de sa vie privée dans l'espoir de régler tous les cas possibles*<sup>2809</sup> ».

Concernant les dispositions politiques, le Code précise les pouvoirs du Prince et ceux du juge. Le premier dispose du pouvoir de faire les lois et les règlements généraux de police, de lever les impôts « sur les fortunes privées, sur les personnes, leurs professions, leur commerce, leur produit ou leur consommation<sup>2810</sup> ». Comme en France, le second fait l'objet de défiance. Il lui était formellement interdit de recourir à l'équité : « *faisons défense aux juges...sous prétexte...d'une équité qui n'a souvent de fondement que dans leurs propres cerveaux, de former à leur gré des exceptions, des limitations ou des amplifications*<sup>2811</sup> ».

---

<sup>2805</sup> V. NAPOLI P., op. cit., p. 251.

<sup>2806</sup> TOQUEVILLE A. De, op. cit., L. II, chap. 1, note 1.

<sup>2807</sup> TOQUEVILLE A. De, loc. cit. Le libéralisme du Code est toutefois limité : « *le législateur (...) tourne court et va à une autre conséquence également démocratique, mais non libérale; il considère le prince comme le seul représentant de l'État, et lui donne tous les droits qu'on vient de reconnaître à la société. Le souverain n'est plus dans ce code le représentant de Dieu, il n'est que le représentant de la société, son agent, son serviteur, comme l'a imprimé en toutes lettres Frédéric dans ses œuvres; mais il la représente seul, il en exerce seul tous les pouvoirs. Le chef de l'État, est-il dit dans l'introduction, à qui le devoir de produire le bien général, qui est le seul but de la société, est donné, est autorisé à diriger et régler tous les actes des individus vers ce but* » (Ibid.)

<sup>2808</sup> V. DUNAND Ph., « Le code: une quête d'éternité? Analyse historique du concept de code », art. préc., p. 90.

<sup>2809</sup> Ibid.

<sup>2810</sup> TOQUEVILLE A. De, loc. cit.

<sup>2811</sup> Partie 1, titre 2, art. 7 du Code des Etats prussiens, cité par BLONDEAU J. B. A. H., Chrestomathie, Paris : Videcoq, 1830, p. 109.

En dépit de ses qualités, le Code prussien, contrairement au Code civil, n'est pas un code pour la classe bourgeoise. « Sous cette tête toute moderne » qu'est le Code prussien écrivait Tocqueville, il y a « un être monstrueux ». « *Il s'agit* » ajoutait-il « du document législatif le plus authentique et le plus récent qui donne un fondement légal à ces mêmes inégalités féodales que la Révolution allait abolir dans toute l'Europe<sup>2812</sup> ». Bien que le principal rédacteur du Code (Svarez) soit issu de la bourgeoisie<sup>2813</sup>, cette classe demeurait particulièrement mal lotie par les dispositions du Code. Composée de hauts fonctionnaires, d'ecclésiastiques ou de professeurs, la classe bourgeoise, en état d'infériorité par rapport à la noblesse, se voyait restreindre l'accès à certains postes publics et priver de l'acquisition de certains biens : « comme en France, cette infériorité blessait d'autant plus que chaque jour cette classe devenait plus éclairée et plus influente, et que les fonctionnaires bourgeois de l'État, s'ils n'occupaient pas les postes les plus brillants, remplissaient déjà ceux où il y avait le plus de choses et les choses les plus utiles à faire<sup>2814</sup> ». La volonté de règles moins contraignantes et plus adaptées aux réalités, se manifeste par les revendications de soumettre la police aux règles de droit.

#### 4. Les rapports entre la police et le droit

**Séparation et assimilation.** Bien qu'apparu sous la forme du jus politae, le « droit de police » n'a de juridique que le nom. Lorsque la police sert à mettre en œuvre le programme de la Gute Policey, elle ne rentre pas à proprement parler dans le champ du ius publicum et ne constitue pas un objet de la science juridique<sup>2815</sup>.

Comme nous l'avons vu, la science de la police relève des sciences camérales dont le but est l'accroissement des richesses de l'Etat. Cela signifie, qu'au plan ontologique comme

---

<sup>2812</sup> TOQUEVILLE A. De, op. cit., L. II, chap. 1, note 1

<sup>2813</sup> VINCENT M.-B., Histoire de la société allemande au XXe siècle, Paris : La Découverte, 2011, p. 70 : « la catégorie 'bourgeoisie' s'est construite en Allemagne par opposition aux autres groupes sociaux, en premier lieu la noblesse dans la seconde moitié du XVIIIe siècle et la première moitié du XIXe siècle (lutte contre les privilèges et l'absolutisme), en second lieu les couches populaires (surtout ouvrières) dans la seconde moitié du XIXe siècle. Pour se démarquer, la bourgeoisie a développé une culture et un mode de vie spécifiques mettant à l'honneur la performance personnelle (Leistung) qui justifie la position sociales, d'où la référence à la culture universitaire (Bildung), le respect du travail, la discipline de vie et d'idéal de la famille. Ces valeurs, jugées universelles par les bourgeois, ne sont en réalité pas accessibles à tous, car elles supposent du temps et des revenus fixes et élevés. Mais elles permettent d'unifier un groupe qui reste fortement différencié au plan religieux et régional ».

<sup>2814</sup> TOQUEVILLE A. De, loc. cit.

<sup>2815</sup> V. STOLLEIS M., op. cit., p. 508. La police n'était pas non plus étudiée dans les facultés de droit.

épistémologique, dans le Polizeistaat, police et droit appartiennent à des champs absolument distincts<sup>2816</sup>.

Centre de gravité de toute l'activité de l'Etat<sup>2817</sup>, la police était autonome vis-vis du droit et de la justice, et ce, officiellement puisqu'au milieu du XVIIIe siècle, a été ordonnée la complète séparation de la justice et des choses publiques et politiques<sup>2818</sup>. Les « affaires de justice » correspondaient à celles qui étaient décidées selon le droit et dont le contentieux entrait dans la compétence juridictionnelle des tribunaux, tandis que les « affaires de police » étaient comprises comme « les tâches étatiques qui, gérées avec un pouvoir discrétionnaire entier, représentaient par suite le domaine du gouvernement<sup>2819</sup> ». Cela signifie que les normes de police n'avaient pas à se conformer aux lois et ne pouvaient pas être contestées devant les tribunaux. Concrètement, tout ce qui n'intéressait pas le droit criminel, le droit privé, les affaires secrètes d'Etat et les affaires relatives à la guerre et au domaine ecclésiastique était « entièrement soustrait aux tribunaux<sup>2820</sup> ».

Avec l'entrée en vigueur du Code prussien, les rapports entre droit et police changent. En phagocytant l'ensemble des règles en vigueur, le Code prussien fit entrer de manière un peu accidentelle<sup>2821</sup> la police « dans le domaine du droit<sup>2822</sup> ». Un article du Code, dont la rédaction est attribuée à Svarez, dispose que la police a pour mission de « prendre de mesures nécessaires pour le maintien de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics, et d'écartier les dangers qui menacent le public ou quelqu'un de ses membres<sup>2823</sup> ».

En pratique, suite à la codification, le rapprochement de la police et du droit eut plutôt comme conséquence de placer, pour un temps du moins, « le droit sous le contrôle de la police<sup>2824</sup> ». Le rapport toutefois va s'inverser au fur et à mesure des efforts de la doctrine pour soumettre l'Etat aux règles de droit.

---

<sup>2816</sup> V. RIVERO J., « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final », RIDC, vol. 41, n°4, 1989, p. 920.

<sup>2817</sup> V. FLEINER Fr., op. cit., p. 235.

<sup>2818</sup> STOLLEIS M., op. cit., p. 559.

<sup>2819</sup> FLEINER Fr., loc. cit.

<sup>2820</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 64. Mme Zoller indique comment les souverains « modernes » que sont Frédéric II de Prusse et Joseph II d'Autriche sont parvenus à détourner complètement le sens du « contrat social » : « leur théorie est que le peuple a consenti une fois pour toutes à ce que tous les pouvoirs soient confiés au monarque, y compris le pouvoir juridictionnel en dernier ressort de sorte que tout ce que le prince fait ou décide au titre des pouvoirs de police est soustrait à la connaissance du juge » (ZOLLER E., op. cit., p. 64). V. égal. STOLLEIS M., loc. cit.

<sup>2821</sup> V. NAPOLI P., op. cit., p. 280. Et en dépit de l'obscurité du Code à ce sujet, v. FORSTHOFF E., *Traité de droit administratif allemand*, trad. FROMONT M., Bruxelles : Bruylant, 1969, p. 93.

<sup>2822</sup> NAPOLI P., op. cit., p. 280.

<sup>2823</sup> Partie II, titre 17, § 10 du Code général Prussien.

<sup>2824</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 63.

**Les fondements du droit et de la police : iustitia et politia.** Le problème des rapports complexes entre le droit et la police se traduisait au plan philosophique par la question de la différence entre la iustitia et la politia. La définition des fondements du droit et de la police était hautement décisive dans la justification de l'Etat de police, puis son modèle concurrent, l'Etat de droit. Que leur démarche soit rationaliste ou pragmatique, les intellectuels alimentaient, chacun à leur manière « un dualisme conceptuel sur lequel les juristes du *nouveau siècle ne cesseront d'intervenir*<sup>2825</sup> ».

Ainsi, dans le système élaboré par Wolff puis son élève Nettelbladt, les rapports entre administration et administrés ne se distinguent pas formellement des rapports de droit. Substantiellement et fonctionnellement cependant, police et droit sont distincts. En premier lieu, la police, qui n'a d'ailleurs jamais été approchée de manière métaphysique<sup>2826</sup>, ne procède pas, selon Wolff, de l'essence du droit (la Justice). En second lieu, droit et police n'ont pas la même fonction : pour Darjes, autre disciple de Wolff, le droit issu de la justice découle des principes du droit naturel et vise à garantir à chacun ses droits (*suum cuique*), tandis que la police tend à l'augmentation des richesses, la suppression de la pauvreté et la promotion de la vertu<sup>2827</sup>. La justice remplit donc une fonction conservatrice tandis que la police, une fonction constitutive<sup>2828</sup>. Pour Robert von Mohl (1799-1875), l'un des principaux théoriciens de la science de la police, la différence entre police et justice s'apprécie également au regard de leur utilité. Il constate de ce point de vue que la police peut-être regardée comme équivalente voire plus utile que la justice. En effet, dit-il, « on peut vivre tranquillement toute *la vie sans l'aide immédiate de la justice* mais on ne peut pas vivre une seule heure sans *l'action tangible d'une bonne police*<sup>2829</sup> ». La justice ne serait nécessaire que de manière accidentelle alors que la sûreté serait constamment essentielle à la vie de chacun.

#### *b. L'Etat de droit*

---

<sup>2825</sup> NAPOLI P., op. cit., p. 257.

<sup>2826</sup> V. NAPOLI P., id., pp. 256-257.

<sup>2827</sup> V. NAPOLI P., id., p. 257.

<sup>2828</sup> V. NAPOLI P., id., p. 280.

<sup>2829</sup> MOHL R. VON, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-1833), 2 vol., Laupp, Tübingen, 1844-1845, I, p. 14 cité, NAPOLI P., op. cit., p. 252 note 2.

**Le modèle du Rechtsstaat.** Communément l'« Etat de droit » désigne « *l'Etat qui se soumet au respect de la règle, laquelle est à son tour élaborée ou modifiée dans le respect d'autres règles de valeur supérieure*<sup>2830</sup> » et s'oppose à l'Etat absolutiste ou policier, c'est-à-dire aux conceptions selon lesquelles l'Etat ne rencontre « *d'autres limites à son action et à sa volonté que celles que peut fixer sa force*<sup>2831</sup> ».

Historiquement, le Rechtsstaat, à l'instar du Polizeistaat, se présente comme un modèle idéal d'organisation et d'exercice du pouvoir. Traditionnellement, parmi les auteurs politiques, Kant est désigné comme étant le fondateur de ce modèle politique<sup>2832</sup>, même s'il n'a jamais employé le terme Rechtsstaat<sup>2833</sup>. Nous suivons ici le discours traditionnel consistant à associer le Rechtsstaat à Kant.

**Caractères du modèle selon Kant.** Le Rechtsstaat peut se caractériser à partir de plusieurs perspectives, bien que la liberté constitue toujours la fin suprême et la primauté du droit la fin subordonnée. Du point de vue institutionnel et historique, la revendication en faveur de l'Etat de droit prend la forme à ses débuts d'une apologie de l'absolutisme éclairé, puis de la monarchie constitutionnelle où le pouvoir du prince est tempéré par des institutions représentatives élues<sup>2834</sup>.

---

<sup>2830</sup> OPPETIT B., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1999, p. 96.

<sup>2831</sup> Ibid.

<sup>2832</sup> V. HEUSCHLING L., Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law, préf. DREYFUS Fr., Paris : Dalloz, 2002, p. 40 ; CARPANO E., Etat de droit et droits européens, préf. DEBARD Th., postf. ZILLER J., Paris : L'Harmattan, 2005, p. 66 et s., sp. p. 80 : « en pensant un Etat tout entier coulé dans le moule du droit (état juridique), fonctionnant selon les principes républicains (séparation des pouvoirs et principe représentatif) en vue de la réalisation de la liberté (Etat libéral), Kant est bien le précurseur de la théorie du Rechtsstaat ».

<sup>2833</sup> Les prémisses de l'idée de l'état de droit apparaissent déjà dans la doctrine de l'école du droit naturel. On la trouve également chez Coke, Hobbes, Locke, Montesquieu ou Rousseau. Dans sa thèse, Luc Heuschling distingue le terme Rechtsstaat, du concept, lui permettant d'attribuer la paternité du premier à Placidus (ou Johann Wilhem Petersen) et celle du second à Kant. Concernant le terme, il apparaît sous la plume d'un certain Placidus, en 1798, à l'occasion de la distinction entre « théoriciens de l'Etat de droit » (Rechts-Staats-Lehrer) qui dénie à l'Etat absolutiste le droit de s'occuper du bonheur de ses sujets et les « théoriciens du droit de l'Etat » (Staats-Rechts-Lehrer) qui défendent au contraire l'Etat de police (Polizeistaat). La notion de Rechtsstaat serait étroitement liée à la critique kantienne fondée sur l'idée de République, contre le paternalisme des rois absolus du XVIIIe siècle. Le terme se retrouve ensuite chez un représentant du « romantisme politique », Adam, en 1809, puis chez Carl Theodor Weckler avec lequel le terme Rechtsstaat, préféré au vocable kantien Republik s'impose définitivement comme l'incarnation de l'Etat libéral censé succéder aux formes de l'état despotique et de l'état théocratique. En 1832 et 1833, Robert Von Mohl (1799-1875) emploie le terme, dès l'intitulé, dans son *Traité de la science politique d'après les principes de l'Etat de droit* [Rechtsstaat], ce qui vaut au terme une grande diffusion (HEUSCHLING L., th. préc., p. 39).

<sup>2834</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 59 et s.

Politiquement, l'une des conditions sine qua none de la République selon Kant<sup>2835</sup> est la séparation des pouvoirs. Juridiquement, le Rechtsstaat correspond au règne de la loi, « parée des vertus de la justice, de la raison et de l'objectivité<sup>2836</sup> ». Source exclusive du droit<sup>2837</sup>, la loi – issue de l'assemblée représentative des citoyens<sup>2838</sup> – accompagnée de la contrainte publique est l'instrument de l'Etat pour distribuer à chacun la part qui lui revient, c'est-à-dire la sphère de liberté qui lui revient de droit. La finalité du Rechtsstaat, c'est la promotion et la garantie dans la société politique du droit inné qu'est la liberté telle que la raison pratique peut le découvrir. Le Rechtsstaat s'oppose logiquement « à l'arbitraire du pouvoir, à la violence potentielle inscrite dans tout rapport de domination<sup>2839</sup> » et se dresse contre le paternalisme<sup>2840</sup> étatique et le despotisme<sup>2841</sup>, chacun d'eux étant par nature liberticide.

**L'anti-Polizeistaat.** Si Kant n'évoque pas l'Etat de police en tant que tel, il s'oppose néanmoins au mode de gouvernement paternaliste, par nature despotique, auquel correspond l'Etat de police<sup>2842</sup>. Précisément, la critique kantienne repose sur la contestation de la finalité que prétendent poursuivre les princes dans l'exercice de leurs pouvoirs et plus précisément, le bien-être spirituel des sujets. Pour Kant, dont la position se veut antithétique à celle de Wolff, aucun critère rationnel ou objectif ne peut permettre à l'Etat, compte tenu de la diversité des goûts et des besoins de chacun, d'assurer comme il le prétend la félicité de chacun de ses sujets. Empruntant un chemin distinct de celui de Bentham, Kant arrive au même point : le

---

<sup>2835</sup> V. CARPANO E., *Etat de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'état de droit dans le cadre de l'euro-pénétration des systèmes juridiques*, préf. DEBARD Th., postf. ZILLER J., p. 77.

<sup>2836</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 42.

<sup>2837</sup> V. CARPANO E., th. préc., p. 71.

<sup>2838</sup> V. CARPANO E., id., p. 79.

<sup>2839</sup> HEUSCHLING L., id., p. 42.

<sup>2840</sup> KANT E., « Sur un lieu commun », in *Œuvres philosophiques*, trad. FERRY L., t. 3, 1986, p. 271, cité par CARPANO E., th. préc., p. 76 : « le gouvernement qui serait institué sur le principe du bon vouloir à l'égard du peuple, comme celui d'un père avec ses enfants, c'est-à-dire un gouvernement paternel (imperium paternale), dans lequel donc les sujets sont contraints, comme des enfants mineurs qui ne peuvent pas distinguer ce qui est pour eux véritablement utile ou pernicieux, de se comporter de façon simplement passive, pour attendre uniquement du jugement du chef de l'Etat la façon dont ils gouvernement constitue le plus grand despotisme concevable ».

<sup>2841</sup> Le despotisme, tel qu'il est employé par les penseurs libéraux allemands, et notamment Kant, se caractérise « par le règne du bon plaisir de celui qui détient la puissance et qui fait prévaloir ses propres intérêts privés, ou ceux de ses collaborateurs, sur l'intérêt général. » (HEUSCHLING L., th. préc., p. 52.)

<sup>2842</sup> KANT E., *Théorie et pratique*, Paris : Vrin, 1972, p. 45, cité par LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 24 : « le souverain veut rendre le peuple heureux selon l'idée qu'il s'en fait et il devient despote ; le peuple ne veut pas se laisser frustrer de la prétention au bonheur commune à tous les hommes et il devient rebelle ». V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 49 ; SENELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (Wohlfahrtsstaat) en Allemagne », art. préc., p. 473.

bonheur ne peut se décréter ; il appartient à chacun de se fixer les fins qui le mèneront au bonheur<sup>2843</sup>. Pour Kant, l'Etat, pour être au conforme aux principes de droit naturel, doit s'en tenir exclusivement à garantir la sphère de liberté de chacun des individus et renoncer à toute finalité eudémonique<sup>2844</sup>.

**Critique libérale de la police.** La critique kantienne est entendue par les libéraux qui ne tardent pas à la diriger contre la police<sup>2845</sup>. Dans le sillon tracé par Kant, Svarez et Wilhelm von Humboldt tentent de redessiner des « espaces échappant au contrôle de la Polizei<sup>2846</sup> ». Il s'agit surtout pour ces auteurs de bien réfuter l'amalgame de la sécurité et du bien-être afin de faire de la première la finalité de l'Etat et la seconde la finalité de l'individu. Ces finalités distribuées, il est alors possible de penser les limites à l'exercice des pouvoirs de l'Etat. Même s'il n'est pas encore question de contrôle de proportionnalité, les efforts de ces penseurs libéraux pour définir le rôle de l'Etat seront reconnus, a posteriori comme étant à la source de l'exigence de proportionnalité destinée à limiter l'action administrative.

Ce mouvement critique contre l'Etat de police prend substantiellement appui sur la doctrine (notamment kantienne) des droits naturels qui fleurit grâce aux Lumières<sup>2847</sup>. Le discours des droits naturels et spécifiquement celui de la liberté facilitent l'identification et la revendication de certaines activités qu'il s'agit de mettre à « l'abri de la police<sup>2848</sup> ». Elever la liberté au rang de droit naturel, c'est corrélativement tracer un trait au-delà duquel toute intervention étatique se pense et se dénonce en violation d'un droit naturel<sup>2849</sup>.

**Tentative de conciliation entre le Polizeistaat et le Rechtsstaat.** D'autres auteurs<sup>2850</sup>, à l'instar de Mohl, préfèrent mesurer l'élan libéral au regard des signes précurseurs de « la

---

<sup>2843</sup> V. sur ce point, HEUSHLING L., th. préc., p. 46 ; STOLLEIS M., op. cit., p. 582.

<sup>2844</sup> V. KANT E., op. cit., p. 30, cité par LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 24 : « le concept d'un droit extérieur en général découle entièrement du concept de la liberté dans les rapports extérieurs des hommes entre eux et n'a absolument rien à voir avec la fin qui est de façon naturelle celle de tous les hommes (l'intention de parvenir au bonheur), ni avec la prescription des moyens d'y parvenir ; en sorte que, pour cette raison également, cette fin ne doit absolument pas s'immiscer dans cette loi au titre de principe déterminant ».

<sup>2845</sup> V. STOLLEIS M., loc. cit.

<sup>2846</sup> STOLLEIS M., op. cit., p. 529.

<sup>2847</sup> V. CARPANO E., th. préc., pp. 73 et s.

<sup>2848</sup> STOLLEIS M., op. cit., p. 573.

<sup>2849</sup> V. FLEINER Fr., op. cit., p. 235.

<sup>2850</sup> Tel que Lorenz von Stein (1815-1890). Célèbre constitutionnaliste allemand, selon lequel, l'État de droit doit, promouvoir le progrès et l'épanouissement de tous ses membres. Stein est réputé pour avoir intégré une « dimension sociale » à l'étude de l'Etat de droit, et d'avoir proposé une réflexion sur les rapports entre Etat de

question sociale<sup>2851</sup> ». Dans son ouvrage *La science de la police selon les principes de l'État de droit*, Robert Von Mohl tente de dépasser l'opposition *Polizeistaat/Rechtsstaat* afin de montrer leur complémentarité. Son projet consiste à proposer l'organisation d'un «État de droit et de police<sup>2852</sup> » dans lequel se coordonneraient la liberté de chacun<sup>2853</sup> et les fonctions de la police<sup>2854</sup>. Cette coordination implique de soumettre l'administration à l'État constitutionnel<sup>2855</sup>. Mohl ne dégagne pas de principes généraux ; il indique ponctuellement des moyens grâce auxquels l'action de l'administration ne compromet pas l'État de droit. A cette occasion, il préconise déjà une exigence de proportionnalité de l'action administrative<sup>2856</sup>. Malgré cette volonté de dessiner un cadre à l'exercice des pouvoirs de police, Mohl ne souhaite pas que l'État se désengage aussi radicalement que le souhaiteraient les promoteurs du *Rechtsstaat* au profit de la seule sécurité. L'action étatique demeure légitime lorsqu'elle pallie ou supplée aux forces individuelles insuffisantes ou défailtantes<sup>2857</sup>. Cette dialectique propre aux « libéraux modérés », partagés entre la conviction selon laquelle la garantie des droits individuels est une nécessité et la conviction que la société ne saurait prospérer sans l'appui de l'État, mène directement au discours de la proportionnalité.

*ii) Les conditions de formation du principe de proportionnalité*

**Emergence du droit de la police.** Mode de régulation sociale, la police était également un objet d'étude. La science de la police était consacrée à l'étude de l'efficacité des ordonnances de police au regard de leur contribution au bien-être spirituel et matériel des sujets du Prince.

---

droit et société bourgeoise (v. LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., 30 ; FORSTHOFF E., op. cit., p. 97).

<sup>2851</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 49 ; JOUANJAN O., « Présentation », in, JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 24.

<sup>2852</sup> Cité par CARPANO E., th. préc., p. 86

<sup>2853</sup> MOHL R., *Die Polizei-Wissenschaft*, 2e éd., 1844, t. 1, p. 8, cité par STOLLEIS M., op. cit., 43 : « un *Rechtsstaat* ne peut avoir d'autre but que celui d'ordonner la vie en commun du peuple de telle façon que chacun de ses membres soit soutenu et encouragé dans le développement le plus libre et le plus complet de toutes ses facultés. Ce en quoi doit consister ce soutien et cet encouragement est aisément saisissable. Suivant cette vision du monde, la liberté du citoyen constitue le principe suprême ».

<sup>2854</sup> V. LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 28.

<sup>2855</sup> V. GAILLET A., *L'individu contre l'Etat*, préf. JOUANJAN O., Paris : Dalloz, 2012, p. 176.

<sup>2856</sup> Ibid. V. égal. SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 14, 2008, p. 19, disponible sur [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/14](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14)

<sup>2857</sup> V. LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 28.

Avec le déclin de l'analyse finaliste de ces normes au profit de l'analyse formaliste, la science de la police devenait de moins en moins appropriée. Parallèlement, les juristes s'intéressent de plus en plus à cette réglementation et des ouvrages portant sur le droit de la police commencent à paraître dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>2858</sup>. L'auteur ayant le plus contribué à l'autonomie du droit de la police (en tant que science) est sans aucun doute Günter Heinrich Von Berg (1765-1843). Dans *Manuel des droits de la police en Allemagne* publié en 1799, celui-ci entend traiter le droit de la police dans toute son étendue<sup>2859</sup>. Pour ce faire il distingue police et justice selon le critère fonctionnel : si la justice remplit une fonction conservatrice et réparatrice, celle de la police est de nature préventive. Le rôle de cette dernière est d'écartier les maux à venir préjudiciables à l'intérêt commun. Dans ce cadre, la police est garante de la liberté des citoyens et assure la protection de leur propriété<sup>2860</sup>.

**Amorce d'une exigence de proportionnalité.** Distinguer la police et la justice ne signifie pas séparer droit et police. Contrairement à Kant, Berg estime qu'il serait irréaliste et déraisonnable d'exclure l'Etat du domaine du bien-être. Il reconnaît néanmoins que l'action du gouvernement dans la poursuite de cette fin doit être exempte de toute contrainte injustifiée. La science de la police doit alors demeurer au service de l'Etat en vue du bien commun. Toutefois les pouvoirs de police doivent être exercés systématiquement dans les limites prévues par le droit. Berg suggère même de soumettre certaines mesures de l'Etat à une exigence de « proportionnalité<sup>2861</sup> ».

En conciliant l'exigence d'une garantie des droits individuels et un interventionnisme étatique modéré, Berg, à l'instar de Mohl, cherche à optimiser l'intervention de l'Etat en réduisant ses effets contraignants sur les activités économiques tout en conservant ses avantages<sup>2862</sup>. Cette position modérée, qui signe le déclin de la science de la police, était partagée par de

---

<sup>2858</sup> Traiter la police comme une branche du droit a été entrepris à la moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle par Teutschenbrunn (1711-1760). Celui-ci a publié le premier traité juridique (*Initia iuris politiae Germanorum*) explicitement consacré au droit de la police (v. STOLLEIS M., op. cit., p. 585 ; GAILLET A., *L'individu contre l'Etat*, préf. JOUANJAN O., Paris : Dalloz, 2012, p. 175).

<sup>2859</sup> V. BERG H. V., *Handbuch des Teutschen Polceyrechts*, Hanovre, t.1, 1799, p. 67, cité par STOLLEIS M., op. cit., p. 586.

<sup>2860</sup> V. STOLLEIS M., id., p. 587.

<sup>2861</sup> Le terme aurait été utilisé la première fois dans son *Handbuch des Teutschen Polceyrichts*, 2<sup>e</sup> éd., Hannover, 1802, cité par XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, préf. GAUDEMET Y., Paris : LGDJ, 1995, p. 113. V. GALETTA D.-U., « Le principe de proportionnalité », in, AUBY J.-B., DUTHEIL de La ROCHERE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 501 ; SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 19.

<sup>2862</sup> V. STOLLEIS M., op. cit., p. 589.

nombreux libéraux, favorables au retrait de la police dans certains secteurs (mœurs, religion), et à son maintien dans d'autres (instruction publique, économie). La restriction de l'activité administrative au seul champ de la sécurité préconisée par les libéraux radicaux n'était pas une réponse appropriée aux besoins d'une société civile « nullement autonome<sup>2863</sup> ». Certes, le bourgeois allemand « *n'acceptait plus d'être tenu en tutelle* », note M. Stolleis « mais bien *volontiers d'être assisté*<sup>2864</sup> ». La recherche devait donc être menée sur le terrain de la conciliation de l'exercice de l'activité de l'administration avec les intérêts individuels.

**Les revendications bourgeoises. Le cas prussien.** Grande puissance économique et militaire et leader des « Länder » allemands, la Prusse se caractérise, ainsi que l'a voulu le despote éclairé Frédéric le Grand (1712-1786) par son ordre juridique fondé sur des principes rationnels, tels que la tolérance religieuse et le respect des libertés individuelles<sup>2865</sup>. En dépit de cette orientation libérale, le pouvoir politique s'exerce sans partage et les interventions de la police demeurent toujours contrariantes, notamment dans le domaine de la censure. A partir de la Révolution de mars de 1848 qui voit les libéraux et les démocrates s'opposaient violemment au régime monarchique, la Prusse « rompt avec la dogmatique libérale initiale *optant pour une vision 'formelle et technique' de l'Etat de droit, dans l'unique but de maintenir la monarchie menacée, l'idéal de la souveraineté du droit cédant devant celui de la souveraineté de l'Etat*<sup>2866</sup> ». Sous la pression de la rue, la Prusse se dote d'une constitution et devient une monarchie constitutionnelle gouvernée par un régime dualiste dans lequel coexistent deux pouvoirs : le Prince et le Parlement (landtag), lequel dispose du pouvoir de limiter dans une certaine mesure l'exercice de la police<sup>2867</sup>. Par l'intermédiaire de la loi votée par les représentants du peuple, « *l'administration rencontre la société*<sup>2868</sup> ».

---

<sup>2863</sup> STOLLEIS M., op. cit., p. 593.

<sup>2864</sup> Ibid. VINCENT M.-B., Histoire de la société allemande au XXe siècle, Paris : La Découverte, 2011, p. 70 : « *L'héritage bureaucratique de l'Allemagne depuis le XVIIIe siècle* », explique M. Vincent « donne une orientation étatiste (et non libérale) à cette bourgeoisie ».

<sup>2865</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., Proportionality and Constitutional Culture, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 25.

<sup>2866</sup> CALMES S., th. préc., n° 29.

<sup>2867</sup> LABAND P., Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5e éd., Partie 2, Section 8 (Systematische Rechtswissenschaft), p. 325, cité par GAILLET A., th. préc., n° 414 : « la représentation populaire n'est pas titulaire de la puissance publique, elle n'y participe pas non plus ; elle n'a pas de droit de domination sur les citoyens ; elle ne peut pas mettre en œuvre la volonté étatique ; mais elle limite le prince dans l'exercice des droits de gouvernement, dans la mesure où il est lié à son concours, son approbation et son contrôle ».

<sup>2868</sup> FORSTHOFF E., op. cit., pp. 80-81. L'administration et la bourgeoisie sont d'anciens alliés. En effet, au début de l'absolutisme, elles étaient liées dans l'opposition à l'Empire et à la féodalité. A l'époque du caméralisme, « *l'esprit rationaliste bourgeois [ayant] pénétré l'administration* », la bourgeoisie tirait profit de la politique économique mercantile et égalitariste (v. FORSTHOFF E., id., p. 79).

L'une des premières victoires des libéraux est la subordination de certains actes de l'administration à la loi<sup>2869</sup>. Néanmoins, faute de contrôle juridictionnel, l'activité administrative demeure en pratique peut encadrée<sup>2870</sup>.

Puisque les aspirations de la bourgeoisie libérale à la souveraineté nationale demeurent partiellement insatisfaites, elle va dans le dernier tiers du XIXe siècle épouser une autre cause et « de politique, le libéralisme devient économique<sup>2871</sup> ». Afin de jouir d'une forme d'autonomie économique, la bourgeoisie réclame de l'agent public qu'il agisse de manière rationnelle. Il est en effet nécessaire explique Forsthoff « *d'augmenter la prévisibilité du comportement de l'Etat [car] l'entreprise capitaliste est basée sur le calcul des chances de profit. Un tel calcul exige des données stables et notamment une société rationalisée. Pour cela il faut, en premier lieu, un droit rationnel et un Etat rationnel, dont le comportement soit prévisible, c'est-à-dire qui soit lié par des règles générales<sup>2872</sup> » ». C'est vers ce but que la bourgeoisie dirige ses efforts. Le discours du « Rechtsstaat », à cette fin, est actualisé afin de promouvoir les libertés économiques et de permettre la condamnation des excès de l'administration<sup>2873</sup>.*

**Le renouveau du discours du Rechtsstaat au service de la bourgeoisie.** Traditionnellement avons-nous vu, l'Etat de droit se présentait comme « *l'organisation politique et sociale destinée à mettre en œuvre les principes de la démocratie et du libéralisme<sup>2874</sup> » ». Dans la doctrine constitutionnelle du Rechtsstaat, l'instrument de l'Etat de droit est la loi et l'organe chargé de protéger les libertés, le Parlement. Cette acception n'était toutefois plus suffisante, notamment dans des Etats, comme la Prusse, qui s'étaient dotés d'une Constitution et d'un Parlement. Malgré ces changements favorables à la liberté politique, le dernier bastion du Polizeistaat résiste<sup>2875</sup> : son domaine est le droit administratif. Pour le contrer, il faut adapter le discours du Rechtsstaat. En premier lieu, la figure salvatrice du juge est substituée à celle du législateur ; en second lieu, le discours quitte « *la théorie générale de l'Etat et du droit**

---

<sup>2869</sup> Les atteintes à la liberté et à la propriété forment la « réserve de la loi », notamment dans le domaine budgétaire, ZOLLER E., op. cit., p. 67.

<sup>2870</sup> Ibid.

<sup>2871</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 74.

<sup>2872</sup> FORSTHOFF E., op. cit., pp. 80-81.

<sup>2873</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 74 ; STOLLEIS M., op. cit., p. 574.

<sup>2874</sup> CALMES S., th. préc., n° 28.

<sup>2875</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 77.

constitutionnel – où se trouvait jadis son « siège » et dont il disparaît presque totalement – [pour] le domaine du droit administratif et de la science administrative<sup>2876</sup> ».

Attaché à l'origine à une conception matérielle ou substantielle de l'Etat, le Rechtsstaat devient un concept formel qui se réduit à exiger le respect de la légalité<sup>2877</sup> et l'aménagement rationnel de l'ordre juridique. Moins finalisée et politisée que l'originelle<sup>2878</sup>, la nouvelle conception du Rechtsstaat s'intéresse davantage à l'exécution<sup>2879</sup> de la règle qu'à sa conformité aux principes de droit naturel. Enfin, la liberté, en tant que valeur suprême promue par le Rechtsstaat tend à être substituée par la sécurité juridique<sup>2880</sup>. En ce sens l'Etat de droit est synonyme d'Etat légal<sup>2881</sup> ou d'Etat bourgeois<sup>2882</sup>.

**La promotion de la justice administrative par la doctrine.** Témoin de l'inactivité du Parlement – composé essentiellement d'aristocrates à la solde du monarque<sup>2883</sup> – pour restreindre l'exercice du pouvoir administratif, la bourgeoisie libérale prussienne exige un contrôle juridictionnel de l'action de l'administration<sup>2884</sup>. Ce projet « *auquel s'identifie peu à peu le Rechtsstaat*<sup>2885</sup> » constitue un « moment névralgique<sup>2886</sup> » pour l'histoire du Rechtsstaat et celle du principe de proportionnalité. « Au cours de ce débat sur le contentieux administratif » indique Luc Heuschling « émerge ainsi la nouvelle figure du juge, dont le rôle

---

<sup>2876</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 78. Sur cette mutation, v. CARPANO E., th. préc., p. 94 ; GAILLET A., th. préc., n° 178 et s. ; STOLLEIS M., op. cit., p. 504.

<sup>2877</sup> V. CARPANO E., th. préc., p. 95 : « Friedrich Julius Stahl est le premier à avoir identifié l'Etat de droit à la légalité » ; HEUSCHLING L., th. préc., p. 97 et pp. 74 et s. V. égal. CARPANO E., th. préc., p. 92 et s.

<sup>2878</sup> V. STOLLEIS M., « Rechtsstaat », Handwörterbuch zur Deutschen rechtsgeschichte, t. 4, col 371, cité par JOUANJAN O., « Présentation », in, JOUANJAN O., *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 24.

<sup>2879</sup> V. JOUANJAN O., « Présentation », in, art. préc., p. 33.

<sup>2880</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 77.

<sup>2881</sup> V. JOUANJAN O., « Présentation », art. préc., p. 33.

<sup>2882</sup> L'état de droit formel est aussi un Etat de droit bourgeois, garantissant les seules libertés et propriétés reconnues (v. GAILLET A., th. préc., p. 427).

<sup>2883</sup> V. COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 26.

<sup>2884</sup> V. COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, pp. 26-27 ; HEUSCHLING L., th. préc., p. 74.

<sup>2885</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 74 ; JOUANJAN O., « Présentation », art. préc., p. 34 : « *c'est désormais la question de la justice, et particulièrement de la justice compétente pour juger de l'administration qui forme le centre d'intérêt de la doctrine nouvelle de l'Etat de droit. Elle apparaît comme la clef institutionnelle de l'Etat du droit administratif bien ordonné. Mais elle porte encore les espoirs de la doctrine libérale tardive et devient ainsi l'enjeu fondamental* ».

<sup>2886</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 74.

et le pouvoir ne cesseront de croître en Allemagne et partout dans le monde<sup>2887</sup> ». Cette revendication en faveur d'un contrôle juridictionnel est relayée par la doctrine libérale.

Prenant appui sur l'observation du droit privé, Otto Bähr, estime de manière radicale que, sans juge il n'y a pas de droit<sup>2888</sup>. La condition d'existence et la clef de voûte de l'Etat de droit n'est, selon lui, pas la Loi mais le Juge. En conséquence, il soutient au regard de l'inefficacité des mécanismes politiques de garantie du droit public, que le juge judiciaire soit compétent pour contrôler les décisions de l'administration<sup>2889</sup>. Il évoque autrement la possibilité d'une juridiction administrative à la condition que sa structure soit calquée sur la juridiction judiciaire et qu'elle soit indépendante du pouvoir exécutif<sup>2890</sup>.

Gneist en dépit de raisons distinctes parvient aux mêmes conclusions<sup>2891</sup>. Le contentieux administratif se caractérise par l'irréductible confrontation entre intérêts individuels et l'intérêt du droit public, c'est-à-dire le bien commun. Il faut donc veiller à ne pas dissoudre ce rapport fondamentalement inégalitaire par un classique arbitrage entre intérêts juridiques, ce que ne manquerait pas de faire les juges judiciaires habitués à résoudre la « *collision d'un droit et d'un contre-droit*<sup>2892</sup> ». Il propose donc la création de cours administratives indépendantes et spécialisées dont la principale fonction serait d'assurer la stabilité et la cohérence du droit administratif<sup>2893</sup>.

Otto Mayer partage ces opinions. Selon lui, tant qu'il n'y a pas de juridictions pour le droit public, l'Etat reste un « Etat de police ». Le critère distinctif du « Polizeistaat » n'est pas sa nature arbitraire mais l'absence de contrôle juridictionnel du pouvoir de l'Etat<sup>2894</sup>. Selon sa

---

<sup>2887</sup> Id.

<sup>2888</sup> BÄHR O., *Der Rechtsstaat*, Aalen Scientia, 1961, p. 12 : « *le droit et la loi n'acquièrent leurs véritables signification et pouvoir qu'à l'instant où ils trouvent à leur disposition un juge* en vue de leur réalisation. En son absence, ils ne resteront que trop souvent lettre morte. Il manque le nécessaire lien entre eux et la vie » (cité et traduit par HEUSCHLING L., th. préc., p. 83).

<sup>2889</sup> V. CARPANO E., th. préc., pp. 99-100.

<sup>2890</sup> V. JOUANJAN O., « Présentation », art. préc., p. 35 ; ZIMMER W., « Une conception organiciste de l'Etat de droit : Otto Bähr et Otto von Gierke », in, JOUANJAN O. (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 230 et s.

<sup>2891</sup> Gneist constate la profondeur du fossé qui sépare l'Etat et la société. Le parlement, pourtant censé relier l'un et l'autre, ne remplit pas son rôle. Dès lors, pour Gneist, c'est l'administration qui doit servir de relais entre le pouvoir et le peuple. Pour y parvenir, il faut d'une part éviter de favoriser la bureaucratie administrative, surtout au moment de la formation des fonctionnaires, et d'autre part, lutter contre l'arbitraire administratif. (v. JOUANJAN O., « Présentation », art. préc., p. 39).

<sup>2892</sup> GNEIST R., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (1872)*, réimp. Darmstadt, Gentner, 1858, p. 264, cité par JOUANJAN O., « Présentation », art. préc., p. 40.

<sup>2893</sup> ARGYRIADIS-KERVEGAN C., « Rudolf Gneist : la justice administrative, institution nécessaire de l'Etat de droit », in, JOUANJAN O., *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 247.

<sup>2894</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 84.

célèbre formule, « le *Rechtsstaat* est l'état qui dispose d'un droit administratif bien ordonné<sup>2895</sup> », ce qui suppose a priori la légalité de l'action administrative, et a posteriori la faculté reconnue aux administrés de pouvoir contester n'importe quel acte administratif devant un juge.

**Création des cours administratives.** En définitive, pour l'ensemble de ces auteurs, le *Rechtsstaat* signifie essentiellement la subordination de l'administration au juge<sup>2896</sup>. Le message de cette doctrine libérale destiné au droit administratif « sera entendu : dans les divers Etats allemands, le pouvoir législatif installe des juridictions administratives et *commence à s'ériger* un droit administratif garantissant les droits subjectifs des individus<sup>2897</sup> ». Puis, en 1875 est ainsi établie une Cour Suprême administrative en Prusse qui deviendra pour toute l'Allemagne la plus grande source d'exposition des principes du droit administratif<sup>2898</sup>.

Les magistrats étant recrutés en grande majorité dans les classes bourgeoises, ils constituent de fervents partisans des idées libérales<sup>2899</sup>. La bourgeoisie peut désormais compter sur l'appui des juridictions administratives pour que les libertés individuelles soient défendues et l'action administrative encadrée. Cette période correspond à l'essor de l'Etat de droit bourgeois (*bürgerlicher Rechtsstaat*) : c'est-à-dire un « un Etat de police modéré, qui respecte les droits individuels et qui accepte le jugement des juges<sup>2900</sup> », et dans lequel les pouvoirs sont séparés et l'administration soumise à la loi<sup>2901</sup>.

Il s'agit désormais de fonder le pouvoir du juge à fixer des limites à l'administration.

*iii) La formation du principe de proportionnalité*

**Introduction du principe de nécessité.** L'introduction de l'exigence de proportionnalité de l'action de l'Etat au but poursuivi date, selon la doctrine, de la décision *Kreuzberg-Urteil*

---

<sup>2895</sup> HEUSCHLING L., th. préc., p. 60.

<sup>2896</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 64.

<sup>2897</sup> Ibid.

<sup>2898</sup> SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 19.

<sup>2899</sup> V. HEUSCHLING L., th. préc., p. 91, note 104.

<sup>2900</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 67.

<sup>2901</sup> FORSTHOFF E., op. cit., p. 79.

rendue par la Cour administrative d'instance supérieure prussienne (Preussisches Oberverwaltungsgericht) le 14 juin 1882<sup>2902</sup>. Dans cette décision, les juges mettent en cause l'administration dont la mesure litigieuse n'était pas nécessaire pour atteindre le résultat projeté<sup>2903</sup>. Il s'agit en vérité d'une application d'une exigence de nécessité plus que de proportionnalité au sens strict<sup>2904</sup>.

A la suite de l'arrêt, note M. Schwarze, la Cour se met progressivement à vérifier si la mesure prise par la police ne dépasse pas, en intensité, ce que l'objectif considéré exige<sup>2905</sup>. Les juges se fondent sur les termes mêmes de la disposition générale de police du Code Prussien rédigée par Svarez qui habilite la police à prendre « les dispositions nécessaires au maintien de la paix publique<sup>2906</sup> ». Peu à peu, c'est l'ensemble des juridictions administratives prussiennes qui mettent en œuvre ce principe de nécessité<sup>2907</sup>. D'autres juridictions administratives allemande suivent l'exemple de la Prusse et condamnent les ingérences de la police. Ces premiers résultats jurisprudentiels sont synthétisés par la doctrine.

**La proportionnalité dans la doctrine administrativiste : l'exemple de l'ouvrage d'Otto Mayer.** Quatre ans après avoir rédigé en allemand un ouvrage sur le droit administratif français<sup>2908</sup>, Otto Mayer publie *Le droit administratif allemand*, première étude complète du droit administratif allemand<sup>2909</sup> dans laquelle, notamment, il expose l'étendue des pouvoirs de

---

<sup>2902</sup> V. SCHWARZE J., *Droit administratif européen*, 2 t., Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes ; Bruxelles : Bruylant, 1994, p. 729 ; GALETTA D.-U., « Le principe de proportionnalité », in, AUBY J.-B., DUTHEIL de La ROCHERE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 501 ; KUNNECKE M., *Tradition and Change in Administrative Law*, Berlin : Springer, 2007, p. 110.

<sup>2903</sup> V. SINGH M. P., *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlin : Springer, 2001, p. 160 ; EMILIOU N., *The principle of proportionality in European law*, Londres : Kluwer, 1996, p. 24.

<sup>2904</sup> En ce sens, v. SCHWARZE J., loc. cit. ; VIEU M.-H., *Le principe de proportionnalité devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, La Réunion : 2000, th. dactyl., p. 40.

<sup>2905</sup> V. les références citées par SCHWARZE J., op. cit., p. 730, note 31 ; V. égal. SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 19.

<sup>2906</sup> Partie II, titre 17, § 10, du Code general Prussien cité par SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 19.

<sup>2907</sup> V. SCHWARZE J., op. cit., p. 730.

<sup>2908</sup> V. RIVERO J., « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final », RIDC, vol. 41, n°4, 1989, p. 910.

<sup>2909</sup> Mayer a profondément fait progresser la science du droit public. Toute sa théorie repose sur l'idée d'Etat de droit qu'il oppose aux formes d'état précédentes, à savoir celle de l'Etat patrimonial et celle de l'Etat de police. Mayer rejoint l'attitude des publicistes français en assimilant l'Etat à une personne publique mais se distingue de ces derniers en attribuant à l'Etat des droits publics subjectifs sur le même mode que les droits subjectifs en droit privé. En voulant faire un parallèle avec le droit privé, Mayer a donné conscience aux juristes de son temps de l'unité du droit allemand (v. FORSTHOFF E., op. cit., pp. 102-109 ; RIVERO J., « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final », art. préc., p. 920).

police et ses limites. Pour l'auteur, le principe de proportionnalité, qu'il fonde sur le droit naturel, est l'une des manifestations de l'Etat de droit bourgeois<sup>2910</sup>. Dans cet ordre libéral, l'impact de l'exercice de police sur les activités individuelles doit être réduit au strict nécessaire.

Pour Meyer, la police a pour objet la prévention ou la cessation des troubles, qu'il définit comme « *toute manifestation de la vie de l'individu, susceptible de compromettre, par son effet social, les forces contenues dans la société*<sup>2911</sup> ». Le trouble n'est pas tant une atteinte à une liberté ou un droit, qu'un obstacle potentiel à la réalisation d'un projet d'un ou de plusieurs individus au sein de la société. Corrélativement, la mesure prise par la police ne saurait, sans constituer elle-même un trouble, compromettre les forces contenues dans la société. En conséquence, le « fondement du pouvoir de police dans le droit de la nature exige que la défense soit en proportion du trouble ; *ainsi est fixée la mesure de l'effort de police*<sup>2912</sup> ». A partir de cette idée, Mayer, pratiquant l'art délicat de la distinction, illustre par une série de manifestations de l'exercice, tantôt approprié tantôt excessif, comment le pouvoir de police doit être concrètement mis en œuvre.

Par exemple, lorsqu'un trouble est constaté, il faut selon Mayer désolidariser le trouble illicite de l'activité licite et exercer le pouvoir de police, autant que possible, sur la seule activité génératrice de trouble<sup>2913</sup>. Mayer cite l'exemple d'un débiteur de boissons qui proposerait illégalement à la vente de l'eau-de-vie dans sa boutique que la police menacerait alors de ferme. Pour l'auteur, une telle menace est manifestement disproportionnée puisque le commerce en lui-même est en règle, « *ce qui est contraire (...) c'est uniquement le fait de débiter occasionnellement de l'eau-de-vie ; c'est cela seulement qu'il s'agira d'empêcher*<sup>2914</sup> ». Il s'agit alors « de ne pas arracher le blé avec les mauvaises herbes<sup>2915</sup> ».

---

<sup>2910</sup> V. FORSTHOFF E., op. cit., p. 79. A propos de l'arrêt Kreuzberg, M. Napoli souligne que « l'idéologie juridique dominante à l'époque dans le droit civil tend à exalter l'autonomie de la volonté individuelle et pèse certainement dans la décision de la cour », NAPOLI P., op. cit., p. 285.

<sup>2911</sup> MAYER O., Le droit administratif allemand, t. 2, Paris : Giard et Brière, 1904, pp. 18-19.

<sup>2912</sup> MAYER O., id., p. 29.

<sup>2913</sup> Le trouble qui émane de l'individu se présente souvent, dans l'ensemble des autres manifestations de son existence, comme une partie d'un ensemble d'activité plus étendue. Dans ce cas, le pouvoir de police ne doit pas, sans nécessité, supprimer, en même temps que le trouble, ce qui est licite et admis encore par la liberté sociale, et arracher ainsi le blé avec les mauvaises herbes. Dans la mesure où cela est possible, le pouvoir de police doit faire une distinction. Cela s'appliquera surtout au cas où des faits contraires à la police ont lieu dans la sphère et à l'occasion d'une entreprise licite, par exemple, des actions indépendantes qui ne touchent pas au caractère de l'entreprise elle-même. L'autorité de police qui, pour combattre le trouble, supprimerait, dans ces circonstances, l'entreprise entière, commettrait un excès de pouvoir (v. MAYER O., loc. cit.).

<sup>2914</sup> MAYER O., id., p. 30 note II.

Mayer enjoint ainsi la police à renoncer au raisonnement binaire autorisation/interdiction et l'invite à recourir systématiquement à de subtiles distinctions entre ce qui est de l'ordre du normal et de l'ordre du trouble, afin d'adapter la mesure à l'étendue du trouble résultant d'une activité relativement normale.

**Essor du principe de proportionnalité.** L'augmentation des litiges et l'expansion des activités de régulation de l'Etat concourent à l'accroissement de l'emploi du principe de proportionnalité encore exprimé sous la forme du principe de nécessité. A cette époque constatent MM. Sweet et Mathews, les juridictions ne se fondent pas sur la violation des droits fondamentaux contenus dans les déclarations attachées à la plupart des constitutions étatiques. Toutefois les juges, en traduisant ces droits en principe, trouvent le moyen d'encadrer l'exécutif (mais pas le législatif)<sup>2916</sup>. Après le premier conflit mondial, sous la République de Weimar (1919-1933), les juges de la Cour Suprême administrative profitent de la faiblesse du gouvernement pour revendiquer l'autorité de contrôler la conformité de la loi avec les droits basiques comme le droit de propriété. Sous le IIIe Reich, les juges n'ont pas l'occasion de développer une doctrine de la proportionnalité, toute mesure labellisée « politique » étant protégée contre tout contrôle judiciaire<sup>2917</sup>.

La période postérieure à la seconde guerre mondiale marque le développement du principe de proportionnalité en droit administratif<sup>2918</sup> et en droit constitutionnel. A ce stade, il est significatif d'évoquer une hypothèse émise par M. Kennedy. Pour Duncan Kennedy il semble concevable que les nouveaux juges allemands aient été, dans le contexte singulier de

---

<sup>2915</sup> MAYER O., id., p. 29. Dans un autre ordre d'idée, Mayer évoque la nature relative ou potentielle de certains troubles, appelant, corrélativement, des mesures relatives ou conditionnées (« il peut arriver, *en effet*, qu'un état de choses ou une activité reste, en soi, dans l'ordre social, et ne devienne un trouble que par la mise en œuvre. A ce caractère illicite relatif ne peut correspondre une défense absolue. L'autorité de police ne peut interdire que conditionnellement 'si les mesures nécessaires ne sont pas observées'; ou bien elle se contente de commander directement ces mesures, sans mettre en question l'existence de l'entreprise même », MAYER O., id., p. 30). Enfin, dans le cas d'un danger possible ou éventuel, il préconise la mise en œuvre de surveillance et d'investigation au lieu d'une interdiction pure et simple de l'activité mise en cause (MAYER O., id., p. 31).

<sup>2916</sup> V. SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 2.

<sup>2917</sup> SWEET A. S., MATHEWS J., id., p. 22.

<sup>2918</sup> C'est un principe général du droit administratif qui sert à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsque son exercice porte atteinte aux droits fondamentaux ou aux principes généraux du droit administratif (MAURER H., Droit administratif allemand, trad. FROMONT M., Paris : LGDJ, 1994, p. 128). Selon la jurisprudence administrative, il y a pouvoir discrétionnaire lorsque l'autorité administrative compétente aurait tout aussi bien pu prendre une autre décision, dans le respect du droit (v. WITZ CL., Le droit allemand, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, p. 69). L'exigence de proportionnalité de l'acte s'impose à l'administration (comme au législateur) en tant que critère de légalité matérielle de l'acte (v. MAURER H., op cit., p. 248).

l'occupation américaine, influencés par la conception américaine du balancing. L'auteur suppose que la technique du balancing telle qu'elle ressortait de la jurisprudence constitutionnelle américaine a été réceptionnée par les juges allemands pour servir de modèle aux contentieux constitutionnels mettant en jeu des droits fondamentaux opposés<sup>2919</sup>. Cela n'étonne guère dans la mesure où le droit constitutionnel allemand a subi, dès le XIXe siècle, une forte influence du droit constitutionnel américain<sup>2920</sup>.

Toujours est-il que le principe de proportionnalité (au sens strict), parallèlement au principe de nécessité apparaît progressivement dans la jurisprudence constitutionnelle en tant que principe indépendant<sup>2921</sup>, la Cour invoquant alternativement ou cumulativement d'une part l'interdiction de la disproportion et d'autre part le « principe de proportionnalité ». Aux côtés du principe de nécessité (« Erforderlichkeit ») et du principe de proportionnalité au sens étroit (« Verhältnismäßigkeit in engerem Sinne » ou « Proportionalität »), intervient également le principe de pertinence (ou d'adéquation, « Geeignetheit »). Ces trois sous-principes forment le principe de proportionnalité au sens large, dont le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe a reconnu la valeur constitutionnelle<sup>2922</sup>. Quoiqu'il constitue un principe non écrit ou coutumier, le principe est réputé découler du principe de légalité de la Loi fondamentale de 1949<sup>2923</sup> et de l'Etat de Droit et s'infère des droits fondamentaux<sup>2924</sup>.

En raison du statut de principe général et de sa valeur, le principe de proportionnalité a un champ d'application étendu. Il s'impose tant au législateur qu'à l'exécutif quel que soit le domaine mais demeure, en pratique, le plus souvent invoqué dans les cadres de la police administrative, de la fonction publique et du droit militaire<sup>2925</sup>. Il devient rapidement

---

<sup>2919</sup> V. KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., pp. 219-220.

<sup>2920</sup> V. REIMANN M., « Droit positif et culture juridique – L'américanisation du droit européen par réception », Arch. phil. droit, n° 45, 2001, p. 65.

<sup>2921</sup> Pour les références jurisprudentielles, V. SCHWARZE J., op. cit., p. 731.

<sup>2922</sup> V. MAURER H., op. cit., p. 73 ; SCHWARZE J., op. cit., p. 732.

<sup>2923</sup> La Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) est la constitution de l'Allemagne depuis le 8 mai 1949. Elle contient, aux côtés des règles de fonctionnement des institutions publiques fédérales, une liste de droits fondamentaux reconnus à chaque citoyen.

<sup>2924</sup> V. SCHWARZE J., loc. cit. ; XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », in, *Mélanges en l'honneur d'Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 469 et s.

<sup>2925</sup> V. PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Préf. Ch. Debbasch, Aix-en-Provence : PUAM, 1990, p. 45.

l'instrument idéal de la conciliation des antinomies (conflit entre intérêt général et droit subjectif, ou conflits de droits de même valeur)<sup>2926</sup>.

A ce titre, c'est véritablement la troisième étape du principe de proportionnalité ou proportionnalité au sens strict qui constitue l'outil de pondération. En effet, lorsque la mesure prise par une institution étatique est considérée comme appropriée et nécessaire, il s'agit de savoir si les intérêts qu'elle sert priment sur ceux qu'elle dessert. Les juges mettent en balance ou pondère (*abwägung*) les intérêts juridiques opposés en fonction des considérations de l'espèce<sup>2927</sup>. A cet égard, le principe de proportionnalité au sens strict et l'*Interessenabwägung* répondent, dans leur champ respectif, à la même logique de l'utilité.

#### b) Fondement de la proportionnalité

Certaines études lient la proportionnalité moderne avec le droit naturel ancien (i). A notre avis, la pensée moderne et précisément l'utilitarisme suffit à rendre compte du phénomène de la proportionnalité (ii)

##### i) *Proportionnalité moderne et droit naturel ancien*

A notre avis, relier la proportionnalité moderne avec la pensée ancienne est mal-fondée (a) et peu convaincant historiquement (b).

##### a. *Une approche essentialiste de la proportionnalité*

**Idéalisation de la proportionnalité.** Certaines études contemporaines relatives au phénomène juridique de proportionnalité, établissent, dans le cadre de la présentation de ce dernier, un rapport plus ou moins tenu avec la pensée antique<sup>2928</sup> et particulièrement celle

---

<sup>2926</sup> V. XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », art. préc., p. 468.

<sup>2927</sup> V. les références citées par XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », art. préc., p. 472.

<sup>2928</sup> L'idée de proportionnalité serait contenue dans le code d'Hamourabi, ou la loi du Talion (v. CHRISTOFFERSEN J., *Fair balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2009, p. 34 ; ENGLE E., « The History of the General Principle of Proportionality: An Overview », *Dartmouth Law Journal*, n° 10, 2012, pp. 1-11).

d'Aristote<sup>2929</sup>. Ainsi M. Xynopoulos dans sa thèse, après avoir évoqué les deux types de justice distingués par Aristote indique que « *l'équilibre entre les divers groupes sociaux est chez Aristote le garant de l'unité de la Cité-Etat* » et que « cet équilibre est assuré par une certaine logique de proportionnalité, notion qui tient à la fois de la philosophie et du droit<sup>2930</sup> ». Il rappelle ensuite la perpétuation de l'idée de proportionnalité chez les romains et affirme que « *cette présence séculaire d'une idée juridique de proportionnalité rend déjà tentante pour le comparatiste l'interrogation sur les rapports qu'entretiennent le contrôle de proportionnalité et le contrôle juridictionnel dans le cadre contentieux de l'héritage occidental gréco-romain*<sup>2931</sup> ». Plus tard, dans un article, M. Xynopoulos cède, pour ainsi dire, à la tentation. En effet, il regrette l'ignorance des auteurs européens à l'égard de l'origine aristotélicienne de la proportionnalité et indique : « *il n'en demeure pas moins que c'est l'idée aristotélicienne de la proportionnalité (...) qu'a été 'redécouverte' par le droit naturel des temps des lumières d'abord, puis transmise au droit positif sous la forme, comme on le verra, d'une idée découlant de celle de l'Etat de droit*<sup>2932</sup> ». De l'antiquité à l'époque actuelle en passant par les Lumières : l'idée de proportionnalité serait donc la même. Cet avis est partagé par M. Muzny. Selon cet auteur, la proportionnalité telle qu'elle apparaît de nos jours, « puise ses racines dans un terreau culturel bien antérieur » ; il s'agirait même dit-il d'« une renaissance durant la période contemporaine<sup>2933</sup> », d'un « réveil de la proportionnalité après

---

<sup>2929</sup> V. SAKELLARIDOU M., « La généalogie de la proportionnalité », VIIe congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007, atelier 15 : équilibre et proportionnalité dans *l'interprétation des constitutions*, pp. 16 et 17, disponible sur [http://www.enelsyn.gr/fr/workshops/workshop15\(fr\).htm](http://www.enelsyn.gr/fr/workshops/workshop15(fr).htm) : « Outre la notion de sécurité juridique, exigence également inhérente à l'État de droit, tant formel que matériel, c'est l'idéal de justice qui donne sa substance à la proportionnalité. Les origines historiques de la proportionnalité se puisent, comme certaines analyses l'ont illustré, dans l'œuvre d'Aristote ».

<sup>2930</sup> XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, préf. GAUDEMET Y., Paris : LGDJ, 1995, p. 1.

<sup>2931</sup> XYNOPOULOS G., *id.*, p. 2.

<sup>2932</sup> XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », art. préc., p. 465, note 11. Nous ne voyons pas en quoi l'idée de 'proportionnalité' a été redécouverte par le jusnaturalisme moderne ou par les auteurs des Lumières. Le jusnaturalisme moderne ne semble pas, de manière générale, consister en la « redécouverte » de la pensée grecque. Au contraire, il apparaît plutôt en opposition à la pensée scolastique fortement teinté d'aristotélisme (v. Hobbes par exemple). Cette idée est toutefois soutenue également par M. Barak : « the development of the concept of proportionality is inexorably linked to the Enlightenment of the eighteenth century and the notion of the social contract » (BARAK A., *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, p. 176) ; à l'appui de cette déclaration, il cite Blackstone selon lequel : « the concept of civil liberty should be found only within natural liberty so far restrained by human laws (and no farther) as is necessary and expedient for the general advantage of the public » (BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, Oxford : Clarendon Press, 1765, p. 125, cité par BARAK, p. 177). Blackstone a surtout oeuvré pour la proportionnalité des délits et des peines (v. BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, 1763, p. 13, cité par BALMER Th. A., « Some thoughts on proportionality », *Oregon Law Review*, vol. 87, 2008, p. 785 et s.).

<sup>2933</sup> MUZNY P., *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. SUDRE Fr., Aix-en-Provence : PUAM, 2005, t. 1, p. 27.

*près de deux millénaires d'hibernation juridique*<sup>2934</sup> ». Au soutien de sa proposition selon laquelle, « *l'origine de la proportionnalité* » est « *consubstantielle à la recherche d'un juste départage*<sup>2935</sup> », sont convoqués Aristote, le *ius suum cuique tribuere* des Institutes de Justinien et les travaux de Michel Villey. Actuellement, nous assisterions donc à la « *renaissance universalisée de la proportionnalité, fruit d'une émanation idéale latente*<sup>2936</sup> ». L'auteur estime enfin « *qu'indubitablement, la justice s'incarne dans la proportionnalité, à laquelle cette dernière donne vie*<sup>2937</sup> » et l'on comprend alors que la renaissance de la proportionnalité correspond à un besoin actuel de justice. Sans aucun doute, M. Muzny conçoit dans ses propos introductifs la proportionnalité comme une véritable essence<sup>2938</sup>.

Mme Le Gac-Pech procède au même rapprochement : « si la proportionnalité rime avec modernisme, la finalité est ancienne et puise ses racines dans la philosophie aristotélicienne. *Elle est le bras armé d'une indispensable exigence d'équilibre, ressentie avec toujours plus d'acuité en temps de crise*<sup>2939</sup> ». Pour Carbonnier lui-même, « dans ce principe que notre droit positif paraît avoir adopté, comme une règle non écrite de justice, quelque chose se retrouve d'Aristote<sup>2940</sup> ».

L'on constate non seulement que la proportionnalité est rattachée historiquement au jusnaturalisme antique (« origine », « racines ») mais encore qu'elle est considérée comme une manifestation de l'idéal de Justice au sens antique. Il n'est pas étonnant de constater son assimilation à l'équité<sup>2941</sup>. A la lecture de ses extraits, on en arrive à la conclusion selon laquelle, d'après une doctrine, la proportionnalité, correspond à une Idée au sens platonicien<sup>2942</sup>.

---

<sup>2934</sup> MUZNY P., id., p. 28.

<sup>2935</sup> MUZNY P., id., p. 26.

<sup>2936</sup> MUZNY P., id., p. 27, note 52.

<sup>2937</sup> MUZNY P., id., p. 28.

<sup>2938</sup> Ce qui n'est pas sans créer de paradoxe lorsqu'ensuite est convoqué Wittgenstein... (v. MUZNY P., th. préc., t. 2, p. 313).

<sup>2939</sup> LE GAC-PECH S., « Retour sur la proportionnalité », in, Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, Paris : Montchrestien-Lextenso, 2012, p. 474.

<sup>2940</sup> CARBONNIER J., Droit civil introduction, 25<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1995, p. 94.

<sup>2941</sup> V. par ex. PORTUESE A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence économique*, Paris : Publibook, 2014, p. 117 : « La proportionnalité des règles juridiques et des règles jurisprudentielles fait partie de cette exigence impérieuse de justice et d'équité ».

<sup>2942</sup> C'est l'approche qui semble être adoptée par M. Christoffersen qui reproche, quant à lui, aux commentateurs de dater l'origine du principe de proportionnalité au XIX<sup>e</sup> siècle et de la situer en Prusse. Selon cet auteur, il est contre-intuitif à la lumière de 3000 ans d'histoire de la proportionnalité de confiner la source principale du

**Proportionnalité antique, proportionnalité moderne : même combat ?** Du seul point de vue historique, un rapprochement aussi net entre la proportionnalité d'aujourd'hui et la tradition antique nous laisse pour le moins circonspect. Rappelons toutefois qu'aucun des auteurs précités ne prétend à la « vérité historique » et leur objet d'étude respectif ne concerne ni l'origine ni le fondement de la proportionnalité. En outre, la plupart des passages cités sont extraits de propos introductifs ou de notes infrapaginales, il faut apprécier leur caractère assertif à l'aune de la fonction « introductive » ou « compréhensive » de l'exercice. En dépit de ces dernières précautions, il nous semble néanmoins important de revenir sur ces affirmations car elles sont de nature, de par leur caractère déclaratif et le style péremptoire employé, à se présenter comme une vérité historique. Cela participe à laisser accroire que le principe ou la technique de proportionnalité est l'expression d'un idéal, un principe transcendant, autrement dit que la proportionnalité est un donné. Or, associer le phénomène moderne de la proportionnalité tel qu'il se réalise dans notre ordre juridique dominé par le subjectivisme à l'exigence aristotélicienne de proportionnalité qui concerne principalement le partage des biens et renvoie à une philosophie objective du droit, ne nous semble pas relever a priori de l'évidence. Le plus surprenant est sans nul doute qu'une telle connexion fait fi de la révolution copernicienne du droit que Michel Villey a si bien exposé dans l'ensemble de son œuvre pour en dénoncer les dégâts. Alors que chez les Anciens la proportionnalité est le moyen de découvrir le droit ou juste objectif lors du partage des biens ; chez les Modernes, elle constitue entre autre l'instrument de conciliation de l'exercice des droits subjectifs ou l'instrument de modération des actes entre personnes inégales (Etat/citoyen ; employeur/employé ; contractant fort/contractant faible, etc.). Avant de corréliser ses deux formes de proportionnalité, il importe au préalable de dépasser cet obstacle dirimant. Or, l'exercice est loin d'être aisé. L'on sait que la proportionnalité chez les Pythagoriciens et Platon, en tant que forme de justice au nom de laquelle sont attribuées les choses et les places, renvoie au cosmos formé également de proportions. Aristote considère, selon une méthode réaliste, que la proportionnalité est également un mode de répartition des biens et une règle d'équivalence dans les échanges. D'où vient « notre » proportionnalité ? La technique moderne restaure-t-elle également cette conception cosmique ? Le juge, lorsqu'il emploie la proportionnalité pour sanctionner un comportement déraisonnable, dit-il au justiciable quelque chose comme ce que Socrate reprochait à Calliclès : « *tu n'as pas vu que l'égalité*

---

principe au droit allemand (v. CHRISTOFFERSEN J., Fair balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden : Martinus Nijhoff, 2009, p. 34).

*géométrique est toute puissante chez les dieux comme chez les hommes, et tu penses qu'il faut s'exercer à avoir plus que les autres ! en fait, tu ne fais pas attention à la géométrie » ? En marge de ce problème relatif au fondement, se pose celui des finalités subordonnées. La proportionnalité chez les Anciens vise un ordre social fondé sur l'« égalité » (ison/aequitas) entre les citoyens. La proportionnalité est l'*instrument* de cette égalité (géométrique) entre des citoyens par nature inégaux. Au contraire, de nos jours la proportionnalité ne se rapporte plus à l'égalité<sup>2943</sup> conçue comme la stricte égalité arithmétique et renvoie davantage à l'idée d'un rapport raisonnable entre les moyens mis en œuvre et la fin poursuivie, à une balance des intérêts, à une comparaison entre les avantages et les inconvénients etc. La proportionnalité antique sert principalement à répondre à la question de la répartition des biens (« le mien et le tien ») et correspond à une règle de partage. La proportionnalité moderne, quant à elle, porte davantage sur l'étendue et les limites des prérogatives des individus. Ici se retrouve à nouveau la distinction entre la nature objective du droit antique et la nature subjective de notre droit actuel.*

Ces différents obstacles, tant qu'ils ne seront pas dépassés nous incitent à douter de la pertinence du propos syncrétique qui tend à jumeler les proportionnalités antique et moderne. Pour définitivement nous convaincre du caractère infondé de cette hypothèse, il convient d'observer brièvement l'évolution de la notion de proportionnalité à partir d'Aristote.

#### *b. Démythification de la proportionnalité*

Dans un premier temps il s'agit d'établir l'absence de lien historique, ni même logique, entre la proportionnalité aristotélicienne et la proportionnalité moderne (1). La première est un mode de répartition des choses alors que la seconde est une norme qui exige une correspondance entre les moyens juridique mis en œuvre et la fin poursuivie. En revanche, dans la mise en œuvre de chacune d'entre elles, nous pouvons établir quelques points de rapprochement (2).

---

<sup>2943</sup> Contra, v. TREMBLAY L., « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », in, TREMBLAY L., WEBBER G., *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal : Thémis, 2009, pp. 77-114.

*1. Absence de lien historique entre les proportionnalités aristotélicienne et moderne*

**Les deux acceptions de la proportionnalité antique.** L'idée de proportionnalité se présente, dès l'antiquité, sous deux formes. Il y a d'une part la proportionnalité de type mathématique, et d'autre part la proportionnalité de type scientifique. La première, correspondant à l'égalité géométrique, est la règle de partage des biens communs. La seconde, attachée à l'idée de causalité, sert à expliquer le rapport entre la cause et ses effets. Intéressons-nous à l'évolution de chacune de ces deux acceptions de la proportionnalité.

**La proportionnalité comme règle de partage (acception mathématique).** Procéder à la répartition des biens publics en proportion du mérite de chacun est essentielle chez Aristote. Etant donné la stricte séparation du droit public et du droit privé, cette idée n'a toutefois pas trouvé de nombreuses applications. Les biens publics, c'est-à-dire ceux de la cité ou de l'Etat demeurent finalement la propriété de la cité ou de l'Etat. En droit privé, la question de la répartition des biens ne se pose quasiment pas en raison de l'adoption de règles d'appropriation privative indifférentes à toute répartition équitable des biens.

L'on trouve toutefois des cas marginaux où le régime de la propriété privée est incapable de résoudre les difficultés relatives aux choses. Hobbes par exemple avait restauré l'idée aristotélicienne de proportionnalité en vue du partage de choses communes. Ainsi, lorsque le juge doit partager entre les parties des choses impossibles à séparer, Hobbes préconisait d'opérer un partage de la jouissance de ces « choses communes<sup>2944</sup> » en proportion du nombre d'usagers.

Dans notre droit, ce critère de la juste distribution ou du juste « partage de valeurs<sup>2945</sup> », s'avère employer par exemple en droit des sociétés. La proportionnalité est la règle gouvernant le partage des bénéfices et des pertes (sauf solidarité) de la société juridique<sup>2946</sup>. Lorsque des individus s'associent en affectant des moyens divers en qualité comme en quantité en vue d'une même fin – dégager des bénéfices – le partage de ces derniers<sup>2947</sup> ou du

---

<sup>2944</sup> HOBBS Th., *Léviathan*, trad. et introd. TRICAUD Fr., Paris : Dalloz, 1999, p. 155.

<sup>2945</sup> CHENEDE Fr., *Les commutations en droit privé*, Paris : Economica, 2008, n° 12.

<sup>2946</sup> V. CHENEDE Fr., th. préc., n° 4 et s.

<sup>2947</sup> Art. 1844-1 al. 1 du Code civil : « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

boni de liquidation<sup>2948</sup> se règle en proportion des apports de chacun. Ces types de répartition sont conformes à la justice distributive aristotélicienne. Mais, dans ce sens, la proportionnalité n'est rien d'autre qu'une règle mathématique appliquée au droit et n'entretient aucun rapport avec la proportionnalité moderne d'origine allemande.

Que ce soit dans l'usage des choses communes ou dans le partage des bénéfices entre associés, cette proportionnalité ne pose aucun problème particulier car il s'agit d'un procédé mathématique dont la rationalité est difficilement contestable. « Simple instrument du calcul mathématique<sup>2949</sup> », cette proportionnalité ne peut aucunement être rapprochée avec le « principe de proportionnalité » tel qu'on l'entend aujourd'hui<sup>2950</sup>.

**La proportionnalité comme critère d'appréciation d'un rapport de causalité (acception scientifique).** L'idée qu'il existe une proportion entre la cause et l'effet dans le monde des choses inanimées a été transposée dans le monde des choses animées. Pour les êtres doués de volonté, il existe une proportion entre les moyens et la fin. De ce constat a été inférée l'exigence d'une commune mesure entre les moyens mis en œuvre et la fin recherchée. On rencontre originellement cette conception de la proportionnalité principalement dans trois domaines : les punitions ; la légitime défense et le droit de la guerre.

**Proportionnalité et sanction.** En matière de sanction pénale, après que les peines prévues par une autorité publique et prononcées par les magistrats furent substituées à la vengeance privée, la question essentielle à laquelle étaient confrontés les juristes (avec la participation des philosophes et dramaturges), concernait le degré ou la mesure de la sanction par rapport au délit. La proportionnalité intervient ici pour fixer une limite aux sanctions trop lourdes<sup>2951</sup>. L'on trouve notamment chez Horace un plaidoyer en faveur d'un rapport proportionné ou

---

<sup>2948</sup> Art. 1844-9 al. 1 du Code civil « Après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire ».

<sup>2949</sup> BEHAR-TOUCHAIS M., « Rapport introductif », in, Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 3, n° 11.

<sup>2950</sup> En ce sens, v. BEHAR-TOUCHAIS M., id., n° 11.

<sup>2951</sup> Frank Parsons évoque les mesures prises par Solon pour remédier à celles de Draco. Ce dernier avait en effet assorti tous les délits de la peine de mort. Quand Solon arrive au pouvoir, il abolit ces lois, réserve la peine de mort aux meurtres, et élabore un code des délits dont les sanctions sont proportionnées (v. PARSONS Fr., *Legal Doctrine and Social Progress*, 1911, cité par PORTUESE A., *Le principe d'efficience économique dans la jurisprudence économique*, Paris : Publibook, 2014, p. 118.)

d'un équilibre entre le délit et la peine<sup>2952</sup>, de même que chez Cicéron : « il y a pour la punition une limite, comme pour les autres choses, et une sorte de modération<sup>2953</sup> ».

A l'époque médiévale, l'exigence d'une proportionnalité entre le délit et la sanction est explicitement mentionnée dans la Magna Carta de 1215<sup>2954</sup>. A la veille des Lumières, l'idée d'un rapport proportionné entre le crime et le délit est réitérée par Grotius, lequel la fonde sur le concept d'utilité : « les fautes sont donc dans la proportion du mérite, plus ou moins punies, selon l'utilité qu'on se promet de la punition<sup>2955</sup> ». Enfin, comme l'on sait, la proportionnalité entre le crime et la sanction, constitue pour Montesquieu, Beccaria<sup>2956</sup>, Blackstone<sup>2957</sup> ou encore Bentham<sup>2958</sup> – quoique pour des motifs distincts –, le principe qui doit gouverner la nature et le degré de la sanction destinée à punir l'auteur d'un délit. Pour les réformateurs de la justice pénale il s'agit d'un principe équivalent à celui de la légalité des délits et des peines. Sous l'influence conjuguée de ces auteurs et du Bill of Rights anglais de 1689, de nombreux constituants, notamment américains, ont inclus la clause de

---

<sup>2952</sup> HORACE, « Satires », in, *Les Œuvres*, trad. JANIN J., 2<sup>e</sup> éd., Paris : Hachette, 1878, Livre 1, III, 75 : « et puisqu'enfin ces folies et ces mauvais penchants, dont la racine est au fond de nos âmes, ne sauraient être arrachés entièrement, pourquoi, du moins, ne pas nous servir des poids et des mesures que la raison même a mis à notre portée, afin que nous puissions, en juges équitables, proportionner [coercet] la peine au délit ? ». Et plus loin : « Or, si la nature est impuissante à nous dire : « Voici le juste [iusto] et voilà l'injuste [iniquum]! » comme elle nous dit : « Voilà la peine et voici le plaisir ! » notre raison se refuse à nous persuader que le crime soit le même d'arracher une tête de chou à demi pommée au potager de son voisin, ou de piller, la nuit, le temple de Jupiter. Il faut une loi qui sache équilibrer [aequas] la faute et la peine ; et celui-là commet un crime odieux qui fait mourir sous le fouet un malheureux digne au plus de la férule » (HORACE, id., pp. 112-119).

<sup>2953</sup> CICERON, Epist. XV, Ad Brut. cité par GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. PRADIER-FODERE P., Paris : PUF, 1999, p. 480 ; CICERON, Des devoirs, I, XI : « il y a des devoirs à observer envers ceux mêmes de qui nous avons reçu quelque offense. La vengeance et les représailles doivent avoir des bornes ; je ne sais même si les remords de notre injuste ennemi ne nous vengent pas assez, et je crois volontiers qu'ils suffisent pour l'arrêter dans l'avenir, et pour rendre les autres plus circonspects ».

<sup>2954</sup> Magna Carta, 20, disponible sur <http://alexpeak.com/twr/mc/#MC.20> : « pour une offense mineure faite par un homme libre, l'amende imposée sera proportionnelle à la gravité de l'offense, et il en sera ainsi pour une offense plus grave, mais sans le priver de son gagne-pain ». V. aussi : BARAK A., *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge : Cambridge University Press, p. 176.

<sup>2955</sup> GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. PRADIER-FODERE P., Paris : PUF, 1999, p. 556.

<sup>2956</sup> V. RISTROPH A., « Proportionality as a principle of limited government », *Duke Law Journal*, n° 55, 2005, p. 272 et s. ; CATELAN N., *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 327 p.

<sup>2957</sup> BLACKSTONE W., *Commentaries on the laws of England*, 1763, pp. 15-16, cité par BALMER Th. A., « Some thoughts on proportionality », *Oregon Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 787 : « *The method (...) of inflicting punishment ought always to be proportioned to the particular purpose it is meant to serve, and by no means to exceed it* ».

<sup>2958</sup> V. le chapitre IV, « De la mesure des peines », in, BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., trad. DUMONT E., Paris : Bossange, 1818, p. 24 et s. V. aussi : RISTROPH A., « Proportionality as a principle of limited government », *Duke Law Journal*, n° 55, 2005, p. 275. L'on trouve également cette exigence de proportionnalité en matière pénale chez HUMBOLDT W. V., *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, Paris : Les belles lettres, 2004, p. 154.

proportionnalité dans leur texte<sup>2959</sup>. En France, l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 aux termes duquel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » s'apparente à une exigence de proportionnalité<sup>2960</sup>.

**Proportionnalité et légitime défense.** L'exigence de proportionnalité se pose également en matière de légitime défense et dans le champ du droit de la guerre. A la différence de la question du degré des peines où ces dernières constituaient une réponse des institutions destinée à sanctionner a posteriori un comportement, la proportionnalité ici sert à fixer un modèle a priori de comportement que ce soit d'une personne physique ou de l'Etat. L'idée de proportionnalité intervient pour préciser, parmi d'autres conditions, dans quelle mesure une action individuelle ou étatique de nature à porter atteinte à l'intégrité d'un individu ou d'un autre Etat se justifie.

La légitime défense, consistant en l'autorisation légale ou conventionnelle d'employer la violence en réponse immédiate et dans la mesure de la violence commise par autrui, est un terrain propice à la proportionnalité. En droit romain, il était prévu que la défense d'un individu, pour être légitime, soit proportionnée à l'attaque contre laquelle il résiste<sup>2961</sup>. Pareillement, Saint Thomas d'Aquin, estime qu'il existe deux raisons pour lesquelles il est permis, pour se défendre, de tuer un homme<sup>2962</sup>. Soit parce que la mort de l'agresseur résulte accidentellement de la réaction de l'agressé, Soit parce qu'elle est la conséquence d'une réaction proportionnée de la victime à la violence commise ou projetée. A défaut d'une telle proportion entre l'attaque et la défense, l'action de celui qui, pour se défendre, cause la mort de l'agresseur est illicite<sup>2963</sup>.

---

<sup>2959</sup> Par exemple dans les constitutions des Etats de Pennsylvanie en 1776, de Caroline du Sud en 1778, du New Hampshire en 1784. En 1791, le constituant fédéral adopte le huitième amendement à la Constitution lequel prohibe aux législateurs de prévoir des amendes excessives et des punitions cruelles et inhabituelles (v. BALMER Th. A., « Some thoughts on proportionality », *Oregon Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 793 et s. ; ENGLE E., « The History of the General Principle of Proportionality: An Overview », *Dartmouth Law Journal*, 2012, n° 10, p. 7).

<sup>2960</sup> MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t.1, p. 51.

<sup>2961</sup> V. Digeste, 43, 16, 3, 9 : « on peut donc repousser avec des armes celui qui vient nous attaquer avec des armes, mais il faut le faire sur le champ ».

<sup>2962</sup> V. SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, question 64, art. 7.

<sup>2963</sup> V. SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, II-II, question 64, art. 7, conclusion : « un acte accompli dans une bonne intention peut devenir mauvais quand il n'est pas proportionné à sa fin. Si donc, pour se défendre, on exerce une violence plus grande qu'il ne faut, ce sera illicite. Mais si l'on repousse la violence de façon mesurée, la défense sera licite. Les droits civil et canonique statuent, en effet: « Il est permis de repousser la violence par la violence, mais avec la mesure qui suffit pour une protection légitime ».

**Proportionnalité et droit de la guerre.** Enfin, dans le domaine de la guerre, Cicéron invite les dirigeants à répondre de manière appropriée aux divers périls extérieurs, c'est-à-dire aux menaces que constituent les puissances étrangères : « Quand il est question de dangers, suivons l'exemple des médecins qui traitent les maladies légères avec des remèdes légers, et qui n'appliquent les remèdes violents et incertains qu'aux maladies graves. Quand la mer est tranquille, il faut être dément pour souhaiter la tempête; mais quand la tempête se déclare, le sage lutte contre elle par tous les moyens<sup>2964</sup> ». Lorsque la guerre est valablement déclarée, Cicéron enjoint les guerriers victorieux à réduire les destructions et les saccages des villes au strict nécessaire<sup>2965</sup>.

Dans les deux précédentes situations – la légitime défense et le droit de la guerre –, l'idée est identique : la fin ne justifie les moyens si ceux-ci sont proportionnés à celle-là. Cette idée conserve encore aujourd'hui toute sa vigueur puisque l'une des questions qui survient dans la plupart des tests de proportionnalité est celle qui concerne la nature (proportionnée ou non) d'une atteinte à un droit causé par l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir (les moyens) au regard du but poursuivi (la fin).

**L'apport de Hugo Grotius à la conception moderne de la proportionnalité.** Enfin, durant la période pré-moderne, une dernière étape semble franchie par Hugo Grotius. Pour un auteur, Grotius est visionnaire car son approche est au carrefour des conceptions antiques de la proportionnalité et de la conception moderne incarnée par la balance des intérêts<sup>2966</sup>. Dans le chapitre intitulé « Avis de ne point entreprendre une guerre témérairement, même en vertu de justes causes<sup>2967</sup> », Grotius évoque les différentes raisons pour lesquelles le souverain devrait s'abstenir de déclencher une guerre. A côté des raisons qui relèvent des devoirs d'être charitable, clément et magnanime issus de la raison et de la volonté divine, il y a les motifs

---

<sup>2964</sup> CICERON, Des devoirs, I, XIV.

<sup>2965</sup> V. CICERON, Des devoirs, I, XIV : « Quand on en est réduit à détruire ou à saccager une ville, il faut apporter le plus grand soin à ne rien faire avec témérité et cruauté. En temps de sédition, il est d'un grand homme de ne punir que les coupables, d'épargner le grand nombre, et dans toutes les phases de sa fortune retenir scrupuleusement les préceptes du juste et de l'honnête. De même que l'on trouve beaucoup d'esprits qui mettent la valeur guerrière au-dessus du courage civil, il en est un grand nombre aux yeux de qui les avis violents et périlleux paraissent avoir plus de noblesse et de dignité que les conseils calmes et modérés. Nous devons prendre garde de fuir les périls comme des gens qui les redoutent ; mais nous devons prendre garde aussi d'aller nous offrir aux périls sans motif, car il n'est rien de plus insensé ».

<sup>2966</sup> V. ENGLE E., « The History of the General Principle of Proportionality: An Overview », art. préc., p. 5.

<sup>2967</sup> GROTIUS H., Le droit de la guerre et de la paix, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris : PUF, 1999, Livre II, chap. XXIV, p. 551 et s.

utilitaires : « *c'est souvent dans notre intérêt, et dans celui des nôtres* » dit-il « que nous devons faire en sorte de ne pas en venir aux armes<sup>2968</sup> ». Grotius théorise, en amont de toute action, au stade décisionnel, un processus rationnel dont la logique correspond à une balance des intérêts ou à un « test de proportionnalité » :

« On délibère, en partie sur les fins (j'entends, sur les fins subordonnées, et non pas sur les dernières) en partie sur les moyens nécessaires pour y parvenir. La fin que l'on se propose, est toujours quelque Bien, ou du moins l'éloignement de quelque Mal, ce qui tient souvent lieu de Bien. Les moyens ne sont pas recherchés pour eux-mêmes, mais autant qu'ils mènent à la fin, de l'une ou de l'autre manière. Ainsi, dans toute délibération, il faut comparer non seulement les fins les unes avec les autres, mais encore la vertu qu'ont les moyens pour obtenir ces fins. Car, comme Aristote l'a très bien remarqué, les propositions qui roulent pour quelque action, sont de deux sortes : *les unes, où il s'agit de ce qui est Bon ; les autres, où il s'agit de ce qui est possible*<sup>2969</sup> ».

Pour savoir si une guerre doit, ou non, être déclenchée, il faut, estime Grotius dans la suite de son exposé, respecter trois règles. Celles-ci forment une méthode de découverte de la solution à prendre. Selon cette méthode, il s'agit de tirer des résultats à partir de la comparaison entre d'un côté, les fins (en fonction de critères quantitatifs), et, de l'autre, les moyens (au regard de leur efficacité).

La première règle s'applique lorsqu'il s'agit d'un jeu à somme non nulle (les gains et les pertes sont inégaux) et concerne la fin : si les moyens ont une égale disposition à produire le bien et le mal, « *il faut ne s'y arrêter qu'autant que le bien qu'on en espère contient passablement plus de bien que le mal ne contient de mal*<sup>2970</sup> ». Autrement dit, la fin poursuivie doit être de nature à procurer un bien supérieur au mal susceptible d'être produit toute chose étant égale par ailleurs<sup>2971</sup>. Grotius ici cite Aristide « *Quand le bien est moindre que le mal, il vaut mieux l'abandonner* ». Il s'agit d'une comparaison de valeur (quantitative).

---

<sup>2968</sup> GROTIUS H., id., p. 555.

<sup>2969</sup> GROTIUS H., id., p. 556. La référence à Aristote est tirée du *Traité sur le principe général du mouvement dans les animaux*.

<sup>2970</sup> GROTIUS H., id., p. 556.

<sup>2971</sup> Prenons un exemple simple : on nous propose de jouer à pile-ou-face. Si l'on trouve le côté de la pièce avant qu'elle soit lancée, on gagne 2 unités. Si l'on se trompe, on n'en perd qu'une. Doit-on jouer ? Selon la première règle de Grotius, oui, car il y a autant de chance de gagner que de perdre mais le gain est supérieur à la perte.

La seconde règle concerne les cas de jeu à somme nulle, c'est-à-dire, lorsque les moyens risquent de causer un bien ou un mal en quantité égale. Ici la fin doit être poursuivie seulement si la probabilité de réalisation du bien est supérieure à celle du mal<sup>2972</sup>, autrement dit si la tendance des moyens à atteindre un bien est supérieure à la tendance de ces moyens à générer un mal toute chose étant égale par ailleurs. Il s'agit d'une comparaison de probabilité. Enfin la dernière règle coordonne les deux règles précédentes relatives à la valeur quantitative du résultat et à la probabilité des moyens à engager. Dans ce cas de jeu à somme non nulle, il faut comparer, en proportion, les probabilités et la valeur du bien et du mal<sup>2973</sup>. Ainsi, une forte probabilité d'obtenir une faible quantité de bien pourrait justifier d'engager des moyens relativement importants à cette entreprise tandis qu'une faible probabilité d'obtenir un grand gain devrait décourager à engager de lourds moyens pour l'atteindre. On retrouve dans cette dernière hypothèse, les quatre termes en rapports qui caractérisent la proportionnalité de type aristotélicienne.

Les propositions de Grotius sont particulièrement instructives car elles présagent de manière très élaborée du type de raisonnement que les juges exercent lorsqu'ils mettent en œuvre le principe de proportionnalité et apprécient a posteriori la légalité d'un acte.

**Rejet de l'origine aristotélicienne de la proportionnalité.** Il semble inutile à ce stade d'aller plus loin afin de constater que la proportionnalité moderne n'a pas grand-chose en commun avec la proportionnalité telle qu'elle figure dans la philosophie du droit d'Aristote ou dans le droit romain.

L'on peut, par ailleurs, s'interroger sur le motif qui pousse certains auteurs à relier les deux formes de proportionnalité. Selon nous, renvoyer à la philosophie grecque et restaurer les essences de Justice et d'Équité pour expliquer la Proportionnalité n'a d'autre objet que de placer une technique encore mystérieuse et controversée en dépit de son incontestable succès,

---

<sup>2972</sup> Le jeu que l'on nous propose est le suivant : un dé est lancé, si le nombre qui apparaît est un multiple de 2, nous gagnons (trois faces sont gagnantes : 2,4,6), si le nombre est un multiple de 5, nous perdons (une face perdante : 5). Il y a donc trois chances sur six de gagner, une sur six de perdre et deux chances sur six pour que le résultat soit nul. Les gains et les pertes sont équivalents. Doit-on jouer ? Selon la seconde règle de Grotius, oui, car la probabilité de gains dépasse la probabilité de pertes.

<sup>2973</sup> GROTIUS H., loc. cit. : Dans ces conditions particulières, il faut se « prononcer pour la chose qu'autant que la disposition à produire le bien est plus grande, comparée à la disposition à produire le mal, que ne l'est le mal lui-même comparé au bien ou si le bien comparé au mal est plus considérable que la disposition de la chose au mal, comparée à sa disposition au bien ».

dans des schèmes rassurants et sous la figure d'une autorité paternelle<sup>2974</sup>. Concevoir le phénomène actuel de proportionnalité comme une restauration du socle philosophique sur lequel une partie de notre ordre juridique repose, autrement dit élever la proportionnalité du rang de construit à celui de donné est en effet éminemment sécurisant et apaisant ; cela conjure l'insécurité provoquée par l'indétermination et l'indéfinition de la technique. A l'instar de tout un chacun lorsqu'il ne retrouve plus les clés de sa maison, le juriste est anxieux à l'idée de ne pas trouver les clés de compréhension du phénomène de proportionnalité qui se déroule sous ses yeux. Pour lutter contre cette anxiété, les juristes deviennent des « rationaliseurs (au sens psychanalytique) professionnels<sup>2975</sup> » qui produisent, au gré de notions, de concepts, de principes, bref d'essences, une « métaphysique compensatoire<sup>2976</sup> » grâce à laquelle tout rentre, enfin, *dans l'ordre*.

En outre, couvrir la proportionnalité sous le voile aristotélicien et la situer dans le prolongement de notre tradition philosophique et juridique a pour effet de prédisposer l'auditeur à regarder de manière favorable cet instrument. Par ces rapprochements, le « capital sympathie » de la proportionnalité ne peut qu'augmenter<sup>2977</sup>.

Si l'on met de côté la rhétorique consistant à corréler les proportionnalités antique et moderne et que l'on recherche concrètement si l'exigence moderne de proportionnalité ne trouve pas une certaine correspondance avec des thèmes antiques, on sera tenté de suivre l'opinion de M. Gaudemet. L'exigence moderne de proportionnalité selon cet auteur n'aurait pas pour objet, contrairement à l'exigence antique, de répondre à un problème (objectif) d'inégalité, mais plutôt de résoudre un problème (subjectif) d'excès :

---

<sup>2974</sup> V. TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », RFDA, 2009, p. 641 et s., n° 34 et s. L'auteur s'appuie sur l'analyse psychanalytique du juriste réaliste américain Jerome Frank (1889-1957) menée dans *Law and the Modern Mind* (FRANK J., *Law and the Modern Mind*, 6<sup>e</sup> ed., London : Stevens & Sons Limited, 1949). Pour Frank, les juristes, à l'instar de « la plupart des hommes, craignant de manière enfantine l'inconnu, s'efforcent de trouver derrière les expériences quotidiennes quelque chose qui ressemble au contrôle paternel, quelque chose sur quoi ils puissent compter pour les préserver, d'une manière ou d'une autre, de la réalité apparente du hasard et du désordre des événements » (FRANK J., op. cit., pp. 16-17, cité par TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 35).

<sup>2975</sup> FRANK J., op. cit., pp. 23-31, cité par TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 36.

<sup>2976</sup> FRANK J., op. cit., p. 60, cité par TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 36.

<sup>2977</sup> Le « capital de sympathie » dont jouit la proportionnalité étant déjà bien élevé grâce aux *Droits de l'Homme* auxquels elle est désormais indéfectiblement liée (v. VAN DROOGHENBROECK S. *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, préf. OST Fr., Tulkens Fr., Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 21).

« *'Ubris'*, La démesure ; c'était, nous disaient nos professeurs de grec, le péché capital, le manquement à l'ordre des choses. L'homme est la mesure du monde ; c'est par rapport à lui que la démesure se révèle et se condamne, dans l'ordre normatif et politique, comme dans celui de l'esthétique et du moral. On n'aurait pas à chercher très loin pour relier ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le contrôle de proportionnalité à cette philosophie antique de la mesure, rajeunie à la Renaissance. Et cela explique qu'au-delà des mots, des catégories, des systématisations et des habitudes nationales, l'exigence de la proportionnalité de la règle de droit partout s'exprime, développe ses références et mobilise le contrôle du juge<sup>2978</sup> ».

Ce contre quoi l'instrument moderne de la proportionnalité tente de répondre, ne consiste pas dans une mauvaise répartition des choses, mais dans l'excès lors de l'exercice d'un droit ou d'une prérogative juridique.

*2. Correspondance entre la logique ancienne et la logique moderne de la proportionnalité*

**Accueil d'une comparaison entre les modes de raisonnements antique et moderne.** « A l'instar d'une pousse transperçant la couche asphaltée » écrit prosaïquement M. Muzny « la proportionnalité réveille l'antique représentation du droit romain, celle avant tout d'une activité<sup>2979</sup> ». L'auteur suggère que l'emploi actuel de la proportionnalité renvoie à l'activité des juristes romains telle que Michel Villey nous l'a décrite, c'est-à-dire, comme une découverte du droit dans la nature des choses au travers d'une démarche dialectique ô combien étrangère à l'activité traditionnelle du juriste moderne appliquant la règle issue de la volonté souveraine aux faits qui lui sont soumis. Nous saisissons spontanément pour quelles raisons M. Muzny opère un tel rapprochement. La mise en balance ou la technique de proportionnalité est une méthode de découverte de la solution au litige, qui relèverait de la dialectique<sup>2980</sup> et non de la logique déductive<sup>2981</sup>. Un rapprochement peut être opéré entre le

---

<sup>2978</sup> Le principe de proportionnalité tend à lutter et à dénoncer les excès de l'Etat. Dans ce sens, il nous semble que le trouble que le principe tend à peut être rapproché non pas de l'inégalité mais de ce que les grecs nommaient l'ubris : GAUDEMET Y., « Préface », in, XYNOPOULOS G., *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, Paris : LGDJ, 1995, p. XVII.

<sup>2979</sup> MUZNY P., th. préc., t. 1, p. 27. Nous soulignons.

<sup>2980</sup> V. MUZNY P., id., p. 45 et s.

mode de raisonnement des préteurs et des jurisconsultes romains et celui de nos juges contemporains en raison du retrait du syllogisme judiciaire (et partant de la règle de droit) au profit de la prudence (ou de la volonté) du juge<sup>2982</sup>. Cependant, pour rendre compte du raisonnement des juges, la notion de « dialectique » devrait, comme nous tenterons de le montrer plus loin, céder devant celle de « *logique de l'utilité* ». Ces deux méthodes ont pour point commun de rechercher l'unicité de la solution à partir d'une pluralité d'éléments (thèses ou intérêts) et ainsi de s'opposer au caractère unitaire du syllogisme (la mineure étant contenue dans la majeure). Elles demeurent toutefois irréductibles car la dialectique est un mode de raisonnement discursif<sup>2983</sup> alors que la *logique de l'utilité* est un mode de raisonnement scientifique qui repose sur une identification, une analyse quantitative puis une comparaison des intérêts ce à quoi semble tendre le raisonnement des juges.

La ligne entre le raisonnement des anciens et celui des modernes est encore opéré par M. Viala. L'auteur n'établit aucun lien historique entre les proportionnalités passée et actuelle néanmoins, dans l'une de ses contributions au Dictionnaire des droits fondamentaux, il s'interroge, à partir de la critique de Villey relative aux droits de l'Homme, sur la correspondance entre la méthode antique et la méthode moderne telle qu'appliquée par le Conseil constitutionnel à l'occasion de conflits de droits fondamentaux. La critique de Villey est connue. Selon l'historien, on ne peut dans notre système juridique structuré autour de

---

<sup>2981</sup> La doctrine est quasiment unanime, v. par exemple VAN COMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in, Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 495-506. Contra : selon M. Géniaut « l'exigence de proportionnalité continue de s'inscrire dans le syllogisme, même si la construction de la mineure (tel acte est-il proportionné ?) requiert une évaluation d'ordre extra-juridique » (GENIAUT B., La proportionnalité dans les relations du travail, préf. JEAMMAUD A., Paris : Dalloz, 2009, p. 359). Il faut toutefois indiquer que le syllogisme est aussi un mode *d'exposition* logique (une « méthode de présentation de la décision » (JEULAND E. in CADIET L. (dir.), Dictionnaire de la Justice, Paris : PUF, 2004 p. 1272), dès lors, il est possible de manière artificielle de tout faire couler a posteriori dans le moule du syllogisme, quel que soit le mode à partir duquel nous raisonnons ou quelle que soit la source de notre conviction (foi, préjugé, intuition, sentiment etc.) : il suffit d'opter après coup pour une majeure qui contienne la solution à laquelle nous sommes déjà parvenus, de la confronter à la mineure, pour justifier logiquement notre position. Dès lors, il nous semble que si la proportionnalité s'inscrit dans le syllogisme ce n'est que de manière rhétorique ; c'est un sophisme en vue de persuader.

<sup>2982</sup> On « observe un reflux de ce mode de décision éminemment contextualiste et conséquentialiste que la Modernité a très largement répudié : la prudence (phronésis) aristotélicienne (...) *Pourvoyeurs de sécurité, les impératifs catégoriques et la règle générale et abstraite sous laquelle se subsume le particulier sous le mode 'tout ou rien' conviennent au Droit qui n'entend se frotter qu'à des réalités simples. Tel n'est pas le Droit contemporain, où le juge se voit de plus requis d'intervenir dans des espaces incertains et instables* » (VAN DROOGHENBROECK S. La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, préf. OST Fr. et TULKENS Fr., Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 18.)

<sup>2983</sup> V. PERELMAN C., Droit, morale et philosophie, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1976, p. 48.

droits subjectifs -du reste contradictoires- dégager le juste, par essence extérieur à l'homme<sup>2984</sup>. Or, écrit M. Viala :

« l'évolution jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a fait mentir Michel Villey car elle montre que la culture subjectiviste dans laquelle baigne la fundamentalité à la suite des droits naturels modernes est tout à fait compatible avec l'esprit d'équité, de modération et de juste milieu qu'aimait cultiver le juge « villeyen » (...). Le relativisme dont est empreinte l'attitude du Conseil face aux droits fondamentaux et devant les menaces que le législateur fait peser sur elles s'affiche au contraire, selon une méthode que n'auraient peut-être pas reniée Aristote et saint Thomas, comme la manifestation du bon sens et l'expression du souci de faire partager le bien-être collectif entre individus porteurs d'intérêts contradictoires, le tout dans le cadre d'une dialectique incontournable entre l'intérêt privé de ces derniers et l'intérêt général incarné par la puissance publique<sup>2985</sup> ».

M. Viala sans faire correspondre proportionnalités antique et moderne, ni a fortiori, les faire dériver de la même essence<sup>2986</sup>, compare la méthode des Anciens et celle des juges constitutionnels. Or l'un des résultats les plus concrets auxquels ont abouti les romains au travers de leur méthode est l'équité (aequitas). Allant plus loin, nous pouvons rapprocher la balance des intérêts de l'équité romaine (aequitas), non pas en tant qu'essence -nous insistons- mais en tant que méthode. Chacune d'elle, écrit M. Mekki, « *dépasse l'idée d'un syllogisme purement formel dans l'application des dispositions textuelles*<sup>2987</sup> » et privilégie « une science de la casuistique, du cas par cas. Ils [le contrôle de proportionnalité et l'équité] sont tous deux une œuvre de pesée<sup>2988</sup> ». Pour cet auteur, « *comme l'équité, l'intervention d'un contrôle de proportionnalité est signe de correction et de suppléance*<sup>2989</sup> ». Equité et proportionnalité auraient donc les mêmes fonctions. D'un point de vue organique, la

---

<sup>2984</sup> VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, p. 136, cité par VIALA A., « Droits fondamentaux (garanties procédurales) », in, CHAGNOLLAUD D., DRAGO G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris : Dalloz, 2010, p. 299 : « les fanatismes subjectivistes ne discutent point ; quel terrain de discussion possible Il n'est point de référence commune sur laquelle ouvrir un dialogue. Il n'en peut aller autrement que si nous consentons à chercher les principes du juste hors de nous-mêmes ».

<sup>2985</sup> VIALA A., « Droits fondamentaux (garanties procédurales) », art. préc., p. 299.

<sup>2986</sup> A la lecture de son ouvrage, on peut sans se tromper qualifier le Professeur Viala d'anti-essentialiste (v. VIALA A., *Philosophie du droit*, Paris : Ellipses, 2010).

<sup>2987</sup> MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat*, préf. GHESTIN J., Paris : LGDJ, 2004, p. 451

<sup>2988</sup> Ibid.

<sup>2989</sup> MEKKI M., id., p. 450.

proportionnalité comme l'équité correspond au « transfert du pouvoir créateur du droit au détriment de la loi et au profit du jugement<sup>2990</sup> » et encourt la critique de la subjectivité<sup>2991</sup>.

A dire vrai, ce qui se révèle de ses concordances, est l'idée d'une identité de fonction entre l'équité et la proportionnalité. L'une et l'autre sont des instruments de dépassement de la règle et de la logique formelle. Ils servent à analyser et à répondre aux intérêts en jeu en dépit d'une règle inappropriée.

*ii) Proportionnalité et utilitarisme*

« Lorsque la proportionnalité s'impose » écrit M. Strowel, « on rentre dans l'univers du calcul utilitariste<sup>2992</sup> ». Cette affirmation, à notre avis, mérite une entière approbation. Néanmoins, historiquement, il s'agit de déterminer s'il existe un lien entre la doctrine utilitariste et la doctrine allemande qui a pensé le principe de proportionnalité. La voie qui permettrait de relier l'une à l'autre semble toute trouvée : l'*Interessenjurisprudenz*. Il s'agira donc dans un premier temps de vérifier cette piste (a). Après avoir constaté que la piste est sans issue, nous tenterons de montrer que la rhétorique employée pour promouvoir l'idée de proportionnalité par les juristes allemands du XVIIIe siècle peut aisément être relue selon la doctrine utilitariste (b).

*a. Proportionnalité et Interessenjurisprudenz*

Le mouvement de l'*Interessenjurisprudenz* a-t-il joué un rôle dans la formation du principe de proportionnalité ?

**Peu de points communs.** Au regard de l'identité de temps – la fin du XIXe siècle- et de la correspondance de lieu – l'Allemagne et la Prusse –, nous pouvons, dans un premier élan,

---

<sup>2990</sup> TERRE F., « La proportionnalité comme principe ? », JCP G, 15 juin 2009, p. 52 et s., n° 14.

<sup>2991</sup> Ibid.

<sup>2992</sup> STROWEL A., « De 'l'abus de droit' au principe de 'proportionnalité' : un changement de style ? », in, *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 294 ; rapprochant également le test de proportionnalité à la « méthode utilitariste de la pesée des intérêts, v. OST Fr., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 437.

présumer que les deux phénomènes ont des racines communes. Cela apparaît plausible à la lecture de l'ouvrage consacré au principe de proportionnalité de M. Barak<sup>2993</sup>, dans lequel cet ancien juge de la Cour Suprême d'Israël rapproche le développement du concept de proportionnalité et l'importance en droit allemand de l'*Interessenjurisprudenz* au détriment de la *Begriffjurisprudenz* (science des concepts)<sup>2994</sup>. Le principe de proportionnalité, au même titre que l'*Interessenjurisprudenz*, se caractérise par sa tendance « contre-formaliste<sup>2995</sup> ». Pareillement, il existe, selon M. Schwarze, une correspondance entre le concept de proportionnalité reposant sur l'idée d'une corrélation entre les moyens et la fin et la philosophie instrumentale du droit de Ihering. La pensée de Ihering constituerait alors l'un des facteurs – avec l'idée de justice<sup>2996</sup> et le développement de la conception libérale de l'Etat – de l'émergence du principe de proportionnalité en Allemagne<sup>2997</sup>.

**Trop de points distincts.** Selon d'autres auteurs qui se sont également interrogés sur l'existence d'un lien de familiarité entre ce principe et le développement de la science des intérêts et plus largement de l'Ecole du droit libre (*Freirechtsschule*), le résultat est négatif. Selon MM. Cohen-Eliya et Porat, il n'y aurait pas de lien direct entre la balance des intérêts telle qu'évoquée par les tenants de l'Ecole du Droit libre pour figurer le travail du législateur et du juge, et le principe de proportionnalité<sup>2998</sup>. Certes, dans la mesure où les deux phénomènes s'opposent au formalisme, ils peuvent être associés mais demeurent néanmoins indépendants comme l'attestent d'une part l'absence de référence des juges des Cours

---

<sup>2993</sup> V. BARAK A., *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012.

<sup>2994</sup> BARAK A., op. cit., p. 177: « During the end of the nineteenth century and the first half of the twentieth century, the development of the concept of proportionality was seen as part of the more general move in German law from the jurisprudence of concepts (*Begriffsjurisprudenz*) to the jurisprudence of interests (*Interessenjurisprudenz*) ».

<sup>2995</sup> « as counter-formalism » (BARAK A., id., p. 177).

<sup>2996</sup> SCHWARZE J., op. cit., p. 723 : « réponse proportionnelle aux faits (*justitia vindicativa*) et justice distributive (*justitia distributiva*) ».

<sup>2997</sup> A côté de la justice, l'autre source du principe de proportionnalité selon Schwarze « repose sur l'idée que le droit doit être utile, donc adéquatement rationnel, et qu'il doit dès lors exister aussi une certaine relation quantifiable entre les moyens et les objectifs lorsqu'il s'agit d'obtenir un résultat souhaité. La philosophie du droit qui se dissimule derrière cette idée a été développée de manière déterminante par Ihering, qui, dans ses ouvrages *Der Zweck im Recht* et *Der Kampf um's Recht*, a particulièrement souligné le caractère de finalité qui est inhérent au droit. Selon lui, si l'action des pouvoirs publics est légitimée par les fins sociales, celle-ci doit être limitée en outre par sa finalité et donc par sa proportionnalité aux intérêts poursuivis. La fin et les moyens entretiennent donc un rapport de causalité mais aussi, du fait des règles de droit, un rapport normatif » (SCHWARZE J., loc. cit.).

<sup>2998</sup> V. COHEN-ELIYA M., PORAT I., « American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 263 et s.

administratives appliquant la proportionnalité aux résultats de l'Ecole du droit libre<sup>2999</sup> (juges qui d'ailleurs seraient attachés à la pensée classique<sup>3000</sup>), d'autre part, l'hétérogénéité des domaines respectifs de l'Interessenjurisprudenz et de la proportionnalité. En effet, et quand bien même la summa division n'est pas aussi prononcée en Allemagne qu'en France<sup>3001</sup>, les mêmes auteurs soulignent que l'Ecole du droit libre est essentiellement un courant privatiste alors que les racines du principe de proportionnalité sont inextricablement attachées au droit public<sup>3002</sup>.

Il peut enfin être ajouté que les motifs idéologiques sous-jacents à l'émergence de la proportionnalité et ceux derrière le mouvement initié par Ihering sont, sinon opposés, du moins divergents. Comme nous l'avons vu, les tenants du Rechtsstaat dans sa dernière acception sont des libéraux issus de la classe bourgeoise<sup>3003</sup> souhaitant restreindre les ingérences de l'Etat dans leurs affaires commerciales. L'une des forces créatrices de la proportionnalité trouve son ressort dans les motifs essentiellement économiques de cette classe dont les intérêts ont été durablement négligés par le pouvoir politique. Quant aux défenseurs de l'Ecole du droit libre, ceux-ci, influencés par les méthodes des sciences sociales semblent davantage animés par la conviction d'une conciliation nécessaire entre l'individualisme juridique et la satisfaction des besoins et des revendications sociales. Cela se manifeste par exemple chez Ihering lorsqu'il souhaite borner plus strictement les droits subjectifs et notamment le droit de propriété.

---

<sup>2999</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., id., p. 263 et s.: « the administrative courts clearly did not associate themselves with this radical movement. Instead, they placed themselves within the framework of mainstream German formal thought ».

<sup>3000</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., id., p. 263 et s. : « the judges of the [Prussian Supreme Administrative Court] regarded themselves as acting within the framework of the formalist tradition of German law, which considered itself an autonomous, complete and logical system of concepts and rules that contained within it solutions for all the cases that came before it ».

<sup>3001</sup> Par le truchement du « droit subjectif », les branches du droit allemand s'organisent selon une structure analogue : « *les relations entre l'administration et les administrés sont ainsi construites de la même façon que les relations régies par le droit civil : les administrés ont des droits et des obligations présentant un caractère subjectif* » (FROMONT M., « Avant propos », in, FORSTHOFF E., op. cit., p. XV).

<sup>3002</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., « American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins », art. préc., p. 263 et s.

<sup>3003</sup> BLACKBOURN D., *The German bourgeoisie : essays on the social history of the German middle class from the late eighteenth to the early twentieth century*, London : Routledge, 1991, p. 263.

En raison de ces arguments et au regard de notre exposé de l'origine de la proportionnalité, nous devons admettre l'absence de corrélation directe entre le mouvement anti-formaliste de l'école du droit libre et le contrôle de proportionnalité.

*b. La proportionnalité expliquée par l'utilitarisme*

Le discours destiné à limiter les actions de l'Etat notamment au travers d'une exigence de proportionnalité plonge ses racines dans la philosophie libérale du XVIIIe siècle. Deux auteurs (Svarez et Humboldt) sont considérés comme des contributeurs essentiels à la formation du principe de proportionnalité.

L'un et l'autre participent au nouveau mouvement de pensée initié par Kant prônant la liberté comme une fin en soi. Ils soutiennent le principe de droit naturel issu de la raison selon lequel le pouvoir législatif ne peut porter atteinte à la liberté individuelle qu'en raison de l'intérêt général<sup>3004</sup>. Un tel principe prendra, plus tard la forme du principe de proportionnalité qui, par extension pèsera sur tout acte issu de l'Etat, qu'il soit législatif, exécutif ou administratif.

Le but ici est de mettre en correspondance les buts poursuivis par Humboldt et Svarez et ceux de la philosophie utilitariste. Ces correspondances tendent à montrer qu'au-delà de la rhétorique jusnaturaliste, les droits naturels qui servent de fondement au principe de proportionnalité peuvent se traduire en termes *d'intérêts*.

*1. La rhétorique des droits de l'homme*

Pour critiquer les ingérences étatiques, les auteurs ont utilisé le droit naturel (moderne) comme une arme de combat<sup>3005</sup>. Il s'agissait d'employer les droits de l'homme comme des bornes au-delà desquelles toute intervention de la police ou de l'administration devenait a priori illégitime. Svarez et Humboldt se sont évertués à élaborer une doctrine limitative de l'Etat au nom de la liberté individuelle.

---

<sup>3004</sup> V. WURTENBERG Th., « L'Etat de droit avant 'l'Etat de droit', in, JOUANJAN O., *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 93.

<sup>3005</sup> Pour certains auteurs, comme M. Miaille, le droit nature n'est jamais rien d'autre qu'une arme de combat : « *le droit naturel n'est pas une théorie explicative, don un concept scientifique, c'esrt une représentation idéologique produite à un moment donné par une société en proie à certaines contradictions qu'elle tente de résoudre par une projection dans le domaine de l'utopie. Elle a donc une fonction pratique, celle d'être une arme de combat* » (MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Paris : Maspero, 1976, p. 318).

**Les contributions de Svarez.** Bien qu'il n'ait semble-t-il jamais employé la notion de proportionnalité (*Verhältnismäßig*), Carl Gottlieb Svarez (1746-1798) est présenté comme le premier à avoir esquissé l'idée d'une proportionnalité entre l'action de la police et la fin poursuivie<sup>3006</sup>. Nous avons déjà rencontré ce juriste puisqu'il est l'un des rédacteurs du Code prussien et auteur du fameux article qui dispose : « la fonction de la police est de prendre les *mesures nécessaires au maintien de la paix publique, de la sécurité et de l'ordre*<sup>3007</sup> ». Svarez, en conditionnant la validité des mesures de police à leur caractère nécessaire, fournit les bases d'une doctrine de la proportionnalité. En effet c'est au nom du contrôle du caractère nécessaire des mesures prises par l'administration, que les juges, un siècle plus tard, ont exercé le pouvoir d'annuler les actes de police dont les effets seront jugés disproportionnés par rapport au but poursuivi.

Bien que Svarez, animé par l'esprit des Lumières et ses principes jusnaturalistes, défende une conception libérale de l'Etat et égalitaire de la société civile, le Code qu'il a rédigé subordonnait la bourgeoisie à laquelle il appartenait à celle des nobles et la privait de tout espoir de s'élever tant dans les institutions publiques que dans le domaine commercial. Si Svarez comme le suggère Tocqueville « suivait sans doute les ordres de son maître<sup>3008</sup> », il est néanmoins parvenu à exprimer ses convictions libérales, ce que révèle l'article précité qui conditionne théoriquement l'exercice des pouvoirs de police dans la mesure du nécessaire. C'est également à l'occasion des lectures auprès du Prince (*Kronprinzenvortrag*) que Svarez confie sa vision des rapports de l'Etat et des citoyens. En effet, il estime que l'Etat ne doit restreindre la liberté des individus que pour assurer la liberté et la sécurité de tous<sup>3009</sup>. Cette règle imposée au Souverain est pour Svarez la première clause du contrat social auquel les

---

<sup>3006</sup> V. BARAK A., op. cit., p. 177 ; COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 28. V. égal. SAKELLARIDOU M., « La généalogie de la proportionnalité », VIIe congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel, Athènes, 11-15 juin 2007, atelier 15 : *équilibre et proportionnalité dans l'interprétation des constitutions*, note 6, disponible sur [http://www.enelsyn.gr/fr/workshops/workshop15\(fr\).htm](http://www.enelsyn.gr/fr/workshops/workshop15(fr).htm)

<sup>3007</sup> Partie II, § 10, 17 du Code général Prussien cité par SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., note 60.

<sup>3008</sup> TOQUEVILLE A. De, *L'Ancien Régime et la Révolution*, L. II, chap. 1, note 1.

<sup>3009</sup> SCHMIDT NOEL A., *La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé*, Neuchâtel, 2011, th. dactyl., p. 75 ; MULLER P., « Le principe de proportionnalité », *Revue de droit suisse*, 1978, p. 209, cité par SAKELLARIDOU M., « La généalogie de la proportionnalité », art. préc., note 6 ; BARAK (A.), op. cit., p. 178

individus en vue de leur bonheur consentent et dans lequel ils concèdent au Souverain certains droits naturels et revêtent le statut de sujet<sup>3010</sup>.

**Wilhelm von Humboldt.** Aux côtés de Svarez, un autre auteur est considéré comme un contributeur majeur au contrôle de proportionnalité en ce qu'il a défendu, selon une perspective libérale, un encadrement de l'action étatique dans des bornes bien définies. Fonctionnaire chargé des affaires culturelles en Prusse et théoricien de l'action culturelle de l'État, Wilhelm von Humboldt est l'auteur de l'« *Essai sur les limites de l'action de l'Etat* » dans lequel nous trouvons, par le truchement du principe de nécessité, les prodromes de la proportionnalité<sup>3011</sup>.

**Humboldt. De la liberté et de la sûreté.** A partir des prémisses selon lesquelles la liberté est « *la possibilité d'une activité variée à force d'être indéterminée*<sup>3012</sup> », et « le vrai but de l'homme [est] le développement le plus large et le mieux proportionné de ses forces afin qu'elles forment un ensemble<sup>3013</sup> », Humboldt en tire le principe selon lequel chaque individu doit jouir « de la plus entière liberté de se développer de lui-même et dans sa personnalité propre<sup>3014</sup> ». Autrement dit chacun doit se développer « suivant sa propre volonté, dans la mesure de ses besoins et de ses penchants, sous contrainte seulement des limites de sa force et de son droit<sup>3015</sup> ». La liberté est subordonnée à une seule condition : la sûreté. Sans elle « *l'homme ne peut ni développer ses facultés, ni jouir de leurs fruits ; car sans sûreté il n'est point de liberté*<sup>3016</sup> ». Autrement dit, la sûreté est « *l'assurance de la liberté légitime*<sup>3017</sup> ».

**Humboldt. Les bornes de l'action de l'Etat.** Pour étudier les rapports entre l'Etat et les membres de la société, Humboldt commence par acter le caractère relatif de la conception du

---

<sup>3010</sup> SVAREZ C. G., *Vorträge über Recht und Staat* (Hermann Conrad & Gerd. Kleinheyer eds., Westdeutscher Verlag 1960), reprinted in REMMERT B., *Verfassungs und Verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermassverbots*, 1995, p. 15, cité par SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 18, note 54.

<sup>3011</sup> Humboldt est également connu pour avoir préconisé un modèle d'université orienté davantage vers la recherche que la formation des étudiants. On parle à ce titre de modèle humboldtien (v. LOUREAU R., « Chercheur surimposé », *L'Homme et la société*, n° 115, 1995, pp. 39-46).

<sup>3012</sup> HUMBOLDT W. V., *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, Paris : Les belles lettres, 2004, p. 21.

<sup>3013</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 27.

<sup>3014</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 32.

<sup>3015</sup> Ibid.

<sup>3016</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 60.

<sup>3017</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 117.

rôle de l'Etat au travers de la comparaison entre les Etats anciens et modernes. « Les anciens recherchaient la vertu, les nouveaux recherchent le bonheur<sup>3018</sup> », en conséquence, déduit-il, « *aujourd'hui, le désir de nos Etats est de toucher plutôt à ce que l'homme possède qu'à ce qu'est l'homme lui-même*<sup>3019</sup> ».

A la suite de ce constat, Humboldt s'interroge sur le véritable but de l'État : est-ce le bien-être de la nation ou seulement sa sûreté<sup>3020</sup> ? Compte tenu de l'absence de moyens à la disposition de l'Etat pour connaître et pourvoir au bonheur de chacun, des faibles résultats que l'on peut escompter d'une telle entreprise<sup>3021</sup> et des effets nuisibles qui en découlent<sup>3022</sup>, Humboldt suggère « *que l'Etat se retienne de tout soin pour le bien positif des citoyens ; qu'il ne s'avance jamais plus qu'il n'est nécessaire pour leur garantir la sûreté entre eux et vis-à-vis des ennemis extérieurs ; qu'il ne restreigne jamais leur liberté en faveur d'un autre but*<sup>3023</sup> ». L'Etat doit se limiter à garantir la sûreté des individus, et ce, contre les autres individus<sup>3024</sup> et les forces étrangères<sup>3025</sup>. Réduit à la poursuite de ce seul objectif l'Etat, en conséquence, « *doit s'abstenir entièrement de tout travail tendant à agir directement ou indirectement sur les mœurs et le caractère de la nation* » et cesser « *toute surveillance exercée sur l'éducation, l'organisation religieuse, les lois contenant le luxe, etc., [car étant] tout à fait en dehors des bornes de son action*<sup>3026</sup> ». En conclusion, « *l'Etat doit donc se contenter de protéger les droits qu'ont les hommes, en dehors de toute convention positive, de sacrifier à leur propre conservation la liberté ou la propriété d'autrui*<sup>3027</sup> ».

Eu égard à cette prescription, la difficulté essentielle consiste à déterminer les conditions de l'action légitime de l'Etat ou ce qui revient au même, à définir la sûreté puisque sa seule fonction consiste à la garantir. De manière générale, l'Etat est justifié à intervenir lorsque la liberté des uns affecte la sûreté des autres. Mais, l'on s'en doute, la tâche ainsi définie est délicate puisqu'elle supposerait, pour atteindre son but, de connaître exactement les bornes de la sûreté<sup>3028</sup>.

---

<sup>3018</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 24.

<sup>3019</sup> Ibid.

<sup>3020</sup> Ibid.

<sup>3021</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 113.

<sup>3022</sup> Ibid.

<sup>3023</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 54

<sup>3024</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 128.

<sup>3025</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 60.

<sup>3026</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 114.

<sup>3027</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 130.

<sup>3028</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 116.

**Humboldt. Un principe limitatif de l'action étatique : la nécessité.** La détermination du périmètre d'action de l'Etat est le résultat d'une activité rationnelle : « *l'Etat doit, en vue des limites de son action, rapprocher la situation réelle des choses de la juste et vraie théorie*<sup>3029</sup> ». Cette théorie est issue de la science, non pas celle des caméralistes lesquels sont tournées vers le bien-être matériel et spirituel et l'accroissement des revenus de l'Etat, mais une science centrée sur l'individu. Pour Humboldt, le principe qui préside cette « juste et vraie théorie » sur laquelle l'Etat doit s'appuyer n'est pas un principe d'utilité, mais un principe de nécessité. La perspective de l'utilité est positive : il s'agit de faire tout ce qui est utile alors que la perspective de la nécessité est négative : il s'agit de ne faire que ce qui est nécessaire<sup>3030</sup>.

## *2. La relecture utilitariste*

**Rapports entre Svarez, Humboldt et J. S. Mill.** L'approche libérale de Svarez n'a pas échappé aux yeux de certains commentateurs qui l'ont rapprochée de celle du disciple de Bentham, John Stuart Mill dans *De la liberté*<sup>3031</sup>. Par ailleurs ce dernier admire Humboldt. A cet égard, Mill a utilisé en épigraphe de son ouvrage un extrait de l'œuvre de Humboldt et a écrit : « peu de personnes, même en dehors de l'Allemagne, comprennent le sens de cette doctrine sur laquelle Guillaume de Humboldt, si distingué et comme savant et comme politique, a fait un traité<sup>3032</sup> ».

**Ressemblances entre la pensée des auteurs allemands et l'utilitarisme benthamien.** Il ne s'agit pas ici de montrer que la pensée de Bentham a joué une quelconque influence sur les auteurs précités. Rien d'ailleurs ne l'atteste. Nous voulons plutôt mettre en lumière le fait que derrière la rhétorique jusnaturaliste<sup>3033</sup> se tient un propos relatif aux rapports entre la liberté et

---

<sup>3029</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 197.

<sup>3030</sup> HUMBOLDT W. V., id., p. 198.

<sup>3031</sup> V. CHRISTOFFERSEN J., *Fair balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden : Martinus Nijhoff, 2009, p. 34 ; EMILIOU N., *The principle of proportionality in European law*, Londres : Kluwer, 1996, p. 7.

<sup>3032</sup> MILL J. St., « De l'individualité considérée comme un des éléments du bien-être » [chap. III de *De la liberté*] in, MANENT P., *Les libéraux*, Paris : Gallimard, 2001, p. 722.

<sup>3033</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 29.

la loi, analogue à ce que préconise Bentham. En faisant la comparaison des discours de Svarez et de Humboldt avec le discours utilitariste, nous voulons souligner que la logique ou que le raisonnement de ces auteurs repose, tôt ou tard, sur une mise en balance des intérêts entre les inconvénients de la loi en termes de restrictions de liberté et les avantages sur la sûreté de l'individu caractéristique de la méthode utilitariste. Autrement dit, c'est à partir de la logique de l'utilité consistant à la comparaison des intérêts en jeu que sont dégagées concrètement les limites à assigner à l'Etat.

Prenons le discours jusnaturaliste de Svarez. Alors qu'il recourt à la fiction du contrat social et pose a priori la liberté comme fin en soi<sup>3034</sup>, il emploie un raisonnement de type utilitariste lorsqu'il s'agit d'exposer la méthode que devrait suivre le gouvernement pour déterminer sa propre conduite :

« Seule la réalisation d'un bien plus important pour la communauté peut justifier que l'Etat exige le sacrifice d'un bien individuel substantiellement moindre. Tant que la différence de poids n'est pas évidente, la liberté naturelle doit prévaloir. (...) La souffrance [sociale] qui doit être défalquée par la restriction de la liberté, doit être dans une large mesure plus substantielle que le désavantage individuel ou collectif qui résulte de cette atteinte<sup>3035</sup> ».

Svarez opère, afin de déterminer l'étendue des atteintes étatiques à la liberté individuelle, ce qu'il convient d'appeler avec MM. Stone et Mathews, une mise en balance [balancing<sup>3036</sup>]. Ce raisonnement, de type conséquentialiste – le bienfait d'une atteinte à la liberté, est apprécié à partir d'une mise en balance des coûts et des bénéfices escomptés par l'ensemble de la communauté –, dénote avec le raisonnement aprioristique qui gouverne toute réflexion en termes de droits naturels absolus<sup>3037</sup> et correspond à la logique de l'utilité employée par Bentham :

---

<sup>3034</sup> V. SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 14.

<sup>3035</sup> SVAREZ C. G., *Vorträge über Recht und Staat* (Hermann Conrad & Gerd. Kleinheyer eds., Westdeutscher Verlag, 1960, cité par SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 18, note 57. Nous traduisons.

<sup>3036</sup> SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 18, note 54.

<sup>3037</sup> Ainsi, lorsque Kant fonde l'Etat (Staat) ou la République (Republik), il a recours aux principes a priori que découvre la raison, et notamment celui de la liberté comme attribut de l'homme : « *L'état civil considéré uniquement comme état juridique est donc fondé sur les principes a priori suivants : 1. La liberté de chaque membre de la société en tant qu'homme. 2. L'égalité de celui-ci avec tout autre en tant que sujet. 3. L'indépendance de tout membre d'une communauté en tant que citoyen.* Ces principes ne sont pas tant des lois que donne l'Etat déjà établi, que celles qui seules rendent possible l'institution d'un Etat conformément aux purs

« Certaine loi ne se fera qu'aux dépens de la liberté naturelle : donc elle est une violation de la liberté naturelle ; donc elle est injuste. Dire qu'une loi est contraire à la liberté naturelle, c'est simplement dire que c'est une loi. Car toute loi ne s'établit qu'aux dépens de la liberté. La liberté même ne s'établit qu'aux dépens d'une autre liberté, la liberté de Pierre qu'aux dépens de la liberté de Paul. Quand on reproche à une loi de heurter la liberté ; cet inconvénient ne fait pas contre elle un grief particulier, car c'est le propre de toutes les lois. Le mal qu'elle fait par là est-il plus qu'équivalent au bien qu'elle fait par d'autres voies ? Voilà l'unique question à examiner<sup>3038</sup> »

Humboldt emploie à son tour le même type de raisonnement lorsqu'il est question de fixer le domaine d'intervention de l'Etat dans les rapports entre individus. Les rapports juridiques entre personnes privées étant relatifs et la loi, absolue, il s'agit de comparer les effets des conventions privées subies par certains tiers par rapport aux effets d'une loi restreignant ces actes privés subis par l'ensemble de la collectivité :

« L'Etat doit, parmi les actes qui ne se rapportent immédiatement qu'à leurs auteurs, défendre ou limiter ceux dont les conséquences portent atteinte aux droits des autres hommes, diminuent leur liberté et leur propriété, sans ou contre leur volonté, ou bien, encore les actes qui doivent vraisemblablement amener ce résultat ; c'est là une vraisemblance dans l'appréciation de laquelle il faut tenir compte de la grandeur du mal à combattre, et de la gravité de la restriction que l'on imposera à la liberté par une loi prohibitive. Toute autre limitation à la liberté privée, ou plus étendue ou tirée d'autres points de vue, est en dehors des bornes de l'action de l'Etat<sup>3039</sup> »

On retrouve cette idée chez Bentham :

« Règle générale. Laissez aux individus la plus grande latitude possible dans tous les cas où ils ne peuvent nuire qu'à eux-mêmes ; car ils sont les meilleurs juges de leurs intérêts. S'ils se trompent, dès qu'ils sentiront leur méprise, il est à présumer qu'ils n'y persisteront pas. Ne

---

principes de la raison du droit humain externe en général » (KANT E., « Über den Gemeinspruch : Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis », 1793, p. 145, cité et traduit par HEUSCHLING L., th. préc., p. 43).

<sup>3038</sup> BENTHAM J., Traité de législation civile et pénale, préf. M. BOZZO-REY, BRUNON-ERNST A., DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, p. 114.

<sup>3039</sup> HUMBOLDT W. V., op. cit., p. 127. Nous soulignons.

faites intervenir la puissance des lois que pour les empêcher de se nuire entre eux. C'est là où elles sont nécessaires ; c'est là où l'application des peines est vraiment utile, parce que la rigueur exercée sur un seul devient la sûreté de tous <sup>3040</sup> ».

Enfin, puisque chaque loi constitue une atteinte à la liberté. L'opportunité de légiférer est déterminée à partir d'une mise en balance :

« Le législateur doit conférer les droits avec plaisir, puisqu'ils sont en eux-mêmes un bien : il doit imposer les obligations avec répugnance, puisqu'elles sont en elles-mêmes un mal. D'après le principe de l'utilité, il ne doit jamais imposer une charge que pour conférer un bénéfice d'une plus grande valeur.

En créant des obligations la loi retranche de la liberté dans la même proportion ; elle convertit en délits des actes qui autrement seraient permis et impunissables. La loi crée un délit, soit par un commandement positif, soit par une prohibition.

Les retranchements de liberté sont inévitables. Il est impossible de créer des droits, d'imposer des obligations, de protéger la personne, la vie, la réputation, la propriété, la subsistance, la liberté même, si ce n'est aux dépens de la liberté.

Mais chaque restriction imposée à la liberté est sujette à être suivie d'un sentiment naturel de peine plus ou moins grand, indépendamment d'une variété infinie d'inconvénients et de souffrances qui peuvent résulter du mode particulier de cette restriction. Il s'ensuit donc qu'aucune restriction ne doit être imposée, aucun pouvoir conféré, aucune loi coercitive sanctionnée, sans une raison suffisante et spécifique. Il y a toujours une raison contre toute loi coercitive, et une raison qui, au défaut de toute autre, serait suffisante par elle-même, c'est qu'elle porte atteinte à la liberté. Celui qui propose une loi coercitive doit être prêt à prouver non-seulement qu'il y a une raison spécifique en faveur de cette loi, mais encore que cette raison l'emporte sur la raison générale contre toute loi <sup>3041</sup> ».

Si la fiction du « contrat social » est employée opportunément comme fondement et principe de la limitation de l'Etat, c'est la technique de balance de type utilitariste, comme l'attestent les divers extraits précités, qui permet précisément de fixer les limites à l'action étatique. La

---

<sup>3040</sup> BENTHAM J., op. cit., p. 50.

<sup>3041</sup> BENTHAM J., id., p. 162.

logique de l'utilité est l'outil grâce auquel est médiatisé le conflit de l'autonomie privée et du bien public<sup>3042</sup>.

*B) Le balancing of interest test aux Etats-Unis*

**Comparaison avec l'Allemagne.** Le développement de la méthode de la balance des intérêts aux Etats-Unis résulte de causes distinctes de celles qui permettent d'expliquer l'apparition du contrôle de proportionnalité en Allemagne. Nous l'avons vu, l'émergence du contrôle de proportionnalité des actes administratifs dans les juridictions prussiennes répond aux revendications libérales de la bourgeoisie. Celles-ci étaient souvent exprimées à l'aide de la rhétorique du contrat social et des droits naturels. Il était soutenu que l'Etat ne pouvait limiter les droits naturels au-delà de ce qui était nécessaire à la sûreté générale. Aux Etats-Unis, dans les premières décennies du XXe siècle, la « balance des intérêts » (balancing) dans la doctrine et dans les opinions dissidentes émane de causes inverses : il ne s'agit pas de protéger les intérêts particuliers contre l'Etat mais de satisfaire une certaine conception de l'intérêt général (intérêts sociaux et publics) contre les intérêts privés protégés par la Constitution. Ironiquement, le discours de l'équilibre aux Etats Unis sert occasionnellement à justifier la prévalence des pouvoirs de police de l'Etat<sup>3043</sup> relatifs à la sûreté, la santé, les bonnes mœurs et le bien-être général sur les droits constitutionnellement protégés.

**Causes d'apparition du balancing.** En raison de leur formulation et de la manière absolutiste avec laquelle ils étaient interprétés par certains juges rompus au dogme économique, les droits constitutionnels constituaient en effet des limites trop contraignantes à l'activité de l'Etat, notamment, dans sa lutte contre le paupérisme. Le discours du balancing

---

<sup>3042</sup> V. SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », art. préc., p. 18.

<sup>3043</sup> On a pu définir ces divers pouvoirs de manière synthétique comme « *le pouvoir d'organisation par la contrainte, que possèdent les autorités publiques sur les activités privées, dans le but d'assurer la pleine satisfaction des intérêts généraux de la collectivité* » (PINTO R., *Des juges qui ne gouvernent pas*, Paris : Sirey, 1933, p. 250) ; « la souveraineté de chaque Etat de l'Union fait qu'il existe certains pouvoirs qu'on qualifie de manière plutôt vague de pouvoirs de police [police powers] et que les juridictions n'ont pas tenté de préciser et de limiter exactement. Pour en rester à des énoncés généraux et sans chercher plus de précision pour l'instant, ces pouvoirs concernent la sûreté, la santé, les bonnes mœurs et le bien-être général de la population », (PECKHAM R. (*Lochner v. New York*, 1905), in, ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : Dalloz, 2010, p. 141).

est l'un des moyens pour relativiser ces droits qui étaient très largement appréhendés comme absolus. Ainsi que nous l'avons vu précédemment la thèse selon laquelle les droits et les intérêts doivent être conciliés de manière pragmatique au lieu d'être a priori hiérarchisés indépendamment des considérations de fait est celle du courant de la sociological jurisprudence dont les illustres représentants sont Holmes, Cardozo et Pound. Ce que nous allons étudier dorénavant c'est la pénétration de cette doctrine et de son langage dans le champ judiciaire<sup>3044</sup>. Analyser l'étude de la rhétorique du balancing dans la jurisprudence (que ce soit dans les arrêts, les opinions concordantes ou les opinions dissidentes) implique de prendre en compte de manière plus générale la nature des rapports entre les branches du pouvoir et plus exactement la position de la Cour suprême face au gouvernement et au Congrès. Ce faisant, l'on constate que le terme balancing est à l'origine employé dans les opinions pour s'opposer au gouvernement des juges (1), puis, il va servir à justifier une méthode judiciaire opportunément exercé par les juges pour favoriser l'« hystérie maccarthyste<sup>3045</sup> » du gouvernement (2).

- 1) Le discours du balancing : instrument de critique contre le gouvernement des juges

Le discours de l'équilibre (b) vise à saper le gouvernement des juges (b).

- a) Le gouvernement des juges sous l'ère Lochner

**Apparition du gouvernement des juges.** Dans le célèbre arrêt Lochner Holmes s'était opposé, au travers d'une opinion dissidente, à la décision de la majorité des juges de la Cour Suprême en raison de la nature idéologique de leurs motifs<sup>3046</sup>. Par une remarque lourde de sens et de présages, Holmes, comme nous le verrons plus loin, suggérait qu'il n'appartenait pas aux juges suprêmes d'apprécier les lois selon leurs convictions économiques et qu'il ne

---

<sup>3044</sup> PINTO R., *Des juges qui ne gouvernement pas*, Paris : Sirey, 1933, p. 15 : « Quand les opinions habiles et remarquables de Holmes *et de Brandeis ont réussi à modifier la méthode d'interprétation de la Cour, par là même, les solutions données au fond changeaient* ».

<sup>3045</sup> ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, p. 167.

<sup>3046</sup> On peut également interpréter la critique de Holmes en disant qu'il reproche à ses collègues, en définitive, d'opérer a priori leur propre balance des intérêts d'après laquelle les intérêts économiques prévalent sur les autres intérêts et de cacher celle-ci sous la forme d'un syllogisme (v. COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 38).

leur incombait pas davantage de contrôler l'opportunité des lois. Dans cet arrêt, les juges ont invalidé une loi de l'Etat de New York destinée à protéger les ouvriers contre des durées de travail excessives, sur le fondement de la clause constitutionnelle du *due process of law*<sup>3047</sup>. L'intervention et l'exercice des « *pouvoirs de police de l'Etat* » (*police powers of the state*) dans le domaine de la durée de travail constituaient selon la Cour une atteinte illégitime à la liberté contractuelle. Cet arrêt, très célèbre dans l'histoire judiciaire américaine, marque le début de l'« ère Lochner<sup>3048</sup> ». Couvrant la période de 1905 à 1937, cette phase correspond à l'étape critique, voire fatale, selon Edouard Lambert dans l'histoire de tout régime politique ayant adopté la séparation des pouvoirs, à savoir la « *rupture de l'équilibre des pouvoirs*<sup>3049</sup> ». Le cas échéant, il s'agissait d'un « *renversement d'équilibre (...) au profit du pouvoir judiciaire*<sup>3050</sup> ». Trois instruments furent mis en œuvre par les juges pour asseoir leur autorité : le *judicial review*, la clause du *due process of law*, et le mode de raisonnement formel.

**Les instruments du gouvernement des juges : le *judicial review*.** Au travers de l'exercice du *judicial review* (le pouvoir judiciaire de contrôler la constitutionnalité des actes du législateur et du gouvernement), les juges ont tellement sanctionné le législateur qu'ils ont dans le même temps, estime Lambert, transformé « radicalement la nature même de la *constitution qui l'accueille*<sup>3051</sup> ». Soulignons que l'ère Lochner est la période durant laquelle les juges ont le plus invalidé des lois fédérales et étatiques.

**Les instruments du gouvernement des juges : la clause de *due process of law*.** Le second instrument est l'interprétation de la clause du *due process of law*<sup>3052</sup>. Cette clause est contenue dans le quatorzième amendement de la Constitution lequel fut ratifié à l'origine pour protéger les anciens esclaves contre les Etats du Sud. En sa première section, l'amendement dispose : « Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens

---

<sup>3047</sup> V. infra.

<sup>3048</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., op. cit., p. 37 ; PINELLI C., « 'Gouvernement des juges' petite histoire du terme », p. 2, disponible sur [http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13\\_gouvernement.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13_gouvernement.pdf)

<sup>3049</sup> LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris : Dalloz, 2005, préf. MODERNE Fr., p. 21.

<sup>3050</sup> Ibid.

<sup>3051</sup> LAMBERT E., id., p. 228.

<sup>3052</sup> V. MBONGO P., « *Due process of Law et Procès équitable* », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2014, n° 44, pp. 49-59.

sans procédure légale régulière [without due process of law]; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égalité de protection des lois<sup>3053</sup> ». Cet amendement se singularise par rapport aux dix premiers (composant le Bill of Rights<sup>3054</sup>) car il n'est pas seulement opposable à l'Etat fédéral mais aussi – contrairement aux amendements du Bill of Rights – aux Etats fédérés<sup>3055</sup>.

A l'origine, la clause de due process of law est une règle formelle qui impose à l'Etat de respecter une procédure régulière ou adéquate en cas d'atteinte à la vie, à la liberté ou à la propriété d'un individu. Progressivement, la clause s'est parée d'une seconde acception, à vocation substantielle (« substantial due process of law »). Pour satisfaire à cette nouvelle exigence, il est nécessaire que la mesure étatique soit, au fond, justifiée. « En ce sens » estime M. Haarscher, « il existe des protections substantielles : *l'Etat ne peut limiter la vie, la liberté et la propriété que pour finalement mieux les garantir. La philosophie du due process substantiel signifie que l'Etat ne peut priver les individus de la vie, de la liberté et de la propriété que de façon minimale, puisque ces idéaux sont à la base même de l'Etat libéral*<sup>3056</sup> ». Pour l'auteur, cette interprétation s'éclaire à la lumière de la philosophie lockéenne selon laquelle la fonction du gouvernement est de garantir la propriété à laquelle s'agrègent la vie et la liberté. Dès lors, si l'Etat porte atteinte à l'un de ces droits naturels (vie, liberté, propriété) en vue d'une fin autre que leur protection, il violerait le XIV<sup>e</sup> amendement. Adoptant cette acception, les juges ont, sous couvert d'interprétation, découvert des droits dans la pénombre du quatorzième amendement. Ainsi la liberté contractuelle fut attachée à la

---

<sup>3053</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », Série des Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/1, pp. 36-37, disponible sur <http://www.philodroit.be>

<sup>3054</sup> Le Bill of Rights est la déclaration de droits annexée à la Constitution. Mme Zoller explique que l'idée d'une telle déclaration avait été écartée lors de l'élaboration de la Constitution fédérale à la convention de Philadelphie. Pourtant, l'appréhension anti-fédéraliste était grande au moment de la création du Léviathan qu'est l'Etat fédéral. Afin d'éviter le rejet du projet de Constitution, Madison proposa d'ajouter après la ratification du texte une déclaration de droits. L'offre fut accueillie et deux ans après la ratification de la Constitution, le Bill of Rights entra en vigueur. Son but, dans la commune volonté des parties, était de limiter les pouvoirs de l'état fédéral et non ceux des états fédérés (v. ZOLLER E., op. cit., p. 97).

<sup>3055</sup> Barron v. Baltimore, 32 U.S. 243 (1833) ; « les dix premiers amendements avaient été conçus comme des freins (checks) à la puissance redoutée de l'Etat fédéral (...) Ceci est aisément compréhensible si l'on garde à l'esprit le fait que les Etats-Unis sont nés d'une association très lâche des anciennes colonies anglaises, basée auparavant sur les 'Articles de Confédération', et que de nombreux Américains craignaient, en établissant un Etat fédéral (ce que les contraintes, notamment économiques et militaires, imposaient), la résurrection d'un exécutif tyrannique qui rappellerait la domination de l'Angleterre » (HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., pp. 36-37).

<sup>3056</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 37. V. aussi : LASSALE J.-P., La Cour suprême et le problème communiste aux Etats-Unis, préf. LAMBERT J., Paris : Armand Colin, 1960, p. 159 et s.

notion plus large de liberté<sup>3057</sup>, et bien plus tard, les droits relatifs à la vie privée, à la contraception ou encore à l'avortement furent dégagés à partir de cette clause<sup>3058</sup>.

Sous l'ère Lochner, la clause fut l'un des fondements d'inconstitutionnalité les plus employés : « de 1921 à 1930, soit en neuf ans, 141 arrêts prononcèrent l'inconstitutionnalité de lois d'Etat et, dans deux cas sur trois, sur le fondement de la due process clause, alors que de 1899 à 1921, soit en vingt-deux ans, il n'y avait eu que 194 arrêts rendus à cet effet, et qu'ils ne s'étaient fondés sur la due process clause que moins d'une fois sur deux<sup>3059</sup> »<sup>3060</sup> »

**Les instruments du gouvernement des juges : la logique formelle.** Conjugué à l'interprétation d'un texte formulé de manière large comme le XIV<sup>e</sup> amendement, le syllogisme s'avérait particulièrement expédient<sup>3061</sup>. Outre la nature rationnelle de ce raisonnement qui le rendait incontestable au plan logique, son apanage résidait également dans sa capacité d'exclusion des réalités sociales<sup>3062</sup>. En effet, dans le syllogisme, puisque la mineure (correspondant aux faits) est nécessairement contenue dans la majeure (la norme), tout ce qui n'est pas susceptible de correspondre aux catégories formelles de la règle est, ipso jure, exclu du raisonnement judiciaire. Cette méthode formelle, nous l'avons vu, est l'un des principes méthodologiques de la classical legal thought promu par le doyen Langdell et combattu par la sociological jurisprudence.

---

<sup>3057</sup> V. *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578.

<sup>3058</sup> V. HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 39, citant pour illustration : *Griswold v. Connecticut* (1965); *Roe v. Wade* (1973).

<sup>3059</sup> TUNC A., TUNC S., op. cit., pp. 335-336.

<sup>3060</sup> Deux décennies plus tard les juges ont reconnu l'instrumentalisation de cette clause : « le temps est passé où cette Cour utilisait la clause du due process du quatorzième amendement pour invalider des lois réglementant l'activité économique et les conditions du travail, parce qu'elles pourraient s'avérer déraisonnables, imprudentes, ou incompatibles avec la doctrine d'une école donnée » (*Williamson v. Lee Optical Co.* 348 U.S. 483, 488 (1955), cité par LASSALE J.-P., op. cit., p. 162).

<sup>3061</sup> Ainsi, dans l'arrêt *Lochner*, il a suffi aux juges de placer dans la proposition majeure du syllogisme le précédent idoine, en l'occurrence, celui qui reconnaissait l'appartenance de la liberté contractuelle à la « liberté » protégée par le due process of law (« Le droit général de passer contrat pour tout ce qui concerne son travail fait partie de la liberté de l'individu protégée par le Quatorzième amendement à la Constitution fédérale, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 » (§ 141)). Ensuite, de placer en mineure la proposition selon laquelle la loi réduisant la liberté n'était pas justifiée au regard du XIV<sup>e</sup> amendement. Autrement dit, de déclarer que l'atteinte à la liberté n'avait pas pour effet de protéger la santé, donc la vie (« Il est pour nous manifeste que la limitation de la durée du travail, telle qu'elle est prévue dans l'article de la loi qui sert de base à la poursuite et à la condamnation de l'appelant, n'a ni la relation directe, ni l'effet substantiel sur la santé de l'employé, qui nous permettraient de tenir cet article pour une véritable disposition de santé publique » (§ 146)). Enfin, logiquement, se déduisait l'inconstitutionnalité de la loi (« Dans ces conditions, la liberté du maître et de l'employé de définir par contrat les conditions de travail, et d'en arrêter les termes, ne peut être interdite ou réglementée de cette manière, sans violation de la Constitution fédérale » (§ 146))

<sup>3062</sup> V. COHEN-ELIYA M., PORAT I., op. cit., pp. 37-38.

**Progressisme législatif vs. conservatisme judiciaire : l'enjeu du balancing.** Pendant cette période, dès lors qu'une loi était élaborée en vue de satisfaire des intérêts sociaux ou afin de mettre en œuvre une politique publique [public policy<sup>3063</sup>] et qu'elle restreignait corrélativement la liberté et le droit de propriété, elle devenait la cible des juges, dépositaires des pouvoirs exclusifs d'interpréter la Constitution et de contrôler les lois. En chiffre, l'ère Lochner se traduit par l'annulation de quelques cent soixante-dix lois fédérales ou étatiques de nature sociale et économique<sup>3064</sup>. Cette « époque sombre dans l'histoire de la Cour<sup>3065</sup> » est désormais l'objet d'ironie : la Cour Suprême, qualifiée de « première école autorisée d'économie politique dans l'histoire du monde<sup>3066</sup> », aurait adopté le « laissez faire constitutionalism<sup>3067</sup> ».

Pour comprendre ce décisionnisme judiciaire, il faut revenir sur le contexte du début du XXe siècle. A cette époque, les Etats-Unis sont marqués par deux courants politiques et idéologiques opposés. D'une part, le mouvement progressiste dans lequel s'engagent activement, par les projets de réformes sociales<sup>3068</sup>, les gouvernements fédérés comme fédéral depuis la fin du XIXe siècle et qui constitue la prise de conscience politique du paupérisme et des effets néfastes du capitalisme. A ce courant progressiste s'oppose, d'autre part, comme nous venons de le voir, l'attitude « singulièrement conservatrice<sup>3069</sup> » de la Cour Suprême.

---

<sup>3063</sup> Pour M. Kirat, il n'existe pas de traduction pour le mot « policy » qui peut se comprendre aussi par « finalités publiques ou collectives » (KIRAT Th., « La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme », in, GOMEL B., MEDA D., SERVERIN S. (dir.), *L'emploi en ruptures*, actes du séminaire de recherche tenu en 2007 et 2008 à Paris et organisé par le Centre d'études de l'emploi, Paris : Dalloz, 2009, p. 142).

<sup>3064</sup> V. FORBATH W.E., *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, 1991, p. 177 et s., cité par PINELLI C., « 'Gouvernement des juges' petite histoire du terme », art. préc., p. 2. La Cour « déclara inconstitutionnelles toute une série de lois essentielles, le National Industrial Recovery Act, l'*Agricultural Adjustment Act*, le National Farm Mortgage Act, le Railroad Retirement Act etc. Le gouvernement fédéral se voyait contester le droit d'établir des règlements dans les secteurs de la production de biens manufacturés, des mines et de la production pétrolière, de l'agriculture et, dans le domaine des conditions de travail » (LERAT Ch., *La Cour suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique*, 7<sup>e</sup> éd., Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 37). De 1920 à 1930 la Cour déclara nulles dix-neuf lois du Congrès, c'est-à-dire, « plus du double du nombre qu'elle avait atteint dans une quelconque des décades précédentes. A l'égard des lois d'Etat qui tendaient à réglementer l'industrie et le commerce, c'est une véritable attaque que mena la Cour Suprême », (TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 335).

<sup>3065</sup> ZOLLER E., op. cit., p. 152

<sup>3066</sup> COMMONS J. R., *Legal Foundations of Capitalism*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1924, p. 7, cité par CHEROT J.-Y., « Constitution et économie », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *Suprématie de la Constitution*, Paris : Dalloz, 2012, p. 530.

<sup>3067</sup> HENNETTE-VAUCHEZ ST., ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris : Dalloz, 2013, p. 50.

<sup>3068</sup> L'ère progressiste (1897-1920) désigne la période de réformes destinées à résoudre sur le sol américain la « questions sociale ». Elle est marquée, sous la présidence de Théorore Roosevelt (1901-1909), par une série de lois en matières électorale, sociale, économique, fiscale, écologique (v. DURPAIRE Fr., *Histoire des Etats-Unis*, Paris : PUF, 2013, p. 64 et s.).

<sup>3069</sup> TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 333.

Les tenants de la sociological jurisprudence étaient, dans ce domaine, du côté du législateur et du gouvernement et le discours en termes de balancing visait directement à saper, à travers la condamnation du formalisme, le gouvernement des juges<sup>3070</sup>. En effet, les promoteurs du courant sociologique durant l'ère Lochner défendaient, à côté du balancing of interest, l'autonomie relative du législateur par rapport aux juges, ce qui semble aujourd'hui assez paradoxal dans la mesure où les critiques adressées à la mise en balance des intérêts judiciaire soulignent généralement les atteintes qu'elle permet contre le pouvoir législatif. Toujours est-il qu'à cette époque, il s'agissait de réévaluer l'autorité du législateur, ce qu'avait magistralement fait Holmes, dans son opinion dissidente à l'arrêt Lochner, en affirmant que les juges ne doivent pas juger comme des législateurs concurrents<sup>3071</sup>. Leur rôle avait-il dit, ne consiste pas à apprécier une loi, laquelle manifeste des convictions et des préjugés, à l'aune de leurs propres convictions et préjugés<sup>3072</sup>. Les juristes acquis au social engineering de Pound invitent le législateur à procéder, pour l'élaboration de la loi, à une balance des intérêts individuels, sociaux et publics qui devra être respectée par les juges dans la mesure de la conformité de la loi à la Constitution. La démarche sociologique vise ainsi à restaurer le statut et le rôle de la législation dans la résolution des considérations conflictuelles. « Si la loi est simplement un champ de bataille sur lequel s'affrontent des intérêts sociaux » écrivait un juriste américain, « le législateur est l'institution appropriée pour peser et mesurer des intérêts<sup>3073</sup> ».

**Fin de l'ère Lochner.** Le discours du balancing demeure toutefois, à l'exception de Holmes<sup>3074</sup>, encore largement celui des jurisprudents à défaut d'être celui des juges. Si la

---

<sup>3070</sup> V. COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 38.

<sup>3071</sup> HOLMES W. O., Opinion dissidente - Lochner v. l'Etat de New York 198 U.S 45, [1905], in, ZOLLER E., op. cit., p. 146 : « les constitutions et les lois d'Etats peuvent régler l'existence de maintes façons que nous pourrions, en tant que législateur, considérer comme inopportune ou, si on préfère, aussi tyrannique que la loi en cause, et qui, tout comme celle-ci, interfère avec la liberté contractuelle ».

<sup>3072</sup> HOLMES W. O., Opinion dissidente - Lochner v. l'Etat de New York 198 U.S 45, [1905], in, ZOLLER E., op. cit., p. 147 : « certaines de ces lois contiennent des convictions ou des préjugés que certains juges peuvent approuver, et d'autres désapprouver. Mais une constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie économique en particulier, qu'il s'agisse du paternalisme, ou de l'organicisme politique, ou du laissez-faire. Une constitution est faite par des individus qui ont des opinions fondamentalement différentes, et l'appréciation qu'à l'occasion nous portons sur certaines idées quand nous les tenons pour naturelles et familières, ou nouvelles et même choquantes, ne doit pas conclure notre jugement sur la question de savoir si les lois qui les consacrent, sont [ou non] contraires à la Constitution des Etats-Unis ».

<sup>3073</sup> HOROWITZ M., « The rule of law : an unqualified human good », *The Yale Law Journal*, vol. 86, n° 3, 1977, p. 142, cité par COHEN-ELIYA M., PORAT I., op. cit., p. 40. Nous traduisons.

<sup>3074</sup> Par exemple, *Hudson County Water Company v. R. McCarter*, 209 U.S. 349, 1908.

notion circulait pleinement dans la théorie du droit, elle demeurait encore en gestation dans les cours de justice.

En dépit de cette retenue, les efforts de la sociological jurisprudence ont été couronnés de succès. La critique générale contre le gouvernement des juges à laquelle l'usage du vocable balancing participait a facilité l'entreprise de Theodore Roosevelt lorsque celui-ci s'attaqua frontalement à la Cour. Conscient de l'obstacle que représentaient les juges dans la mise en œuvre du New Deal, le Président américain décida de prendre le problème à bras le corps, quitte à malmener la séparation des pouvoirs : « we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself<sup>3075</sup> » avait-il déclaré. « Trop nombreux », « trop vieux », les juges n'étaient pas ménagés par Roosevelt ; certains d'entre eux dit-il « *n'ont des faits nouveaux qu'une vision obscurcie par de vieux verres, adaptés aux besoins d'une autre génération*<sup>3076</sup> ». Fin des années 30, sous la menace d'une loi destinée à réorganiser l'institution judiciaire et notamment à augmenter le nombre des juges afin de « truffer la Cour » (« to pack the Court »), les juges de la Cour suprême déposent les armes<sup>3077</sup>. Cette reddition est confirmée par plusieurs décisions de justice relatives favorables à la législation sociale. Comme le résume un auteur, « après un demi-siècle de luttes, la Cour admet le pouvoir des Etats de fixer des salaires minima pour les femmes ; (...) elle laisse intactes la plupart des lois sociales, fédérales ou locales, soumises à son appréciation. La Cour découvre les précédents oubliés ; elle adopte même la doctrine des opinions dissidentes, des « libéraux », *qu'elle affirme conforme à la vérité constitutionnelle*. (...) Moins férue de dictature judiciaire, la Cour donne un nouvel éclat à la méthode réaliste, sociologique, *d'interprétation du texte constitutionnel*<sup>3078</sup> ».

La fin de l'ère Lochner marque la disparition d'un des principaux motifs de génération de la « mise en balance des intérêts ». Cela n'affectera pourtant pas la notion de balancing qui se diffuse progressivement et acquiert toujours plus de « poids » dans l'argumentation judiciaire.

---

<sup>3075</sup> Extrait du discours de Roosevelt à la Nation américaine le 9 mars 1937 cité, in, ALEINIKOFF T. A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », Yale Law Journal, 1987, vol. 96, p. 953.

<sup>3076</sup> Cité par TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 370.

<sup>3077</sup> TUNC A., TUNC S., id., p. 371.

<sup>3078</sup> PINTO R., La Cour suprême et le New Deal, Paris : Sirey, 1938, p. 188. Sur la fin de l'ère Lochner, v. TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 367 et s. ; McCLOSKEY R. G., La Cour suprême des Etats-Unis, Paris : Vent d'ouest, 1965, p. 230.

b) L'emploi progressif du balancing par les juges

Nous verrons quelques manifestations des succès du courant sociologique (i) avant de constater que la balancing était au cœur d'un débat constitutionnel ce qui présageait de sa future introduction dans les cours de justice (ii).

i) *L'influence de la Sociological jurisprudence*

Le langage de l'équilibre (balance, balancing, weighing) revenait systématiquement sous les plumes des juristes participant activement au renouvellement de la science juridique dans une perspective sociologique tels que Holmes, Cardozo, Brandeis et Pound. Même Lon Fuller, défenseur d'une conception morale du droit, a pu écrire en 1931 en conclusion de legal fictions: « the ultimate problem of the law is balance<sup>3079</sup> ». La diffusion du discours du balancing reflète le succès des idées issues du courant sociologique dont Pound devient le plus grand représentant. Ce succès ne se réduit toutefois pas à l'introduction dans le langage judiciaire de cette notion. Tout un ensemble de représentations, de schèmes, de termes issus des travaux de la doctrine sociologique s'est progressivement introduit dans les cours de justice. A ce langage nouveau répond une manière de pensée nouvelle. En effet, la logique binaire et absolutiste est progressivement accompagnée d'un mode de raisonnement relativiste et neutre.

**L'emploi de la notion d'« intérêt ».** Ainsi, concernant « l'intérêt », il ne s'agit pas de substituer une notion abstraite (droit/right) désignant un pouvoir de la volonté, par une notion non moins abstraite, mais de désigner, par cette notion un fait social : un désir, une attente, un besoin, une revendication qui se manifeste d'une manière ou d'une autre et dont les sciences positives comme la sociologie pouvaient rendre compte. Les résultats scientifiques de l'observation et de l'appréciation de la nature et de la quantité de ces intérêts pouvaient être mobilisés par le juriste dans le cadre de son travail. La démarche des juristes consistant à donner corps à la notion *d'intérêt* peut être illustrée par la célèbre plaidoirie de Louis

---

<sup>3079</sup> FULLER L. L., *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967, p. 137 : « The ultimate problem of the law is balance. Nothing will take the place, in a student of the law, of a sense of tact and balance – not even a burning desire to "get the facts" or to know the "societal background". Is it mere accident that it is a law word, the word "judgment", which has come in common speech precisely this sense of tact and balance? ». V. égal. DUPONT J.-C. K., *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme*, th., Nancy 2, 2009, p. 301.

Brandeis. Comme nous l'avons vu, au lieu de se pencher sur la nature des droits et de déterminer leur portée à partir des concepts dérivés, les promoteurs du balancing sont également les promoteurs de l'utilisation des rapports d'enquêtes, des statistiques et autres outils employés en sociologie afin de délivrer la plus correcte connaissance des intérêts qu'il s'agit d'équilibrer. A ce titre, en 1908 Louis Brandeis « *l'avocat du peuple*<sup>3080</sup> », tenant de la sociological jurisprudence<sup>3081</sup>, allié de Holmes<sup>3082</sup> et futur juge à la Cour Suprême, a introduit la sociologie dans les cours de justice. Pour convaincre la Cour Suprême de la constitutionnalité d'une loi fixant une limitation du temps de travail des femmes dans les usines et les laveries<sup>3083</sup>, Brandeis, a dans sa plaidoirie, joint à la suite de deux pages d'argumentation juridique cent pages d'études sociologiques relatives aux effets de ces durées de travail<sup>3084</sup>. Il s'agissait pour Brandeis de faire prendre conscience à la Cour de la nature et le poids des intérêts en présence autrement que par l'emploi de concepts et de notions juridiques.

A cette consistance de l'intérêt, contraste la vacuité de la notion de right lorsque celui-ci est employé traditionnellement par les juges, c'est-à-dire comme une prérogative intangible indépendante de l'intérêt social auquel elle répond. Pound – qui est sans nul doute celui qui, sans être juge, a le plus contribué à l'emploi du balancing<sup>3085</sup> – dénonce cette rhétorique des juges destinée à faire plier systématiquement les considérations d'intérêts ou de politiques (policy) sous le poids du droit (right) et souligne qu'un droit *n'est qu'un* intérêt et que la prévalence d'un droit sur un intérêt n'est que le résultat d'une politique (policy)<sup>3086</sup>.

---

<sup>3080</sup> C'est ainsi qu'il était surnommé, PINTO R., *Des juges qui ne gouvernement pas*, Paris : Sirey, 1933, p. 41.

<sup>3081</sup> Pour Mme MICHAUT, Brandeis est représentatif de ce courant d'une part, pour l'attention qu'il porte à la connaissance des faits dans la détermination de la décision à rendre et à la nécessité d'un droit adapté à une société (v. MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris : L'Harmattan, 2000, p. 66).

<sup>3082</sup> PINTO R., *Des juges qui ne gouvernement pas*, Paris : Sirey, 1933, p. 41 : « le juge Brandeis, personnalité si différente pourtant de celle de d'O. W. Holmes, a combattu le plus souvent à ses côtés. Ils atteignent à un idéal commun de tolérance, l'un en planant au-dessus des hommes, l'autre en fouillant leur vie terre à terre, Holmes par la philosophie éternelle, Brandeis par la quotidienne expérience ».

<sup>3083</sup> Muller v. Oregon, 208 U.S. 412, (1908).

<sup>3084</sup> V. MICHAUT, op. cit., p. 65 ; HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 38 ; PINTO R., *Des juges qui ne gouvernement pas*, p. 26.

<sup>3085</sup> « It distorts history only a little to say that Roscoe Pound is responsible for the balancing test » (McFADDEN P. M., « The balancing test », Boston College Law Review, vol. 29, issue 3, n° 3, art. 2, 1988, p. 618, disponible sur : <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol29/iss3/2>).

<sup>3086</sup> Dans *A survey of social interests*, Pound s'attaque à cette rhétorique inscrite dans les discours traditionnellement tenus par les juges conservateurs. Le juge McKenna par exemple mettait en garde contre les risques à assujettir tous les droits, sans réserve, à des considérations de politique publique (Arizona Copper Co. v. Hammer, 250 U.S. 400, (1919), cité par COHEN-ELIYA M., PORAT I., op. cit., p. 39). Selon Pound « Les 'droits' dont parle le juge McKenna sont des désirs individuels, des revendications individuelles, des intérêts individuels qui doivent être garantis au travers de droits subjectifs ou d'un autre instrument juridique... Et les

**La relativisation des droits.** Un autre progrès est à porter au crédit de la Sociological jurisprudence : le raisonnement « par degrés ». Appliquer la mise en balance et procéder à des « distinctions de degrés » étaient de nature à relativiser au profit d'intérêts sociaux ou de politiques publiques des droits considérés absolus en raison de leur consécration constitutionnelle comme le droit de propriété, la liberté contractuelle voire la liberté d'expression. Ainsi, en 1919 dans un arrêt dans lequel le parti socialiste condamné en 1917 pour avoir diffusé des tracts dénonçant la conscription questionnait la validité au regard du premier amendement garantissant la liberté d'expression de l'Espionage Act de la même année<sup>3087</sup>, le juge Holmes admettait que si des choses pouvaient être dites en temps de paix, elles ne pouvaient plus forcément l'être en temps de guerre : « *c'est une question de proximité et de degrés*<sup>3088</sup> ». En conséquence, Holmes valide la limitation de la liberté d'expression dès lors qu'il existe un « danger manifeste et pressant [clear and present danger]<sup>3089</sup> ».

---

politiques publiques [public policy] dont parle le juge McKenna semblent être des choses reléguées sur un plan inférieur à celui de ces soi-disant droits...*Il y a tout autant une politique [policy] dans un cas que dans l'autre* » (« *The 'rights' of which Mr Justice McKenna spoke were...individual wants, individual claims, individual interests, which it was felt ought to be secured through legal rights or through some other legal machinery...Thus the 'public policy' of which Mr. Justice McKenna spoke is seen to be something at least as no lower plane than the so-called rights...there is a policy in the one case as much as in the other* », POUND R., *A survey of social interests*, p. 4, cité par COHEN-ELIYA M., PORAT I., loc. cit. Nous traduisons).

<sup>3087</sup> Schenk contre Etats Unis, 249, US, 47 [1919].

<sup>3088</sup> Opinion of the Court Schenk v. Etats Unis (249, US, 47, [1919]).

<sup>3089</sup> V. MALLAURIE, op. cit., p. 217 ; ZOLLER E., *Les grands arrêts de la jurisprudence*, Paris, Dalloz, 2010, p. 161 et s. ; HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 39, disponible sur <http://www.philodroit.be> ; LASSALE J.-P., *La Cour suprême et le problème communiste aux Etats-Unis*, préf. J. Lambert, Paris : Armand Colin, 1960, p. 33 et s. ; la même année (1919) la Cour confirmait dans l'arrêt Abrams contre Etats Unis 250 US 616 (1919), la condamnation de sept anarchistes étrangers pour avoir distribué des tracts promouvant l'insurrection ; dans l'opinion dissidente, Holmes considérait qu'aucun danger clair ni pressant ne justifiait la condamnation puisque la révolution appelée était projetée dans un futur indéterminé (« dans cette affaire, des condamnations à vingt années d'emprisonnement ont été infligées pour la publication de deux tracts qu'à mon avis les défendeurs avaient autant le droit de publier, que le gouvernement de publier la Constitution des Etats-Unis » cité par PINTO R., *Des juges qui ne gouvernent pas*, Paris : Sirey, 1933, p. 40). Pour Holmes seul un danger clair et pressant fait exception à l'impératif catégorique qu'est le premier amendement. Cette conception restrictive du critère de l'exception au principe de la liberté d'expression illustre la forte conviction de Holmes dans les bienfaits de cette liberté : « La paternité de la métaphore du "marché des idées" [marketplace of ideas] revient au juge Holmes qui, dans la décision Abrams v/ United States, déclara "que la poursuite du Bien ultime est plus susceptible d'être atteint par un libre échange entre idées" et que "le meilleur test de vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché" (opinion dissidente, p. 630). Selon les partisans de cette approche, les pouvoirs publics doivent s'abstenir d'intervenir dans le processus de découverte ou de sélection des "bonnes" idées ou opinions, et d'interdire ou punir celles qui seraient "fausses" » (PECH L., « Liberté d'expression : aperçus de droit comparé », J-Cl. Communication, fasc. 1250, 2010, n° 103), V. HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 43.

**La neutralité judiciaire.** Le raisonnement par degrés a pour effet de faire échec au raisonnement binaire appliqué lors de la mise en œuvre des droits constitutionnels. Il s'agit en d'autres termes de considérer les droits constitutionnels comme des standards<sup>3090</sup> et non comme une catégorie de droits absolus. Holmes est l'un des premiers à critiquer l'instrumentalisation des droits constitutionnels par les juges. Selon lui, l'interprétation de ces droits masque une volonté de réaliser et de maintenir l'idéologie dominante. Cela ne signifie pas qu'Holmes souscrit à une idéologie opposée de type collectiviste, mais plutôt qu'il estime que la démocratie ne peut fonctionner que si ses institutions judiciaires conservent une neutralité idéologique et économique. En ce sens, l'un de ses plus illustres faits d'armes est de s'être opposé, dans une opinion dissidente devenue célèbre, à la majorité des juges de la Cour Suprême dans l'arrêt *Lochner*<sup>3091</sup>. Les juges dans cette affaire devaient se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi de l'Etat de New York limitant le volume horaire du travail des boulangers. La majorité des juges (5 contre 4) l'ont invalidée au motif qu'en réglementant les conditions de travail, elle restreignait la liberté contractuelle<sup>3092</sup>. Me Zoller résume ainsi l'opinion de la Cour : « la loi, dit en substance le juge Peckham, est inconstitutionnelle parce qu'elle est mauvaise, et elle est mauvaise parce qu'elle fausse le jeu naturel de la lutte de chacun pour sa survie qu'il considère comme une condition du bien de tous. A plusieurs reprises, il insiste sur le fait que l'employé est un homme sui juris, terme capital dans le contexte américain parce qu'il renvoie à l'individu doté de la pleine capacité juridique et qu'il s'oppose à l'individu qui autrefois ne l'avait pas, à savoir, l'esclave, et pour lequel il aurait été concevable d'imposer une limite à la durée du travail »<sup>3093</sup>. Dans son opinion dissidente Holmes condamne cette opinion au motif qu'elle n'est pas fondée en droit, mais sur des motifs idéologiques et qu'elle conduit, par là même, à greffer à la Constitution des corps (économiques) étrangers :

---

<sup>3090</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 39.

<sup>3091</sup> *Lochner v. New York*, 198 US 45, (1905), V. ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : Dalloz, 2010, p. 140 et s. ; V. égal. CHEROT J.-Y., « Constitution et économie », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *Suprématie de la Constitution*, Paris : Dalloz, 2012, p. 535 et s.

<sup>3092</sup> V. Opinion de la Cour (juge Peckham), in, ZOLLER E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : Dalloz, 2010, p. 147.

<sup>3093</sup> ZOLLER E., *op. cit.*, p. 153 ; V. égal. CHEROT J.-Y., « Constitution et économie », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, *Suprématie de la Constitution*, Paris : Dalloz, 2012, p. 536).

Je regrette sincèrement d'être dans l'impossibilité de souscrire au présent jugement, et je pense qu'il est de mon devoir d'exprimer mon dissentiment. Cette affaire a été jugée sur le fondement d'une théorie économique qu'une large partie du pays ne partage pas. S'il s'agissait de savoir si je la partage, j'aimerais l'étudier plus à fond et plus longuement avant de me prononcer. Mais je ne m'en fais pas une obligation parce que je crois fermement que mon accord ou mon désaccord n'a aucune incidence sur le droit d'une majorité de faire passer ses convictions dans le droit. (...) Le Quatorzième amendement ne donne pas force de loi à la théorie des équilibres sociaux de M. Herbert Spencer. (...) une Constitution n'est pas conçue pour incorporer une théorie en particulier, qu'il s'agisse du paternalisme, ou de l'organicisme politique, ou du laissez-faire. Une constitution est faite par des individus qui ont des opinions fondamentalement différentes, et l'appréciation qu'à l'occasion nous portons sur certaines idées quand nous les tenons pour naturelles et familières, ou nouvelles et mêmes choquantes, ne doit pas conclure notre jugement sur la question de savoir si les lois qui les consacrent, sont [ou non] contraires à la Constitution des Etats-Unis.

Les propositions générales ne décident pas les cas concrets. La décision dépend toujours d'un jugement ou d'une intuition plus subtile qu'un syllogisme tiré d'une prémisse majeure.»<sup>3094</sup>.

En tant qu'élément du langage judiciaire, le « balancing » s'est manifesté à l'occasion d'une intense controverse relative à la clause du due process of law.

*ii) L'enjeu du balancing : la controverse du due process of law*

**L'enjeu du balancing dans la théorie de l'incorporation des droits du bill of rights au due process of law.** Quelques années après la seconde guerre mondiale, l'on constate un changement dans les rapports entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif<sup>3095</sup>. Depuis le coup de force de Roosevelt, la Cour Suprême s'était rangée bon gré mal gré à la politique économique et sociale menée par les deux autres branches du gouvernement. Conscients qu'ils ne pouvaient s'opposer à l'un et à l'autre sur le fondement des droits de propriété et de liberté contractuelle contenus dans le substantial due process of law, mais craignant néanmoins une forme de « soviétisation du système », les juges suprêmes

---

<sup>3094</sup> HOLMES W. O., opinion dissidente - *Lochner contre l'Etat de New York* 198 U.S 45, [1905] in ZOLLER E., op. cit., pp. 146-147 ; v. égal. FRIEDMAN W., op. cit., p. 405.

<sup>3095</sup> ACKERMAN B., *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1991, pp. 105-130 (nous reprenons ici la lecture de M. HAARSCHER : v. HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 39.

jouent « un nouveau rôle<sup>3096</sup> » et portent leur attention sur d'autres sphères telles que les libertés civiques. La Cour, explique M. Haarscher, cherche en effet à « accroître dans ces domaines les protections des droits individuels, pour contrebalancer sa perte (relative, mais effective) de contrôle sur l'interventionnisme étatique dans le domaine de la liberté économique<sup>3097</sup> ». Comme il a été vu, l'un des procédés d'interprétation extensifs de la Constitution consistait sous l'ère *Lochner* pour les juges à « découvrir de nouveaux droits dans la 'pénombre'<sup>3098</sup> » de la clause du due process of law (XIV<sup>e</sup> amendement). Toutefois, en raison des abus de cette technique, l'usage de celle-ci était désormais réduit à de plus honnêtes proportions. Une autre technique dans la jurisprudence s'était progressivement substituée à la substantial due process of law : la méthode *d'incorporation*.

La technique dite *d'incorporation* était employée par les juges en vue de renforcer l'opposabilité des droits individuels. Initiée au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>3099</sup> puis défendue par le juge Cardozo en 1937<sup>3100</sup> la théorie de l'incorporation permet d'opposer certains droits du Bill of Rights aux états fédérés. L'on se souvient qu'à l'origine, le Bill of Rights était destiné exclusivement à protéger les citoyens contre l'Etat fédéral. Ainsi, par le truchement d'une incorporation d'un droit individuel protégé par l'un des dix premiers amendements de la Constitution à la clause du due process of law, les justiciables acquirent la faculté d'opposer à un Etat fédéré certains droits consacrés par le Bill of Right. Ainsi, la liberté d'expression, inscrite au premier amendement, fut en 1925 incorporée au quatorzième. A partir de cette date, tout Etat fédéré se voyait interdire de promulguer ou d'appliquer une loi qui aurait pour effet de limiter la liberté d'expression.

La balance des intérêts intervient à l'occasion d'une controverse relative à la portée de la technique d'incorporation entre les juges Hugo Black et Felix Frankfurter. Dans une opinion dissidente à l'arrêt *Adamson contre Californie*<sup>3101</sup> de 1947, Black – « le champion le plus zélé

---

<sup>3096</sup> McCLOSKEY R. G., *La Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : Vent d'ouest, 1965, p. 239.

<sup>3097</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 39.

<sup>3098</sup> Ibid.

<sup>3099</sup> *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908).

<sup>3100</sup> *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937). Dans cet arrêt la Cour par la voix de Cardozo avait estimé que les droits « implicites au concept de liberté organisée par les lois [ordered liberty] » devaient être appliqués d'office aux Etats. Cela signifiait que les Etats fédérés devaient respecter certains des droits du Bill of Rights (v. ZOLLER E., op. cit., p. 98).

<sup>3101</sup> *Adamson v. Californie*, 332 U.S. 46 (1947). Dans cet arrêt, l'accusé avait refusé de parler en invoquant le privilège inclus dans le Bill of Rights de ne pas s'incriminer. Ce privilège n'étant pas opposable à l'état fédéré de Californie, le refus de parler fut retenu comme élément à charge (v. ZOLLER, op. cit., p. 99).

des libertés individuelles et des droits des minorités que la Cour ait connu<sup>3102</sup> » – estime que l'intégralité du Bill of Rights devrait être opposable aux états<sup>3103</sup>. Contre cette opinion se dresse le champion de la « déférence judiciaire<sup>3104</sup> » Frankfurter, disciple de Holmes et de Cardozo. Selon lui seuls sont opposables aux Etats les droits dont la violation « choquerait la conscience<sup>3105</sup> ». Comment déterminer si la violation d'un droit en particulier est de nature à choquer la conscience ? Pour Frankfurter c'est au travers d'une mise en balance des intérêts que l'on parviendra à dresser la frontière et de fixer les limites à l'exercice des pouvoirs des états fédérés : « *si l'intérêt étatique pèse 'plus lourd' dans une espèce que le droit invoqué, la législation ou la réglementation sera considérée comme conforme à la Constitution. Dans le cas contraire, si la 'conscience' est 'choquée', elle sera invalidée*<sup>3106</sup> ». Black ne s'oppose pas de manière catégorique au balancing mais considère que si mise en balance il y a, elle relève des constituants. Il suffit alors de lire la Constitution et ses amendements pour connaître quels intérêts les constituants ont voulu protéger, sacrifier ou concilier. Ainsi, par le IVe amendement qui interdit les saisies et perquisitions déraisonnables, les Pères fondateurs ont entendu concilier les intérêts individuels avec l'intérêt de l'Etat en soumettant ces actes attentatoires à la liberté et à la propriété à un standard. Les constituants s'en remettent donc à la loi pour fixer les règles raisonnables relatives aux saisies et aux perquisitions et au juge pour contrôler l'application de la loi et sa conformité à la Constitution. Par contre, par le Ie amendement – lequel prohibe toute loi ayant pour effet de limiter la liberté de religion, de parole et d'association – les Pères fondateurs n'ont pas entendu concilier les intérêts entre l'Etat et les citoyens : les constituants, en refusant toute habilitation au législateur de réglementer ses libertés, ont opté sans équivoque en faveur des libertés individuelles au détriment des intérêts de l'Etat. Pour chacun des amendements, selon Black, les Pères fondateurs ont mis en balance les intérêts individuels et les intérêts de la collectivité et de

---

<sup>3102</sup> VIALLE P., *La Cour suprême et la représentation politique aux Etats-Unis*, préf. LASSALE J.-P., Paris : LGDJ, 1972, p. 210 ; paradoxalement c'est un ancien membre du Ku Klux Klan.

<sup>3103</sup> BLACK H., cité par ZOLLER E., op. cit., p. 99 : « Mon étude tant des événements historiques dont le Quatorzième amendement marqua le point culminant que des déclarations faites par ceux qui le proposèrent et le défendirent et par ceux qui s'y opposèrent et votèrent contre, m'a persuadé que l'un des objectifs majeurs de sa première section, prise isolément ou avec les autres dispositions, était de faire en sorte que le Bill of Rights s'applique aux Etats ». V. aussi : HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 40.

<sup>3104</sup> Frankfurter refuse en tant que juge de tenir une position activiste. Libéral pendant le New Deal, conservateur dans les années 50-60, « *ce fut le drame d'un homme de vivre deux époques si différentes* » (VIALLE P., op. cit., p. 213).

<sup>3105</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 40.

<sup>3106</sup> Ibid.

l'Etat ; il n'appartient donc à aucune des branches du pouvoir de modifier la mise en balance réalisée telle qu'elle est exprimée dans le texte constitutionnel. En acceptant le balancing en son principe, Black échappe ainsi aux attaques anti-formalistes des écoles sociologique et réaliste mais, en la figeant au niveau constitutionnel, il parvient à la priver de tous ses effets substantiels.

Frankfurter adopte une position moins tranchée en raison de la double exigence à laquelle il est nécessaire selon lui de répondre<sup>3107</sup>. D'une part, Frankfurter en tant que disciple de Holmes est convaincu des méfaits du formalisme d'antan et souscrit à la méthode sociologique pour la mise en avant des intérêts sociaux dans la production et l'application du droit. D'autre part, il est conscient de l'arbitraire qu'une telle méthode peut engendrer dans les cours de justice. Il préconise alors de s'en remettre pour ce qui est de la mise en balance des intérêts au législateur<sup>3108</sup> et admet dans le même temps la nécessité d'un contrôle d'opportunité à la marge de ses choix. La mise en balance des intérêts effectuée par le législateur devrait être invalidée par le juge dans le cas exceptionnel où le sacrifice des droits ou des intérêts est de nature à « choquer la conscience ». Ici également, Frankfurter a retenu la leçon de Holmes, lequel « ne conservait de catégoriquement inconstitutionnel que ce qui était radicalement inacceptable, c'est-à-dire ce qui, disait-il, *le faisait* 'vomir' [puke]<sup>3109</sup> ».

**Juge-gardien ou juge-arbitre**<sup>3110</sup>? Cette controverse entre Black et Frankfurter à la fin des années 40 rend parfaitement compte de l'avenir du balancing. Le problème qui se dégage du débat entre les deux juges de la Cour suprême porte en définitive sur le rôle du juge. Le juge de la Cour suprême doit-il être essentiellement le gardien impartial des droits inscrits dans la Constitution ou *l'arbitre* entre les intérêts en conflit dans une société en perpétuelle évolution ?

Au regard de la position respective des deux juges et des décisions de la Cour auxquelles ils ont participé, on présente souvent Black comme le libéral et Frankfurter comme le conservateur. Ces positions de type idéologique résultent à dire vrai de la conception de

---

<sup>3107</sup> Ibid.

<sup>3108</sup> FRANKFURTER F., Opinion concordante Dennis contre Etats-Unis, 341 U.S. 494 (1951) p. 525.

<sup>3109</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 44, citant DE WOLFE HOWE M. (éd.) *Holmes-Laski Letters : The correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski, 1916-1935*, Harvard : Harvard University Press, 1953, p. 188.

<sup>3110</sup> On reconnaîtra les formules de François Ost, cependant, nous ne leur attribuons pas les mêmes significations (v. OST Fr., « Jupiter, Hercule Hermès », in, CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004, pp. 698-701 ; OST Fr., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in, BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, pp. 241-272).

chacun de la fonction assignée au juge constitutionnel<sup>3111</sup>. Chaque vision du rôle du juge (gardien ou arbitre) emporte un type spécifique de raisonnement judiciaire (logique formelle ou balance des intérêts) ainsi qu'une certaine idée des rapports entre le juge et le législateur. Le juge-gardien est par nature méfiant à l'égard du législateur tandis que le juge-arbitre est plutôt confiant.

Lorsque la législation et la réglementation seront répressives et discriminatoires à l'égard des sympathisants réels ou présumés communistes dans les années 50, Black sera le plus fervent défenseur des libertés constitutionnelles. Il estimera que ces normes ne sont pas conformes à la Constitution. Quant à Frankfurter, celui-ci sera l'un des plus grands apologistes des lois anti-communistes. Ainsi, lorsqu'il s'agira de déterminer la constitutionnalité des lois privatives de liberté d'expression et d'association sous le maccarthisme, Frankfurter emploiera le plus souvent la mise en balance des intérêts, laquelle, de simple discours, deviendra progressivement une véritable méthode d'adjudication connue sous le nom de *balancing test*<sup>3112</sup>.

Le discours de l'équilibre (*balancing*) va progressivement se muter en véritable technique de mise en balance des intérêts. L'introduction de cette technique par les juges fut motivée par le souci de parvenir à justifier, au regard de la Constitution, les lois du Gouvernement pour lutter contre le communisme.

## 2) La méthode du *balancing* : instrument de déférence judiciaire à l'égard du législateur

L'apparition de la technique judiciaire de mise en balance des intérêts (b) est précédée de quelques manifestations significatives d'un raisonnement reposant sur la comparaison des intérêts (a).

---

<sup>3111</sup> Au regard des décisions rendues par la Cour, l'on a constaté que le juge Frankfurter s'était toujours rallié aux arrêts conservateurs non par communauté d'idéologie mais parce qu'il estime que la Cour doit faire preuve de « self-restraint » et se montrer déférente à l'égard des autres pouvoirs. En ce sens, il marche dans les pas de son mentor Holmes. Il est difficile alors de le jauger : à l'époque du New Deal il ne voulait pas que le pouvoir judiciaire interfère par le truchement du *judicial review* avec les pouvoirs exécutif et législatif, dès lors, il été qualifié de champion du libéralisme ; mais lorsque la politique devient conservatrice à l'époque du maccarthisme, il apparut conservateur (v. VIALLE P., op. cit., pp. 208-209).

<sup>3112</sup> Comme souvent, l'expression « *balancing test* » provient d'une observation sarcastique de Hugo Black. L'expression s'est ensuite maintenue dans les esprits pour désigner la méthode de mise en balance des intérêts, (V. MCFADDEN P. M., « *The balancing test* », art. préc., p. 610).

a) Prodromes du balancing test

**Datation du balancing.** Il est délicat de déterminer à quel moment le discours du balancing se cristallise en véritable méthode d'adjudication. Comme tout discours ou théorie doctrinale qui pénètre le champ de la pratique du droit, le processus de judiciarisation de la technique du balancing ne s'est pas fait du jour au lendemain car « *c'est une chose de délivrer une analyse ou d'écrire un article de doctrine suggérant une nouvelle manière de pensée ; c'en est une autre pour les juges, dans leur travail quotidien, de la prendre au sérieux*<sup>3113</sup> ». La datation de l'émergence de la méthode ne peut dès lors être qu'approximative. En outre, il y a un véritable problème épistémologique à identifier la technique de mise en balance des intérêts : est-ce que le juge met en balance à partir du moment où il le dit ou lorsqu'il met concrètement en balance les intérêts indépendamment du langage employé ? En d'autres termes, est-ce que le dire c'est le faire ? et inversement, peut-on le faire sans le dire<sup>3114</sup>? Nous aurons l'occasion de revenir sur ce problème déjà soulevé par d'autres, mais postulons simplement ici que l'énoncé par le juge de la mise en œuvre du balancing est un acte de langage : le juge opère le balancing lorsqu'il dit qu'il met en balance les intérêts ou lorsqu'il emploie un langage le suggérant sans équivoque. Dès lors, pour identifier la mise en œuvre de la méthode, l'approche nominaliste sera encore privilégiée à l'approche conceptuelle. La recherche de l'expression « balancing test<sup>3115</sup> » montre que la méthode est employée à l'occasion d'arrêts de la Cour suprême de la fin des années 50. La décennie précédente est la période où la méthode était employée de manière implicite quoique sans équivoque.

**Illustrations.** En 1939, dans l'arrêt de la Cour Suprême Schneider contre Etat du New Jersey relatif à la liberté d'expression, la Cour reconnaissait qu'en cas de conflit de droits, il incombait le cas échéant aux cours de justice, « *la délicate et difficile tâche (...) de peser [to*

---

<sup>3113</sup> « It is one thing to deliver a lecture or to write a law review article suggesting a new line of thought; it is quite another for judges, in their daily work, to take it seriously » (MCFADDEN P. M., art. préc., p. 619. Nous traduisons).

<sup>3114</sup> Sur cette problématique, v. VAN DROOGHENBROECK S., La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, préf. OST Fr., TULKENS Fr., Bruxelles : Bruylant, 2001.

<sup>3115</sup> Dans son article sur le balancing test M. McFadden étudie uniquement les décisions dans lesquelles apparaît l'expression « balancing test ».

*weigh] les circonstances et d'apprécier le caractère substantiel des raisons invoquées à l'appui de la libre jouissance des droits*<sup>3116</sup> ».

Durant la seconde guerre mondiale, la méthode apparaît implicitement sous la forme de la proportionnalité. Ainsi, dans l'arrêt *Korematsu contre Etats-Unis* de 1944, la Cour Suprême, validait le regroupement forcé de plus de 100 000 personnes d'origine nippone. Le juge Black déclarait alors que « les citoyens ont leurs responsabilités comme leurs privilèges et en temps de guerre le fardeau est toujours plus lourd. L'exclusion obligatoire d'un grand nombre de citoyens de leurs maisons, sauf dans circonstances d'urgence et de périls imminents, est incompatible avec les plus fondamentales institutions de notre Gouvernement. Mais quand, dans ces conditions de guerre moderne, nos côtes sont menacées par des forces hostiles, le pouvoir de protéger doit être en rapport [commensurate] avec la menace du danger »<sup>3117</sup> ».

En 1950 dans les arrêts *American Communications Ass'n contre Douds* et *United Steelworkers of American contre NLRB* la cour confirme la validité d'une loi (Labor Management Relations Act de 1947) conditionnant l'accès des syndicats au Conseil national des Relations à la déclaration sous serment de leurs dirigeants selon laquelle ils ne sont pas affiliés au parti communiste<sup>3118</sup>. L'avis de la Cour, exprimé par le Chief Justice Vinson, fait emploi du balancing pour valider la loi : « *Lorsqu'un comportement particulier est réglementé dans l'intérêt de l'ordre public, et que cette réglementation a pour effet de limiter de manière indirecte, conditionnelle et partielle la liberté d'expression, le devoir des cours est de déterminer lequel de ces deux intérêts en conflit exige la plus grande protection dans les circonstances particulières présentes* »<sup>3119</sup> ».

---

<sup>3116</sup> *Schneider v. State of New Jersey*, 308 U.S. 147, (1939) § 34: « And so, as cases arise, the delicate and difficult task falls upon the courts to weigh the circumstances and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the rights », cité par DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 4.

<sup>3117</sup> *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944): « Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direct emergency and peril, is inconsistent with our basic governmental institutions. But when under conditions of modern warfare our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger » (cité par HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 42).

<sup>3118</sup> TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 425.

<sup>3119</sup> *American Communications Association v Douds*, 339 U.S. 382 (1950), p. 399 : « When particular conduct is regulated in the interest of public order, and the regulation results in an indirect, conditional, partial abridgment of speech, the duty of the courts is to determine which of these two conflicting interests demands the greater protection under the particular circumstances presented » (HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 43).

En 1951 est rendu l'arrêt *Dennis contre Etats-Unis*<sup>3120</sup>, célèbre pour avoir renversé la jurisprudence traditionnelle en matière de liberté d'expression. En s'attaquant à la liberté d'expression, l'arrêt était significatif de l'approche très souple de la Cour à l'égard de l'œuvre du législateur. Soulignons que dans la culture américaine la liberté d'expression a un statut principal, elle représente la première source de l'autonomie et de l'épanouissement personnel<sup>3121</sup>. La croyance au « principe de libre circulation des idées<sup>3122</sup> » est l'une des convictions les plus partagées. Inscrite dans le premier amendement et incorporée au Bill of Rights en 1925<sup>3123</sup>, la liberté de parole ne pouvait traditionnellement être limitée selon la formule de Holmes dans l'arrêt *Schenk* (1919) que dans le cas d'un danger clair et imminent. Le caractère extrêmement restrictif de ce critère n'était pas de nature à altérer la conception libérale de la liberté d'expression. Ce critère fut progressivement abandonné au profit d'un autre plus large consistant à évaluer la tendance du discours mis en cause. Les juges admettent en 1925 que si les propos d'un activiste ont tendance à pousser à la violence, son auteur doit être condamné en raison du danger qu'il génère<sup>3124</sup>. Pour contrer cette jurisprudence, l'allié de Holmes, le juge Brandeis dans une opinion dissidente introduisit en 1927 avec succès<sup>3125</sup> la distinction entre la propagande – ou défense intellectuelle d'un acte illégal – (advocacy) qui relève de l'exercice de la liberté d'expression et l'incitation à le commettre (incitement)<sup>3126</sup> qui doit être condamnée.

Suite à l'adoption en 1940 du *Smith Act*<sup>3127</sup> interdisant la diffusion de toute doctrine recommandant la révolution, la Cour procéda dans l'arrêt *Dennis* au détournement de cette

---

<sup>3120</sup> *Dennis v. Etats-Unis*, 341 U.S. 494 (1951).

<sup>3121</sup> PECH L., « Liberté d'expression : aperçus de droit comparé », J-Cl. Communication, fasc. 1250, 2010, n° 103.

<sup>3122</sup> « Selon les partisans de cette approche, les pouvoirs publics doivent s'abstenir d'intervenir dans le processus de découverte ou de sélection des 'bonnes' idées ou opinions, et d'interdire ou punir celles qui seraient "fausses". La Cour suprême a d'ailleurs déclaré qu'il n'existe pas "de fausse idée" (*Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974), p. 339). Toutes les vérités étant relatives, les idées et les opinions ne peuvent démontrer leur validité que 'dans la compétition du marché'. Cette vision présuppose que la meilleure solution à l'encontre des propos jugés 'faux' ou pernicieux par les pouvoirs publics ou une majorité de la population, ne consiste pas à les réglementer, encore moins à les interdire, mais à favoriser la liberté d'expression la plus large possible afin qu'elles puissent subir l'assaut d'opinions contraires. La vérité émergera, au final, du processus de libre compétition entre les différentes opinions sur le marché des idées », PECH L., « Liberté d'expression : aperçus de droit comparé », art. préc., n° 103.

<sup>3123</sup> *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925)

<sup>3124</sup> *Gitlow v. New York* 268 U.S. 652 (1925)

<sup>3125</sup> V. ZOLLER E., op. cit., p. 167.

<sup>3126</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), in, ZOLLER E., op. cit., pp. 166-167.

<sup>3127</sup> Selon le *Smith Act*, l'enseignement et de la diffusion de toute doctrine prêchant la révolution par la force constituait un crime de sédition. Le *Smith Act* intègre la loi de recensement des étrangers votée le 28 juin 1940. Elle constitue écrit M. Lassale, la seconde loi fédérale dans l'histoire des Etats-Unis à créer et à réprimer en temps de paix le crime de sédition (v. LASSALE J.-P., op. cit., p. 17).

distinction<sup>3128</sup> puisqu'elle estimait que la loi condamnait la défense (advocacy) du renversement du gouvernement des Etats-Unis par la violence. Autrement dit, le critère de Brandeis destiné à restreindre les possibilités d'atteintes à la liberté d'expression servait désormais à étendre ces privations. Pour valider la constitutionnalité de cette loi les juges exercèrent la méthode de mise en balance des intérêts. Dans les motifs de sa décision, Vinson cite le juge Hand lequel déclarait : « dans chaque cas, [les cours et tribunaux] doivent se demander si la gravité du 'mal', diminuée par son caractère improbable, justifie une ingérence dans la liberté d'expression qui se révèle nécessaire pour éviter le danger<sup>3129</sup> ». On voit, souligne M. Haarscher « de façon très explicite comment le langage de la mise en balance des intérêts remplace celui du danger clair et présent<sup>3130</sup> ». L'auteur constate que par le truchement du balancing « les protections du Premier Amendement semblent au moins tendanciellement réductibles à des 'intérêts' à soupeser<sup>3131</sup> ». Une conclusion identique peut être tirée à partir de l'opinion concordante du juge Frankfurter. Celui-ci déclare après avoir rappelé que la Constitution ne doit être interprétée comme s'il s'agissait d'un vieux morceau de parchemin usé<sup>3132</sup>, que « les exigences de la liberté d'expression dans une société démocratique, ainsi que l'intérêt de la sécurité nationale sont mieux servis par la pesée sincère et informée des intérêts concurrents, dans le cadre de la procédure judiciaire, que par l'application de dogmes trop inflexibles pour résoudre des problèmes non-euclidiens<sup>3133</sup> ». Nous le voyons à nouveau, Frankfurter ne s'arroge pas en tant que juge la faculté d'équilibrer les intérêts. Il fait peser la responsabilité du règlement des intérêts en concurrence prioritairement sur le Congrès<sup>3134</sup> et s'astreint à un devoir de réserve à l'égard de cette mise en balance législative.

---

<sup>3128</sup> V. HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 43.

<sup>3129</sup> « In each case, [courts] must ask whether the gravity of the 'evil', discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger » (Dennis v. Etats-Unis, 341 U.S. 494 (1951), p. 510). V. TUNC A., TUNC S., op. cit., p. 427 ; TUNC A., « Les tendances récentes de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière de libertés publiques », art. préc., p. 439 ; LASSALE J.-P., op. cit., p. 61.

<sup>3130</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 43.

<sup>3131</sup> Ibid.

<sup>3132</sup> FRANKFURTER F., Opinion concordante Dennis contre Etats-Unis, 341 U.S. 494 (1951) p. 521

<sup>3133</sup> FRANKFURTER F., id., p. 524-525 : « the demands of free speech in a democratic society, as well as the interest [p525] in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidian problems to be solved ».

<sup>3134</sup> FRANKFURTER F., id., p. 525 : « primary responsibility for adjusting the interests which compete in the situation before us of necessity belongs to the Congress ».

Avec ces arrêts, l'on constate que la Cour abandonne la subordination automatique des valeurs sociales aux libertés protégées par la Constitution. Désormais « elle confronte les intérêts en présence, et prend en considération le jugement du Congrès quant au poids respectif des intérêts<sup>3135</sup> ».

b) Apparition du balancing test

**Balancing et maccarthisme.** La période d'après-guerre révèle un certain paradoxe dans la politique américaine : on assiste au mouvement d'émancipation des droits civiques et à un net conservatisme voire une tendance réactionnaire sur la question des opinions politiques<sup>3136</sup>. En effet, la fin des années 50 est marquée par le renforcement de la lutte contre les activités anti-américaines<sup>3137</sup> c'est-à-dire communistes. La Commission permanente d'enquête des activités anti-américaines<sup>3138</sup> (House Un-American Activities Committee) habilita une sous-commission sénatoriale présidée par le célèbre sénateur McCarthy à exercer tous les pouvoirs de la commission<sup>3139</sup> pour lutter contre la menace communiste. Sans aucun contrôle du Congrès ni réelle opposition judiciaire, la fameuse chasse aux sorcières aboutit à de nombreuses condamnations en justice.

Adoptant la déférence, la Cour Suprême avalisait de fait la politique de l'exécutif et du législatif. Le balancing test est l'instrument de cette retenue. Il fut en effet le procédé grâce auquel la Cour est parvenue à valider constitutionnellement les actes de l'administration et les lois anticommunistes pour le moins oppressives et discriminatoires à l'occasion des affaires qui se présentaient devant elle. C'est à cette occasion que la méthode de balance des intérêts s'introduit comme un mode d'adjudication assumé par les juges<sup>3140</sup>. Que ce soit dans les

---

<sup>3135</sup> LASSALE J.-P., op. cit., p. 66.

<sup>3136</sup> V. LASSALE J.-P., op. cit., p. 116.

<sup>3137</sup> La première commission des activités anti-américaines date de 1937 et McCarthy n'interviendra – un peu par hasard – qu'en 1950 (v. FLORY M., « Compte rendu de R.K Carr, The House Committee on Un – American Activities », Revue internationale de droit compare, vol. 6 n° 2. Avril-juin. pp. 383-384).

<sup>3138</sup> V. LASSALE J.-P., op. cit., p. 116 et s.

<sup>3139</sup> Pour atteindre leurs objectifs « *les commissions d'enquêtes parlementaires disposent de pouvoirs considérables : elles peuvent faire comparaître des témoins et émettre un mandat d'amener (subpoena), imposer la communication de documents qu'elles estiment essentiels pour la poursuite de leurs travaux (subpoena duces tecum)*, sous peine de condamnation pour outrage au Congrès (contempt of Congress), la Cour suprême considérant que les témoins, une fois avertis de l'objet de l'enquête, sont tenus de répondre aux questions des commissaires » (PLOUFFE J., VALLET E., « Les commissions du Congrès », in, GAGNON Fr. (dir.), Le Congrès des Etats-Unis, Paris : PUQ, 2006, p. 146.

<sup>3140</sup> V. HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc, p. 42 et s.

jugements ou les arrêts des cours d'Etats, des cours fédérales ou de la Cour Suprême, apparaît de plus en plus fréquemment la mention de « balancing test <sup>3141</sup> ».

Devant la Cour Suprême, ces arrêts se suivent et se ressemblent : d'un côté le plaignant invoquait la garantie constitutionnelle de ses droits ou, ce qui revient au même, l'inconstitutionnalité de l'acte administratif ou de la loi sur lequel était fondé la condamnation judiciaire, de l'autre, le représentant de l'Etat excipait des nécessités de sécurité pour justifier la mesure de la puissance publique. La Cour était donc amenée à trancher un conflit entre les libertés individuelles et les impératifs de sécurité nationale. Dans chacun des cas, la balance des intérêts pencha du côté de l'intérêt général. Tous ces arrêts « répressifs »<sup>3142</sup> sont approuvés par les cinq mêmes juges parmi lesquels Frankfurter et contestés par la même minorité composée notamment des juges Warren et Black.

**Illustrations.** Dans l'affaire *Barenblatt contre Etats Unis* de 1959 la Cour Suprême dénia le bénéfice de la protection constitutionnelle à un professeur de collège ayant refusé de répondre aux questions de la Commission en estimant que « la balance *entre l'intérêt individuel et l'intérêt du gouvernement ici en jeu, doit pencher en faveur de ce dernier* ; par conséquent, *les dispositions constitutionnelles n'ont pas été transgressées*<sup>3143</sup> ». A cette occasion, la Cour suprême va même plus loin car elle déclare que, de manière générale, la liberté d'expression ne peut jamais échapper à la mise en balance des intérêts<sup>3144</sup>.

Dans l'affaire *Konigsberg contre le barreau de l'Etat de Californie*<sup>3145</sup> de 1961, l'administration chargée des admissions au barreau avait rejeté le dossier d'un candidat en raison de son refus de remplir un questionnaire destiné à révéler l'adhésion de certains candidats au parti communiste. L'argument d'inconstitutionnalité de la décision administrative de rejet fut écarté par la Cour Suprême au motif que l'intérêt de ne pas

---

<sup>3141</sup> V. MCFADDEN P. M., « The balancing test », Boston College Law Review, 1988, vol. 29, issue 3, n° 3, art. 2, p. 605.

<sup>3142</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 45.

<sup>3143</sup> *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959). § 134. V. MCFADDEN P. M., « The Balancing Test, Boston College Law Review », n°29, 1988, p. 600 ; disponible sur : <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol29/iss3/2>

<sup>3144</sup> *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959), §126 : « [w]here First Amendment rights are asserted to bar governmental interrogation resolution of the issue always involves a balancing by the courts of the competing private and public interests at stake in the particular circumstances shown ».

<sup>3145</sup> V. KERJAN L., « Premier amendement et liberté d'expression », in, *La Cour Suprême des Etats Unis 1789-1989*, Americana, n° 6, 1990, p. 165.

divulguer ces informations – intérêt protégé par le premier amendement car procédant des libertés de parole et d'association – était contrebalancé (outweighed) par l'intérêt de l'Etat de s'assurer le service d'avocats consacrés à la loi au sens large<sup>3146</sup>. A ce titre, le juge Harlan, inspiré du style de Holmes – et non de sa pensée<sup>3147</sup> – déclare que les libertés d'expression et d'association n'étaient « pas absolues » et qu'elles devaient, relativement aux intérêts étatiques impliqués, faire l'objet du « balancing test »<sup>3148</sup> (expression employée à onze reprises dans l'arrêt).

Ces deux exemples illustrent la manière dont le test fut exercé à ses débuts. La technique se réduit à deux temps. En premier lieu les juges saisissent la balance et abandonnent le glaive<sup>3149</sup> : l'introduction de la méthode du balancing conduit à écarter la logique formelle et à relativiser les droits constitutionnels par rapport aux autres intérêts de l'Etat<sup>3150</sup>. Dans un second temps les juges procèdent à l'équilibrage, c'est-à-dire, attribuent les poids à chacun des intérêts en présence : c'est ici que le balancement est, pour ainsi dire, biaisé : au travers « *d'une perception souvent manipulée du danger*<sup>3151</sup> » les juges surestiment le poids dévolu aux intérêts de sécurité et partant, justifient les dispositions privatives de libertés. « Le balancing », remarque M. Haarscher « *à l'époque de la chasse au communisme et dans le sillage du maccarthysme, avait souvent fait régresser la liberté d'expression en deçà des positions qui avaient été développées jadis dans les opinions dissidentes de Holmes et Brandeis, puis dans les opinions majoritaires de la Cour*<sup>3152</sup> ». A l'époque de ces arrêts,

---

<sup>3146</sup> *Konigsberg v. State Bar Of California*, 366 U.S. 36, (1961) § 31 (v. KERJAN L., « Premier amendement et liberté d'expression », art. préc., p. 165).

<sup>3147</sup> La méthode contribue à la remise en cause de l'attitude de principe favorable à la liberté d'expression que la Cour Suprême sous l'impulsion des juges Holmes et Brandeis, affichait depuis les années 1920. Autrement dit, la position « préférée » de la liberté d'expression politique se trouvait fragilisée par le balancing (v. HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 16).

<sup>3148</sup> *Konigsberg v. State Bar Of California*, 366 U.S. 36, (1961), p. 67 : « the Court, by stating unequivocally that there are no "absolutes" under the First Amendment, necessarily takes the position that even speech that is admittedly protected by the First Amendment is subject to the "balancing test," and that, therefore, no kind of speech is to be protected if the Government can assert an interest of sufficient weight to induce this Court to uphold its abridgment ».

<sup>3149</sup> V. OST Fr., « Jupiter, Hercule, Hermès », in, CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004, p. 700.

<sup>3150</sup> L'imposition est, pour M. Leonard, l'un des modes de règlement des conflits de droits, de libertés et d'intérêts. Ce mode commande de faire prévaloir a priori tel droit considéré comme supérieur sur tel intérêt considéré comme inférieur. L'imposition est exclusif de la logique de conciliation, de proportionnalité ou d'équilibre (v. LEONARD T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 24).

<sup>3151</sup> HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 49.

<sup>3152</sup> HAARSCHER G., id., p. 45 et p. 41.

M. Tunc dressait un constat identique : « *il est difficile de ne pas conclure de ce bilan qu'en présence de la 'menace communiste', la liberté d'opinion et d'expression connaît un certain déclin* <sup>3153</sup> ».

**L'instrument d'une excessive déférence des juges envers le législateur.** Si l'on se penche uniquement sur la méthodologie indépendamment de la nature des solutions qui en résultent, l'on constate que le balancing répond aux idées autrefois soutenues par les tenants de la sociological jurisprudence comme Holmes, Cardozo et Pound : l'anti-formalisme et l'anti-absolutisme, une forme de retenue judiciaire quant aux choix opérés par le législateur pour équilibrer les intérêts, et enfin, l'hostilité à l'encontre de conceptions aprioristiques telles que la prévalence systématique du droit sur l'intérêt et sur les considérations de politiques publiques<sup>3154</sup>. Ce n'est seulement qu'au moment d'apprécier la méthode selon ses résultats que l'on est en mesure de constater que le balancing, au regard du caractère manifestement déraisonnable – pour reprendre le langage de Perelman – des décisions, fut un instrument judiciaire de complaisance à l'égard des pouvoirs exécutifs et législatifs. « Le plus troublant dans ces décisions » a-t-on pu dire « *ne fut pas le fait qu'elles aient appuyé le gouvernement, mais bien qu'elles aient constitué un quasi abandon du rôle traditionnel du frein joué par le pouvoir judiciaire à l'égard du législatif* <sup>3155</sup> ».

**Critiques des libéraux.** Naturellement, en raison des effets sur les libertés constitutionnelles, la méthode suscita à l'époque de vives critiques de la part des libéraux<sup>3156</sup>. Pour un auteur, la méthode employée par la Cour est de nature à inverser la fonction que le premier amendement est sensé remplir<sup>3157</sup>. Puisque le test a pour effet de conditionner les atteintes à la liberté d'expression, il compromet la fonction limitative du premier amendement lequel prive en principe l'Etat de toute possibilité de porter atteinte aux libertés d'expression et d'association.

---

<sup>3153</sup> TUNC A., « Les tendances récentes de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière de libertés publiques », art. préc., p. 441.

<sup>3154</sup> COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, p. 42.

<sup>3155</sup> McCLOSKEY R. G., *La Cour suprême des Etats-Unis*, Paris : Vent d'ouest, 1965, p. 245.

<sup>3156</sup> V. McFADDEN P. M., « The balancing test », art. préc., p. 636.

<sup>3157</sup> V. FRANTZ, « The First Amendment in the Balance », 71 *Yale Law Journal*, 1424, 1449 (1962) cité par McFADDEN P. M., « The balancing test », art. préc., pp. 587.

En sus, la mise en balance implique un volontarisme judiciaire qui repose sur une prétendue « défection » du constituant qui aurait méconnu les conflits d'intérêts que le balancing du législateur est censé résoudre. Au contraire, selon les opposants à la mise en balance judiciaire, la Constitution exprime déjà l'intérêt à faire prévaloir dans les conflits d'intérêts et de normes concurrentes. Nous l'avons déjà évoqué, pour Hugo Black, la mise en balance des intérêts réalisée n'a pas à être réalisée à nouveau par le législateur ou le juge. En ce sens, le juge Black déclarait dans l'opinion dissidente à l'arrêt *Konigsberg* :

« Je pense que le commandement sans équivoque du Premier Amendement, selon lequel il n'y aura pas de limitation (abridgment) des droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion, montre que les hommes qui ont rédigé notre Charte des Droits (Bill of Rights) ont fait toute la 'mise en balance' qui était nécessaire dans ce domaine... [L]'objet véritable de l'adoption du Premier Amendement, de même que les autres dispositions de la Charte des Droits, consistait à placer les libertés qui y étaient protégées complètement en dehors de toute tentative de contrôle par le Congrès via l'exercice, précisément, des pouvoirs qui sont maintenant utilisés pour 'mettre en balance' la Charte des Droits en la privant de réalité (to « balance » the Bill of Rights out of existence)<sup>3158</sup> ».

Dans son article M. Tunc émettait le même avis. Il accueillait favorablement la technique de balance des intérêts en tant que telle : « *cette manière de d'envisager le problème* » disait-il à propos de la formule de Vinson dans l'arrêt *American Communications Association contre Douds* « est certainement très raisonnable, mais elle appelle quelques remarques<sup>3159</sup> ». Il constate qu'en plaçant la liberté d'expression au même niveau que l'intérêt social, cette technique faisait choir la liberté de sa « position privilégiée », c'est-à-dire, celle choisie par les Pères fondateurs pour figurer comme sauvegarde fondamentale et définitive de l'intérêt social.

---

<sup>3158</sup> Cite par HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », art. préc., p. 45.

<sup>3159</sup> TUNC A., « Les tendances récentes de la Cour Suprême des Etats-Unis en matière de libertés publiques », art. préc., p. 435

<sup>2863</sup> V. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 168 ; McFADDEN P. M., « The balancing test », art. préc., p. 617.

**Diffusion de la méthode.** Après le maccarthysme, la méthode du balancing devint explicite et se diffusa progressivement<sup>3160</sup>. Au demeurant propre au conflit mettant en scène la liberté d'expression et la liberté d'association protégées par le premier amendement de la Constitution américaine<sup>3161</sup>, la mise en balance des intérêts fut ensuite étendue par les juges à toute sorte de litiges relatifs aux droits garantis par la constitution<sup>3162</sup>. Influencées par la Cour Suprême, les cours des Etats fédérés intégrèrent la méthode dans leur jurisprudence constitutionnelle. La méthode figurait comme un mode d'interprétation de la Constitution et de loi fédérale. Enfin les législations elles-mêmes, qu'elles soient d'origine fédérale ou étatique, invitaient les juges à employer la balance des intérêts<sup>3163</sup>. Les cours remarque M. McFadden, « *ont employé le balancing test comme une méthode d'adjudication de droit commun*<sup>3164</sup> ». La méthode était attractive car adaptable à la plupart des branches du droit. En outre les juges étaient désormais convaincus de l'idée que tout jugement implique une balance des intérêts. La méthode implicite remarque M. McFadden, s'est transformé en explicite<sup>3165</sup>.

Au regard du succès ultérieur de la méthode du balancing et des méfaits causés durant le maccarthysme, ce premier épisode peu glorieux, fut réduit à un accident historique<sup>3166</sup>. Il n'y a, à dire vrai, rien d'accidentel : les juges ont utilisé une technique disponible, particulièrement plastique, afin de rendre acceptable les motifs de leurs décisions.

---

<sup>3161</sup> V. McFADDEN P. M., « The balancing test », art. préc., p. 586, citant pour illustration : Lathrop v. Donohue, 367 U.S. , 020, 845 (1961) (plurality opinion); Scales v. United States, 367 U.S., 203, 261 (1961) (Black, 1., dissenting) (characterizing majority opinion as balancing test) ; Wilkinson v. United States, 365 U.S. 399, 414 (1961). Parallèlement à l'extension du domaine d'application de la mise en balance des intérêts, celle-ci voit son usage stoppé dans sa principale sphère de génération, la liberté d'expression (v. KERJAN L., « Premier amendement et liberté d'expression », in, « La Cour Suprême des Etats Unis 1789-1989 », Americana, n° 6, 1990, p. 164).

<sup>3162</sup> V. McFADDEN P. M., « The balancing test », art. préc., p. 586, citant pour illustration , Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 214 (1972) (liberté de religion); Cleveland Bd. Of Edw. v. Loudermill, 470 U.S. 532, 542 (1985) (fourteenth amendment due process); Mackey v. Montryn, 443 U.S. 1, 10-19, (1979) (same); Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 334-35 (1976) (same); Sosna v. Iowa, 410 U.S. 393, 406 (1975) (fourteenth amendment equal protection); Raymond Mon. Transp., Inc. v. Rice, 434 U.S. 429, 440-44 (1978) (commerce clause); Great Ml. & Pat. Tea Co. v. Cottrell, 424 U.S. 366, 370-72 (1976) (same); Pike v. Bruce Church, Inc., 397 U.S. 137, 142 (1970) (same).

<sup>3163</sup> McFADDEN P. M., « The balancing test », art. préc., p. 587.

<sup>3164</sup> McFADDEN P. M., id., p. 614.

<sup>3165</sup> McFADDEN P. M., id., p. 617.

<sup>3166</sup> McFADDEN P. M., id., p. 637.

C) *L'équilibre des intérêts en France : rejet du droit privé et prédisposition du droit public*

Comme l'Allemagne et les Etats-Unis, la France a vécu une époque faste en matière de science juridique. Cependant, contrairement à ses homologues d'outre-Rhin et d'outre-Atlantique, la France n'est pas parvenue à se doter d'un instrument de rationalité des « considérations conflictuelles »<sup>3167</sup>, comme la mise en balance des intérêts (balancing/ Interessenabwägung) ou le principe de proportionnalité.

Probablement en raison de la prégnance du légalisme, la France entretient une relation particulière avec l'« équilibre » ou la « mise en balance des intérêts », lesquelles renvoient, le plus souvent, à la figure controversée du juge. Si, en droit privé, aucun instrument de mise en balance des intérêts n'aura réussi à pénétrer l'ordre juridique à la suite du renouveau de la pensée juridique à la fin du XIXe siècle (1), le droit public, quant à lui, fut davantage disposé à l'accueil de ce type de technique, et ce, en raison notamment, des efforts de la doctrine administrativiste du milieu du XIXe siècle (2).

1) Le rejet en droit privé

Sans doute, de nombreuses causes peuvent venir expliquer le refus des juges français d'introduire un instrument comme la « balance des intérêts » à l'aube du XXe siècle. Nous en privilégierons trois : en premier lieu, un déni traditionnel en France pour l'idée de conciliation (A), en second lieu, les efforts de la doctrine pour empêcher les juges de saisir l'opportunité de se doter d'un pouvoir aussi conséquent (B), enfin l'existence, d'un instrument (l'abus de droit) qui remplit, dans une certaine mesure, les mêmes fonctions que l'instrument de la « balance des intérêts » (C).

a) Le déni traditionnel de la conciliation

---

<sup>3167</sup> Pour reprendre le langage de M. Kennedy et de Mme Belleau, v. KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2006, n° 56, pp. 163-211.

De manière générale, la pensée traditionnelle française se caractérise par le rationalisme et l'absolutisme des principes. L'idée de transaction entre les principes parce qu'elle représente une forme d'impureté logique susceptible de remettre en cause le système de pensée dans son ensemble, doit être sinon combattue, du moins expulsée.

A partir de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de la représentation de la loi et de celle du juge, nous illustrerons l'idée que la pensée juridique française est de manière traditionnelle assez peu encline à la conciliation laquelle peut être définie comme « le résultat de la volonté préméditée d'une autorité juridique qui, placée devant un conflit de normes de valeur identique, mais de signification contradictoire, en assure la coexistence dans un esprit de transaction, de compromis, par la recherche d'un équilibre entre les concepts antinomiques<sup>3168</sup> ». Au refus de penser la conciliation de normes se lie le refus de penser la conciliation des intérêts que ces normes ont pour objet de satisfaire.

**La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.** La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 constitue principalement une liste de droits, de libertés publiques et de garanties constitutionnelles. Les libertés d'expression, de pensée, de religion, les droits de propriété et de sûreté sont ainsi consacrés aux côtés du principe de légalité des délits et des peines, de la souveraineté nationale ou encore du principe de séparation des pouvoirs. Comme toute déclaration, de tels droits et libertés sont bien trop généraux pour être directement applicables. Une telle indétermination invite à la conciliation. En Allemagne, l'invocation des droits naturels –quand bien mêmes ceux-ci ne s'inscrivaient dans aucune déclaration- visait à s'opposer aux pouvoirs de la police puis de l'administration en vue d'une articulation entre la sphère d'intervention de l'autorité publique et la sphère individuelle et notamment économique qui a abouti au contrôle de proportionnalité. Aux Etats-Unis, les droits inscrits dans la Constitution et dans les amendements, parce qu'ils sont de nature à limiter sévèrement l'action des états fédérés et de l'Etat fédéral, ont provoqué une réaction doctrinale puis judiciaire qui s'est concrétisée sous la forme du balancing. En conséquence, qu'ils soient juridiquement ou discursivement opposables à l'Etat, les droits naturels inscrits ou non dans une Constitution, dès lors que leur existence est admise par les titulaires du pouvoir et les intéressés, ont cette propension à générer des techniques de conciliation. Le caractère absolu

---

<sup>3168</sup> SAINT-JAMES V., *La conciliation des Droits de l'homme et des libertés publiques en droit public français*, Paris : PUF, 1995, pp. 7-8.

et inapplicable de ces droits a pour effet de susciter des techniques pour les relativiser et les rendre applicables.

En France, l'inquiétude du caractère absolu des droits fut très prompte : dès le 24 août 1789 (soit deux jours avant l'adoption du dernier article de la Déclaration par l'Assemblée constituante), l'abbé Grégoire écrivait « les droits et les devoirs sont corrélatifs, ils sont en *parallèle*, *l'on ne peut parler des uns sans parler des autres (...)* il est principalement essentiel de faire une Déclaration des devoirs pour retenir les homes dans les limites de leurs droits (...) il faut établir un équilibre, il faut montrer à l'homme le cercle qu'il peut parcourir et les barrières qui peuvent et doivent l'arrêter »<sup>3169</sup>. Cette idée ne fut pourtant pas adoptée. On peut, dans la même perspective, comprendre les projets ultérieurs de Proudhon et de Gurvitch de déclaration de droits sociaux destinée à contrebalancer, au plan économique, les droits politiques de la Déclaration des droits de l'homme. Cette Déclaration fut également l'objet de vives critiques de la part de Bentham<sup>3170</sup> notamment en raison des contradictions manifestes dont ce « système dogmatique qui exclut tout raisonnement »<sup>3171</sup> était grevé<sup>3172</sup>. Le problème majeur d'une telle déclaration réside, comme l'avait noté un auteur de l'époque dans le fossé qu'elle creuse entre le domaine de l'idéal et celui de la réalité :

« Jusqu'alors une déclaration de droits, si elle est illimitée, sera dangereuse ; si elle est restreinte, elle sera fausse. Le seul principe que nous devons proclamer solennellement, c'est que les hommes sont libres, et que cette liberté consiste dans l'obéissance aux lois, lorsqu'elles sont l'ouvrage de la volonté générale ; mais la déclaration des droits de l'homme doit suivre une bonne constitution, et non la précéder. Pourquoi transporter les hommes sur le haut d'une montagne, et de là leur montrer le domaine de leurs droits, puisque nous sommes obligés ensuite de les en faire redescendre, d'assigner les limites, et de les rejeter dans le monde réel où ils trouveront des bornes à chaque pas ?<sup>3173</sup> »

---

<sup>3169</sup> Archives Parlementaires, 4 août 1789, T VII, p. 341 cité par SAINT-JAMES V., th. préc., p. 63.

<sup>3170</sup> BENTHAM J., *Examen critique de diverses déclarations des Droits de l'Homme et du Citoyen*, in, *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques*, trad. E. Dumont, Bruxelles : Hauman et cie, 1840, p. 241 et s.

<sup>3171</sup> BENTHAM J., op. cit., p. 248.

<sup>3172</sup> A propos de l'article II « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression », Bentham écrit : « Faites vous une idée, si vous le pouvez, de ce qu'est un droit illimité à la liberté, à la propriété, à la sûreté, à la résistance, vous vous trouverez dans un chaos de contradictions » (BENTHAM J., op. cit., p. 267).

<sup>3173</sup> Opinion de Malouet, *Courrier de Provence*, n° 28, 29 cité par BENTHAM J., op. cit., p. 304 ; cité égal. dans *Mémoires de Rivarol*, Paris : Baudouin Frères, 1824, p. 65.

Les projets de déclaration bis et les critiques et frustrations que la Déclaration suscitait soulignent le problème d'applicabilité de ces droits et libertés de la sorte proclamés : « le chemin déclaratif protège les libertés en les solennisant, mais il bloque, sans doute l'idée de leur mise en œuvre banale et concrète »<sup>3174</sup>. Pour certains comme Proudhon et Gurvitch, ces droits et libertés ne suffisent pas à appréhender tous les champs de la vie sociale, pour d'autres comme Bentham, ces droits inscrits dans la déclaration sont, pris à la lettre, tout simplement faux. Le seul et unique moyen de parer à la critique de la vacuité ou de l'inexistence de ces droits consiste à appliquer chacun de ces droits et le cas échéant, de les concilier entre eux c'est-à-dire de les réduire dans la mesure de pouvoir les appliquer réciproquement et simultanément. Or, aucun procédé de conciliation matérielle n'apparaît expressément dans la déclaration des droits de l'Homme<sup>3175</sup> sauf à considérer avec Mme Saint-James, que l'article 4 -« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. »- remplit cet office. Or, si cet article paraît être « la solution au problème du fondement théorique de la conciliation des droits<sup>3176</sup> », ce n'est uniquement parce qu'il est le seul dans la Déclaration à exprimer, encore que terriblement<sup>3177</sup>, l'idée d'altérité. Comme le remarque toutefois Mme Saint-James « il n'en constitue pas pour autant la panacée » puisqu'il « condamne le système juridique à rechercher seul les modalités [de conciliation]. Pire, il ne définit pas même de méthode pour y parvenir<sup>3178</sup> ». Si l'article 4, finalement, « fait naître plus d'interrogations qu'elle n'apporte de réponses aux problèmes des limites réciproques des droits de l'individu dans les relations sociales devenues particulièrement complexes<sup>3179</sup> ».

A défaut de conciliation matérielle ou de méthode formelle de conciliation, la Déclaration renvoie, comme en témoignent ces onze mentions, à la loi le soin d'organiser les modalités

<sup>3174</sup> SAINT-JAMES V., th. préc., p. 471.

<sup>3175</sup> SAINT-JAMES V., id., p. 63.

<sup>3176</sup> SAINT-JAMES V., id., p. 64.

<sup>3177</sup> A propos de la phrase « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », Bentham écrit : « Cela est-il vrai ? Est-ce là le sens ordinaire de ce mot ? La liberté de faire du mal n'est-elle pas liberté ? Si ce n'est pas la liberté, qu'est-ce donc, et de quel mot pourra-t-on se servir pour en parler ? Ne dit-on pas qu'il faut ôter la liberté aux fous ? Ne dit-on pas qu'il faut ôter la liberté aux méchants parce qu'ils en abusent ? Vous devez dire courageusement aux hommes que les lois ne sont faites que pour régler et restreindre leur liberté ; mais ne craignez pas de les offenser, et que faites-vous ? Vous avez recours au petit artifice de donner à ce mot une définition fautive, de le prendre dans un sens contraire à son acception commune, et vous, législateur, vous parlez une langue qui n'est celle de personne » (BENTHAM J., op. cit., p. 304).

<sup>3178</sup> SAINT-JAMES V., th. préc., pp. 63-64.

<sup>3179</sup> JEANNEAU B., « Juridicisation et actualisation de la Déclaration », Revue de droit public, 1989, p. 659 cité par SAINT-JAMES V., th. préc., p. 64.

d'application de coexistence des droits et des libertés publiques. L'article 4 dispose à cette fin que les bornes à la liberté « ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

**La représentation de la loi.** La loi votée par un parlement est l'instrument normatif le plus démocratique qui soit. Contrairement au décret du gouvernement ou à la décision du juge, la loi est issue d'un vote à la majorité, ce qui suppose pour les auteurs du projet ou de la proposition d'emporter la conviction du plus grand nombre de représentants du peuple et de réduire les réticences des opposants. La loi, de par son mode de formation, induit l'idée de conciliation ou d'équilibre, d'une part, entre les acteurs, d'autre part, entre les intérêts publics et privés que les représentants du peuple sont censés, après en avoir eu connaissance (ce qui est l'office de la science), défendre. C'est la raison pour laquelle les juristes américains pensent que la balance des intérêts doit être réalisée en premier lieu par le Congrès et que Heck voyait dans la loi le résultat d'un équilibre des intérêts ou plutôt la résultante de tous les intérêts en conflits. Vu ainsi, la loi peut être décrite comme « *rien d'autre qu'un outil déontique marqué du sceau de la contingence et de l'impureté axiologique* »<sup>3180</sup>, en d'autres termes, une convention. Or, ce n'est pas ainsi que la tradition juridique inspirée par Rousseau, se représente la loi. Comme nous l'avons vu, la loi est représentée comme une œuvre de raison qui fait office de vérité<sup>3181</sup>.

**La représentation du juge.** Affirmer que le juge tranche les conflits d'intérêts semble naturel. Le juge écoute les parties, pèse le pour et le contre, évalue les intérêts avant de faire prévaloir les intérêts d'une partie sur ceux de l'autre. Un tel discours ne choquerait pas le profane. Si ce type d'idées trouvent leur place dans un travail de vulgarisation juridique<sup>3182</sup>, nous aurons plus de mal à les trouver sous la plume de juristes hexagonaux qui admettent traditionnellement que l'office du juge est d'appliquer la loi. En 1960, on pouvait lire dans une note d'arrêt relative à une décision en droit de la famille, rédigée par le doyen Carbonnier,

---

<sup>3180</sup> VIALA A., Philosophie du droit, Paris : Ellipses, 2010, p. 108.

<sup>3181</sup> Encore une fois, ces représentations ne sont pas nées avec la Révolution et les Lumières, elles demeurent ancrées à une ancienne tradition légaliste. Charondas Le Caron associait déjà au XVIIe siècle le texte de droit à la « vérité même », v. ZAGAME M.-F., « Le 'royaume de la loi' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 27.

<sup>3182</sup> Selon Mme Frison-Roche et M. Haenel, le juge rend possible « une solution, soit en suscitant une réconciliation, soit en adoptant un jugement conforme aux règles de droit qui, restituant à chacun ce qui lui est dû, sous forme d'attribution ou sous forme de sanction, restaure le calme mettant fin au litige (...) cela suppose que le juge opère un arbitrage entre les intérêts (...) cet office du juge comme arbitre des intérêts est (...) très classique » (HAENEL H., FRISON-ROCHE M.-A., *Le juge et le politique*, Paris : PUF, 1998, p. 69).

la réflexion suivante : « la pesée des intérêts *n'est pas tellement dans le rôle des juges. Que davantage ils aient souci de dire quels sont les droits des uns et des autres*<sup>3183</sup> ». On constate à cette occasion que la notion *d'intérêt* n'avait pas non plus les honneurs de la doctrine. Carbonnier dans la même note, avant de rejeter la balance des intérêts, condamnait « l'abus » de la notion *d'intérêt*, « notion magique » qui, « à la limite, (...) finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire<sup>3184</sup> ».

Ce refus d'admettre le pouvoir du juge de rechercher et de concilier les intérêts en présence est ancienne. Au lendemain de la Révolution, l'office du juge se réduisait à l'application de la loi, expression de la volonté du législateur. L'un des buts poursuivis par les acteurs de la Révolution française, concrétisé par le Code civil, fut l'éviction des juges de la sphère normative, d'où le renvoi systématique à la loi dans la Déclaration des droits de l'Homme, l'interdiction aux tribunaux de prendre directement ou indirectement part à l'exercice du pouvoir législatif<sup>3185</sup> et du pouvoir administratif, la création des référés législatifs<sup>3186</sup>. « Bouche de la loi » pour Montesquieu, « machines physiques au moyen desquelles les lois sont exécutées comme l'heure est marquée par l'aiguille d'une montre »<sup>3187</sup> pour Napoléon : cela illustre sans aucune équivoque, la place à laquelle le juge était relégué. Le motif d'un tel traitement est la crainte du retour des pratiques de l'Ancien Régime. Issus de l'Aristocratie, certains d'entre eux détournaient ou abusaient de leurs pouvoirs au profit des intérêts de leur ordre au détriment du tiers état, et des pouvoirs exécutif et législatif. A la révolution, il fallait donc empêcher les juges issus de l'ancienne aristocratie de constituer un frein aux réformes institutionnelles et sociales. Dans de telles conditions, il était exclu qu'il puisse arbitrer ou concilier les intérêts en dehors de ce qui était prévu par les dispositions de la loi. Pareillement, le juge n'était pas censé concilier les normes entre elles en cas de conflit. La Loi étant

---

<sup>3183</sup> CARBONNIER J., note sous CA Paris 30 avril 1959, D. 1960, jurisprudence, p. 675.

<sup>3184</sup> Ibid.

<sup>3185</sup> Décret des 16-24 août 1790, titre 2, article 10.

<sup>3186</sup> Loi du 16-24 août 1790, titre 2, article 12 pour le référé législatif facultatif (le juge peut solliciter le Corps législatif dès lors qu'il s'interroge sur l'interprétation d'une loi) et la loi du 27 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 pour le référé obligatoire (au lieu d'un troisième renvoi au tribunal de cassation, la loi prévoit que la question de droit sera soumise au Corps législatif), V. CASTALDO A., LEVY J.-P., Histoire du droit civil, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, n<sup>o</sup> 1837 et s.

<sup>3187</sup> PELET J. (de la Lozère, Comte), *Opinions de Napoléon sur divers sujets de politique et d'administration, recueillies par un membre de son Conseil d'Etat*, édité par Firmin Didot, 1833, séance du 7 mai 1806 cité par FRYDMAN B., « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in, MBONGO P. (dir.), La qualité des décisions de justice, actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 par l'institut de droit public de la Faculté de droit de Poitiers, Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 19.

présumée parfaite, le juge ne pouvait pas mettre en lumière la contradiction entre deux dispositions : cela aurait conduit à remettre en cause les attributs de la loi.

Pourtant, un instrument de la boîte à outils du juge aurait permis, grâce à sa plasticité, à dégager une solution entre des normes ou des intérêts en conflit : l'équité. Toutefois, fustigée au crépuscule de l'Ancien Régime, quasiment bannie du Code civil<sup>3188</sup>, l'équité n'était plus la bienvenue ; le légalisme du XVIII<sup>e</sup> et surtout du XIX<sup>e</sup> siècle a étouffé toute tentative de restauration de cet instrument abhorré en droit privé. Le renouveau de la science du droit à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et les tentatives pour libérer le juge de la loi témoignent d'ailleurs de cette défiance vivace contre l'équité. Les civilistes, tel Gény, qui critiquent le légalisme, ne font significativement pas ou peu appel à l'équité au soutien de leurs propositions. Il est certainement inutile de rappeler l'hostilité de Gény à l'adresse du juge Magnaud de Château Thierry<sup>3189</sup> et de ses jugements d'équité en faveur des vagabonds, des mendiants, des mineurs, des femmes, etc.

Dans les rapports entre les particuliers régis par le droit, il n'y a pas de place pour l'idée de conciliation ni de place pour un organe dotée de cette faculté. Que ce soit au stade de la formation, de l'application ou de l'interprétation, la conciliation entre les principes, entre les lois, entre les droits et in fine entre les intérêts, n'est pas pensable car les conflits ne sont pas pensés. Il est exclu pour les juristes d'imaginer qu'un conflit de normes soit un facteur d'indétermination qui impliquerait de laisser au juge le choix exprès de favoriser l'une ou l'autre<sup>3190</sup>.

---

<sup>3188</sup> En dépit de la mention de l'usage et de l'équité comme outils au service du juge dans le discours préliminaire de Portalis, le Code civil ne mentionne l'équité qu'à trois reprises. Surtout, le législateur se garde bien d'habiliter le juge de trancher en équité à l'occasion de l'article 4 du Code civil (prohibition du déni de justice)

<sup>3189</sup> Sur le juge Magnaud, V. FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du Bon juge Magnaud », in, *Mélanges en l'honneur du doyen Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009, pp. 335-342 ; SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 116-118.

<sup>3190</sup> KELSEN H., *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud, F. Malkani, Paris : PUF, 1996, p. 303. « *L'opinion existe que la solution d'un conflit, en particulier d'un conflit entre normes juridiques, doit être trouvée par le moyen de l'interprétation. Puisque l'interprétation de normes juridiques est de la connaissance juridique, mais la connaissance du droit est aussi peu capable de créer des normes juridiques (c'est-à-dire les faire devenir valides) que de supprimer la validité des normes, l'interprétation ne peut pas fournir la solution d'un conflit de normes. En revanche, ce que l'organe d'application du droit peut faire dans le cas d'un conflit entre deux normes juridiques générales, c'est seulement ceci : se décider par un acte de volonté pour l'application de l'une ou de l'autre de ces normes, mais sans pour autant que cesse d'exister le conflit entre les deux normes juridiques générales* ».

Outre cette réticence à l'égard de l'idée de transiger entre les principes et normes concurrents, l'importation par les juges d'une technique de conciliation des antinomies a également été découragée par la doctrine de la première moitié du XXe siècle.

#### b) Les obstacles posés par la doctrine

Comme l'Allemagne et les Etats-Unis, la France a vécu une époque faste en matière de science juridique. Les Saleilles, Gény, Demogue, Josserand Duguit, Hauriou, Lambert pour ne citer que les plus grands, ont ouvert la voie à de nouvelles méthodes de raisonnement juridique inspirées par les sciences sociales, les méthodes comparatives, la philosophie, le scientisme etc. Sous l'influence de la sociological jurisprudence et de l'Ecole du droit Libre, les Etats-Unis et Allemagne s'étaient dotés de méthodes de règlement des « considérations conflictuelles » : le balancing et l'Interessenabwägung. Qu'en est-il de la France ?

Les efforts de la doctrine n'ont pas porté leurs fruits. La libre recherche scientifique de Gény par exemple n'a pas, au sein de la doctrine, convaincu. En outre, les juges français, contrairement aux juges américains et allemands, ont écarté la méthode proposée par la doctrine consistant à permettre de rendre, de manière explicite, des décisions de justice plus attachée aux réalités sociales et aux intérêts en présence. Les juges français ont, par contre, accueilli l'instrument de l'abus de droit probablement en raison de sa plus grande conformité (par rapport à la méthode de mise en équilibre des intérêts en présence) avec les catégories juridiques traditionnelles<sup>3191</sup>.

Comment expliquer le cas particulier de la France ? Pourquoi la doctrine, puis les juges, n'ont-ils pas suivi Gény et sa méthode d'interprétation reposant sur l'équilibre des intérêts ? Quelles sont les causes de ce « rendez-vous manqué<sup>3192</sup> » ?

Pour répondre à ces questions, nous pouvons reprendre les travaux de M. Jamin concernant la doctrine civiliste du début du XXe siècle. Après sa période iconoclaste, la doctrine renferme doublement sur elle-même : d'une part, elle se détourne des doctrines étrangères<sup>3193</sup>, d'autre part, elle se retourne contre ses propres innovations et restaure le conservatisme

<sup>3191</sup> OST Fr., « Droit et intérêt », art. préc., p. 143.

<sup>3192</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 51, pp. 137-159.

<sup>3193</sup> KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », art. préc., p. 198

méthodologique d'antan. Dans un article intitulé *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée*<sup>3194</sup>, M. Jamin expose les raisons de l'échec des doctrines nouvelles à s'encreur durablement dans le paysage doctrinal. Comme aime à la présenter M. Jamin, l'approche nouvelle initiée par Saleilles, Gén y, Demogue et consorts, en ce qu'elle tendait à libérer l'interprète du carcan formaliste s'apparente, pour la science juridique, à l'ouverture de la boîte de Pandore. Dans la première moitié du XXe siècle, une grande partie des auteurs de doctrine vont s'évertuer à la refermer. Il s'agit pour les Planiol, Capitant, Ripert, auxquels on peut adjoindre Gén y (celui de Science et Technique), de fournir aux juges, à la place de méthodes d'interprétation aux résultats difficilement prévisibles (pour la doctrine), des outils pratiques, rigoureux et rationnels (et donc prévisibles pour cette même doctrine). Il ne s'agit rien de moins que d'encadrer la jurisprudence et de tenter de lier -du moins scientifiquement- les juges. C'est à cette finalité que la rédaction des grands traités est destinée.

*i) Les traités doctrinaux*

Ces grands traités, à l'instar du *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol<sup>3195</sup>, présentent deux avantages par rapport aux anciens commentaires du Code civil. En premier lieu, ils obviaient à la critique de l'ultra-légalisme et répondait, en un sens, à l'ouverture vers les réalités sociales par la prise en compte de la jurisprudence. Traduction du « social », la jurisprudence était considérée comme « le meilleur substitut à une sociologie naissante<sup>3196</sup> ». Sans s'ouvrir aux méthodes du positivisme sociologique, ces ouvrages, d'un point de vue descriptif, offraient une représentation moins dogmatique de la société et de ses besoins que les manuels et commentaires du XIXe siècle. En second lieu et d'un point de vue prospectif, ils fournissaient une certaine solution au problème du défaut d'adaptation du droit aux réalités sociales par l'exposé de grandes théories illustrées par la jurisprudence et susceptibles de fournir des solutions pratiques aux situations inédites. Planiol par exemple écrit M. Jamin, entendait réunir « *les décisions qu'il estimait les plus importantes pour en faire la synthèse est donc les ramener à quelques principes susceptibles à leur tour d'accompagner l'évolution du*

---

<sup>3194</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., pp. 137-159.

<sup>3195</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t.1, Paris : LGDJ, 1900, 966 p.

<sup>3196</sup> JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in, D. ALLAND D., RIALS St. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, p. 383.

droit<sup>3197</sup> ». L'on reconnaît la méthode de Langdell, critiquée aux Etats-Unis par les tenants de la sociological jurisprudence depuis la fin du XIXe siècle, puis célébrée en France (par E. Lambert) dans les années 1920. « Langdell pouvait être loué » écrit M. Jamin « car il fournissait aux juristes français une méthode qui leur permettait de tenir compte de la *jurisprudence, cette prétendue traduction de la réalité, sans qu'ils soient amenés à renier ce qu'ils faisaient depuis longtemps et déjà au XIXe siècle* : tirer des principes du magma des sources en prétendant le rationaliser<sup>3198</sup> ». Ces traités, en raison de leur présentation et de la synthèse de la jurisprudence qu'ils proposaient, fournissaient une aide précieuse aux juges pour leur travail quotidien. Toutefois, ce que ces derniers gagnaient en objectivité<sup>3199</sup>, ils le perdaient en autonomie<sup>3200</sup>. De fait, écrit M. Jamin « la doctrine devenait ainsi le créateur *d'un objet particulier, la jurisprudence à laquelle elle prétendait néanmoins se soumettre pour ne s'attribuer qu'un statut tout à fait modeste et secondaire !*<sup>3201</sup> ». En réalité, c'est bien le premier rôle qu'elle s'attribuait ou plutôt les premiers rôles, puisque la doctrine était non seulement une source d'influence majeure mais également un censeur<sup>3202</sup> qui ne manquait pas de rappeler à l'ordre les juges voire le législateur.

*ii) La doctrine conservatrice de Ripert*

Ripert est l'une des figures les plus emblématiques de la première moitié du XXe siècle. Il serait l'un des responsables majeurs de la fin du mouvement d'innovations juridiques initié au siècle précédent<sup>3203</sup>. Ripert va s'attaquer tant aux doctrines nouvelles qu'au législateur et

---

<sup>3197</sup> JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », art. préc., p. 383.

<sup>3198</sup> JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », art. préc., p. 384.

<sup>3199</sup> JAMIN Ch., « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in, *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, p. 505 : « *en inaugurant cette nouvelle méthode d'exposition du droit civil, Planiol et ses pairs pensent avoir résolu l'épineuse question de l'éventuelle subjectivité de l'interprète libéré de l'étroite tutelle des textes. Les théories générales et les multiples contraintes argumentatives qu'elles contiennent sont censées le guider vers la bonne solution (...)* Dans cette optique, trancher en se conformant, par exemple, à la théorie générale des contrats constitue pour le juge le meilleur moyen de ne pas céder à sa propre subjectivité ».

<sup>3200</sup> JAMIN Ch., *id.*, p. 506 : « *si le juge s'est (un peu) libéré de la tutelle des textes, il ne s'affranchit pas vraiment de l'autorité de la doctrine, qui se limite désormais aux seuls professeurs de droit* ».

<sup>3201</sup> JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », art. préc., p. 383.

<sup>3202</sup> *Ibid.*

<sup>3203</sup> V. JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., pp. 137-159.

suggérer qu'il appartient à la doctrine d'être le gardien de la tradition juridique, voire, de la civilisation.

**La critique des fictions du droit social.** Avec son style cinglant, Ripert attaque là où ça faisait mal, c'est-à-dire, le langage employé par les tenants des méthodes nouvelles et notamment la notion d'« équilibre ». Il serait utile, avant de présenter ses attaques, de citer M. Ewald relativement à la doctrine du droit social. Cet auteur montre parfaitement que la doctrine du droit social, quand bien même elle est destinée à saisir le réel et à produire des effets pratiques bénéfiques, demeure avant toute chose, une représentation du réel. Elle est donc, autant que la représentation contre laquelle elle s'attaque (la conception individualiste et atomistique de la société) nourrie de fictions :

La doctrine du droit du travail, qu'elle soit positive ou critique, baigne ainsi dans une sorte de réalisme : la valeur du droit du travail se jugerait à sa plus ou moins grande adéquation avec les faits. Vision sociologiste, sans doute susceptible d'émouvoir les esprits épris du réel, mais qui conduit à passer à côté de l'essentiel. Le droit du travail est fait d'autant de fictions que le droit civil. On peut penser que c'est la raison pour laquelle ses énoncés gardent le statut de droit. Du droit civil au droit social, la différence n'est pas de la fiction au réel, mais une transformation dans le type de fiction. Aux fictions de la volonté, de l'égalité, de la faute se sont substituées celle de risque, de l'entreprise, de la société. Les psychanalystes diraient qu'on est passé d'un ordre symbolique à un autre. On n'est pas plus près du réel pour autant : on n'a plus le même imaginaire<sup>3204</sup>.

Les fictions du droit social sont exactement les cibles de Ripert. C'est en soulignant le caractère fictif des fondations du droit social, (un droit de classe selon lui) qu'il tente de saper les méthodes juridiques qui y sont attachées. Au début de *La règle morale dans les obligations civiles*, après avoir dressé un rapide examen de ce qu'il reste du droit naturel, Ripert évoque la mode consistant pour les juristes à faire du sociologisme. Mode qui s'exprime par l'emploi de nouvelles formules telles que l'« équilibre »:

---

<sup>3204</sup> EWALD F., *Histoire de l'Etat providence*, Paris : Grasset, 1996, p. 293 ; sur l'importance de la notion d'« équilibre » en droit du travail contemporain, v. SUPIOT A., « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit social*, 1990, p. 485 et s.

« Privés d'un droit naturel qui depuis plusieurs siècles leur donnait une position commode, les juristes désemparés en ont été réduits à bâtir les règles juridiques sur les prétendues lois sociologiques. Alors sont apparus, sinon des idées nouvelles, tout au moins des mots nouveaux : solidarité, équilibre, interdépendance, sécurité statique ou dynamique, stabilité, force créatrice ; et l'on a gravement enseigné qu'il se crée un droit social, comme si le droit avait jamais pu ne pas être tel ! Tout cela déguise mal l'inquiétude de ces principes. La formule remplace l'idée et l'on croit aux formules, parce qu'on devient facilement superstitieux quand on a cessé d'être religieux<sup>3205</sup> ».

**Le rôle de la doctrine : dégager et sauvegarder les principes juridiques.** Roulant pour le camp de la « société conservatrice et catholique<sup>3206</sup> » Ripert déplore au regard de ses effets le régime démocratique instauré depuis 1848<sup>3207</sup>. Parce que le droit est « la politique de la force<sup>3208</sup> » et que le pouvoir appartient désormais au plus grand nombre, c'est-à-dire, aux classes ouvrières, plus rien n'empêche le gouvernement de tomber aux mains des socialistes. L'œuvre de Ripert se comprend à la lumière de cette quête du « moyen de limiter la toute-puissance des gouvernants<sup>3209</sup> ». Le problème le plus pressant concerne donc, pour Ripert, moins le juge que le législateur, en lequel il voit un arbitre des intérêts conflictuels. Pour « fermer définitivement la boîte de Pandore de la subjectivité *et de l'arbitraire ouverte par Saleilles plus d'un demi-siècle plus tôt*<sup>3210</sup> » et lier dans le même temps le législateur, Ripert tente de révéler l'existence de « principes juridiques<sup>3211</sup> ».

Détaillons quelque peu la démarche de Ripert par laquelle il parvient in fine à borner la loi, c'est-à-dire à censurer les résultats issus de la conciliation législative des intérêts en conflits en faisait peser sur le législateur une « une obligation de respecter<sup>3212</sup> » les principes juridiques.

---

<sup>3205</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1949, p. 21.

<sup>3206</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 151.

<sup>3207</sup> RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1940, 422 p.

<sup>3208</sup> Formule de Ihering citée et approuvée par Ripert, RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1958, 2<sup>e</sup> éd., p. 72 ; la loi constitue dit-il « un traité entre les forces rivales qui sera respecté dans la mesure où il a été volontairement conclu », *ibid.*

<sup>3209</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., 151.

<sup>3210</sup> JAMIN Ch., *id.*, p. 152.

<sup>3211</sup> RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1958, 2<sup>e</sup> éd., chap. VI, § 132 et s.

<sup>3212</sup> RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris : LGDJ, 1958, 2<sup>e</sup> éd., p. 345.

Au demeurant, les principes juridiques ne sont, pour Ripert, que des propositions générales énoncées par les juristes et qui synthétisent des règles particulières<sup>3213</sup>. Au-delà de leurs propriétés épistémologiques, Ripert reconnaît aux principes un caractère idéologique ce qui explique « leur force et leur faiblesse parce qu'ils inspireraient l'action du législateur mais ne l'arrêteraient pas d'une façon efficace<sup>3214</sup> ». Bien qu'ils tirent principalement leur force de leur « intransigeance théorique<sup>3215</sup> », ces principes idéologiques « n'ont aucune valeur sérieuse, car ils n'ont aucun contenu précis, et dès qu'on essaye de les préciser, leur vanité apparaît<sup>3216</sup> ». Est-ce à dire qu'il n'y existe aucun principe objectif et matériel ? Non, car l'existence de ces principes « se révèle au moment où ils sont méconnus et par le scandale de la loi qui les viole<sup>3217</sup> » ; cependant ils demeurent trop généraux et imprécis pour être contenus dans une liste et pour faire l'objet de classification. Insaisissables, ceux-ci ne valent donc que « par leur puissance d'intimidation<sup>3218</sup> ». Ce n'est pas beaucoup...mais cela suffit amplement pour le projet de Ripert. Ces principes constituent en effet la « barrière opposée à la souveraineté du Pouvoir<sup>3219</sup> » que cherche à dresser Ripert contre le législateur.

Pour renforcer et élever cette barrière, Ripert déroule sa rhétorique alimentée également de fictions et appuyée par des autorités. Ripert cite en effet Montaigne lequel écrivait au XVI<sup>e</sup> siècle : « il y a grand doute s'il se peut trouver un évident profit au changement d'une loi reçue, car c'est comme un bâtiment de diverses pièces jointes ensemble d'une telle liaison qu'il est impossible d'en ébranler une sans que tout le corps s'en ressente »<sup>3220</sup>. Ripert a ensuite recours au sophisme du danger : « les principes sont les poutres maîtresses du bâtiment. La loi nouvelle, introduite dans l'ordre juridique existant ne doit pas détruire l'une de ces poutres sans quoi le bâtiment croulera<sup>3221</sup> ». Mais que peut-on faire contre une telle loi ? Pour Ripert, « il appartient aux juristes de signaler sans répit la violation des principes et de forcer le législateur à renoncer aux projets qu'il médite. »<sup>3222</sup>. Peu importe leur obédience, les juristes « peuvent facilement se mettre d'accord », l'essentiel étant,

<sup>3213</sup> RIPERT G., id., p. 336 : « il faudrait donc conclure qu'ils n'existent point ou plus exactement qu'ils se confondent avec les règles du droit existantes et ne sont qu'une manière de grouper ces règles autour de quelques grandes notions ».

<sup>3214</sup> RIPERT G., Les forces créatrices du droit, Paris : LGDJ, 1958, 2<sup>e</sup> éd., p. 337.

<sup>3215</sup> Ibid.

<sup>3216</sup> Ibid.

<sup>3217</sup> RIPERT G., id., p. 342.

<sup>3218</sup> RIPERT G., id., p. 343.

<sup>3219</sup> Ibid.

<sup>3220</sup> MONTAIGNE, Essais, liv. I, chap. XXII cité par RIPERT G., id., p. 344.

<sup>3221</sup> RIPERT G., id., p. 344.

<sup>3222</sup> Ibid.

relativement aux principes juridiques, qu'ils constatent « *leur valeur en tant qu'une limite est apportée à la souveraineté du droit positif*<sup>3223</sup> ». Dernière pièce du discours et non des moindres, Ripert évoque la fonction ultime de ces principes : « *l'attachement des juristes aux principes vient du sentiment de la stabilité nécessaire du droit pour maintenir les caractères de notre civilisation*<sup>3224</sup> ». Corrélativement, transgresser les principes serait une action « révolutionnaire » et provoquerait rien de moins que le « retour au chaos<sup>3225</sup> ». Ripert qui dénonçait un temps les formules creuses des « juristes désemparés » en vient à employer des notions (dont certaines sont communes au langage des solidaristes telles que la stabilité, la civilisation, le chaos, la dignité humaine, *l'ordre essentiel*) qui pourraient également être qualifiées de « formules ». Surtout, note M. Jamin, employer les notions de chaos et de civilisation peu après les événements indicibles de la seconde guerre mondiale était de nature à interdire « radicalement toute réplique<sup>3226</sup> ». Au terme de son entreprise, Ripert peut répondre à la question qu'il s'était posée à savoir « s'il est possible de relever l'injustice d'une loi<sup>3227</sup> » :

« [Le] retour au chaos menace tous les pays qui ne savent pas défendre les principes de leur civilisation. Le Pouvoir créateur du droit a l'obligation de respecter l'ordre juridique qui est établi. S'il peut le modifier, il ne saurait le compromettre ou le détruire. En définitive les principes juridiques ce sont les grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel. Leur existence dépend de notre conception du droit<sup>3228</sup> »

Cette conclusion intermédiaire dans les Forces créatrices du droit renvoie directement aux dernières lignes de l'ouvrage :

« Les principes de ce droit, et j'entends par là une conception générale des rapports sociaux sur le respect de la personne humaine et sur le sentiment de justice, défendent notre civilisation. Ils ne sauraient être détruits par la conception idéologique du progrès indéfini et de l'égalité sociale réalisés par la toute-puissance de l'Etat, sans que soit en même temps détruite notre civilisation<sup>3229</sup> »

---

<sup>3223</sup> Ibid.

<sup>3224</sup> RIPERT G., id., p. 345.

<sup>3225</sup> Ibid.

<sup>3226</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 154.

<sup>3227</sup> RIPERT G., Les forces créatrices du droit, p. 326.

<sup>3228</sup> RIPERT G., id., p. 345.

<sup>3229</sup> RIPERT G., id., p. 423.

Ces principes juridiques constituent la norme supra-législative grâce à laquelle le juriste peut porter un discours normatif sur le droit existant ou à venir, quand bien même il résulterait de l'arbitrage des forces sociales en conflit. Ces principes, reposant pour beaucoup sur la morale, sont les moyens de conserver l'ordre traditionnel<sup>3230</sup>. S'il ne s'agit pas, à proprement parler, de droit naturel, « le résultat concret est à peu près le même que celui recherché par les jusnaturalistes<sup>3231</sup> ». Contre le dualisme principiel soutenu jadis par Saleilles ou Demogue et contre le dualisme méthodologique proposé par Gény -lesquels auraient pu générer un procédé de conciliation des considérations conflictuelles de type balance des intérêts ou proportionnalité, Ripert restaure la croyance « largement partagée en un principe *d'autonomie du raisonnement juridique* »<sup>3232</sup>, et oppose une forme de monisme qui interdit tout relativisme. Bien que la loi résulte de la politique de la force, elle demeure foncièrement encadrée par un ensemble de principes qui lui préexistent. Par une formule tranchante qui ne fait aucune équivoque, Ripert déclarait : « une loi est obtenue par une transaction entre des forces sociales opposées. Or on ne transige pas sur un principe<sup>3233</sup> ». Autrement dit, la loi est conventionnelle, contingente et sujette à critique alors que les principes juridiques, quoique flous, sont vrais, absolus et incontestables. En soutenant cet absolutisme, Ripert allait à rebours du relativisme qui gagnait les juristes et les cours d'outre-Rhin et d'outre-Atlantique abandonnant la quête de vérité ou d'absolu au profit de la recherche de l'acceptable et du raisonnable. Aux Etats-Unis comme en Allemagne, au travers du balancing et du principe de proportionnalité, s'était formée la conviction que la confrontation de principes ou des droits constitutionnels/fondamentaux ne pouvait être résolue par l'imposition d'une norme supérieure. Seule la méthode attachée à l'analyse des intérêts affectés paraît la mieux à même pour découvrir quel droit ou principe faire prévaloir. Au contraire Ripert, craignant les conséquences des luttes idéologiques –entre la « mystique libérale<sup>3234</sup> » et « l'égalité sociale »- au sein du Parlement et a fortiori dans les cours de justice tente d'élever un mur infranchissable contre lequel la loi ne pourrait que s'écraser. C'est à la dogmatique d'« imposer au législateur le respect des principes juridiques sur lesquels elle est

---

<sup>3230</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 153.

<sup>3231</sup> JAMIN Ch., id., p. 154.

<sup>3232</sup> JAMIN Ch., id., p. 154.

<sup>3233</sup> RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, p. 337.

<sup>3234</sup> RIPERT G., id., p. 422.

construite »<sup>3235</sup> pour empêcher que la résolution des conflits sociaux ne s'écarte de la morale et des valeurs chrétiennes<sup>3236</sup>. Les principes juridiques visent à se dresser contre la balance des intérêts du législateur et dans une moindre mesure contre celle du juge.

Le rationalisme des traités de droit et le traditionalisme sous-tendant les principes juridiques de Ripert vont se fondre dans les grandes théories générales du droit, telle l'autonomie de la volonté, dont la prétention est d'« exprimer une vérité<sup>3237</sup> », laquelle devrait, en toute logique, s'imposer à tous les acteurs juridiques.

**Conclusion. Retour au conservatisme doctrinal.** Pour la doctrine qui s'était ouverte aux sciences sociales et qui avait conscience du caractère politique et social sous-jacent aux litiges juridiques dont ils avaient connaissance, il appartenait au législateur ou au juge sinon de réconcilier les classes du moins d'arbitrer leurs conflits avant qu'il ne soit trop tard. Pour M. Jamin « la théorie de la balance des intérêts peut être vue comme le produit de cette prise de conscience<sup>3238</sup> ». Inquiets de l'imprévision qu'une telle méthode entre les mains du juge pouvait engendrer, les juristes ont tôt fait de suggérer des garde-fous : que ce soit Saleilles en soumettant le juge au jurisconsulte<sup>3239</sup>, Gény dans *Science et technique*, ou Ripert avec ses principes juridiques.

Ces mouvements de flux et de reflux des juristes s'expliquent également à la lumière de leurs convictions politiques. M. Jamin rapporte que les juristes civilistes qui ont ouvert la voie à la

---

<sup>3235</sup> RIPERT G., id., p. 421.

<sup>3236</sup> RIPERT G., id., pp. 421-422 : « *Il ne faut pas accuser le positivisme juridique de détruire l'idée de droit. Il la maintient au contraire en la séparant des conceptions idéologiques qui la compromettent parce que leur abandon la laisse sans force. Mais c'est à la condition de maintenir dans le jeu des forces sociales la valeur des règles morales sur lesquelles ce droit a été construit. Pour ceux qui sont des croyants, la valeur de notre civilisation tient à ce qu'elle est chrétienne ; pour ceux qui ne le sont pas elle tient à son maintien pendant des siècles et par le prix qu'elle attache à la fois à la liberté et à la justice* ». Pour M. Jamin, Ripert « ne serait nullement un croyant, mais agirait comme s'il l'était. Ce qui serait une manière d'ériger le cynisme en système de pensée juridique. » (JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 156).

<sup>3237</sup> PIMONT S., « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat », RTD Civ., 2009 p. 419 ; l'auteur cite Planiol : c'est par « les livres et par l'enseignement oral que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même et qu'on appelle la tradition » (PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, t.1, Paris : LGDJ, 1900, n° 127 cité par PIMONT S., id., note 87).

<sup>3238</sup> JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », art. préc., p. 157.

<sup>3239</sup> Saleilles « contribue à fermer les portes de l'interprétation en retenant que l'on ne peut tout de même pas donner trop de pouvoir au juge au risque de le voir céder au subjectivisme, ce qui l'amène à promouvoir les constructions juridiques qui constituent autant de discours de vérité propres à canaliser ce juge. » (JAMIN Ch., id., p. 143).

socialisation du droit sont le plus souvent au plan politique des conservateurs<sup>3240</sup>, qui ont dû, par nécessité, être un temps progressistes pour sauvegarder le système. M. Jamin évoque à ce propos le cas de Louis Josserand : traité de bolchevique par Ripert<sup>3241</sup> à la publication de l'Esprit des droits et de leur relativité, parce qu'il osait soutenir la thèse selon laquelle les droits devaient exclusivement accomplir leur fonction sociale, Josserand défendait au début du siècle la socialisation du droit et opposait à ce titre l'équilibre des droits à la souveraineté du droit subjectif. Or, dans les années 30, Josserand redoute la menace que la législation de classe élaborée notamment sous le Front Populaire fait peser sur l'harmonie sociale<sup>3242</sup>. L'un de ces articles se conclut sans aucune équivoque : « dirigisme, oui ; mais incohérence, partialité partisane et anarchie, non<sup>3243</sup> ». Anarchie, incohérence, chaos : ce sont, constate M. Jamin, « toujours les mêmes termes<sup>3244</sup> ».

Si dès les années 30 « *la technique et l'abstraction l'emportaient* à nouveau, le positivisme jurisprudentiel se substituant assez largement au positivisme légaliste »<sup>3245</sup>, après la guerre, « la récréation est vraiment sifflée<sup>3246</sup> ». Pour sauvegarder l'intégrité et l'unité du droit civil, le droit social est désormais contenu dans sa propre catégorie –le droit social devient une branche du droit privé. Quant à la méthode juridique, la foi en la technique juridique comme productrice de vérité est définitivement retrouvée. Il appartient désormais à la doctrine de « structurer le droit positif<sup>3247</sup> ». La doctrine civiliste française avait donc opté, au cours de la première moitié du XXe siècle, pour la tradition, c'est-à-dire, la tradition d'une doctrine savante qui s'autorisait parfois à « opposer avec quelque hauteur sa vérité à la vérité du juge<sup>3248</sup> ».

---

<sup>3240</sup> JAMIN Ch., id., p. 156.

<sup>3241</sup> RIPERT G., « Abus ou relativité des droits – A propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 », Revue critique de législation et de jurisprudence 1929, p. 33 sq. cité par JAMIN Ch., id., p. 157.

<sup>3242</sup> Nous renvoyons le lecteur à l'article de M. Jamin pour les références des articles de Josserand (JAMIN Ch., id., p. 157)

<sup>3243</sup> L. JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD civ. 1937, p. 30, n° 25, cité par JAMIN Ch., id., note 61.

<sup>3244</sup> JAMIN Ch., id., p. 157.

<sup>3245</sup> JAMIN Ch., « Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique », in, D. ALLAND D., RIALS St. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF, 2003, p. 384.

<sup>3246</sup> Ibid.

<sup>3247</sup> JAMIN Ch., « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », art. préc., p. 507.

<sup>3248</sup> RIVERO J., « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », D. 1951, chr. 23, p. 99 : « La Doctrine, en droit civil, forte d'une longue tradition intellectuelle, put parfois, au XIXe siècle surtout, opposer avec quelque hauteur sa vérité à la vérité du juge ».

c) La préférence jurisprudentielle pour la théorie de l'abus de droit

**L'instrument de l'abus de droit.** L'abus de droit est classiquement employé par les juges pour condamner celui qui exerce son droit dans le but de nuire à autrui et qui se prévaut, dans le même temps, de la lettre de la loi<sup>3249</sup>. Corrélativement, il s'agit d'un moyen d'indemniser le préjudice causé par celui qui a dépassé les limites raisonnables du champ d'application de son droit. En ce sens, la fonction de l'abus de droit est d'« assigner des limites à l'exercice des droits<sup>3250</sup> ».

D'un point de vue plus général, l'abus de droit est, comme l'équité<sup>3251</sup>, la balance des intérêts ou encore la proportionnalité<sup>3252</sup>, un moyen de déformalisation du droit c'est-à-dire, un instrument de dépassement du droit strict. L'abus de droit sert, dans un premier temps, à dépasser l'inconvénient inhérent à toute règle de droit formellement énoncée et qui est exprimé par l'adage *summa ius, sumum iniuria*<sup>3253</sup>, afin de résoudre, dans un second temps, un conflit d'intérêts. L'abus de droit n'est donc pas autre chose qu'un palliatif au défaut de précision de la norme quant à l'exercice du droit attribué. Nous pouvons dire avec M. Strowel, qu'en tant qu'instrument, l'abus de droit, la proportionnalité et nous pourrions ajouter l'équité<sup>3254</sup> sont « des mesures d' 'autoprotection' permettant d'achever un ordre juridique et d'assurer la juste mesure<sup>3255</sup> ». Destinés à remplir les mêmes fonctions

---

<sup>3249</sup> V. COURTIEU G., « Droit à réparation – abus de droit. Notion », J.-Cl. Civil Code, fasc. 131-10, 2005, n° 9.

<sup>3250</sup> COURTIEU G., « Droit à réparation – abus de droit. Notion », art. préc., n° 7.

<sup>3251</sup> Pour des rapprochements entre l'abus de droit et l'équité, v. les références citées par COURTIEU G., « Droit à réparation – abus de droit. Notion », art. préc., n° 7 ainsi que celles de CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 6 ; v. égal. GUILLOT A., « compte rendu – Dubouis L., La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », RIDC, 1964, vol. 16, n° 1, p. 231. Pour M. Martens, l'abus de droit « va rendre juridiquement concevable ce qui jusque-là reposait sur la notion suspecte d'équité » (MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t.1, p. 53).

<sup>3252</sup> Pour des rapprochements entre abus de droit, balance des intérêts et proportionnalité, v. STROWEL A., « De ' l'abus de droit ' au principe de ' proportionnalité ' : un changement de style ? », in, *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles : Larcier, 2008, pp. 293-303 ; en droit public, v. ECK L., *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préf. DEBARD T., Paris : L'harmattan, 2010, n° 662 et s.

<sup>3253</sup> Pour des rapprochements entre l'adage et l'abus de droit, v. CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, p. 1 note 2 ; GUILLOT A., « compte rendu – Dubouis L., La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », art. préc., p. 231.

<sup>3254</sup> On se souvient que pour N. Luhmann, l'existence de l'instrument d'équité atteste de « l'incomplétude logique de l'ordre juridique » (LUHMANN N., « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », *Droit et Société*, n° 47, 2001, p. 24).

<sup>3255</sup> STROWEL A., « De ' l'abus de droit ' au principe de ' proportionnalité ' : un changement de style ? », art. préc., p. 295.

thérapeutiques<sup>3256</sup>, ces instruments présentent les mêmes caractères, comme la tendance à produire une grande casuistique dans les décisions, l'attachement aux faits de l'espèce et aux intérêts en jeu<sup>3257</sup>.

**L'emploi de l'abus de droit par la jurisprudence.** Sur le fondement de la responsabilité civile pour faute, les juges ont mis en œuvre la théorie de l'abus de droit en l'appliquant à l'origine au droit de propriété. Les juges ont ainsi condamné le propriétaire qui a érigé une cheminée dans le seul but de plonger son voisin dans l'ombre<sup>3258</sup>, celui qui a planté des piques de fer sur son terrain pour crever des dirigeables<sup>3259</sup> ou encore celui qui a placé sur sa palissade un épouvantail ressemblant à son voisin<sup>3260</sup>, etc<sup>3261</sup>. L'abus de droit était le moyen de réparer des conséquences de fautes commises par, ou à l'occasion de l'exercice du droit de propriété, lequel est pourtant défini par le législateur comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ».

Par la suite, l'usage judiciaire de l'abus de droit s'est développé en fonction des besoins. L'abus de droit a servi d'instrument de contrôle du droit de licenciement et, partant, du pouvoir de l'employeur. Dans les relations contractuelles, la notion d'abus fut employée comme contrepoids à la faculté de rupture unilatérale des engagements à durée indéterminée. La notion d'abus de droit sert encore à sanctionner les détournements de pouvoirs comme par exemple, le pouvoir constitutif de l'autorité parentale ou le pouvoir attribué à la majorité ou la minorité des associés dans les sociétés commerciales<sup>3262</sup>. Dans ces derniers cas, on constate que la fonction de l'abus de droit n'est plus seulement de réparer un préjudice, mais également d'annuler des actes qui résultent de l'exercice abusif d'un droit.

---

<sup>3256</sup> Rappelons que pour Perelman, « *le recours à l'équité n'est permis que quand la loi paraît boîteuse* » (PERELMAN Ch., *Droit, morale et philosophie*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1976, p. 31). Pour M. Caron, « *l'abus de droit permettrait alors de guérir les maladies inhérentes à tout système juridique* » (CARON Ch., th. préc., n° 3) ; on notera également que pour la doctrine constitutionnaliste, l'abus de droit et la proportionnalité remplissent les mêmes fonctions (rétablir la situation normale d'une situation), v. ECK L., *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préf. DEBARD T., Paris : L'harmattan, 2010, n° 689.

<sup>3257</sup> DURRY G., « La conception jurisprudentielle et l'abus de droit », *RTD civ.*, 1972, p. 398.

<sup>3258</sup> CA Colmar, 2 mai 1855, Doerr : D. 1856, 2, p. 9.

<sup>3259</sup> Req. 3 août 1915, Clément Bayard : DP 1917. 1. 79 ; S. 1920. 1. 300

<sup>3260</sup> CA Chambéry, 21 juillet 1914 : *Gazette des tribunaux*, 1915, 2, p. 428.

<sup>3261</sup> V. égal. Trib. Civ. Sedan, 17 décembre 1901, S., 1920, 1, p. 217 ; CA Amiens, 22 novembre 1932, GP, 1933, 1, p. 603.

<sup>3262</sup> V. COURTIEU G., « Droit à réparation – abus de droit. Notion », art. préc., n° 10.

Les juges auraient pu employer à la place de l'abus de droit, la méthode préconisée par GénY (la libre recherche scientifique) consistant à rechercher, lorsque les termes de la loi sont insuffisants, une norme permettant de dégager l'équilibre des intérêts en présence<sup>3263</sup>. Ou alors, ils auraient pu rattacher l'abus de droit à cette théorie puisque GénY lui-même avait expliqué l'abus de droit à l'aune du déséquilibre des intérêts<sup>3264</sup>. Toutefois, comme toutes les théories relatives à l'abus de droit, celle de GénY n'a pas été expressément consacrée par la jurisprudence<sup>3265</sup>, les juges préférant peut-être éviter de laisser à la doctrine l'opportunité de remodeler un instrument dont l'expédient réside justement dans sa souplesse.

Toujours-est-il que cet instrument a pu apparaître dans la première moitié du XXe siècle suffisant aux yeux des juges par rapport aux besoins de l'époque.

**Conclusion.** Nous avons évoqué trois raisons qui sont de nature à expliquer l'absence de pénétration dans les enceintes judiciaires d'une méthode d'adjudication du type « balance des intérêts » : le déni traditionnel de la conciliation dont le mobile est probablement le refus catégorique de laisser au juge le soin de concilier les droits et partant les intérêts ; la doctrine de Ripert qui tend à ériger en méta-norme la tradition ; et l'absence d'intérêt immédiat de la méthode pour les juges en raison de l'existence de l'abus de droit.

Au contraire du droit privé, le droit public s'avère plus disposé à accueillir une méthode de type « balance des intérêts » car cette branche du droit vise à concilier l'intérêt général et les intérêts particuliers<sup>3266</sup>. Cette idée de conciliation a toutefois dû s'imposer auprès des juges. Elle a été l'œuvre d'une doctrine administrativiste libérale qui a dû, pour spécifier la finalité du droit administratif, le comparer avec le droit civil. Dans le discours de ces juristes, nous pourrions à nouveau entrevoir l'idée selon laquelle le droit civil est peu favorable à l'idée de conciliation des intérêts privés.

---

<sup>3263</sup> De manière générale, note M. Terré, les juges ont plutôt consacré la méthode de l'interprétation déformante ou constructive préconisée notamment par Saleilles consistant dans l'adaptation du sens du texte aux considérations présentes au détriment de celle de GénY (TERRE Fr., Introduction générale au droit, 9<sup>e</sup> ed., Paris : Dalloz, 2012, n° 553).

<sup>3264</sup> V. supra.

<sup>3265</sup> COURTIEU G., « Droit à réparation – abus de droit. Notion », art. préc., n° 9 : « Les différentes thèses sur l'abus de droit ont certainement paru trop théoriques et trop rigides aux juges ; ceux-ci n'ont pas entendu laisser sans réparation un dommage causé volontairement à autrui par l'utilisation dévoyée d'un droit ».

<sup>3266</sup> V. GUYOMAR M., « Un droit en équilibre », in, Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Bruxelles : Bruylant, 2009, pp. 533-544.

## 2) La prédisposition du droit public

Nous l'avons vu, en Allemagne, c'est le conflit entre l'exercice du pouvoir de police et les « droits naturels » des individus, qui déclenche le processus au terme duquel les juges administratifs instaurent un contrôle de proportionnalité de l'action de l'administration. Cette tension, exprimée au travers de la controverse relative à l'opposition ou à la conciliation des modèles du *Polizeistaat* et du *Rechtsstaat*, et la défiance libérale à l'encontre de l'Etat paternaliste, ne sont pas des phénomènes observables en France durant la même période. En premier lieu, l'Etat de police en tant que modèle appliqué est proprement un phénomène allemand, en second lieu, le degré d'intensité des revendications libérales exprimées notamment par Constant ou Tocqueville était, compte tenu de la mesure avec laquelle les libertés étaient limitées par les autorités publiques, proportionnellement moindre à celui qui animait les libéraux allemands. La Déclaration des Droits de l'Homme, la souveraineté nationale, le caractère privilégié de la législation parmi les différents types de norme sociale, la soumission des juges constituaient en France des garanties tantôt réelles tantôt symboliques de nature à limiter la crainte d'un Etat despotique. En outre l'administration en France n'était pas grevée d'une histoire aussi lourde qu'en Allemagne : « *l'absence de culture historique et politique de méfiance envers l'action publique* » notent MM. Bertrand et Sirinelli, « a ancré dans le droit français un préjugé favorable à l'interventionnisme étatique<sup>3267</sup> ». Aucun réel besoin de se préserver des ingérences de l'Etat ne s'était donc fait ressentir, du moins, aussi fébrilement qu'en Allemagne.

Toutefois, le droit administratif, de par son origine, son mode de formation et ses instances d'application, présente certaines prédispositions à l'accueil de techniques de conciliation des considérations conflictuelles comme la proportionnalité ou la balance des intérêts. Ce qui détermine surtout cette prédisposition du droit administratif est sa finalité. Comme le soutient une partie de la doctrine au milieu du XIXe siècle, le droit administratif a pour objet de concilier l'intérêt public avec les intérêts particuliers. Ce discours de la doctrine publiciste entendait spécifier le droit administratif par rapport au droit civil afin de critiquer la compétence du juge civil en matière administrative. Ce discours (indépendant du mouvement

---

<sup>3267</sup> BERTRAND Br., SIRINELLI J., « La proportionnalité », in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris : Dalloz, 2010, p. 624.

anti-formaliste de la fin du XIXe siècle), est soufflé par un vent de pragmatisme et construit autour des notions de « conciliation », d'« équilibre » et de « balance des intérêts ». Influencé par cette doctrine, le juge administratif se convainc que ce droit, distinct du droit civil, vise une conciliation des intérêts et, à ce titre, vérifiera que l'exercice des pouvoirs des organes exécutifs de l'Etat demeure borné dans des limites raisonnables. Actuellement, ce type de contrôle, par exemple dans le cadre d'un recours en annulation, s'il ne s'exprime au travers des notions de « proportionnalité » ou de « balance des intérêts » est souvent perçu comme une forme de contrôle de proportionnalité et induirait l'existence du principe homonyme<sup>3268</sup>.

### **Annonce.**

a) Les conditions d'apparition du discours de la conciliation

La Révolution est une étape déterminante pour le droit administratif puisqu'elle a pour effet de clarifier les sources de ce droit et les compétences juridictionnelles<sup>3269</sup>. En effet, au nom du principe de séparation des pouvoirs, est posé à la Révolution le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires<sup>3270</sup>, lequel sera, moins d'un siècle plus tard, consacré dans l'arrêt du tribunal des conflits Blanco en 1873. Durant cette période, la doctrine administrativiste, témoin et actrice de la formation du droit administratif, rend compte des enjeux juridiques (la nature de la norme administrative), juridictionnel et politique (la nature de l'organe de contrôle) sous-tendant le développement de cette branche du droit. Lors des débats entourant la finalité du droit administratif et la nature du juge, les juristes libéraux défendent leur conviction à l'aide notamment d'arguments de type utilitariste. La représentation de la fonction de contrôle du juge administratif s'exprime régulièrement au travers de formules de « conciliation des intérêts privés et publics » ou de « balance des intérêts ». L'influence de ce discours pour la formation droit administratif et sur le juge administratif sera très prononcée, ce que l'on peut constater dès l'arrêt Blanco, lequel

---

<sup>3268</sup> Pour M. Costa, le recours en annulation est même le champ d'application naturel et privilégié du principe de proportionnalité (v. COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », AJDA, 1988, p. 434).

<sup>3269</sup> V. HAURIOU M., « La formation du droit administratif depuis l'an VIII », Revue générale d'administration, 1892, p. 385 et s., disponible sur <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/hauriou-RGA-1892-1>

<sup>3270</sup> V. CHAPUS R., Droit administratif général, t.1, Paris : Montchrestien, 2001, pp. 1-2.

détermine la compétence juridictionnelle de l'administration au regard de la fonction des règles de droit administratif à savoir « *concilier les droits de l'Etat avec les droits privés*<sup>3271</sup> ».

Pour appréhender le discours de l'équilibre de la doctrine administrative libérale, il convient d'exposer en premier lieu les tensions qui traversent la matière administrative dès son origine (A). En effet, au lendemain de la Révolution, la tentation de se doter d'un exécutif fort est concurrencée par la volonté de soumettre l'exécutif au pouvoir législatif, conformément aux principes révolutionnaires (B). Avec Napoléon, la voie du renforcement de l'exécutif et de l'administration au détriment des libertés individuelles est privilégiée. Le caractère autoritaire de l'administration suscite une réaction doctrinale de type libérale. Celle-ci saisit l'occasion de la question relative à la justice administrative pour défendre le principe d'une administration dont la mission serait finalisée par l'équilibre des intérêts (C).

*i) Les tensions originelles du droit administratif*

A la période révolutionnaire, le pouvoir exécutif est l'objet d'appréhensions paradoxales. Les révolutionnaires le craignent en raison des menaces qu'il fait peser sur les individus. C'est lui, « *qui, dans la tradition de 1789, incarne l'hostilité du pouvoir envers la liberté. C'est contre lui qu'elle doit être protégée avant tout*<sup>3272</sup> ». Or, écrit Pierre Legendre, la Constituante « *pouvait supprimer les institutions monarchiques ; elle ne pouvait empêcher le fait que l'action administrative soulève des difficultés entre l'Etat et les citoyens, ni rompre le cercle des habitudes ancestrales*<sup>3273</sup> ». Dès lors, si l'exécutif est perçu comme un mal, c'est un mal nécessaire, puisque sans lui, point de mise en œuvre de politique économique, agricole ou fiscale, ni de police, donc de sécurité ou de censure. Le pouvoir exécutif demeure donc l'un des instruments indispensable à la mise en application des grands principes déclarés à la Révolution.

Avec la Constituante, l'administration rentre sous le giron de l'exécutif, pouvoir séparé et subordonné au pouvoir législatif. Entièrement soumise aux lois, l'administration fait partie de ces institutions vilipendées sous l'Ancien Régime qui cependant lui survivent, quoique

---

<sup>3271</sup> Tribunal des conflits, 8 février 1873, Blanco.

<sup>3272</sup> RIVERO J., MOUTOUH H., *Libertés publiques*, t. 1, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2003, p. 160.

<sup>3273</sup> LEGENDRE P., *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris : PUF, 1968, p. 178.

remodelées pour se conformer au nouvel ordre<sup>3274</sup>. La question de la portée des pouvoirs et du rôle de l'administration face aux administrés se pose rapidement. La Constituante est en effet partagée entre deux conceptions : la première vise à subordonner l'administration aux droits des citoyens contenus dans les déclarations des droits de l'homme<sup>3275</sup>, la seconde tend à nuancer cette primauté en insistant sur l'idée de devoirs incombant aux citoyens vis-à-vis de la société. Cette tension présage de l'évolution du droit administratif.

La première conception épouse un libéralisme classique « à l'anglaise<sup>3276</sup> » fortement inspirée de Locke : l'Etat ne doit limiter les droits et libertés individuelles que pour mieux les garantir. Cette approche induit l'arbitrage de toute une série de rapports entre l'administration et les citoyens à partir des principes de liberté, d'égalité et de propriété. Ainsi la liberté ne peut être limitée par l'administration, à moins que la loi n'en dispose autrement. Les libertés de conscience, d'expression et de culte ne sauraient non plus faire l'objet de restriction imposées par la police des cultes et de la censure. Au nom de la liberté du commerce, l'administration de son propre chef n'est plus autorisée à délivrer des patentes, c'est-à-dire des monopoles, etc<sup>3277</sup>. Enfin, la propriété, en tant que droit naturel et sacré, conduit à soumettre les expropriations à des conditions strictes et prévues par la loi. Cette approche libérale est à corréler avec l'acception nominaliste ou utilitariste de *l'intérêt général*, d'après laquelle l'intérêt de la communauté n'est jamais que la somme des intérêts individuels ce qui « non seulement *laisse peu de place à l'arbitrage de la puissance publique, mais traduit une méfiance de principe envers l'Etat*<sup>3278</sup> ».

La seconde conception partagée par certains membres de la Constituante assigne à l'administration un rôle plus prépondérant. Dérivée du « libéralisme à la française » ou républicain, cette approche tend à renforcer les prérogatives de l'administration en faisant substantiellement peser sur les administrés des devoirs dont l'administration aurait le soin de

---

<sup>3274</sup> Parmi les réformes, citons le remplacement des provinces par de nouvelles circonscriptions (les départements), la suppression des intendants et subdélégués ; l'élection au suffrage censitaire des administrateurs locaux et encore l'abolition des particularismes territoriaux traditionnels (v. MESTRE J.-L., « L'histoire du droit administratif », in, GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph. (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris : Dalloz, 2011, p. 14).

<sup>3275</sup> Du 26 août 1789, du 24 juin 1793 et du 5 fructidor an III (22 août 1795).

<sup>3276</sup> Au point qu'en Angleterre, il n'y a ni droit administratif ni juridictions administratives (v. LEGENDRE P., *op. cit.*, p. 471).

<sup>3277</sup> Notons également que la sûreté des administrés est garantie par l'interdiction faite à l'administration d'ordonner ou d'exécuter des mesures arbitraires. Au nom du principe d'égalité, les citoyens -pour peu qu'ils soient aptes- ne peuvent être discriminés pour accéder à la fonction publique ; quant à la charge de l'impôt, elle doit être équitablement répartie (v. MESTRE J.-L., « L'histoire du droit administratif », art. préc., p. 15).

<sup>3278</sup> Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public 1999, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=430>

contrôler l'accomplissement. Les promoteurs d'une administration forte mettent l'emphase sur l'action de « servir<sup>3279</sup> » et la notion de « contribution<sup>3280</sup> ». Cette vision est à corréler avec *l'intérêt général* conçu comme transcendant les intérêts particuliers. Selon cette approche, qui « ne se satisfait pas d'une conjonction provisoire et aléatoire d'intérêts économiques », l'intérêt général est « l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par delà leurs intérêts particuliers<sup>3281</sup> ».

Cette « dialectique de l'ordre et de la liberté<sup>3282</sup> » est le fil rouge de l'histoire du droit administratif et de la doctrine administrativiste. La faveur tantôt pour l'un, tantôt pour l'autre, rend compte de l'évolution de ce droit : « la constitution d'une puissante administration » dans un premier temps et, « l'attachement à un libéralisme compensatoire<sup>3283</sup> » dans un second temps.

*ii) Renforcement du pouvoir administratif au détriment des libertés*

**L'administration sous Napoléon.** La constitution d'une administration forte est l'œuvre de Napoléon à partir du Consulat, période qui voit (re)naître à l'initiative de Sieyès le Conseil d'Etat. Il est chargé de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative<sup>3284</sup>. Dans le même temps, Napoléon étend, au détriment de la loi le champ du pouvoir réglementaire entre les mains dorénavant d'un Gouvernement. Bon nombre de décrets et de règlements justifiés par « l'intérêt général » ou « l'utilité commune » voient le jour et emportent quelques réductions des libertés individuelles<sup>3285</sup> : de nouvelles obligations pèsent sur les citoyens<sup>3286</sup>, les

---

<sup>3279</sup> V. Art. 3 de la Déclaration des Devoirs du Citoyen du 22 août 1795. Le mot « servir » écrit M. Mestre « est significatif et englobe toutes les sujétions que la puissance publique peut imposer » (MESTRE J.-L., « L'histoire du droit administratif », art. préc., p. 17.)

<sup>3280</sup> V. art. 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

<sup>3281</sup> Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public 1999, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=430>

<sup>3282</sup> LOSCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, 1972, p. 161.

<sup>3283</sup> LEGENDRE P., op. cit. p. 470.

<sup>3284</sup> Constitution du 22 frimaire an VIII.

<sup>3285</sup> V. MESTRE J.-L., « L'histoire du droit administratif », art. préc., p. 23.

<sup>3286</sup> Comme le service militaire, les tâches d'entretien, etc. V. MESTRE J.-L., « L'histoire du droit administratif », art. préc., p. 23.

commerçants et chefs d'entreprise<sup>3287</sup>, les contractants ou encore les propriétaires de certains immeubles (mines, marais, forêt) ; les règles d'expropriation sont allégées<sup>3288</sup>.

Déjà doté d'importantes attributions sous le Consulat<sup>3289</sup>, le Conseil d'Etat, devient « la clef de voûte de l'organisation impériale ; placé à la jonction des pouvoirs législatif, administratif et judiciaire, *il fût pour l'empereur un incomparable instrument de règne*<sup>3290</sup> ». Le pouvoir du Conseil connaît peu de bornes. Il n'est, note Henrion de Pansey, « limité que par la double obligation de se conformer aux lois en vigueur *dans les cas prévus, ou d'en suivre l'esprit dans les circonstances analogues. Mais lorsqu'il n'en existe pas qui soit applicable, et que cependant il faut agir, le prince n'a d'autre régulateur que ses lumières, sa sagesse, son amour pour le bien public, son respect pour les propriétés, et surtout pour la liberté civile*<sup>3291</sup> ». La question est de savoir si le Prince, dans sa sphère de liberté, est bien éclairé par ses lumières. Pour le père de la doctrine administrativiste et apologiste de la puissance publique, Locré, les menaces que le Conseil d'Etat fait peser sur les libertés sont minimales<sup>3292</sup>. Au contraire, pour les libéraux, le Conseil d'Etat, « le *siège du gouvernement et l'âme de l'empereur*<sup>3293</sup> », symbolise le despotisme impérial<sup>3294</sup>. La question du contrôle de l'administration devient donc de plus en plus prégnante.

**La question du contrôle juridictionnel.** Des deux maux de l'Ancien Régime que sont l'administration et les juges, les révolutionnaires ont opté pour le moindre. Ainsi s'explique l'interdiction faite aux juges de droit commun de connaître les litiges mettant en cause

---

<sup>3287</sup> Comme l'obligation d'obtenir une permission pour certaines activités commerciales (prêt sur gages ou sur nantissement), déplacer ou établir une manufacture ou un atelier qui répandent des odeurs incommodes etc.

<sup>3288</sup> L'article 545 du Code civil substitue l'« utilité publique » à la « nécessité publique » comme fondement de la privation de propriété ; les moyens de coercition en cas de réquisitions sont renforcés, et en cas d'urgence, l'indemnisation due à l'exproprié peut être versée après la dépossession.

<sup>3289</sup> Au plan législatif, le Conseil d'Etat disposait, depuis un arrêté du 5 nivôse an VIII d'un pouvoir d'interprétation des lois. Il pouvait ainsi rendre des avis auxquels les juridictions de droit privé devaient se plier. Des attributions de haute police lui été confiées (v. RAÏSSAC G., id., p. 83).

<sup>3290</sup> RAÏSSAC G., id., pp. 72-73.

<sup>3291</sup> HENRION DE PANSEY P.-P.-N., De l'autorité judiciaire en France, Paris : T. Barrois père, 1818, p. 452. Nous pouvons opter pour la seconde proposition étant donné que l'auteur a pu dénoncer durant la période 1800-1815 les nombreux empiètements réalisés par le Conseil d'Etat au détriment du pouvoir législatif (v.. RAÏSSAC G., th. préc., pp. 80-81).

<sup>3292</sup> Le principal argument de Locré repose sur le caractère délibératif du processus décisionnel du Conseil d'Etat (v. AUZANNEAU Ch., « La justice administrative vue par la doctrine de Locré à Auroc », in, BIGOT Gr., BOUVET M. (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, actes des journées d'études des 7 mai et 16 janvier organisées par le Centre d'histoire du droit de l'Université Rennes I, Paris : LexisNexis, 2006, p. 107.

<sup>3293</sup> CORMENIN, Livres des orateurs, cité par RAÏSSAC G., th. préc., p. 73, note 1.

<sup>3294</sup> Un député libéral a lancé en fin de règne de Napoléon « le Conseil d'Etat n'a été alors que le marchepied du despotisme impérial... » (cité par RAÏSSAC G., th. préc., p. 83).

l'administration<sup>3295</sup>. Motivé par la crainte des abus des Parlements<sup>3296</sup>, ce choix de laisser un pouvoir sans contrôle emportait nécessairement le risque de favoriser de nouveaux abus :

« en adoptant cette interprétation [du principe de la séparation des pouvoirs] les hommes de 1789 ont, paradoxalement, pris parti pour le pouvoir contre la liberté ; à cette époque en effet, il était impossible de prévoir la création, et, a fortiori, l'action libérale des juridictions administratives ; dès lors, interdire aux juges de statuer sur les actes du pouvoir, c'était lorsque celui-ci méconnaissait les libertés, livrer pratiquement l'administré à l'arbitraire. Ainsi, la séparation de l'exécutif et du judiciaire introduisait dans le libéralisme de 1789 une faille d'une particulière gravité, inconséquence qu'explique peut-être l'optimiste du temps, et sa confiance dans le nouveau régime politique<sup>3297</sup> »

L'interdiction exprimée contre les juges du droit commun de troubler les affaires administratives ne laissait plus qu'une alternative pour contrôler l'action administrative : créer des juridictions spéciales. Mais cette hypothèse fut également rejetée par la Constituante en raison des mauvais souvenirs laissés par les juridictions d'exception sous l'Ancien Régime<sup>3298</sup>. La conséquence est, en définitive, la plus incongrue : pour ne pas commettre de déni de justice, seule l'administration pouvait trancher les litiges auxquels elle été partie et qu'elle avait elle-même crée. On perçoit les lacunes a priori qu'un tel système recelait : l'administration – était juge et partie. Bien que le principe de séparation des pouvoirs fut sauvegardé – « *juger l'administration c'est encore administrer*<sup>3299</sup> » – un tel système, parce qu'il n'était pas de nature à fournir des garanties d'impartialité et de sécurité suffisantes auprès des administrés, a pu apparaître comme « *contraire à l'équité et au sens de la justice*<sup>3300</sup> ».

---

<sup>3295</sup> Art. 13, titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant les administrateurs pour raison de leurs fonctions » ; interdiction réitérée dans l'article 3, chap. V, titre III, de la Constitution française du 3 septembre 1791 et dans le décret du 16 fructidor an III.

<sup>3296</sup> V. VEDEL G., DEVOLVE P., Droit administratif, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1992, p. 98 et s.

<sup>3297</sup> RIVERO J., Cours de libertés publiques, Paris : Les cours de droit, 1965-1966, p. 199.

<sup>3298</sup> V. RAÏSSAC G., th. préc., p. 50. Finalement, « *la séparation de l'administratif et du judiciaire* » écrit M. Pacteau « *devenait radicale dissociation de l'administratif et du juridictionnel* » (PACTEAU B., Traité de contentieux administratif, Paris : 2008, PUF, p. 19). Sur cette période, v. CHAPUS R., op. cit., p. 747 ; RIVERO J., WALINE M., Droit administratif, 21<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2006, n° 535 ; LEGENDRE P., op. cit., p. 279.

<sup>3299</sup> Selon la formule de Henrion de Pansey dans *De l'autorité judiciaire* (cité par RIVERO J., WALINE M., op. cit., n° 535).

<sup>3300</sup> CHAPUS R., op. cit., p. 748.

**La justice administrative.** A l'origine était prévu que les affaires locales soient tranchées par les directoires de départements et de districts<sup>3301</sup>, tandis que les autres relèveraient de la compétence du conseil des ministres, présidé par le roi<sup>3302</sup>. Sous le Consulat, en l'an VIII sont instituées les juridictions administratives au sein de l'exécutif. Dépendants du Conseil d'Etat des « conseils de préfecture » sont créés dans chaque département<sup>3303</sup>.

Le Conseil d'Etat joue un double rôle. Au service du législatif, il rédigeait pour le compte du Premier Consul les projets de loi, et, au service de l'exécutif, il proposait des solutions de litige, avant d'être chargé par décret du 22 juillet 1806 des affaires contentieuses<sup>3304</sup>. Il devient ainsi compétent en premier ressort des recours pour excès de pouvoir et juge d'appel de droit commun, c'est-à-dire des décisions rendues par les conseils de préfecture. Pour Hauriou, cette réforme, « en organisant les conseils de préfecture et en transportant au *Conseil d'État les attributions contentieuses des ministres* », avait créé « le contentieux administratif et, par suite, le droit administratif<sup>3305</sup> ».

Roederer dans l'exposé des motifs de la loi instituant les conseils de préfecture souligne l'impartialité dont le juge doit faire preuve lorsque celui-ci balance les intérêts individuels et collectifs :

« Remettre le contentieux de l'administration à un conseil de préfecture a paru nécessaire, pour garantir les parties intéressées de jugements rendus sur des rapports et des avis de bureaux, pour donner à la propriété des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses règles, à ses formes ; pour donner, tout à la fois, à l'intérêt particulier et à l'intérêt public, la sûreté qu'on ne peut attendre d'un jugement porté par un seul homme ; car tel administrateur, qui balance avec impartialité des intérêts collectifs, peut se trouver prévenu et passionné quand il s'agit de l'intérêt

---

<sup>3301</sup> Loi des 7-11 septembre 1790.

<sup>3302</sup> Loi des 27 avril-25 mai 1791.

<sup>3303</sup> Loi du 28 pluviôse an VIII.

<sup>3304</sup> Ce qui impliquait une procédure différente. C'est à cette date que s'élabore véritablement une jurisprudence administrative. V. HAURIOU M., « La formation du droit administratif depuis l'an VIII », art. préc., p. 385 ; LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, Paris : Berger-Levrault, 1887, p. 185 et s.

<sup>3305</sup> HAURIOU M., « La formation du droit administratif depuis l'an VIII », art. préc., p. 385.

d'un particulier, et être sollicité par ses affections ou ses haines personnelles à trahir l'intérêt public, ou à blesser des droits individuels<sup>3306</sup> ».

*iii) Discours de la conciliation de la doctrine libérale*

**Naissance d'une doctrine libérale.** Si l'idée d'une conciliation entre intérêts privés et public commence à s'exprimer, les décisions juridictions administratives, et principalement du Conseil d'Etat servent encore sous le Premier Empire, principalement les intérêts de la puissance publique<sup>3307</sup>. Cet avantage est facilité depuis l'arrêté de l'an III qui habilite le Conseil d'Etat à trancher tout conflit de juridiction et grâce auquel il peut intervenir « en toute matière, en tout état de cause, devant toutes les juridictions<sup>3308</sup> ». Ses décisions étaient en outre entourées de clandestinité et de mystère à la manière des « décisions des pontifes romains<sup>3309</sup> ».

Exceptées quelques critiques, notamment De Henrion de Pansey<sup>3310</sup> ou de Sirey<sup>3311</sup>, la doctrine sous l'Empire était docile et s'alignait sur la position des institutions administratives. Il faut attendre la chute de l'Empire pour que s'exprime une doctrine plus inspirée, « républicaine » ou « libérale à la française », animée par des auteurs que M. Touzeil-Divina nomme les « libéraux citoyens ». Pour ces auteurs écrit-il, le droit administratif :

« se conçoit comme un droit de conciliation entre intérêt général et droits et intérêts privés. Tous ont eu en commun (...) d'avoir voulu débarrasser le droit administratif de son acception réductrice de droit de police (...), ou encore de droit sous la coupe du modèle romano-civiliste (...). Les libéraux citoyens sont en effet des auteurs convaincus de la nécessité de défendre les libertés individuelles afin qu'elles ne soient étouffées par une administration – symbole du pouvoir et de

---

<sup>3306</sup> ROEDERER P.-L., Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale, Paris : Eymery, 1821, p. 142, cité par RAÏSSAC G., th. préc., p. 62. V. égal. MENICHETTI J., « Pierre-Louis Roederer : la science sociale au Conseil d'État. », *Napoleonica. La Revue*, 1/2013, n° 16, pp. 17-48, n° 30.

<sup>3307</sup> V. AUZANNEAU Ch., « La justice administrative vue par la doctrine de Loqué à Auroc », in, BIGOT Gr., BOUVET M. (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, actes des journées d'études des 7 mai et 16 janvier organisées par le Centre d'histoire du droit de l'Université Rennes I, Paris : LexisNexis, 2006, p. 108 : « l'efficacité de la puissance publique, exige que l'action de l'Etat ne rencontre pour limite que la réparation rapide des atteintes aux droits des administrés ».

<sup>3308</sup> RAÏSSAC G., th. préc., p. 82.

<sup>3309</sup> RAÏSSAC G., th. préc., p. 81.

<sup>3310</sup> V. RAÏSSAC G., th. préc., p. 80.

<sup>3311</sup> V. AUZANNEAU Ch., « La justice administrative vue par la doctrine de Loqué à Auroc », art. préc., p. 109 note 17.

l'exécutif- potentiellement liberticide. Ils sont donc avant tout des partisans d'un libéralisme économique et social qui se veut, au nom de l'individualisme, héritier des philosophies bourgeoises de la Révolution française<sup>3312</sup>».

Les critiques qu'ils adressent au Conseil d'Etat au nom des libertés individuelles ont été, convient Hauriou, particulièrement favorables à cet organe qui, en raison de la suspicion qu'il inspirait, a dû convaincre sur le plan juridique :

« bien que ce fût un corps gouvernemental, heureusement pour lui peut-être, [le Conseil d'Etat] a été pendant plusieurs années, sous la Restauration et sous la monarchie de Juillet, critiqué, discuté, attaqué ; ces tribulations l'ont incliné au culte du droit plus que ne l'eût fait sans doute, si elle eût duré, la faveur dont il jouissait sous le premier Empire. Sauf de rares écarts, sa jurisprudence s'est montrée très juridique et l'on peut dire que la substance du droit administratif est sortie de ses arrêts et de ses avis<sup>3313</sup> ».

Parmi les juristes de la Restauration, trois se distinguent par leur prise de position contre les institutions administratives et leurs idées sur la place du Conseil d'Etat dans la nouvelle organisation constitutionnelle<sup>3314</sup>. Ce sont, écrit Hauriou, les « ancêtres du droit administratif<sup>3315</sup> » : Gérando (1772-1842), Macarel (1790-1851) et Cormenin (1788-1868).

**Le problème de la justice administrative.** L'instauration de la monarchie constitutionnelle amène à s'interroger sur le rôle du Conseil d'Etat et la justice administrative en général. Au nom des libertés publiques, nombre de libéraux souhaitent la suppression radicale de cette dernière<sup>3316</sup>. Il est nécessaire, selon eux, de créer de véritables juridictions administratives, composés de juges spéciaux, inamovibles, indépendants et prononçant publiquement leur

---

<sup>3312</sup> TOUZEIL-DIVINA M., *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris : La mémoire du Droit, 2009, p. 181.

<sup>3313</sup> HAURIOU M., « La formation du droit administratif depuis l'an VIII », art. préc., p. 385.

<sup>3314</sup> Sur cette période, v. RAÏSSAC G., th. préc., p. 87 ; AUBY J.-M., DAGO R., *Traité de contentieux administratif*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1984, p. 237 et s.

<sup>3315</sup> HAURIOU M., « La formation du droit administratif depuis l'an VIII », art. préc., p. 385 et s. : « tous les trois avaient le tempérament du publiciste en même temps que du jurisconsulte. De Gérando est un philosophe ; il a fait un mémoire sur les signes de la pensée, une histoire comparée des systèmes de philosophie en huit volumes, un traité du perfectionnement moral en deux volumes. De Cormenin est un pamphlétaire : il a sous le nom de Timon criblé de brochures le gouvernement de Juillet après 1830. Macarel s'est plus exclusivement consacré au droit, mais il avait le même esprit ouvert. *C'est lui qui commence la série des révélations sur la jurisprudence du Conseil d'État* et qui fonde le recueil des arrêts du Conseil » L'autorité d'Hauriou a probablement contribué à jeter dans l'ombre une partie de la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle que l'on redécouvre aujourd'hui (v. TOUZEIL-DIVINA M., op. cit.).

<sup>3316</sup> V. pour les références, RAÏSSAC G., th. préc., p. 87-88.

décision selon des formes légalement établies. L'idée de laisser aux juges de droit commun le soin de traiter ces litiges ou celle de laisser l'administration juge et partie<sup>3317</sup> est rejetée.

**Opinion du Duc de Broglie.** L'opinion du Duc de Broglie « chef de file des ennemis du *Conseil d'Etat*<sup>3318</sup> » est toute autre. Elle mérite d'être reproduite en raison du langage employé. Dans son article de la juridiction administrative publié en 1829, il soutient le maintien du contentieux administratif au sein de l'administration. En premier lieu, il récuse l'idée de soumettre le contentieux administratif aux juridictions de droit commun, car selon lui, l'office des tribunaux ne s'étend qu'à deux choses : « vérifier les faits contestés entre deux parties contendantes ; *dire le droit, tel qu'il résulte de ces faits* ; c'est-à-dire déclarer quelle est, eu égard à ces faits, la volonté du législateur<sup>3319</sup> ». Pour son exposé, l'auteur prend l'exemple fictif d'un propriétaire riverain qui solliciterait une autorisation auprès de l'administration pour bâtir un moulin. Si l'administration refuse et que le propriétaire conteste ce refus, auprès de quel organe peut-il agir pour obtenir révision ou réparation ? Il ne pourrait saisir le juge civil puisqu'en l'occurrence « *ni les faits ne sont contestés, ni le droit n'est mis en doute*<sup>3320</sup> ». Le demandeur n'accuse pas l'administration « *d'avoir agi sans droit, en lui déniant l'autorisation qu'il réclamait*. Il reconnaît pleinement que le ministre ou le préfet qui le représente n'a rien fait qu'il n'eût qualité pour faire ; il ne l'accuse point de l'avoir dépouillé, lui plaignant, d'un droit, en le refusant (...) il accuse le ministre ou le préfet de n'avoir point usé avec prudence, avec intelligence, avec sagesse<sup>3321</sup> ». Or, « *qu'est qu'un tribunal peut avoir à dire à cela ?*<sup>3322</sup> ». Dès lors, selon l'auteur, la plainte doit ici être portée devant l'administration elle-même afin qu'une autorité compétente répare le cas échéant le tort commis.

De Broglie poursuit sa recherche en extrapolant à partir du même exemple. Admettons que l'administration ait autorisé la construction du moulin, que ce dernier soit construit et qu'un autre propriétaire se plaigne de l'exposition subséquente de son champ aux inondations. De Broglie constate, pour les mêmes raisons évoquées, l'incompétence matérielle des tribunaux de droit commun. Ni le droit ni le fait ne sont en cause. En outre, il souligne que le conflit

---

<sup>3317</sup> Pour les références v. DE BROGLIE A. L. V., « De la juridiction administrative » (1829), in, *Ecrits et discours*, Paris : Didier, 1863, p. 256.

<sup>3318</sup> AUBY J.-M., DAGO R., op. cit., p. 185.

<sup>3319</sup> DE BROGLIE A. L. V., « De la juridiction administrative (1829) », art. préc., p. 271.

<sup>3320</sup> Ibid.

<sup>3321</sup> Ibid.

<sup>3322</sup> DE BROGLIE A. L. V., id., p. 272.

d'intérêts entre le propriétaire du moulin et celui du champ ne doit laisser accroire à un conflit d'ordre privé : « bien que le plaignant ait un intérêt opposé à celui du propriétaire, il ne se plaint point du propriétaire ; il ne lui reproche rien ; il ne lui impute aucun tort. Il se plaint ; de qui ? *De l'Administration. C'est là sa partie véritable ; c'est là son adversaire ; car c'est l'administration qui a eu tort selon lui, d'accorder l'autorisation*<sup>3323</sup> ». Pourtant l'administration étant elle-même dans son droit, que peut lui reprocher le plaignant ?

« il ne lui impute qu'une erreur de jugement dans l'appréciation des intérêts divers qu'elle doit concilier ; il ne revendique aucun droit, ni contre son adversaire apparent, ni contre son adversaire réel. Bien plus enfin, il reconnaît, implicitement du moins, que si l'ordonnance doit être rapportée, ce n'est point par ce seul motif qu'elle lui serait dommageable, car elle pourrait être telle, et n'en demeurer pas moins très-juste, très-raisonnable, très-légitime ; mais parce qu'elle n'aurait pas tenu la balance égale entre les divers intérêts qu'elle devait mettre d'accord, et parmi lesquels celui du plaignant ne fait que nombre, et parce qu'elle ne les aurait pas classés selon leur degré respectif d'urgence et d'importance<sup>3324</sup> ».

Autrement dit, pour De Broglie, le contentieux administratif ne relève pas à proprement parler du droit au sens strict mais davantage de l'appréciation des faits et de la conciliation des intérêts en présence<sup>3325</sup>. « Le juge administratif » ajoute-t-il « ne puise les motifs de sa décision dans une loi qui la lui dicte et qui le lie, mais dans les données générales du bon sens, dans l'appréciation des intérêts en conflit, et en tenant compte d'ailleurs de tous ceux qui, de près ou de loin, s'y peuvent rapporter<sup>3326</sup> ». De Broglie peut alors mettre en lumière tout ce qui oppose le contentieux judiciaire et le contentieux administratif :

« En matière judiciaire, il est de principe que toute enquête sur les faits se renferme rigoureusement dans les limites de la demande et de la défense.

En matière de contentieux administratif, il est de principe que l'enquête sur les faits s'étende à tous les intérêts et à tous les intéressés, qu'ils soient ou ne soient pas en cause.

---

<sup>3323</sup> DE BROGLIE A. L. V., id., p. 275.

<sup>3324</sup> Ibid.

<sup>3325</sup> Dans le même sens que De Broglie, V. DEGUERGUE M., « Des influence sur les jugements des juges », in, *L'office du juge*, actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, organisé par DARCY G., LABROT V. et DOAT M., p. 385, disponible sur : [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.html)

<sup>3326</sup> DE BROGLIE A. L. V., « De la juridiction administrative (1829) », art. préc., p. 287.

En matière judiciaire, il est de principe que le juge doit puiser sa décision dans l'interprétation rigoureuse de la loi, quelles qu'en puissent être les conséquences, soit pour l'Etat, soit pour les parties, soit pour le public. *Fiat justitia, ruat coelum*.

En matière de contentieux administratif, il est de principe que l'autorité qui prononce doit puiser les motifs de sa décision dans la conciliation des intérêts en souffrance, dans la prééminence de l'intérêt public sur l'intérêt privé<sup>3327</sup> ».

Ainsi sont révélés quelques particularismes de l'action de juger un litige administratif. Le juge administratif évalue tous les intérêts, et pas seulement ceux qui trouvent une protection par le droit. Corrélativement la décision du juge est le résultat d'une balance des intérêts<sup>3328</sup> et vise à les concilier alors que le juge judiciaire ne vise qu'à appliquer rigoureusement la loi. Enfin, la conciliation des intérêts suppose la supériorité de l'intérêt public sur l'intérêt individuel.

La comparaison entre le droit civil et le droit administratif est utile car elle permet de fournir au second ses caractères propres. Néanmoins le langage des juristes est parfois insuffisant et leur discours nourri de l'« équilibre » et de la « balance des intérêts » manque encore de conviction pour dépasser le seuil de la rhétorique. C'est pourquoi certains ont recours à *l'équité* pour rendre compte du travail du juge administratif :

« Le droit commun s'exerce entre personnes privées ; la société est toujours en cause dans le droit administratif. L'expression droit, dans le droit administratif, ne se prend pas suivant un sens rigoureux ; elle se réfère à la notion de l'équité, plus qu'à celle de la justice. Le droit, ainsi considéré, tend à concilier ou à balancer des intérêts d'ordre divers, plutôt qu'à reconnaître et à consacrer des titres positifs, absolus et rigoureux<sup>3329</sup> ».

---

<sup>3327</sup> DE BROGLIE A. L. V., id., pp. 317-318.

<sup>3328</sup> MACAREL L. A., « Des tribunaux administratifs », *Revue Française*, septembre 1828, p. 62 : « [la juridiction administrative] n'intervient jamais que pour prendre connaissance de certains intérêts en souffrance, les apprécier, les balancer et en tenir compte dans ses décisions ».

<sup>3329</sup> DE GERANDO J. M., *Institutes du droit administratif français ou Elemens du Code administratif*, Paris : Névé, 1829, pp. 62-63. Sur l'équité et le droit administratif, v. SCHNERB J.-M., *Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif*, Strasbourg : De Bussac, 1946 ; FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, préf. PACTEAU B., Paris : LGDJ, 2003 ; GILLI J.-P., « La responsabilité d'équité de la puissance publique », D. 1971, chr. p. 373 et s. ; VAN COMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 495-506 ; CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*, juillet-septembre 1972, vol. 24, n° 3, pp. 657-676 ; GIRARD J.-P., « L'équité dans les jugements administratifs », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 73-83 ; RIBOT C., « L'équité dans le jugement administratif », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 83-101 ; DEGUERGUE M., « Des influence sur les jugements des juges », in, *L'office du juge*, actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, organisé par DARCY G., LABROT V. et

Le droit administratif est donc un droit souple, qui utilise la règle de Lesbos tel le juge aristotélicien qui fait preuve d'équité, alors que le droit civil est un droit strict, formel, attaché à rendre la justice légale. Le juge administratif procède donc à des mesures et des évaluations en vue de balancer les intérêts en présence tandis que le juge judiciaire recourt à la logique formelle pour en dégager des solutions conformes à la loi<sup>3330</sup>.

Cotelle souligne encore autrement cette différence entre les deux ordres juridiques. Là où le droit administratif peut, par sa souplesse, appréhender des considérations conflictuelles, le droit civil, dans certains cas, en est incapable. Cotelle donne ici l'exemple des concessions des eaux courantes dans lequel se confronte deux exigences : les nécessités de l'industrie et les intérêts qui lui sont afférents d'un côté et le droit de propriété et les intérêts qu'il protège de l'autre :

« A propos de l'usage des choses communes que sont les eaux courantes, on a remarqué que leurs concessions aux propriétaires terriens, ordonnées selon les modalités du Code civil pouvaient constituer un frein à l'industrie. On s'est alors plaint de ce que 'le Code civil ne s'est occupé que de la propriété, et n'a jamais pris en considération les besoins de l'industrie'. Au contraire, en laissant la distribution dans le domaine des règlements concernant la police des eaux, on rencontre une autorité dispensatrice qui tient la balance égale entre la propriété et l'industrie, et qui conserve l'équilibre entre ces deux grands intérêts de la société<sup>3331</sup> ».

Laferrière prend acte de la méthode de conciliation des intérêts mais l'assigne à l'examen des seuls recours gracieux. Il distingue de la sorte le recours gracieux du recours contentieux en fonction de l'objet lésé : un intérêt ou un droit :

« [Si les administrés] ne sont lésés que dans leurs intérêts, il appartient à l'administration d'apprécier l'opposition qui se produit entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, et de faire pencher la balance du côté où l'équité et la bonne administration semblent l'incliner. C'est ce que l'on appelle la juridiction gracieuse de l'administration. (...) Si la partie lésée se croit fondée à opposer son droit propre au droit invoqué par l'administration, il y a matière à contestation, à litige

---

DOAT M., pp. 370-388, disponible sur : [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.html) ; SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 112 et s.

<sup>3330</sup> La jurisprudence administrative, selon Rivero, est « plus sensible aux nécessités concrètes de la vie administrative qu'à la rigueur logique » (RIVERO J., « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' », D. 1851, chr. 23, p. 99.

<sup>3331</sup> COTELLE T. A., *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Carililan-Goery et al., 1840, p. 585.

(...) Tandis que l'intérêt froissé n'éveille que l'idée d'utilité, d'opportunité et de décision gracieuse, le droit méconnu éveille l'idée de justice, de sanction légale et de juridiction contentieuse. Dans le premier cas, la partie lésée ne peut que solliciter et se plaindre, dans le second elle peut requérir la vérification de son droit et exiger qu'on le respecte<sup>3332</sup> ».

En opposant le droit et le juge administratifs au droit civil et au juge judiciaire, les auteurs libéraux mettent en avant les propriétés de cet ordre et du mode d'adjudication qui s'y rapporte. Le droit administratif consiste dans la conciliation de l'intérêt public (ou de l'intérêt général) avec les intérêts privés. Le juge administratif a pour office d'apprécier tous les intérêts et de rechercher leur équilibre en gardant à l'esprit la prévalence de l'intérêt public sur les intérêts privés. Si la démarche du juge est rationnelle, celle-ci se distingue de la rationalité du juge judiciaire reposant essentiellement sur le syllogisme. Au contraire, le juge administratif doit favoriser en premier lieu l'empirisme (observation et identification des intérêts) avant d'adopter une démarche logique. Cette logique qui préside au processus d'adjudication administratif, faute de règle a priori, relève davantage de la « logique de l'utilité » que de la logique formelle.

#### a. La réception du discours par les juges

Le discours des juristes libéraux est entendu par les juges administratifs. Toutefois ils préfèrent employer les termes de « conciliation de droits » plutôt que d'« équilibre » ou de « balance des intérêts ».

**L'objectif de conciliation des droits de l'Etat avec les droits privés.** Influencés par la doctrine, les juges administratifs ont fait de la « *conciliation des droits de l'Etat avec ceux des particuliers* », un objectif de l'administration et un critère de compétence du juge administratif. Dès la célèbre décision Blanco de 1873, les juges du Tribunal des conflits mettent en avant « la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés » afin de reconnaître à l'autorité administrative sa compétence pour engager la responsabilité de l'Etat et, corrélativement, afin de priver d'effet, au fond, les principes du droit civil<sup>3333</sup>.

---

<sup>3332</sup> LAFERRIERE E., Traité de la juridiction administrative, t. 1, Paris : Berger-Levrault, 1887, pp. 5-6.

<sup>3333</sup> Tribunal des Conflits, 8 février 1873, (affaire Blanco), déc. préc.

Cet objectif de « *conciliation des droits de l'Etat avec les droits privés* », que le juge assigne à l'administration lui permet de fixer des limites au pouvoir de l'administration que cette dernière tient en vertu de la loi<sup>3334</sup> et apprécier la légalité des actes<sup>3335</sup>.

A la fin du XIXe et au début du XXe siècle, c'est principalement à l'occasion de recours en excès de pouvoir formés contre les mesures prises par le maire que l'on retrouve cette formule<sup>3336</sup>. La jurisprudence précise régulièrement que l'étendue des pouvoirs de police que le maire tient de la loi est bornée et qu'il lui est nécessaire de concilier les droits ou intérêts publics avec les droits ou libertés privées reconnus par la loi. Il est intimé au maire de concilier, par exemple, les intérêts primordiaux de la santé publique avec le respect dû aux droits de la propriété et au principe de la liberté du commerce et de l'industrie<sup>3337</sup>, l'intérêt de l'ordre et de la tranquillité publique avec la liberté des cultes<sup>3338</sup>. Si ces décisions tendent à faire peser sur l'administration l'exigence de prendre des mesures appropriées afin de garantir l'exercice des droits et libertés individuelles, elles n'ont pas pour effet de rendre ces derniers intouchables. En 1929, le conseiller d'Etat Latournerie tentait de rendre compte de la méthode du juge administratif lors du contrôle des mesures attentatoires aux droits privés en ayant recours à une explication que n'aurait pas renié Ihering : « les droits les plus discrétionnaires et les plus absolus en apparence, portent leur limitation en eux-mêmes (...) dans le fait qu'ils

---

<sup>3334</sup> Par ex. : « La loi du 15 février 1902 a entendu conférer à l'Administration des pouvoirs particulièrement étendus pour les logements en garni. Ces pouvoirs ne sont cependant pas illimités et doivent se concilier avec le respect dû au droit de propriété et à la liberté de l'industrie » (CE, 5 juin 1908, Gavignot et Chambre syndicale des Propriétés immobilières de la Ville de Paris ; CE, 19 février 1909, Abbé Olivier c/ Maire de Sens).

<sup>3335</sup> CE, 24 janvier 1902, Demoiselle Noualhier : « est entaché d'excès de pouvoir l'arrêté par lequel un maire prohibe le transport sans son autorisation des malades atteints d'affections contagieuses et interdit la réouverture d'un asile privé, alors que les arrêtés qu'il avait antérieurement pris en vue de la fermeture de cet asile ont été annulés par le Conseil d'Etat. A été rejetée une objection tirée de ce que ces mesures étaient nécessaires pour prévenir les désordres occasionnés par l'hostilité d'une partie de la population contre l'asile dont s'agit : le maire devait concilier le maintien de l'ordre public avec le respect dû aux droits des particuliers ».

<sup>3336</sup> Exceptionnellement, la formule est employée à l'égard du préfet, v. en ce sens : CE, 5 juin 1908, Gavignot et Chambre syndicale des Propriétés immobilières de la Ville de Paris ; CE, 23 mars 1973, Association « Les droits du piéton ».

<sup>3337</sup> CE, 15 janvier 1909, Ville de Lyon, n° 15226 ; CE, 21 mai 1909, Gay et Chambre syndicale des propriétaires de Marseille ; CE, 5 juin 1908, Marc et Chambre syndicale des Propriétés immobilières de la Ville de Paris ; CE, 24 février 1911, Mathieu et association des propriétaires et locataires de la Ville de Reims ; v. égal. : CE, 9 mai 1913, Roubeau : « dans cette réglementation, le maire doit concilier l'intérêt de l'hygiène et de la salubrité publique, avec les autres intérêts d'ordre général ». V. aussi : CE, 18 octobre 1918, Dessez et Penet.

<sup>3338</sup> A propos du pouvoir du maire de réglementer l'usage des cloches, v. CE, 12 février 1909, Abbe Rimbaud ; CE, 8 juillet 1910, Abbé Carlin.

ne sont concédés qu'en vue d'atteindre un but précis et qu'ils ne s'exercent légitimement que dans le cas et dans la mesure où leur titulaire se propose d'atteindre ce but »<sup>3339</sup>.

**Conciliation des droits et rapport proportionné des moyens mis en œuvre.** Le terrain était donc préparé avant le célèbre arrêt Benjamin du 19 mai 1933, dans lequel le juge précise : « que, s'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion garantie par les lois des 30 juin 1881 et 28 mars 1907<sup>3340</sup> ». Dans cet arrêt, le juge reproche au maire d'avoir adopté une mesure privant l'exercice de la liberté de réunion sans qu'elle soit justifiée par des menaces graves à l'ordre public : « l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre<sup>3341</sup> ». Pour la doctrine, les juges ont exercé un contrôle de proportionnalité<sup>3342</sup>. Précisons que l'approche doctrinale est encore conceptuelle : si le juge « n'emploie pas le mot de 'proportion' », indique M. Braibant, « il se réfère à l'idée<sup>3343</sup> ».

Si l'on s'en tient à la formule de « conciliation », on notera que celle-ci est, jusqu'au premier tiers du XXe siècle, principalement employée en faveur de la défense des libertés individuelles et justifie la condamnation de l'administration. La formule de « conciliation des droits » est aux intérêts privés, ce que la seule expression d'« intérêt général » est aux intérêts de l'Etat.

Par la suite, les juges administratifs ne font presque plus usage de la formule, mis à part quelques litiges relatifs à l'exercice du droit de grève dans les services publics, à l'occasion desquels, ils précisent que la conciliation entre le droit de grève et l'intérêt général est opérée par la loi<sup>3344</sup> ou le gouvernement<sup>3345</sup>.

---

<sup>3339</sup> 410. R. LATOURNERIE R., conclusions sur CE, 5 juillet 1929, Ministre du Travail : Revue de droit public, 1931, p. 319, cité par MAILLOT J.-M., La théorie administrativiste des principes généraux du droit, préf. AUTIN J.-L., Paris : Dalloz, 2003, p. 302.

<sup>3340</sup> CE, 19 mai 1933, Benjamin.

<sup>3341</sup> CE, 19 mai 1933, Benjamin.

<sup>3342</sup> Par ex., BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », in, Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, Paris : LGDJ, 1974, p. 299 ; VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET V., Dictionnaire de droit administratif, Paris : Dalloz, 2011, p. 342 ; KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 46 et s., n° 2.

<sup>3343</sup> BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », art. préc., p. 299.

<sup>3344</sup> CE, 7 juillet 1950, Dehaene ; CE, 13 juillet 1968, Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF ; CE, 21 octobre 1970, Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force ouvrière et syndicat national des agents de

Toutefois, en parallèle, les juges administratifs ont élaboré des instruments de contrôle de l'action administrative dont le mécanisme interne correspond à la logique de l'utilité. C'est probablement la raison implicite pour laquelle, la doctrine administrativiste a tendance à voir la proportionnalité ou l'équilibre (voir l'équité<sup>3346</sup>) dans de nombreux contrôles opérés par le juge administratif<sup>3347</sup> tel que la technique du bilan ou la technique mise en œuvre lors d'un recours de plein contentieux.

Le bilan coût bénéfice<sup>3348</sup> a été, pour la première fois, exercé dans l'arrêt Ville Nouvelle Est<sup>3349</sup> de 1971. Les conclusions de Braibant témoignent parfaitement de l'exercice par le juge de la *logique de l'utilité* : « l'importance de cette opération [de construction d'une ville nouvelle] doit être mise en balance avec le nombre de logements à détruire ; il serait certainement déraisonnable de déloger cent familles pour en reloger cinquante ; il est déjà beaucoup plus normal de détruire cent logements dans le cadre d'une opération qui doit permettre d'en construire plusieurs milliers<sup>3350</sup> ». Un auteur entrevoyait à l'époque à partir de cette technique, l'émergence d'un nouveau principe général du droit<sup>3351</sup>.

Le recours de plein contentieux est également appréhendé comme un avatar du contrôle de proportionnalité. Saisi d'un recours en plein contentieux, le juge dispose de la plénitude de ces pouvoirs. Sa décision ne se réduit pas à annuler un acte ou rejeter une demande formée par un administré, elle est le résultat de l'exercice d'un pouvoir étendu d'appréciation des faits

---

direction, de contrôle et de perception des douanes de France et d'outre-mer ; CE, 20 janvier 1975, Syndicat national de radiodiffusion et de télévision et autres et syndicat national des journalistes ; CE, 12 novembre 1976, (4 arrêts) Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT/ Syndicat unifié de radio télévision CFDT/ Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT/ Syndicat unifié de radio et de télévision CFDT.

<sup>3345</sup> CE, 28 janvier 1972, Fédération générale des syndicats de la police CGT ; TA, Strasbourg 24 mars 1977, Syndicat CFDT des PTT. du Haut-Rhin.

<sup>3346</sup> AGOSTINI E., « De l'équité », D, 1978, chr. 2, p. 12.

<sup>3347</sup> V. XYNOPOULOS G., Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, préf. GAUDEMET Y., Paris : LGDJ, 1995 ; PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préf. DEBBASCH Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 1990 ; KALFECHÉ Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 46 et s.

<sup>3348</sup> V. LAZZARIN G., « Le juge administratif et la doctrine de François GénY – Réflexions sur la méthode de la 'balance des intérêts' », JCP éd. Administrations et Collectivités territoriales, 20 juin 2011, n° 25, p. 2222 et s. ; VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET V., Dictionnaire de droit administratif, Paris : Dalloz, 2011, p. 342 ; KALFECHÉ Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », art. préc., p. 46 et s.

<sup>3349</sup> CE, 28 mai 1971, Ville nouvelle Est, rec. CE 1971, p. 409, concl. G. BRAIBANT.

<sup>3350</sup> Rec. CE 1971, concl. préc., p. 422.

<sup>3351</sup> LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe 'bilan-coût avantages' », in, Mélanges Waline, LGDJ, 1974, T. II, pp. 551-562.

et peut prendre la forme d'une sanction contractuelle ou administrative. Pour ses raisons (la faculté d'apprécier tous les intérêts en jeu, la diversité des sanctions facilitant le prononcé de mesure appropriée) le plein contentieux est, selon M. Kalfeche, un contrôle de proportionnalité par nature<sup>3352</sup>.

Bien que la doctrine cherche à montrer les manifestations du principe de proportionnalité, pour in fine en révéler l'existence, ni les juges ni les titulaires du pouvoir exécutif n'ont pour l'instant consacré ce principe.

## II) Diffusion de la proportionnalité/mise en balance des intérêts

Les techniques de la proportionnalité et de la mise en balance des intérêts se sont diffusées dans de nombreux ordres juridiques nationaux et internationaux si bien qu'il n'est pas exagéré de parler d'« *âge de l'équilibre* [age of balancing]<sup>3353</sup> ». Ce phénomène doit être nécessairement corrélé (sans être confondu) à la fondamentalisation des droits qui s'est accrue à partir de l'après-guerre. C'est d'ailleurs en raison de leur énoncé défectif (formulation trop large et imprécise) que le recours à une technique distincte du syllogisme s'est avéré nécessaire. Il est ironique de constater que la méthode employée par les juges pour résoudre les conflits de droits fondamentaux fut développée par le plus grand adversaire des droits de l'homme. En effet, pour raisonner à l'occasion des conflits de droits de même valeur comme les droits fondamentaux ou les droits de l'homme, les juges n'ont d'autre choix que d'identifier et de balancer les intérêts réellement en jeu pour donner raison à l'une ou l'autre partie, autrement dit, de faire usage de la *logique de l'utilité* théorisée par Bentham.

Le concours de la méthode d'adjudication spécifique qu'est la proportionnalité ou la balance des intérêts et des droits fondamentaux tend à produire ses effets sur l'ensemble des branches du droit, même si la plus exposée demeure le droit constitutionnel. C'est la raison pour laquelle la technique s'est diffusée dans de nombreuses cours constitutionnelles et qu'elle est

---

<sup>3352</sup> KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », art. préc., n° 6.

<sup>3353</sup> ALEINIKOFF T. A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », Yale Law Journal, 1987, vol. 96, p. 943 et s.

présentée, dans cette branche, comme le « critère universel<sup>3354</sup> ». Néanmoins, la technique sert également à modérer l'exercice d'un pouvoir de l'administration ou l'exercice d'un droit subjectif.

Le sujet étant désormais abondamment traité, nous nous contenterons d'illustrer la diffusion de ces instruments à partir de quelques ordres juridiques. Au point de vue international, nous examinerons sommairement le droit communautaire et le droit conventionnel (A), et au point de vue interne, nous nous intéresserons au seul droit français (B).

#### *A) Dans les ordres juridiques internationaux*

Nous examinerons, à titre d'illustration, la diffusion de la proportionnalité et de la mise en balance des intérêts en droit communautaire (1) et en droit conventionnel des droits de l'homme (2). Mentionnons toutefois que la mise en balance des intérêts/proportionnalité sont également employées en droit international<sup>3355</sup> et notamment en droit du commerce international<sup>3356</sup>.

##### 1) En droit communautaire

En droit communautaire, la doctrine parle plus volontiers de « principe de proportionnalité » que de « balance des intérêts ». A ces deux expressions il faut également ajouter le « juste équilibre » auquel se réfèrent traditionnellement les juges et qui témoigne de la mise en œuvre du principe de proportionnalité/de la balance des intérêts.

---

<sup>3354</sup> V. BEATTY D. M., *The Ultimate Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 162 V. égal. WEBBER G., « Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 23, n° 1, 2010, p. 179.

<sup>3355</sup> V. CASSELLA S., *La nécessité en droit international*, Leiden, Boston : Martinus Nijhoff, 2011, p. 367 et s.

<sup>3356</sup> V. GROSBON S., « La primauté du commerce sur les droits de l'homme dans le cadre de l'OMC », in, CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris : Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 190 et s. ; BARTENSTEIN K., « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de Droit*, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684 ; MARTINEAU A.-Ch., « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », *Revue du droit public*, juillet 2007, n° 4, p. 991 et s.

La définition de la proportionnalité en droit communautaire est classique. Selon la doctrine, le principe de proportionnalité exprime l'exigence d'une proportion stricte entre le but légal que l'autorité poursuit et les moyens choisis pour sa réalisation<sup>3357</sup>. Selon les juges communautaires, le principe « exige que les actes des institutions ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché<sup>3358</sup> ». Principe régulateur de l'action administrative, la proportionnalité est encore selon M. Schwarze un « principe universel dans sa limitation des charges imposées en droit communautaire<sup>3359</sup> », ou dit-on également un « impératif général d'équilibre<sup>3360</sup> ». La valeur juridique du principe de proportionnalité est celle d'un principe général du droit de l'Union<sup>3361</sup> ; il a la même valeur que les dispositions du droit primaire<sup>3362</sup>.

Tel que le principe de subsidiarité<sup>3363</sup>, le principe de proportionnalité s'avère essentiel au fonctionnement de l'Union européenne puisqu'il délimite les bornes de l'action administrative européenne en faveur des personnes privées et des Etats membres.

La technique de proportionnalité a été introduite par la jurisprudence communautaire (a), vraisemblablement inspirée par l'exemple allemand. Par la suite, les textes ont expressément fait référence à la proportionnalité (b).

---

<sup>3357</sup> BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, préf. D. Simon, Bruxelles : Bruylant, 2010, n° 496 ; v. égal. HOLDERBACH-MARTIN V., Les principes généraux non écrits du droit communautaire, th., Nice-Sophia Antipolis, 2001, 2 t., p. 751 ; ZILLER J., « Le principe de proportionnalité », AJDA, juin 1996, n° HS, p. 185 et s.

<sup>3358</sup> CJCE, 17 mai 1984, Denkvit/Nederland BV, aff. 15/83, Rec., p. 2171 ; le principe de proportionnalité exige que toute charge imposée au destinataire des règles communautaires doit être limitée à la mesure strictement nécessaire pour atteindre l'objectif recherché et requiert aussi peu de sacrifices que possible de la part des opérateurs qu'elle grève, V. CJCE 11 juillet 1989, Schröder, aff. 265/87, rec. P. 2263.

<sup>3359</sup> SCHWARZE J., Droit administratif européen, 2 t., Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes ; Bruxelles : Bruylant, 1994, p. 721.

<sup>3360</sup> HOLDERBACH-MARTIN V., Les principes généraux non écrits du droit communautaire, th., Nice-Sophia Antipolis, 2001, p. 751.

<sup>3361</sup> CJCE 20 février 1979, SA Buitoni, aff. n° 122/78, rec. 677. ; v. PAPADOPOULOU R.-E., Principes généraux du droit et droit communautaire, Bruxelles : Bruylant, 1996, pp. 243-265.

<sup>3362</sup> V. XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », in, *Mélanges en l'honneur d'Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 480 ; dès lors, le droit dérivé doit se conformer au principe de proportionnalité, CJCE 27 octobre 1973, Balkan Import Export, aff. 5/73, rec. p. 1091 et s.

<sup>3363</sup> Comme le soulignent MM. Isaac et Blanquet, les deux principes ne répondent aux mêmes fonctions : « la subsidiarité permet de répondre à la question du partage des compétences concurrentes entre plusieurs titulaires, s'agissant de savoir qui, dans un cas déterminé, doit agir ; la proportionnalité intervient dans un deuxième temps pour savoir jusqu'où peut aller l'exercice de la compétence. Concrètement, la proportionnalité signifie que, dans la mise en oeuvre d'une compétence, si l'Union a le choix entre plusieurs modes d'action, elle doit retenir, à efficacité égale, celui qui laisse le plus de liberté aux États, aux particuliers, aux entreprises » (ISAAC G., BLANQUET M., Droit général de l'Union européenne, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, p. 100.)

a) Dans la jurisprudence

**Influence du droit et de la doctrine allemands.** Il est admis que l'emploi du principe de proportionnalité par la Cour de justice des communautés européennes résulte de l'influence du droit et de la doctrine allemande dans les matières administrativiste et constitutionnaliste<sup>3364</sup>. L'identité de contenu des principes allemand et communautaire témoigne de cette influence. Chaque principe se compose en effet des mêmes sous-principes : le principe d'adéquation, le principe de nécessité et le principe de proportionnalité stricto sensu<sup>3365</sup>.

**Introduction de la proportionnalité.** C'est la Cour de justice créée par le traité de Paris instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) qui aurait introduit le principe de proportionnalité. Néanmoins, à l'origine celle-ci n'en fait pas explicitement mention. Pour condamner les mesures de la Haute autorité, la Cour justifiait sa décision en arguant que les « les intérêts des justiciables seraient compromis bien au-delà de ce qu'il est raisonnable d'attendre<sup>3366</sup> » ou que ces mesures porteraient « une atteinte plus grave que celle qui se serait avérée nécessaire après un examen approfondi des intérêts en jeu<sup>3367</sup> ». Elle exigeait corrélativement que les mesures prises soient « nécessaires et opportunes » et constituent « un remède propre à faire face à la situation<sup>3368</sup> ». Ce que les juges qualifiaient de « principe de justice » n'était pas autre chose que le principe de l'utilité : il faut disaient-ils que « les buts poursuivis puissent être atteints dans les conditions les plus favorables et avec les moindres sacrifices possibles pour les entreprises assujetties<sup>3369</sup> ».

---

<sup>3364</sup> ZILLER J., « Le principe de proportionnalité », AJDA, juin 1996, n° HS, p. 186 ; SCHMIDT-ASSMANN E., « Les influences réciproques entre les droits administratifs nationaux et le droit administratif européen », AJDA, juin 1996, n° HS, p. 150 ; VIEU M.-H., Le principe de proportionnalité devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, La Réunion : 2000, th., p. 39 et s. ; GALETTA D.-U., « Le principe de proportionnalité », in, AUBY J.-B., DUTHEIL de La ROCHERE J. (dir.), Traité de droit administratif européen, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 501 et s. ; sur les origines du principe, V. égal. MAILLOT J.-M., La théorie administrativiste des principes généraux du droit, préf. J.-L. AUTIN, Paris : Dalloz, 2003, p. 297 ; SCHWARZE J., Droit administratif européen, 2 t., Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes ; Bruxelles : Bruylant, 1994, p. 759.

<sup>3365</sup> ZILLER J., « Le principe de proportionnalité », art. préc., p. 186.

<sup>3366</sup> CJCE, 12 juin 1958, Compagnie des hauts fourneaux de chasse, aff. n° 15/57, Rec. CJCE, p. 155.

<sup>3367</sup> CJCE, 17 décembre 1959, Société des fonderies de Pont-à-Mousson, aff. n° 14/59, Rec. CJCE, p. 445.

<sup>3368</sup> CJCE, 13 juillet 1961, Niederrheinische Bergwerks-Aktiengesellschaft, aff. n° 2 et 3/60, Rec. CJCE, p. 267.

<sup>3369</sup> CJCE, 17 décembre 1959, Société des fonderies de Pont-à-Mousson, aff. n° 14/59, Rec. CJCE, p. 445.

Le principe de proportionnalité est ensuite explicitement mis en œuvre par les juges européens à partir d'un arrêt du 17 décembre 1970<sup>3370</sup> et accède au rang de principe constitutionnel. Dans un arrêt de 1985, les juges déclaraient que « le principe de proportionnalité est un principe fondamental du droit communautaire dont la Cour doit assurer le respect<sup>3371</sup> ».

**Champ d'application.** L'exigence de proportionnalité, qui justifie le contrôle juridictionnel, pèse en premier lieu sur les institutions européennes lorsqu'elles exercent leurs pouvoirs dans leur champ de compétences exclusives et vise à protéger les Etats membres et leurs ressortissants contre des mesures trop exigeantes. La Cour impose le principe tant à l'égard du pouvoir législatif de la Communauté<sup>3372</sup> qu'à l'égard du pouvoir répressif dont disposent les organes communautaires à l'égard des entreprises<sup>3373</sup>. En second lieu, l'exigence de proportionnalité pèse sur les autorités nationales lorsqu'elles appliquent ou complètent le droit de l'Union<sup>3374</sup> et protègent in fine les intérêts des communautés (et principalement les intérêts liés au bon fonctionnement du marché intérieur) et les intérêts des ressortissants des Etats protégés par les droits fondamentaux<sup>3375</sup>. Dans ce cadre, la Cour emploie le principe lorsqu'elle doit contrôler l'application du droit communautaire par les autorités nationales<sup>3376</sup>. C'est d'ailleurs à cette occasion que l'usage du principe de proportionnalité est le plus fréquent. En effet, le domaine des mesures étatiques adoptées en vertu du Traité et portant atteintes aux libertés économiques reconnues par le droit communautaire constitue le champ privilégié du contrôle de proportionnalité. Les juges vérifient si les mesures prises par les Etats membres portant atteinte par exemple à la liberté de circulation des marchandises ou des personnes sont justifiées par un intérêt général et proportionnées à ce but. De manière

---

<sup>3370</sup> CJCE, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. n° 11/70, rec. p. 1125 ; v. égal. CJCE, 27 octobre 1973, Balkan-Import-Export, 5/73, Rec., 1973, p. 1091 et s. ; CJCE, 5 juillet 1977, 114/76, Rec., 1977, p. 1211 et s.

<sup>3371</sup> CJCE, 26 novembre 1985, Miro, 182/84, Rec., 1985, pp. 3731 et s., point 14.

<sup>3372</sup> Les juges ont par exemple invalidé un règlement du Conseil relatif à l'achat obligatoire de lait écrémé en poudre par les éleveurs au motif de la violation du principe de proportionnalité, CJCE, 5 juillet 1977, Bela-Mühle, aff. 14/76, rec. p. 1211 ;

<sup>3373</sup> V. par ex., CJCE, 12 juillet 1962, Modena, aff. n° 6/61, rec. 547 ; le principe est également opposable aux agents des Communautés, V. CJCE 19 mars 1964, Schmitz, aff. 18/63, rec. p. 189.

<sup>3374</sup> CJCE 5 juin 2008, Industria Lavorazione Carni Ovine, aff. n° C-534/06, rec. I-4129 ; CJCE 17 janvier 2008, Viamex Agrar Handel et ZVK, aff. n° C-37/06 et C-58/06, rec. I-69.

<sup>3375</sup> La protection est d'autant plus effective que le principe de proportionnalité est d'effet direct, v. CJCE 15 avril 1997, Bakers of Nailsea, aff. n° C-27/95, rec. p. 1848.

<sup>3376</sup> CJCE 26 novembre 1975, Coenen, aff. n° 39/75, rec. p. 1547 ; CJCE 28 octobre 1975, Rutili, aff. n° 36/75, rec. p. 1219.

générale, le principe de proportionnalité ou la mise en balance des intérêts est largement employé lorsqu'il s'agit de trouver le « juste équilibre » entre l'intérêt général et les droits fondamentaux<sup>3377</sup>.

b) Dans les textes communautaires

L'article 5, alinéa 3 CE issu du traité de Maastricht, a consacré le principe de proportionnalité –réduit au principe de nécessité- en lui conférant une portée générale : « l'action de la Communauté n'exécède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité ». Avec le traité de Lisbonne, la formulation, est plus explicite : « en vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'exécède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »<sup>3378</sup>. L'exigence de proportionnalité sert donc *prima facie* à orienter l'action des institutions des communautés. Corrélativement, la norme invite le juge à employer la proportionnalité en tant qu'« *instrument d'interprétation* du contenu des préceptes normatifs »<sup>3379</sup>. Enfin, par cette norme le constituant européen habilite le juge à se saisir de la proportionnalité dans le cadre contentieux. Dans ce dernier cadre, la proportionnalité « guide le juge dans son appréciation de l'exercice par ses institutions des pouvoirs d'exécution qui leur sont conférés au titre des politiques communautaires<sup>3380</sup> ».

Le principe de proportionnalité est également reconnu par la Charte des droits fondamentaux. La Charte consacre, d'une part, les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines<sup>3381</sup>, d'autre part, le principe de proportionnalité en cas d'atteintes aux droits garantis<sup>3382</sup>.

---

<sup>3377</sup> HOLDERBACH-MARTIN V., Les principes généraux non écrits du droit communautaire, th., Nice-Sophia Antipolis, 2001, 2 t., p. 804 et s.

<sup>3378</sup> Art. 5, § 4 TUE.

<sup>3379</sup> GALETTA D.-U., « Le principe de proportionnalité », in, AUBY J.-B., DUTHEIL de La ROCHERE J. (dir.), Traité de droit administratif européen, Bruxelles : Bruylant, 2014, p. 507 ; HOLDERBACH-MARTIN V., Les principes généraux non écrits du droit communautaire, th., Nice-Sophia Antipolis, 2001, 2 t., p. 752 et s.

<sup>3380</sup> MAILLOT J.-M., th. préc., p. 297.

<sup>3381</sup> Art. 49 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne.

<sup>3382</sup> Art. 52 al. 1 de la Charte : « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

2) En droit conventionnel

**La Convention et la Cour européennes des droits de l'homme. Généralités.** Signée à Rome le 4 novembre 1950 sous l'égide du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la Convention européenne des droits de l'homme est un traité comportant un catalogue de droits et de libertés et prévoyant l'existence d'un organe juridictionnel : la Cour européenne des droits de l'homme.

En vertu de l'article 34 de la Convention, ces droits sont invocables devant la Cour par toute personne placée sous la juridiction d'un État partie et prétendant avoir subi une violation de ses droits garantis par la Convention. Garantie juridictionnelle, la Cour de Strasbourg remplit également une fonction d'interprétation authentique de la Convention. La Convention étant « un instrument vivant qui doit s'interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle<sup>3383</sup> », la Cour constitue l'organe privilégié pour l'adaptation des droits et obligations contenues dans la Convention aux nouvelles réalités sociales.

**Définition.** Influencée également par l'Allemagne, la Cour européenne des droits de l'homme exerce la technique de la proportionnalité, définie, par M. Marguénaud, comme une « exigence d'adéquation entre un objectif, par hypothèse légitime, et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre<sup>3384</sup> ». Participant « d'un souci d'équilibre », la proportionnalité permet de vérifier que « les moyens utilisés pour réaliser un but légitime ne sont pas trop énergiques<sup>3385</sup> ».

---

<sup>3383</sup> CEDH, 25 avril 1978, Tyrer c/ Royaume-Uni, aff. n° 5856/72.

<sup>3384</sup> V. MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6e éd., 2012, Paris : Dalloz, p. 70.

<sup>3385</sup> Ibid. ; DE SALVIA M., « La notion de proportionnalité dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, n° 3, p. 493 cité par MUZNY P., th. préc., p. 320 : « le système de la Convention (...) se fonde sur l'idée d'équilibre et de limite. Equilibre et limite auxquels sont tenus tant les individus que les États, les deux assumant dans leur sphère respective des devoirs et des responsabilités. En d'autres termes, la proportion agit dans les deux sens, comme équilibre à réaliser entre deux exigences, celle de l'individu et celle de l'État ».

**Fonctions.** Le principe de proportionnalité permet aux juges de vérifier, sous réserve d'une marge d'appréciation laissée aux Etats signataires<sup>3386</sup>, que les atteintes aux droits fondamentaux consécutives aux mesures prises par un Etat ne soient pas disproportionnées par rapport au but poursuivi. A côté de cette fonction de modération, la proportionnalité ou la mise en balance des intérêts a été ensuite employée pour régler des conflits de droits<sup>3387</sup>. Elle est selon M. Van Drooghenbroeck une « technique d'arbitrage entre intérêts conflictuels juridiquement protégés<sup>3388</sup> ».

Son usage est tellement important et fécond que ce principe général du droit de la Convention<sup>3389</sup> est symboliquement qualifié de « *règle d'or de la jurisprudence européenne des droits de l'Homme*<sup>3390</sup> ».

« **Principe de proportionnalité** », « **mise en balance** », « **juste équilibre** ». Si la doctrine privilégie le vocable de « proportionnalité », les juges emploient également la formule de « juste équilibre<sup>3391</sup> » ou encore de « mise en balance des droits et intérêts<sup>3392</sup> ». Il est admis que ces trois formules sont des synonymes<sup>3393</sup>. L'emploi de chacune d'entre elles témoigne de l'emploi par les juges de la *logique de l'utilité* en lieu et place de la logique formelle, celle-ci étant un instrument insusceptible d'aider à la résolution des conflits de droits de même valeur.

---

<sup>3386</sup> Sur la complémentarité des deux principes, v. MARGUENAUD J.-P., op. cit., p. 70 et s.

<sup>3387</sup> AFROUKH M., La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles : Bruylant, 2011, p. 455.

<sup>3388</sup> VAN DROOGHENBROECK S., La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, préf. OST Fr. et TULKENS Fr., Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 74 ; sur les conflits de droits fondamentaux, v. DUCOULOMBIER P., Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme, préf. BENOIT-ROHMER F., Bruxelles : Bruylant, 2011.

<sup>3389</sup> VAN DROOGHENBROECK S., « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme », in, GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaire Saint-Louis, 2000, p. 335.

<sup>3390</sup> PETITI L.-E., « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in, PETITI L.-E., DECAUX E. et IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article* sous la direction de, Paris : Economica, 1995, p. 33.

<sup>3391</sup> « Proportionnalité » et « juste équilibre » sont indistinctement employés parfois dans le même arrêt, V. par ex., CEDH, 21 février 1986, James et al. c/ Royaume-Uni, aff. n° 8793/79 § 50.

<sup>3392</sup> Par ex. CEDH, 23 septembre 2010, Schüth c./ Allemagne, aff. n° 1620/03, § 69.

<sup>3393</sup> V. par ex. COLOMBINE M., La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, préf. Fr. Sudre, Paris : Dalloz, 2014, n° 454 ; EISSEN M.-A., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in, PETITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris : Economica, 1999, p. 72 ; DUCOULOMBIER P., th. préc., p. 370 et s. ; MARGUENAUD J.-P., op. cit., p. 71 ; AFROUKH M., th. préc., p. 448 ; plus nuancés : MUZNY P., La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme, préf. SUDRE Fr., Aix-en-Provence : PUAM, 2005, p. 167 ; VAN DROOGHENBROECK S., th. préc., p. 32 et s. ; ZATTARA-GROS A.-Fr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, actes de colloque », LPA, 5 mars 2009 n° 46, p. 32 et s.

« **Droit** » et « **intérêt** ». De même la Cour emploie les notions de « droit » et d'« intérêt » de manière indistincte quoiqu'avec une certaine préférence pour la dernière lorsqu'il s'agit notamment de mettre en lumière un conflit de droits fondamentaux, lequel est dès lors appréhendé comme une opposition d'intérêts<sup>3394</sup>. Pour certains auteurs, le recours à l'intérêt s'explique par l'influence des méthodes sociologiques et pragmatiques développées à la fin du XIXe siècle et du début du XXe<sup>3395</sup>, ce que la présente étude tend à confirmer. Enfin, et corrélativement à ce qui a été dit dans le paragraphe précédent, le recours à la notion d'« intérêt » dont le contenu est indéterminé, s'explique encore par le raisonnement employé, c'est-à-dire, la *logique de l'utilité* ou selon la formule de M. Ost, la « *logique de l'intérêt* »<sup>3396</sup>.

Précisons que la notion est peu présente dans la Convention<sup>3397</sup>. Par contre son emploi est particulièrement répandu dans les arrêts rendus par la Cour, surtout lorsque les litiges portent sur la licéité des restrictions aux droits conventionnels autorisés par le texte. Les juges ont donc recours à la notion d'intérêt lorsque sont en jeu le droit au respect de la vie privée, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté de réunion et d'association, garantis respectivement par les articles 8 à 11 de la Convention<sup>3398</sup>.

a) Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

C'est en 1968, dans un arrêt célèbre, que la CEDH retient « que le but que les Parties contractantes se sont proposées d'atteindre, d'une manière générale, au moyen de la Convention européenne des droits de l'homme, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'Homme (...) Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la

---

<sup>3394</sup> DUCOULOMBIER P., th. préc., p. 43.

<sup>3395</sup> FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, pp. 455-456 ; DUCOULOMBIER P., th. préc., p. 623

<sup>3396</sup> OST Fr., « Droit et intérêt », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 89.

<sup>3397</sup> V. art. 6 al. 1 et art. 11 CEDH.

<sup>3398</sup> DUCOULOMBIER P., th. préc., p. 44.

*sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'Homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers*<sup>3399</sup> ».

Cette exigence d'un juste équilibre entre les droits fondamentaux et l'intérêt général, ainsi qu'entre les droits fondamentaux eux-mêmes, sera traditionnellement rappelée par la Cour<sup>3400</sup>.

Dans l'arrêt Sporrong et Lönroth de 1982, alors qu'elle recherchait « si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux et de l'individu »<sup>3401</sup>, la Cour précisait que « le souci d'assurer un tel équilibre » et la « notion d'équilibre » elle-même étaient inhérents à la Convention<sup>3402</sup>.

**Champ d'application par rapport à la nature des obligations de l'Etat.** On distingue classiquement les obligations à la charge de l'Etat en deux catégories : les obligations négatives qui imposent à l'Etat de ne pas poursuivre les fins par de moyens trop énergiques et les obligations positives qui imposent à l'Etat de mettre en œuvre les moyens nécessaires afin de permettre aux personnes de jouir de leurs droits. La différence de nature des obligations

---

<sup>3399</sup> CEDH, 23 juillet 1968, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », aff. n° 1474/62 ; 1691/63 ; 1994/63 ; 2126/64 § 5.

<sup>3400</sup> Par ex. CEDH, 4 décembre 2007, Dickson c/ Royaume-Uni, aff. n° 44360/04 § 70 et 71 (à propos du refus d'une demande d'insémination artificielle) : « [la question cruciale] est de savoir si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts publics et les intérêts privés qui sont en concurrence » ; CEDH, 24 juin 2004, Hannover c/ Allemagne, aff. n° 59320/00, § 57 : « la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au regard de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise ; les principes applicables sont néanmoins comparables. En particulier, dans les deux cas, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu » ; CEDH, 25 juillet 2002, Papon c/ France, aff. n° 54210/00, § 92 (le requérant invoquait la violation de son droit d'accès à un tribunal –article 6 de la CEDH-) : la Cour estime qu'il a été « porté atteinte à la substance du droit de recours, en imposant au demandeur une charge disproportionnée rompant le juste équilibre qui doit exister entre d'une part, le souci légitime d'assurer l'exécution des décisions de justice et d'autre part, le droit d'accès au juge de cassation » ; CEDH, 29 septembre 1996, Boughanemi c/ France, aff. n° 2207/93 : la Cour soutient que sa tâche « consiste à déterminer si l'expulsion litigieuse a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir d'une part le droit du requérant au respect de sa vie privée et l'objectif de prévention des infractions pénales » ; CEDH, 21 novembre 1995, Velosa Barreto c/ Portugal, aff. n° 18072/91 § 23 (le requérant invoque la violation de son droit à la vie privée en raison du rejet par la juridiction portugaise de sa demande de résiliation du contrat de bail de la résidence dont il est propriétaire) : « en cette matière comme en d'autres il y a lieu de ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des personnes en cause » ; CEDH, 21 septembre 1994, Fayed c/ Royaume-Uni, aff. n° 1701/90§65 (à propos de la violation du droit d'accès à la juridiction nationale) : la Cour rappelle in fine que les règles applicables « traduisent le processus, inhérent à la mission que la Convention assigne à la Cour, consistant à maintenir un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » ; CEDH 7 juillet 1989, Sering c/ Royaume-Uni, aff. n° 14038/88 (violation du droit à ne pas être soumis à la torture) : « Ce qui constitue "des peines ou traitements inhumains ou dégradants" dépend de l'ensemble des circonstances de la cause (...). En outre, le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention ».

<sup>3401</sup> CEDH, 23 septembre 1982, Sporrong et Lönroth, aff. n° 7151/75 ; 7152/75, § 69.

<sup>3402</sup> CEDH, 23 septembre 1982, Sporrong et Lönroth, aff. n° 7151/75 ; 7152/75, § 69 ; CEDH, 11 juillet 2002, Goodwin c/ Royaume-Uni, § 93, aff. n° 28957/75, § 93.

n'a toutefois aucun effet sur l'exigence d'un rapport proportionné entre les moyens mis en œuvre et les fins poursuivies : « dans les deux cas » précisent les juges « il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble »<sup>3403</sup>. Cette indistinction est souvent réaffirmée par les juges, que ce soit à propos de l'article 8 relatif à la vie privée<sup>3404</sup>, des trois articles suivants<sup>3405</sup> ou encore du protocole additionnel n° 1 relatif à la protection des biens<sup>3406</sup>. Il y a quelques années, elle rappelait encore que la distinction entre ces obligations « au titre de la Convention ne se prête pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Que l'on analyse l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'État ou sous celui d'une ingérence des pouvoirs publics demandant une justification, les critères à appliquer ne sont pas différents en substance. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu<sup>3407</sup> »

**Contenu du principe.** Preuve à nouveau de l'influence allemande, le principe de proportionnalité se compose de trois sous-principes : l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict. D'une part, la mesure limitative de droits doit être appropriée à l'objectif fixé ; d'autre part, elle doit être nécessaire (aucune autre mesure moins contraignante ne doit exister) ; enfin, la « mesure limitative ne doit pas induire, au détriment des droits garantis, une somme de préjudices disproportionnée par rapport au bénéfice *qu'elle dégage au profit de l'intérêt général* »<sup>3408</sup>

---

<sup>3403</sup> CEDH, 26 mai 1994, Keegan c. Irlande, A 290, § 49, JCP 1995. I. 3823, chron. Fr. Sudre.

<sup>3404</sup> Par ex. CEDH, 23 septembre 2010, Obst c. Allemagne, aff. n° 425/03, § 41 ; CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, aff. n° 19535/08, § 55.

<sup>3405</sup> Par ex. à propos de l'art. 9 (libertés de penser, de conscience et liberté religieuse), v. CEDH, 3 février 2011, Siebenhaar c. Allemagne, aff. n° 18136/02, § 38.

A propos de l'article 10 (liberté d'expression), v. CEDH, 30 juin 2009, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2), aff. n° 32772/02, § 81.

A propos de l'article 11 (liberté de réunion et d'association), CEDH, 11 janvier 2006, Sørensen et Rasmussen c. Danemark, aff. n° 52562/99 et 52620/99.

<sup>3406</sup> CEDH, 2 avril 2009, Belev et al. c. Bulgarie, aff. n° 16354/02, § 86 ; CEDH, 18 novembre 2010, Tunnel Report Limited c. France, aff. n° 27940/07, § 37 ; CEDH, 20 septembre 2011, Shesti Mai Engineering OOD et al. c. Bulgarie, aff. n° 17854/04, § 79 ; V. sur la question ZATTARA-GROS A.-Fr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété, in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, actes de colloque », LPA, 5 mars 2009 n° 46, p. 32 et s.

<sup>3407</sup> CEDH, 30 juin 2009, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse (n° 2), précit., § 82.

<sup>3408</sup> VAN DROOGHENBROECK S., « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaire Saint-Louis, 2000, p. 350.

b) Dans la Convention européenne des droits de l'homme

Les notions de « proportionnalité », de « juste équilibre » ou encore de « balance des intérêts » n'apparaissent ni dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni dans aucun des nombreux protocoles additionnels qui l'accompagnent. En raison de cette absence de référence explicite au principe ou à la méthode, on dit que le principe de proportionnalité a été « découvert » par la Cour de Strasbourg<sup>3409</sup>.

Si les notions d'« équilibre » ou de « proportionnalité » n'apparaissent pas, en revanche, on constate que ces textes contiennent différentes notions qui inciteraient les juges –d'aucuns diront « obligent<sup>3410</sup> » - à recourir au mode de raisonnement propre à la mise en balance des intérêts ou au principe de proportionnalité. Une tendance tenace de la doctrine veut que les modes d'adjudication de ce type soient toujours contenus dans les textes qu'il s'agit d'interpréter. Certains auteurs estiment ainsi que le principe de proportionnalité est implicitement contenu dans les dispositions de la Convention au regard de certaines notions au contenu ouvert<sup>3411</sup>. Ces notions se trouvent principalement dans chacun des seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention, respectivement, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, à la liberté de pensée, de conscience et de religion, à la liberté d'expression et enfin à la liberté de réunion et d'association. Chacun de ses quatre articles présente la même structure : le premier alinéa proclame le droit en question tandis que le second précise les conditions à réunir pour que les limites posées par l'Etat demeurent conformes à la Convention. Dans chacun des cas, les limites ont pour objet l'exercice du droit, doivent impérativement relever de la loi, s'apparenter à des « mesures strictement nécessaires, dans une société démocratique » et enfin, doivent être justifiées par des motifs précis d'intérêt général prévus par la Convention.

---

<sup>3409</sup> MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6e éd., 2012, Paris : Dalloz, p. 70.

<sup>3410</sup> BERGER V., Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme, in, *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, actes de colloque, LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 43.

<sup>3411</sup> EISSEN M.-A., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in, PETITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris : Economica, 1999, p. 66 et s. ; MAERTENS P., *L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité*, in, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t.1, p. 57.

Peut encore être citée, au même titre, la notion « stricte mesure » contenue dans l'article 15 de la Convention. Celui-ci autorise les Etats parties à déroger, « *en cas de guerre ou (...) d'autre danger public menaçant la vie de la nation* », à leurs obligations ordinaires, selon certaines conditions et en particulier « *dans la stricte mesure où la situation l'exige* ». La Cour s'est alors déclarée compétente pour contrôler les mesures des Etats et apprécier si elles étaient justifiées au regard du caractère exceptionnel de la situation<sup>3412</sup>. Les juges ont, plus précisément, examiné si les moyens mis en œuvre n'étaient pas allés au-delà de ce que commandaient les circonstances tout en reconnaissant néanmoins aux autorités nationales une large marge d'appréciation en la matière<sup>3413</sup>. Nonobstant cette marge d'appréciation, les juges se sont déclarés habilités par les termes de la Convention à apprécier la proportionnalité des mesures de l'Etat par rapport aux objectifs poursuivis. Dans l'application de cet article, le langage des juges a progressivement évolué. Si en 1961, les juges n'ont pas employé la notion de « proportionnalité » pour apprécier ces mesures, ils y eurent recours vingt ans plus tard<sup>3414</sup>.

#### *B) Dans l'ordre juridique français*

Après un rendez-vous manqué au début du XXe siècle, le droit privé français et les instruments de type « balance des intérêts » se rencontrent enfin (2). Le juge administratif, quant à lui, a, dans le prolongement de sa jurisprudence du début du XXe siècle, développé des instruments qui lui permet de contrôler l'action de l'administration selon un examen des intérêts en présence. Ce type de contrôle a inspiré le juge constitutionnel dans le cadre de l'examen de la constitutionnalité des lois (1).

##### 1) En droit public

---

<sup>3412</sup> CEDH, 1 juillet 1961, *Lawless c/ Irlande*, aff. n° 332/57

<sup>3413</sup> CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, aff. n° 5310/71.

<sup>3414</sup> CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et Mc Bride contre Royaume-Uni*, aff. n° 14554/89, § 54.

La technique de la proportionnalité est exercée tant par le juge administratif (a) que par le juge constitutionnel (b).

a) Droit administratif

**Contrôle et principe de proportionnalité. Définitions.** « Le droit administratif » remarque M. Kalfeche « a une approche bien paradoxale du contrôle de proportionnalité<sup>3415</sup> ». En effet, si les juges exploitent, selon la doctrine<sup>3416</sup>, toutes les ressources de la technique ou du contrôle de proportionnalité, ils n'admettent toujours pas l'existence d'un principe de proportionnalité. Etant entendu que la proportionnalité, en tant qu'instrument de contrôle, se définit comme « l'arbitrage juridictionnel entre intérêts juridiquement protégés mais antinomiques, effectué à la suite d'une décision a priori licite de la puissance publique<sup>3417</sup> », autrement dit, elle « permet la mise en balance d'intérêts concurrents<sup>3418</sup> ». En tant que principe, elle est « une règle de droit opposable en elle-même à l'autorité publique et qui peut revêtir différentes valeurs juridiques, constitutionnelle, législative ou supra réglementaire<sup>3419</sup> ».

Nous l'avons indiqué, les juges administratifs ont, notamment sous l'influence de la doctrine libérale, rendu des décisions dès la fin du XIXe siècle dans lesquelles il était précisé qu'il appartenait à l'autorité administrative (le plus souvent le maire) de concilier les droits de l'Etat avec les droits des particuliers. Corrélativement, les juges se déclaraient compétents pour apprécier si cette exigence de conciliation avait été respectée à l'occasion de mesures prises motivées par la préservation de la sécurité, de la santé publique, etc. S'il n'est pas le premier, l'arrêt Benjamin de 1933, est celui qui exprime avec le plus de clarté le type de contrôle exercé par le juge administratif à l'égard de l'administration. En effet, en examinant si les mesures prises par le maire (interdiction d'une manifestation ayant pour effet de priver

---

<sup>3415</sup> KALFECHÉ Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 46.

<sup>3416</sup> V. l'article initiateur de cette doctrine, BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », in, Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public, Paris : LGDJ, 1974, pp. 297-306.

<sup>3417</sup> V. BERTRAND Br., SIRINELLI J., « La proportionnalité », in, AUBY J.-B., L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public, Paris : Dalloz, 2010, p. 624.

<sup>3418</sup> BERTRAND Br., SIRINELLI J., id., p. 625.

<sup>3419</sup> BERTRAND Br., SIRINELLI J., id. p. 624.

une personne de sa liberté d'expression) correspondent au degrés de gravité des menaces pesant sur l'ordre public, le juge a, selon la doctrine, exercé un contrôle de nécessité ou *d'opportunité*, et partant, aurait mis en œuvre implicitement le principe de proportionnalité<sup>3420</sup>. Le droit administratif était donc prêt (du moins davantage que le droit civil), à accueillir le type de logique qui préside à la proportionnalité. Les juges n'ayant toutefois pas encore admis ce principe, la doctrine a consacré beaucoup d'effort à tenter d'en ausculter les éventuelles manifestations. Ces recherches sont généralement menées selon une approche conceptuelle.

**Tentatives doctrinales d'identification du principe de proportionnalité.** L'accroissement des normes et le développement de la jurisprudence ont eu pour effet d'augmenter le contentieux et de diversifier les contrôles opérés par le juge administratif. En conséquence, la doctrine s'est évertuée, selon une approche conceptuelle, à rechercher l'ensemble des manifestations de l'exercice du principe de proportionnalité afin de démontrer son existence, même latente. Naturellement, les résultats dépendent du concept de proportionnalité choisi<sup>3421</sup> et du consensus existant autour des critères retenus<sup>3422</sup>. La méthode d'investigation employée ici n'est pas différente de celle qui consiste à rechercher les manifestations de l'équité dans telle ou telle branche du droit. Le principe de la proportionnalité serait donc exercé, comme nous l'avons déjà évoqué, dans le cadre du bilan coût-bénéfice<sup>3423</sup> et à l'occasion des recours de plein contentieux<sup>3424</sup>. Elle le serait également dans le cadre du contrôle de légalité relatif

---

<sup>3420</sup> Pour M. Xynopoulos, le juge administratif a développé depuis cet arrêt un 'contrôle de nécessité' qui « est plus ou moins l'équivalent du contrôle qui résulterait de la reconnaissance expresse d'un principe de proportionnalité » (XYNOPOULOS G., « proportionnalité », in, ALLAND D., RIALS S. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : Lamy, PUF, p. 1237 ; v. égal., VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET V., Dictionnaire de droit administratif, Paris : Dalloz, 2011, p. 342 ; KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », art. préc., n° 2 ; MAILLOT J.-M., La théorie administrativiste des principes généraux du droit, préf. AUTIN J.-L., Paris : Dalloz, 2003, p. 300 ; BERTRAND Br., SIRINELLI J., « La proportionnalité », art. préc., p. 625.

<sup>3421</sup> V. pour comparaison, XYNOPOULOS G., Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, préf. GAUDEMET Y., Paris : LGDJ, 1995 ; PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préf. DEBBASCH Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 1990 ; MAILLOT J.-M., th. préc., p. 299 et s.

<sup>3422</sup> En ce sens, v. KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », art. préc., n° 1.

<sup>3423</sup> La technique dite du bilan coût-avantages « est en effet, par essence, un contrôle de proportionnalité de l'utilité publique d'un projet » (MAILLOT J.-M., th. préc., p. 302) ; pour MM. Bertrand et Sirinelli, « cette mise en balance de l'intérêt du projet et de ses inconvénients induit une opération de pondération très proche de celle que l'on retrouve dans l'idée même de proportionnalité » ; dans le même sens, PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préf. DEBBASCH Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 1990, p. 183.

<sup>3424</sup> KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », art. préc., n° 6.

aux mesures d'ordre et de sécurité et corrélativement dans les litiges impliquant les libertés de circulation<sup>3425</sup>, d'expression<sup>3426</sup>, de commerce et d'industrie<sup>3427</sup> et au droit de grève dans les services publics<sup>3428</sup>. Le principe serait également appliqué à l'occasion de l'examen des actes pris au titre des pouvoirs discrétionnaires de l'administration. C'est le cas lorsque le juge contrôle le bien-fondé des décisions administratives approuvant ou non des règlements intérieurs d'entreprises<sup>3429</sup>. La proportionnalité serait encore mise en œuvre lors du contrôle de légalité des sanctions prononcées contre les agents publics<sup>3430</sup>, du contrôle des refus d'autorisation de licenciement des salariés protégés<sup>3431</sup> ou de celui des dérogations aux règles d'urbanisme<sup>3432</sup>. On la rencontrerait également lors de l'application de la théorie dite des circonstances exceptionnelles, selon laquelle les dérogations à la légalité ordinaire ne sont admissibles que « pour pourvoir aux nécessités du moment<sup>3433</sup> ».

**Refus de consacrer formellement le principe de proportionnalité.** En dépit des efforts de la doctrine destinés à systématiser les décisions et d'induire de celles-ci l'existence d'un principe de proportionnalité<sup>3434</sup>, les juges n'ont pas encore franchi le pas. De même, si le droit communautaire et le droit de la Conv. EDH ont indubitablement produit des effets quant à l'exercice de la proportionnalité par les juges<sup>3435</sup>, ils n'ont cependant eu aucun effet sur la reconnaissance d'un principe général par ces derniers. Les juges refusent donc de rendre une

<sup>3425</sup> CE, 8 décembre 1972, Ville de Dieppe.

<sup>3426</sup> CE, 24 janvier 1975, *Ministre de l'Information c/ Société Rome-Paris-Films*.

<sup>3427</sup> CE, 13 mars 1968, *Ministre de l'Intérieur c/ Époux Leroy*.

<sup>3428</sup> CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*. (« la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public »)

<sup>3429</sup> CE, 1er février 1980, *Ministre du Travail c/ Société Peintures Corona* (« eu égard à l'atteinte qu'elles portent aux droits de la personne », les dispositions litigieuses « excèdent, par leur généralité, l'étendue des sujétions que l'employeur pouvait légalement imposer en l'espèce en vue d'assurer la sécurité dans son entreprise »).

<sup>3430</sup> CE, 26 juillet 1978, *Vinolay*.

<sup>3431</sup> CE, 9 octobre 1987, *Ghazi et Société Corning France*.

<sup>3432</sup> CE, 19 juillet 1973, *Ville de Limoges*.

<sup>3433</sup> CE 4 juin 1947, *Entreprise Chemin, Lebon 246* ; CE 1<sup>er</sup> juillet 1970, *Doppler* ; v. BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », art. préc., p. 299.

<sup>3434</sup> V. GUIBAL M., « De la proportionnalité », *AJDA*, 1878, pp. 477-487 ; FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1995, n° spécial, pp. 156-166 ; MEKHANTAR J., *Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale*, th. dactyl., Paris II : 1990, p. 655 et s.

<sup>3435</sup> Sur l'influence de la CJUE et de la CEDH sur la jurisprudence administrative française, v. MAILLOT J.-M., th. préc., p. 303 et s. ; pour des auteurs, « le droit européen vient renforcer l'instrument que constitue le contrôle de proportionnalité, en induisant tout à la fois une généralisation, une intensification, voire une élévation de celui-ci » (BERTRAND Br., SIRINELLI J., « La proportionnalité », in AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris : Dalloz, 2010, pp. 628-629).

décision fondée sur la violation d'un principe de proportionnalité<sup>3436</sup>. En d'autres termes, la proportionnalité ne fait pas l'objet d'un principe ou même d'une norme dont la violation pourrait être invoquée à titre autonome. Elle n'est pas non plus l'instrument expressément employé pour régler un conflit de normes antagonistes. Elle ne serait qu'un standard implicite, en ce sens où, selon M. Maillot, elle permet « d'apprécier la légalité d'un acte en référence à une idée d'équilibre, d'équité, de justesse dans le choix de cet acte, mais sans que le juge administratif n'oppose frontalement deux normes<sup>3437</sup> ».

Il est possible d'expliquer simplement le refus des juges de consacrer un tel principe : ce type d'instrument, comme l'équité, ne présente d'intérêt qu'en raison des services qu'il peut rendre au juge. En l'occurrence, il permet au juge de raisonner selon la logique de l'utilité et de ne pas être limité par les contraintes du syllogisme<sup>3438</sup>. Les juges administratifs n'ont nul besoin de consacrer un tel principe pour la simple et bonne raison qu'ils ont en leur possession tous les outils nécessaires pour remplir cette fonction<sup>3439</sup>.

#### b) Droit constitutionnel

Le juge constitutionnel, comme le juge administratif, en principe, ne soupèse pas les principes par rapport aux autres à l'aune d'un principe de proportionnalité consacré par des textes ou déduits de ceux-ci<sup>3440</sup>. Bien que certains textes composant le bloc de constitutionnalité sont réputés faire mention, plus ou moins explicitement, à une exigence de proportionnalité<sup>3441</sup>,

---

<sup>3436</sup> V. par ex., CE, 28 mars 1997, Société Baxter et a.

<sup>3437</sup> MAILLOT J.-M., th. préc., p. 306.

<sup>3438</sup> Pour comparaison, KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 46, n° 2 : « Le contrôle de proportionnalité est mal adapté au raisonnement syllogistique. Son raisonnement dialectique brouille les méthodes analytiques classiques. Le juge semble ne pas opérer un raisonnement de pure logique, *mais se mettre à la place de l'administration et, lui-même, excéder son pouvoir. Afin de ne pas permettre que l'on envisage sous cet angle le rôle du juge, il a donc fallu insérer le contrôle de proportionnalité dans le raisonnement syllogistique du juge* ».

<sup>3439</sup> En ce sens, BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », art. préc., p. 306 : « la fonction de ce principe est partiellement remplie, en France, par des notions telles que l'erreur manifeste, le détournement de pouvoir ou la voie de fait, ainsi que par un contrôle étendu de qualification juridique des faits » ; v. MAILLOT J.-M., th. préc., p. 307.

<sup>3440</sup> V. CHAGNOLLAUD D., « Les techniques de contrôle », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), Traité international de droit constitutionnel, t.3, Paris : Dalloz, 2012, p. 153 ; GOESEL-Le BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », actes de colloque, LPA, 5 mars 2009, p. 62 et s.

<sup>3441</sup> L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen impose que les peines établies soient « strictement et évidemment nécessaires » ; son article 17 prévoit que la privation de propriété est conditionnée

aucune principe général n'a été tiré de ces articles. Les contrôles de proportionnalité effectués par le juge constitutionnel se font donc le plus souvent en dehors de toute attache à un texte précis. Dès lors, au regard des contrôles que le Conseil opère en vue d'examiner les restrictions aux droits et libertés de valeur constitutionnelle, la doctrine principe implicite ou « clandestin<sup>3442</sup> ».

La technique de proportionnalité est ici employée comme instrument pragmatique de conciliation des principes constitutionnels ou de contrôle de la limitation des droits fondamentaux<sup>3443</sup>. Il s'agit pour le juge de vérifier que le législateur a raisonnablement pesé les principes en jeu, autrement dit, qu'il a concilié les exigences constitutionnelles impliquées sans compromettre la nature de chacune d'entre elles. De manière générale, il s'agit pour le juge d'examiner la cohérence entre le moyen (la loi) et son objectif ce qui implique, d'une part, que « *le moyen soit nécessaire à l'objectif qu'il prétend poursuivre* », et d'autre part, que « *les conséquences néfastes de la mise en œuvre de ce moyen (ici, l'atteinte aux droits fondamentaux) doivent 'correspondre' à l'importance de cet objectif*<sup>3444</sup> ». Pour M. Rousseau, ce contrôle du juge constitutionnel à l'endroit du législateur est identique à celui du juge administratif lorsque celui-ci exerce le « bilan coûts-avantages », puisque le juge met en balance « *d'un côté l'intérêt général poursuivi par la loi, et de l'autre les atteintes portées à tel ou tel principe constitutionnel*<sup>3445</sup> ».

Le contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil constitutionnel n'est pas, comme chacun des contrôles qu'il effectue, un contrôle d'opportunité. A l'instar de Holmes qui déclarant que les juges de la Cour suprême ne doivent se comporter en législateur, les juges ont précisé que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne

---

au à « la nécessité publique, légalement constatée ». L'article 5 de la Charte de l'environnement de 2004 prévoit, quant à lui, que les mesures provisoires prises en application du principe de précaution doivent être proportionnées. Mais une fois encore, tout dépend de ce que l'on signifie par « proportionnalité ». Pour M. Philippe, dans la Déclaration des droits de l'Homme, dix d'entre eux « se réfèrent au moins potentiellement, au concept de proportionnalité » (PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préf. DEBBASCH Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 1990, p. 123).

<sup>3442</sup> CHAGNOLLAUD D., « Les techniques de contrôle », art. préc., p. 154.

<sup>3443</sup> V. DRAGO G., « La conciliation entre principes constitutionnels », D.1991, p. 265 et s.

<sup>3444</sup> BOUSTA Rh., « La 'spécificité' du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », RIDC, 4-2007, p. 863.

<sup>3445</sup> ROUSSEAU D., Droit du contentieux constitutionnel, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, n° 146.

seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen<sup>3446</sup> ».

**Illustrations.** La première manifestation de l'opération de balance des intérêts réalisée par le Conseil constitutionnel remonte à 1979 dans une décision relative au droit de grève dans laquelle il contrôlait la « conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte »<sup>3447</sup>. L'année suivante, le juge contrôlait la conciliation réalisée par le législateur entre le droit de grève et la protection de la santé et de la sécurité des personnes<sup>3448</sup>. Dans une décision du 27 juillet 1982, le Conseil contrôlait la conciliation entre la liberté de communication d'une part et la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels d'autre part<sup>3449</sup>. Dans une décision du 22 avril 1997, était contrôlée la conciliation entre le respect de l'ordre et la défense de la liberté individuelle<sup>3450</sup>.

Outre l'usage de la balance des intérêts afin de concilier les principes antagonistes, le juge constitutionnel précise les critères du contrôle de proportionnalité et corrélativement communique au législateur les exigences qui pèsent sur lui. Ainsi, dans sa décision du 21 février 2008 relative à la loi sur la rétention de sûreté, le Conseil indiquait expressément que les atteintes les atteintes portées à l'exercice des libertés en cause « doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi<sup>3451</sup> ».

## 2) En droit privé

---

<sup>3446</sup> Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, n° 74-54, considérant 1.

<sup>3447</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, n° 79-105 D. C., loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, considérant 1.

<sup>3448</sup> Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires, déc. n° 80-117 D. C., p. 42.

<sup>3449</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, n° 82-141 D. C., loi sur la communication audiovisuelle.

<sup>3450</sup> Conseil Constitutionnel, 22 avril 1997, n° 97-389 D. C., Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.

<sup>3451</sup> Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n° 2008-562 D. C., Loi relative à la déclaration de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, considérant 13.

**Proportionnalité et droit des contrats privés.** La proportionnalité pénètre le droit privé et « a étendu son empire de manière plus ou moins nette dans le droit des contrats<sup>3452</sup> ». On la trouve en droit des sûretés, des procédures collectives, des affaires, de la concurrence, du travail<sup>3453</sup> ou en droit général des contrats<sup>3454</sup>.

La proportionnalité est employée par le législateur afin de donner un plus large pouvoir d'appréciation au juge. Selon l'article L. 341-4 du Code de la consommation : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». Selon l'article L. 1121-1 du code du travail « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ».

Notons également que la doctrine française accueille avec plus de bienveillance la conciliation des principes antagonistes.

**L'équilibre dans le traité de droit civil de MM. Ghestin, Loiseau et Serinet.** La dernière édition du premier tome du Traité de droit civil relatif à la formation du contrat de MM. Ghestin, Loiseau et Serinet est révélatrice d'une approche renouvelée du droit des contrats reposant sur l'idée d'équilibre ou de conciliation de principes antagonistes.

Prenant acte des critiques adressées à la théorie du « *juste et de l'utile* » de Jacques Ghestin, laquelle était destinée à se substituer à la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de la force obligatoire des contrats, les cosignataires du traité ont entendu reformuler et compléter substantiellement la théorie initiale dont la désignation a dû, de fait, être abandonnée<sup>3455</sup>. Pour ces auteurs, trois principes directeurs gouvernent le contrat : la

---

<sup>3452</sup> TERRE Fr., Introduction générale au droit, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2015, n° 188.

<sup>3453</sup> V. GENIAUT B., La proportionnalité dans les relations du travail, préf. JEAMMAUD A., Paris : Dalloz, 2009 ; CORNESSE I., La proportionnalité en droit du travail, préf. ANTONMATTEI P.-H., Paris : Litec, 2001.

<sup>3454</sup> LE GAC-PECH S., « Retour sur la proportionnalité », in, Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, Paris : Montchrestien-Lextenso, 2012, pp. 473-500 ; LE GAC-PECH S., La proportionnalité en droit privé des contrats, préf. MUIR-WATT H., Paris : LGDJ, 2000, 580 p.

<sup>3455</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1 le contrat- le consentement, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2013, n° 169.

liberté, l'utilité et la justice<sup>3456</sup>. L'essentiel, disent-ils, « est toutefois de bien comprendre qu'une solution relative au contrat ne peut jamais se déduire de l'un ou l'autre de ces principes. Elle résulte toujours d'une conciliation dialectique de la liberté contractuelle et des finalités sociales du contrat, l'utile et le juste, qui doivent eux-mêmes se concilier entre eux<sup>3457</sup> ».

Ce qui nous semble fondamental dans cette présentation est d'une part, l'indétermination apparente – et relativement peu commune en doctrine civiliste- qui se dégage de l'idée de conciliation contrastant avec les traditionnelles théories monistes qui prétendent asseoir l'institution du contrat sur le seul fondement de la liberté, de la volonté ou de la solidarité ; et d'autre part, le statut principiel de l'idée de conciliation ou d'équilibre<sup>3458</sup> qui doit gouverner les relations entre principes directeurs de l'institution contractuelle et à travers laquelle « doit être recherchée la solution dans chaque cas, de façon concrète, en utilisant toutes les ressources de la logique de l'argumentation<sup>3459</sup> ».

**Le projet de cadre commun de référence de la Commission européenne.** A l'appui de leur proposition, MM. Ghestin, Loiseau et Serinet convoquent le Draft Common Frame of Reference (DRFR-Projet de cadre commun de référence) du groupe Von Bar<sup>3460</sup>, en raison de sa faveur pour l'idée de conciliation nécessaire entre les principes directeurs du droit privé. Ce projet commandé par la Commission européenne constitue une proposition destinée à poser les bases de l'harmonisation européenne du droit privé. Ce projet indique que les quatre principes fondamentaux ou sous-jacents au droit privé sont la liberté, la sécurité, la justice et l'efficacité (« qui se ramènent aisément » selon les auteurs du traité, en droit des contrats, « aux principes de liberté contractuelle, de justice et d'utilité »<sup>3461</sup>). Les rédacteurs du projet

---

<sup>3456</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., id., n° 177.

<sup>3457</sup> Ibid.

<sup>3458</sup> Egalement employé comme synonyme de conciliation, v. GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., id., n° 601.

<sup>3459</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., id., n° 660.

<sup>3460</sup> BAR C. V., CLIVE E., H SCHULTE-NÖLTE H. et alii (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Ed* : Munich, Sellier, 2008 ; V. KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », in, BROWNSWORD R., MICKLITZ H.-W., WEATHERILL St. et alii. (dir.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland : Hart, 2011, p. 185 et s. ; v. la publication des actes du colloque « Quel droit européen des *contrats pour l'Union européenne ?* », RDC, 2009/2, pp. 767-947 ; v. égal. l'ensemble des contributions dans la rubrique Débats intitulée pour l'occasion « l'Europe contractuelle, encore et toujours ! », RDC, 2011/3, p. 1027 et s.

<sup>3461</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., op. cit., n° 178. On retrouve partiellement ces quatre fins subordonnées dans la doctrine privatiste de Bentham : la sécurité correspond à ce qu'il désigne par sûreté ; la justice correspond à l'égalité et à la subsistance ; l'efficacité est ce qu'il appelait l'abondance. Le quatrième principe (la liberté) n'apparaît pas expressément comme une fin subordonnée car elle est nécessairement prise en

constatent que ces principes renferment des buts et des valeurs en conflit qu'il s'agit de concilier<sup>3462</sup>, ce qui s'avère délicat en pratique étant donné la nature abstraite de ces principes. Il faut donc toujours, pour obtenir les meilleurs résultats possibles, que ces principes soient précisément pesés les uns avec les autres (weighed up)<sup>3463</sup>, ce qui exclut toute solution de principe absolue ou toute hiérarchie a priori entre ces principes. Ainsi indiquent les auteurs du DCFR<sup>3464</sup>, la résolution du conflit entre la sécurité et la justice par exemple, peut tantôt être favorable à la première (en cas de prescription) tantôt à la seconde (à l'occasion de la réduction de l'étendue de la responsabilité contractuelle). En matière contractuelle, la justice peut entrer en conflit avec la liberté : ainsi, pour prévenir les discriminations ou les abus de positions dominantes, la liberté contractuelle pourra, au nom de la justice, être limitée. Enfin il est des cas où un principe, tel que la justice, peut entrer en conflit avec lui-même : « il en est ainsi par exemple de la liberté de ne pas souffrir d'une discrimination en face de la liberté d'une autre personne de procéder à une discrimination<sup>3465</sup> ». Il peut également arriver qu'une portion du même principe entre en conflit avec une autre : l'exigence de justice peut à la fois être satisfaite par -et souffrir de- l'inégalité, c'est le cas typique du conflit entre égalité de traitement et protection de la partie faible<sup>3466</sup>. Les auteurs du DCFR observent que ces principes ne peuvent jamais être poursuivis de manière absolue et rigide. Ils doivent toujours être « mis en balance » (to strike a balance<sup>3467</sup>) ou « concilier »<sup>3468</sup> les uns avec les autres. Nous retrouvons ici la logique de l'utilité et son opposition à l'absolutisme (et partant au syllogisme) est clairement exprimé.

---

compte par le législateur : chaque règle ne se faisant qu'au détriment de la liberté, il est convenu que la restriction à la liberté est justifiée par les effets que la règle produit en termes d'abondance, de sûreté, d'égalité ou de subsistance.

<sup>3462</sup> BAR C. V., CLIVE E., H SCHULTE-NÖLTE H. et alii (ed.), op. cit., § 23 (« Balancing conflicting aims and values »), cité par KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., p. 186.

<sup>3463</sup> C. V., CLIVE E., H SCHULTE-NÖLTE H. et alii (ed.), op. cit., § 11 (« Underlying principles »), cité par KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., p. 185 : « It must be conceded, however, that taken in isolation, such fundamental principles do not advance matters much at a practical level because of their high level of abstraction. Abstract principles tend to contradict one another. They always have to be weighed up against one another more exactly because only then are optimal outcomes assured. ».

<sup>3464</sup> V. KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., p. 185 ; GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., op. cit., n° 178.

<sup>3465</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., op. cit., n° 178.

<sup>3466</sup> Ibid.

<sup>3467</sup> BAR C. V., CLIVE E., H SCHULTE-NÖLTE H. et alii (ed.), op. cit., § 11, cité par KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., p. 185.

<sup>3468</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., loc. cit.

Cette période à l'issue de laquelle est publié le rapport final<sup>3469</sup>, marque pour M. Kennedy une étape déterminante du droit privé européen car elle est marquée par l'adoption expresse par de prestigieux privatistes européens de convictions idéologiques opposées, de la mise en balance (*'balancing'*) comme cadre d'analyse et d'évaluation des règles de droit privé<sup>3470</sup>. Selon M. Kennedy, l'adoption de la méthode de mise en balance en tant que rouage majeur de coordination des principes fondamentaux du droit privé constitue un moment historique pour la théorie juridique privatiste en Europe, laquelle devrait désormais rejoindre le débat plus général auxquels sont déjà conviées les théories des droits administratif, constitutionnel et européens concernant la « proportionnalité » et la « mise en balance<sup>3471</sup> ».

Les réflexions de MM. Ghestin, Loiseau et Serinet, en adoptant la perspective de la conciliation ou de l'équilibre des principes directeurs pour l'analyse du contrat révèlent les signes de cette tendance en France que Gény avait tentée d'amorcer un siècle plus tôt.

## Conclusion de la section une

Comme l'équité en son temps, les instruments de la balance des intérêts et de la proportionnalité, une fois passés du statut de formules rhétoriques issues de la doctrine à celui de technique du juge, ont une tendance à se diffuser largement. La France qui n'avait pas adopté ces instruments à la suite des suggestions de la doctrine de la fin du XIXe siècle les accueille sous l'influence du droit communautaire et du droit de la Conv. EDH.

---

<sup>3469</sup> BAR C. V., E. CLIVE, H SCHULTE-NÖLTE et alii (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Interim Outline Ed* : Munich, Sellier, 2009.

<sup>3470</sup> KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., p. 187 : « I will treat the DCFR and the critiques as marking an important moment : the open adoption by prestigious and authoritative European privatists of diverse ideological tendencies of balancing as the basic framework for analysis and evaluation of private law rules ».

<sup>3471</sup> KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », art. préc., p. 187.

## Section 2 : Les fonctions des instruments de la balance des intérêts et de la proportionnalité

La technique de la proportionnalité ou la balance des intérêts étant, comme l'équité, difficilement cernable selon l'approche classique consistant à attribuer a priori aux notions une signification qui leur serait propre, la doctrine a parfois recours pour les étudier à l'approche fonctionnelle<sup>3472</sup>.

Cette approche n'est pas, à notre avis, celle qu'il faut privilégier, mais encore la seule qu'il faille adopter pour étudier le sens des termes qui servent à désigner ces techniques. Les instruments comme l'équité, la proportionnalité, la balance des intérêts (et auxquels nous pourrions ajouter d'autres techniques du même acabit comme l'Equity, l'abus de droit, la rule of reasonableness, etc.) n'ont aucune autre raison d'être que celle de pallier les lacunes de l'énoncé de la norme. Ces lacunes conduisent l'interprète à se détourner quelque peu des formes de la norme pour s'intéresser à sa finalité et pour observer les faits et les intérêts en jeu afin d'adopter a posteriori une norme idoine destinée à trancher de manière appropriée le litige. Chacun de ces instruments a pour objet de substituer occasionnellement « au modèle de la Règle (...) un modèle d'adjudication qui repose sur une pesée de l'ensemble des intérêts en présence »<sup>3473</sup>.

Quelles sont les difficultés posées par les formes de la règle ? Chez Cicéron, l'on se souvient que l'*aequitas* figurait comme le moyen de surmonter l'un des obstacles majeurs du droit traditionnellement formulé par l'adage *summum ius, summa injuria*. Énoncé prescriptif à vocation générale, toute règle présente un vice inhérent, elle sera toujours imparfaite à saisir tous les particularismes des faits et tous les intérêts impliqués dans l'espèce. L'appliquer trop strictement, (c'est-à-dire s'attacher rigoureusement aux formes de la règle), générerait systématiquement, quoique marginalement, des solutions iniques car prises dans l'indifférence de certains intérêts négligés par la règle. Le problème majeur auquel répondait l'équité était l'insuffisance de l'énoncé de la règle ou, autrement dit, le défaut de

---

<sup>3472</sup> V. par ex. MARZAL YETANO A., *La dynamique du principe de proportionnalité*, Paris I : 2013, th., n° 68 ; MUZNY P., *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. SUDRE Fr., Aix-en-Provence : PUAM, 2005, n° 408 et s.

<sup>3473</sup> DE SCHUTTER O., *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 35. (à propos de la mise en balance des intérêts)

significations de l'énoncé de la règle par rapport à l'ensemble des situations auquel elle est censée s'appliquer. Or, ce défaut est un moindre mal. Il est, en réalité, l'effet d'un des principaux caractères de la règle : sa généralité. Comme l'avait enseigné Aristote, une règle doit nécessairement être générale pour s'appliquer au plus grand nombre de situations possible. Cette généralité, bien qu'elle s'avère appropriée pour la majeure partie des situations se révèle toujours source de difficultés vis-à-vis de quelques situations marginales. D'où le recours à un autre instrument pour rendre le droit (l'*epieikeia* chez Aristote, l'*aequitas* pour Cicéron, l'*Equity* pour les anglais, le balancing pour les américains, l'*Interessenabwägung* et la proportionnalité pour les allemands etc.)

Si l'équité et la balance des intérêts remplissent globalement les mêmes fonctions<sup>3474</sup>, il existe certaines différences relatives aux normes auxquelles elles sont censées suppléer qui affectent de fait chacune d'entre elles. En effet, les lacunes des énoncés des règles auxquelles tentent de pallier les instruments de la proportionnalité et de la balance des intérêts ne correspondent pas exactement aux lacunes qui grevaient les règles nécessitant le recours à l'équité. Certes, le problème trouve fondamentalement sa source dans le caractère général de la norme. Toutefois, il existe une différence de nature majeure entre la norme « ancienne » et la norme « moderne ». Pour appréhender cette différence, il importe d'avoir en mémoire la révolution copernicienne du droit. A l'époque classique, la règle est conçue comme une œuvre de raison, c'est une norme objective destinée à ordonner les rapports entre les hommes selon ce qui est bien, juste ou droit selon la Nature ou Dieu. Le nominalisme et le libéralisme conduisent à modifier tant la nature de la règle que sa représentation : la règle est conçue moins comme une œuvre de raison que comme une œuvre de volonté et ne vise plus seulement à ordonner un rapport entre justiciables, mais à attribuer ou reconnaître, en propre, à des personnes ou des organes des facultés ou des pouvoirs à l'égard des tiers. La norme prend par exemple la forme de l'énoncé d'un droit subjectif ou d'un pouvoir discrétionnaire. Le contenu de la norme est relativement indéfini puisqu'il s'agit de laisser au titulaire du droit ou du pouvoir la plus grande liberté possible pour l'exercer. Plus on monte dans la hiérarchie des droits, plus ceux-ci sont largement énoncés au point qu'il faille parler de principes<sup>3475</sup> pour définir les droits fondamentaux ou constitutionnels, par opposition aux règles dont le contenu est déterminable

---

<sup>3474</sup> Pour M. Mekki, « *comme l'équité, l'intervention d'un contrôle de proportionnalité est signe de correction et de suppléance* » (MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat*, préf. GHESTIN J., Paris : LGDJ, 2004, p. 450).

<sup>3475</sup> Par ex., BEATTY D. M., *The Ultimate Rule of Law*, New York: Oxford University Press, 2004, p. 163 cité par WEBBER G., *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol. 23, N° 1, 2010, p. 186.

par avance. Pour poser les bornes à ces droits ou pour leur fournir un contenu opératoire, les interprètes ont du recourir à une méthode alternative à la méthode classique. La logique de l'utilité, sous la forme de la balance des intérêts ou du principe de proportionnalité, a donc été employée pour l'interprétation de la norme ou des normes en conflits. A cet égard, nous pouvons citer M. Van Compernelle, lequel avait déjà vingt ans plus tôt exposé ces idées :

« L'étendue des pouvoirs du juge au regard de l'indétermination des concepts et des textes généraux fait ressortir à la fois l'importance et l'enjeu d'une théorie de l'interprétation. Les présupposés et les implications d'une telle théorie revêtent une acuité particulière là où l'application de la norme devient l'enjeu d'un conflit autorisant le juge à se mouvoir, très librement, dans l'exercice d'un pouvoir de décision assumé de manière apparemment discrétionnaire. La solution du conflit procède dès ce moment davantage d'une méthode de pondération des intérêts en présence que d'une opération syllogistique ou logique<sup>3476</sup> ».

La fonction créative sera évoquée (I) avant la fonction modératrice (II)

## I) La fonction créative

Les normes attribuant les droits et les pouvoirs étant énoncées de manière large, il revient au juge de préciser le contenu de celles-ci. En outre, lorsque deux normes de même valeur entre en conflit, comme c'est le cas lorsque ces normes énoncent des droits fondamentaux, il appartient à nouveau au juge, de départager celles-ci à partir d'une norme médiane. Ces deux opérations attestent de la fonction créative de la balance des intérêts ou principe de proportionnalité lorsque ces instruments sont employés par le juge. Corrélativement, « la parole du juge », écrivait M. Van Compernelle, apparaît « aussi créatrice et fondatrice du droit que celle du législateur<sup>3477</sup> ».

---

<sup>3476</sup> VAN COMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in, Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles : Bruylant, 1993, p. 502.

<sup>3477</sup> VAN COMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », art. préc., p. 17.

L'opération de précision des normes à partir d'une balance des intérêts est indispensable puisque sans elle, les normes ne seraient pas, en pratique, applicables<sup>3478</sup>. Les droits fondamentaux, par exemple, comme ceux contenus dans la CEDH ne peuvent avoir de sens que lorsqu'ils sont confrontés à une situation concrète et que le juge en tire une signification pratique. Puisque le législateur (*lato sensu*) n'a pas établi de hiérarchie, par exemple, entre la vie privée et la liberté d'expression, il appartient au juge à partir d'un mécanisme de mise en œuvre de la logique de l'utilité de trouver la norme qui tranchera le litige : « les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant (...) une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime<sup>3479</sup> ».

## II) La fonction modératrice

Les droits ou les pouvoirs attribués n'étant pas finalisés ni strictement définis, leur exercice peut-être dirigé en vue de la réalisation d'une diversité de buts. La question consiste à déterminer si la fin poursuivie justifie les moyens employés. Selon le principe de proportionnalité, la fin justifie les moyens sous certaines conditions. Nous pouvons ici nous référer à nouveau aux travaux de Bentham lesquels présageaient relativement bien du raisonnement à tenir lors de l'application du principe de proportionnalité. Selon l'auteur, la fin justifie les moyens si trois conditions cumulatives sont réunies<sup>3480</sup>. Il faut en premier lieu que la fin soit « bonne<sup>3481</sup> » c'est-à-dire, dans le langage moderne, légitime. Ce critère induit en outre que la fin soit atteignable et qu'en conséquence, les moyens mis en œuvre soient susceptibles de l'atteindre (critère de l'adéquation). Il faut ensuite que les moyens soient ou « *purement bons ou bien, s'ils contiennent du mal, qu'il y en ait moins dans la balance qu'il n'y a de bien réel dans la fin*<sup>3482</sup> ». Ce critère répond à ce que l'on désigne aujourd'hui par le principe de proportionnalité « au sens strict » ou encore la « balance des intérêts » et qui

---

<sup>3478</sup> Ce que déjà avait noté Bentham à propos des auteurs de la Déclaration des droits de l'Homme : « Moins ils seront éclairés, plus ils se jeteront vers des principes généraux qu'il sera impossible de réduire en pratique » (BENTHAM J., *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques*, trad. DUMONT E., Bruxelles : Hauman et cie, 1840, p. 254).

<sup>3479</sup> Cass 1<sup>re</sup> Civ 9 juillet 2003, JCP 2003.II.10139, note J. RAVANAS.

<sup>3480</sup> BENTHAM J., *Manuel de sophismes politiques*, trad., notes, préf. CLERO J.-P., Paris : LGDJ et Bruylant, 1996, p. 343.

<sup>3481</sup> Ibid.

<sup>3482</sup> Ibid.

consiste à établir un rapport de proportion entre les avantages (du résultat) et les inconvénients (causés par les moyens). Enfin, selon Bentham, la fin justifie les moyens à la condition que ces derniers « contiennent plus de bien ou moins *de mal, quelle qu'en soit la cause, que d'autres qui auraient pu être utilisés pour atteindre la fin*<sup>3483</sup> ». Ce dernier critère correspond au critère de nécessité. Comme nous le constatons, la mise en œuvre de la logique de l'utilité par Bentham lui-même reflète correctement le type de raisonnement mis en œuvre par les juges lorsqu'ils réalisent une balance des intérêts ou qu'ils appliquent le principe de proportionnalité.

A défaut d'une des trois conditions (nécessité, adéquation, proportionnalité au sens strict), l'exercice du droit ou du pouvoir est susceptible d'être déclaré illégal, inconstitutionnel ou illégitime par le juge. Notons ici que la fonction de modération ne s'applique pas contre la norme elle-même, mais contre l'exercice du droit ou du pouvoir attribué par celle-ci. Toutefois, l'action du juge peut se manifester par l'annulation d'une norme lorsque celle-ci résulte de l'exercice excessif d'un pouvoir normatif.

## Conclusion de la section deux

Les instruments de la balance des intérêts ou de la proportionnalité permettent aux juges de pallier les insuffisances formelles de la loi en créant des règles idoines destinées à trancher les litiges particuliers et en modérant l'exercice des droits subjectifs ou des pouvoirs.

## Section 3 : Les effets critiques

La balance des intérêts/proportionnalité produit, comme l'équité, des effets critiques de trois types : épistémologique (I), social (II) et politique (III).

### I) Le problème épistémologique

A l'instar de l'instrument de l'équité, les techniques de balance des intérêts et de proportionnalité suscitent de nombreuses interrogations de nature épistémologique. En

---

<sup>3483</sup> Ibid.

d'autres termes, il serait difficile voire impossible de les connaître. En ce sens M. Simon, à propos de la proportionnalité, parle de « polyphonie sémantique<sup>3484</sup> ». La proportionnalité serait, ajoute-t-il « *l'une de ces notions juridiques insaisissables, fuyantes, rebelles à la systématisation, qui plongent le juriste dans un abyme de perplexité*<sup>3485</sup> ».

Nous allons ici nous intéresser au mode de raisonnement de la balance des intérêts.

**« Proportionnalité », « balance des intérêts », « juste équilibre » : la mise en œuvre de la dialectique ?** La diversité des notions employées (« proportionnalité », « balance des intérêts », « juste équilibre ») suscite une certaine perplexité lorsque l'on est habitué à concevoir les mots seulement comme des instruments de désignation des choses. Toutefois, au regard de la façon dont les juges emploient indistinctement ces notions, la doctrine, quelle que soit la branche du droit, s'est largement rangée à l'avis que les formules étaient synonymes<sup>3486</sup>. Lorsque des auteurs tels que M. Muzny ont tenté de mettre en lumière une éventuelle distinction (entre « proportionnalité » et « balance des intérêts »), il en est ressortit le constat d'une certaine unité. Selon cet auteur, ces deux notions seraient habitée par une « essence commune » : « celle du raisonnement dialectique qui implique pour réaliser le jugement de mettre en balance les intérêts a priori opposés, en fonction d'une norme de départage permettant de mesurer de leurs proportions respectives »<sup>3487</sup>. Comme indiqué plus avant, à notre avis, ce sont les fonctions qui sont communes (et non l'« essence ») et ce que M. Muzny désigne par « dialectique » correspond à notre avis à la « logique de l'utilité ».

La notion de « dialectique » est souvent employée par la doctrine pour tenter de caractériser le raisonnement des juges lorsque ces derniers, écartent le syllogisme au profit d'une

---

<sup>3484</sup> SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in, Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, actes de colloque, LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 18.

<sup>3485</sup> SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », art. préc., p. 17.

<sup>3486</sup> Pour M. Van Drooghenbroeck la proportionnalité est une « technique d'arbitrage entre intérêts conflictuels juridiquement protégés » (VAN DROOGHENBROECK S. La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, préf. Ost Fr., Tulkens Fr., Bruxelles : Bruylant, 2001, p. 74 ; V. égal. COLOMBINE M., La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, préf. Fr. Sudre, Paris : Dalloz, 2014, n° 454 ; BERTRAND Br., SIRINELLI J., « La proportionnalité », in, AUBY J.-B., L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public, Paris : Dalloz, 2010, p. 625 ; GENIAUT B., La proportionnalité dans les relations du travail, préf. JEAMMAUD A., Paris : Dalloz, 2009, p. 359 ; CHAGNOLLAUD D., « Les techniques de contrôle », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), Traité international de droit constitutionnel, t.3, Paris : Dalloz, 2012, p. 154.

<sup>3487</sup> MUZNY P., La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 167.

comparaison des intérêts en présence<sup>3488</sup>. A notre avis, cette qualification est erronée. Rappelons que la dialectique est pour Aristote l'un des deux types de raisonnement possibles pour produire de la connaissance, l'autre étant le syllogisme. La dialectique a une compétence résiduelle : elle est employée quand le syllogisme est inapproprié, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de découvrir les causes premières (métaphysique) ou les choses humaines (l'amitié, la justice, la vertu etc.). Le syllogisme et la dialectique n'ont donc pas les mêmes objectifs : le premier recherche le vrai à partir de prémisses tenues pour vraies ; tandis que la seconde recherche le vraisemblable à partir de prémisses tenues pour probables. Le premier repose sur une opération de déduction à partir de deux propositions (majeure et mineure). La seconde consiste en un échange dialogique qui élimine les erreurs au fur et à mesure de sa progression. A priori il semble assez logique et naturel de rapprocher respectivement le syllogisme et la dialectique du syllogisme judiciaire et de la mise en balance des intérêts. Nul doute, le syllogisme judiciaire est calqué sur le syllogisme aristotélicien : la majeure est la règle de droit ; la mineure correspond aux faits de l'espèce et la conclusion est la solution de droit qui résulte de la subsomption des faits sous la règle. La balance des intérêts est-elle, quant à elle, calquée sur la dialectique ? La réponse ne peut qu'être négative. Les normes que le juge applique ne sont pas moins valides que les règles de droit appliquées lors du syllogisme, de même que les faits en cause revêtent tout autant le même degré de vraisemblance. Il pourrait être soutenu que la dialectique se réfère aux débats entre les parties au procès, néanmoins, ces débats ont également lieu lorsque le juge tranche grâce au syllogisme. En conséquence, il n'y a aucune bonne raison de désigner la méthode de la balance des intérêts par la notion de « dialectique ». La doctrine utilise cette notion simplement parce que, d'une part, elle s'oppose naturellement au syllogisme et d'autre part, la « dialectique » est un terme eulogistique qui permet de rendre, dans une certaine mesure, un type de raisonnement (par nature neutre), en raisonnement sage et prestigieux. Si l'on souhaite convaincre des bienfaits de la proportionnalité ou de la balance des intérêts, il vaut mieux en parler, surtout en France où l'utilitarisme est globalement mal reçu, en termes de « dialectique » qu'en termes de « *logique de l'utilité* », de « *logique de l'intérêt*<sup>3489</sup> » ou encore de « pondération des

---

<sup>3488</sup> Par ex. : RIGAUX Fr., *La loi des juges*, Paris : Odile Jacob, 1997, p. 225 ; KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », art. préc., n° 2 ; BALLOT E., *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, préf. CESARO J.-Fr., Paris : Mare & Martin, 2014, p. 388.

<sup>3489</sup> OST Fr., « Droit et intérêt », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 89.

intérêts<sup>3490</sup>». Pourtant, ce sont bien ces dernières notions désignant un mode de raisonnement spécifique qui semble le mieux correspondre à l'activité des juges destinée à produire des effets pratiques plutôt que la notion de dialectique qui désigne un procédé de production de connaissances.

## II) Le problème social

Le revers de la « richesse polymorphe du raisonnement juridictionnel<sup>3491</sup> » offert par ces instruments est l'insécurité provoquée. Comme avec l'équité, l'instrument de la balance des intérêts ou de la proportionnalité sont critiqués en raison de l'imprévisibilité juridique qu'il ferait naître<sup>3492</sup>. Selon un auteur le « principe de la mise en balance (...) ne peut livrer aucun critère matériel qui satisfasse aux exigences de clarté des normes, de sécurité juridique et de stabilité des méthodes imposées par l'Etat de droit. La théorie de la mise en balance porte constamment en elle le danger de 'donner la priorité' trop exclusivement, dans le cas concret, à une norme constitutionnelle au détriment d'une autre<sup>3493</sup> ».

## III) Le problème politique

Sans surprise, la proportionnalité/balance des intérêts pose, comme l'équité, un problème politique. Par le truchement de ces instruments ainsi que des normes supra-législatives, les juges sont en mesure d'écarter l'énoncé de ces normes voire de les mettre en cause par le truchement du contrôle de constitutionnalité. Il n'y aurait rien d'embarrassant a priori si les juges contrôlaient ces normes issues du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif par le biais de la logique formelle, qui présente l'avantage, en apparence du moins, d'être peu contestable.

---

<sup>3490</sup> VAN COMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in, Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 495-506.

<sup>3491</sup> SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », art. préc., p. 18.

<sup>3492</sup> TERRE Fr., Introduction générale au droit, 10<sup>e</sup> ed., Paris : Dalloz, 2015, n° 188 ; BALLOT E., Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, préf. J.-Fr. CESARO, Paris : Mare & Martin, 2014, p. 394 et s. ; PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préf. DEBBASCH Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 1990, p. 46 et s.

<sup>3493</sup> MÜLLER Fr., Discours de la méthode juridique, trad. O. Jouanjan, Paris : PUF, 1996, p. 96.

Le problème provient justement de l'emploi d'une méthode que d'aucuns qualifient de flou et d'imprévisible pour mettre en cause ces normes. Ces méthodes d'adjudication faciliteraient l'avènement du gouvernement des juges.

En outre, ces instruments contribuent au « transfert du pouvoir créateur du droit au détriment de la loi et au profit du jugement <sup>3494</sup> » et encourt la critique de la subjectivité <sup>3495</sup>.

Les rapports entre les trois branches du pouvoir sont donc substantiellement modifiés par l'introduction de cette méthode d'adjudication. Comme avec le pouvoir d'équité, le maintien de la proportionnalité/mise en balance des intérêts dépend de la réaction des autres pouvoirs <sup>3496</sup>.

## Conclusion du chapitre trois

Ce chapitre avait pour objet d'exposer les effets auprès des acteurs du droit du discours doctrinal de l'équilibre (« balance des intérêts », « équilibre », « proportionnalité ») rendu possible initialement par les réflexions de Bentham.

Le discours doctrinal de l'équilibre était destiné à lutter contre le formalisme du droit et de la science du droit et à proposer au juge un mode alternatif de raisonnement juridique. Les auteurs suggéraient au juge d'abandonner, lorsque les règles formelles demeurent inappropriées, le raisonnement formel (syllogisme) au profit d'une logique alternative que l'on peut qualifier de « logique de l'utilité » (balance des intérêts).

Pour divers motifs, les juges ont globalement réceptionné les propositions de la doctrine anti-formaliste. Les juges américains ont opportunément mise en œuvre le balancing au moment où il devenait difficile pour eux de légitimer les atteintes du législateur aux droits constitutionnels. Le balancing a ainsi été introduit pour favoriser un régime attentatoire aux droits subjectifs reconnus par la Constitution. Une fois l'épisode du maccarthysme passé, les

---

<sup>3494</sup> TERRE F., « La proportionnalité comme principe ? », JCP G, 15 juin 2009, p. 52 et s., n° 14.

<sup>3495</sup> TERRE F., « La proportionnalité comme principe ? », JCP G, 15 juin 2009, p. 52 et s., n° 14.

<sup>3496</sup> MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in, Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles : Bruylant, 1992, t.1, p. 66 : « *l'irrésistible ascension du principe de proportionnalité place le juge haut dans la pyramide mais il ne s'y maintiendra que si les autres pouvoirs le soutiennent ou à tout le moins l'acceptent* ».

juges américains ont continué d'employer cette méthode, quoique de manière plus raisonnable, afin de résoudre plus efficacement certains litiges.

Pour le cas allemand, il est nécessaire de procéder à une distinction. En droit privé, les juges ont fait bon accueil à l'Interessenjurisprudenz de Heck. A partir du début du XXe siècle, les juges allemands ont ainsi raisonné en termes de mise en balance des intérêts afin d'adapter les anciennes règles codifiées dans le BGB aux réalités sociales de l'époque. A nouveau, l'instrument a ensuite continué d'être employé pour répondre à des situations qui demandaient une certaine souplesse de la part de l'interprète. En droit public, les juges à l'origine prussiens ont introduit l'exigence de proportionnalité suggérée par la doctrine afin de réduire le scope de la police administrative au strict nécessaire. En dépit d'une origine distincte, le contrôle de proportionnalité opéré par les cours administratives prussiennes vise, à l'instar de la mise en balance des intérêts, à comparer les intérêts et à donner préférence au plus important. Rattaché historiquement au discours du Rechtsstaat et à la rhétorique des droits de l'Homme, le contrôle de proportionnalité s'explique plus simplement en termes d'utilité. L'assimilation subséquente par les cours européenne et communautaire de la mise en balance des intérêts et du principe de proportionnalité suggèrent qu'il s'agit d'un instrument analogue voire identique qui repose sur la « logique de l'utilité ».

La France, pays légaliste par excellence, n'a pas suivi la voie de l'Allemagne et des Etats-Unis. Le juge judiciaire n'a pas, au lendemain du renouveau de la science du droit, adopté la technique d'équilibre préconisée par Gény. Si le juge balance les intérêts, il ne le dit pas. Grandement aidé par les traités doctrinaux, le juge judiciaire français s'écarte quelque peu de la loi au profit des principes juridiques mais demeure, sur la forme, encore scrupuleux.

**Balance des intérêts/proportionnalité et équité.** Il est très fréquent en doctrine de rapprocher la balance des intérêts (ou la proportionnalité) et l'équité, que cette dernière soit employée comme un terme eulogistique (approbatif)<sup>3497</sup> ou comme un terme dyslogistique (désapprobatif). Ce rapprochement est, dans une certaine mesure, justifié. En effet, la balance des intérêts et l'équité sont deux instruments qui répondent exactement aux mêmes fonctions (dépasser le droit strict pour ses lacunes – silence, imprécisions, généralité excessive – ou ses conséquences nuisibles). En outre, comme nous pouvons désormais le constater, ces deux

---

<sup>3497</sup> Par ex., SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, p. 113 ; SUDRE Fr., « A propos du droit de juger équitablement », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 41-53.

instruments ont des origines analogues : un discours de l'équilibre (« *aequum* »/ « *aequitas* » qui plonge ses racines dans un savoir extérieur au droit (l'aristotélisme et l'utilitarisme). Enfin, l'exigence de proportionnalité, quoique sous des formes différentes, apparaît prégnante dans l'application de l'équité comme de la balance des intérêts.

Néanmoins, assimiler la balance des intérêts et l'équité constituerait une erreur monumentale. Il n'y a pas une seule bonne raison de le faire et beaucoup d'y renoncer. La plus évidente est que le flou entourant ces notions ne pourrait que s'épaissir si l'on décidait de définir l'une par l'autre. A plus forte raison lorsque ces mots sont aussi fortement connotés. La science du droit a tout à perdre à élever métaphysiquement (comme l'équité) ce qui n'apparaît, du reste, que comme des instruments. Elle a par contre à gagner à rechercher les raisons d'être de ces instruments, leurs caractères communs et leurs différences. A notre avis, dans chacun des cas, c'est toujours l'utilité qui est poursuivie, qu'elle que soit le nom donné à cet instrument.

Ces instruments peuvent et doivent être rapprochés car ils procèdent du même phénomène de déformalisation nécessaire du droit. Cependant, aucune raison, sauf métaphysique, ne justifie qu'on les identifie ou qu'on les fasse procéder d'une même essence.

## **Conclusion du titre deux**

Le titre deux avait pour objet d'exposer la deuxième époque de l'« équilibre » en droit selon une structure identique à celle du premier titre, et ce, afin de montrer la récurrence du phénomène.

Ce phénomène, rappelons-le, est la déformalisation du droit. Ce phénomène peut se produire lorsqu'un droit trop formaliste est confronté à une réalité sociale changeante. Dans cette hypothèse, le droit ne parvient plus à assurer sa fonction d'encadrement des rapports sociaux. Une certaine doctrine mobilise donc divers moyens afin d'inciter le législateur à faire évoluer sa législation et le juge à recourir à d'autres méthodes d'interprétation du droit voire de s'affranchir de la loi lorsque et de trancher en fonction des intérêts en présence. La doctrine doit, à cette fin, trouver une raison, une idée qui justifierait le juge dans cette démarche subversive. Or, les juristes ne peuvent employer le langage et les catégories juridiques dans

leur projet de dépassement du droit. En effet, dans cette hypothèse, le droit ne suffit plus. La doctrine se tourne donc vers des savoirs extra-juridiques grâce auxquels un discours sur le droit sera possible. La philosophie, la sociologie et d'autres sciences, peuvent ainsi être exploitées pour exprimer un discours normatif sur le droit. Il faut également trouver un langage qui permet à la fois d'introduire les savoirs et arguments extra-juridiques et qui peut dans le même temps figurer comme un discours juridique. C'est ici qu'intervient le terme d'équilibre (ou un mot qui exprime l'idée identique).

Les romains ont donc décidé de dépasser le droit avec la notion d'« *aequum* », et deux millénaires plus tard, les allemands ont choisi le terme « *abwägung* », les américains le terme « *balancing* » et les français le terme « *balance* » ou « *équilibre* ».

## **Conclusion de la première partie**

L'objet de la partie une était de nous fournir des éléments de connaissance sur le terme « *équilibre* » et idéalement une grille d'analyse utilisable à d'autres champs.

En effet, l'objectif de cette première partie n'est qu'une fin subordonnée à notre recherche sur la signification du terme dans le domaine du droit d'auteur. En raison de son caractère instrumental et de la finalité dernière ce travail, le contenu de cette première partie se devait d'être le moins erroné possible. Les résultats auxquels il fallait aboutir devaient être objectifs, exploitables et neutres vis-vis de la fin à laquelle ils allaient servir dans un second temps.

Les résultats auxquels nous sommes parvenus peuvent se résumer en deux temps.

Le premier point, peut-être le plus essentiel, concerne la méthode adoptée. Nous avons décidé d'entreprendre cette étude en écartant les méthodes conceptuelles et essentialistes au profit d'une méthode analytique. Autrement dit, nous n'avons pas voulu nous intéresser à l'existence (ni, du reste, à la non-existence) d'une essence qui serait désignée par le mot « *équilibre* ». Pareillement, nous n'avons pas voulu conceptualiser l'*équilibre* en raison des risques de subjectivité qu'une telle méthode fait peser sur les résultats. Notre choix s'est porté

sur l'étude du mot tel qu'il est employé dans la langue du droit et dans la langue du juriste. Au vu des résultats obtenus, il nous semble que le choix de la méthode se justifie. Ces résultats nous semblent à la fois inédits, utiles à la connaissance du droit et exploitables dans d'autres contextes juridiques.

Le second point concerne les résultats en tant que tel. Aucune définition de l'équilibre ne peut être formulée. Par contre, il est possible de relever chronologiquement les différents usages du mot.

Lorsque les juristes emploient le terme « équilibre » (ou de « balance »), il s'agit de manière générale d'exprimer l'idée que le droit doit rechercher concrètement l'équilibre, c'est-à-dire, l'équilibre des intérêts. Il s'agit donc d'un discours de type idéaliste. Cet idéalisme toutefois est particulier car il renvoie aux réalités observables, au concret, aux intérêts hic et nunc. Il ne s'agit pas d'un idéalisme à la Platon élaboré à partir de la spéculation et de la rationalisation. Lorsque les juristes parlent d'« équilibre », ils communiquent une représentation du droit (une fiction) qui se veut proche des réalités et qui vise à supplanter la représentation traditionnelle qui s'est progressivement écartée des réalités en raison d'un formalisme routinier.

Lorsque le juge utilise le terme qui résulte du discours de l'équilibre doctrinal (aequum, aequitas, équité, equity, balancing, abwägung, proportionnalité) il exerce son pouvoir d'interprétation de manière singulière. Grâce à ces mots, il justifie le recours à la « logique de l'utilité » pour trancher le cas. Il peut écarter la règle de droit et le syllogisme au profit d'une évaluation des intérêts et d'une solution capable de les équilibrer. Le risque existe cependant que ce pouvoir soit utilisé, directement ou indirectement, aux dépens des justiciables.

Quant au législateur, celui-ci n'a pas, en tant que tel, besoin d'employer le langage de l'« équilibre ». Il peut néanmoins se référer aux instruments du juge (équité, equity, proportionnalité etc.) afin d'encadrer sa pratique. Rappelons que ces instruments peuvent s'exercer, par nature, contre la norme posée et partant, contre la volonté du législateur.

Nous espérons désormais être munis des instruments nécessaires à l'étude objective de l'équilibre en droit d'auteur. Il s'agit désormais d'appliquer la grille de lecture dégagée dans la première partie à la matière du droit d'auteur afin d'en recueillir quelques connaissances utiles.





# Partie deux : Analyse des discours de l'équilibre en droit d'auteur

« Les pensées, même les plus pures et les plus juridiques, sont des actes intentionnels. L'homicide involontaire est rare. On fabrique des théories, des métathéories justificatrices comme on fabrique son alibi. La vérité est mise en abîme. L'arme du crime est toujours le concept<sup>3498</sup> ».

O. Joujouan

L'objet de notre première partie consistait à fournir quelques éléments fixes afin de pouvoir tenir « un discours sur le discours de l'équilibre ». A partir de la grille de lecture qui se dégage de ces éléments, nous pouvons opérer une distinction quant aux discours de l'équilibre en droit d'auteur.

Au cours de la majeure partie de l'histoire du droit d'auteur, la signification du terme d'« équilibre » a changé à plusieurs reprises. Nous aurons l'occasion de constater l'existence de plusieurs acceptions de ce terme, lesquelles présentent toutefois certains traits communs. Ces traits (le refus de l'absolutisme et du monisme, le positivisme sociologique, la recherche et la conciliation des intérêts en présence en tant que mode de représentation du droit et prérequis du discours normatif), qui renvoient à une approche utilitariste du droit d'auteur,

---

<sup>3498</sup> JOUANJAN O., Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918), Paris : PUF, 2005.

nous permettent de dire que les discours de l'équilibre, tenus par les juristes et les acteurs du droit, durant l'évolution du droit d'auteur, demeurent stables par rapport aux éléments que nous avons recueillis dans la première partie. Ces discours demeurent globalement soutenus par une charge critique contre le dogmatisme et la tradition, et visent, dans le même temps, à promouvoir une institution conforme à ce que requiert l'utilité.

Néanmoins, depuis une période assez récente, nous constatons également en droit d'auteur français, un discours doctrinal alternatif de l'équilibre, que nous qualifierons de « conservateur » et dont les présupposés et les fonctions s'opposent à la plupart des résultats auxquels nous sommes parvenu auparavant. Ce discours « conservateur » qui s'oppose sur la forme (mais pas nécessairement sur le fond) au discours « classique », nous amène à relever une instabilité sémantique du terme, et partant, des discours de l'équilibre, que nous interprétons, sinon comme une réponse, du moins une conséquence, à la crise qui ébranle actuellement les fondements du droit d'auteur.

Il convient ainsi et dans un premier titre, de mettre en lumière selon une approche diachronique, la stabilité des discours de l'équilibre durant l'évolution du droit d'auteur (Titre 1), avant d'étudier dans un second titre et selon une approche synchronique, l'actuelle instabilité des discours de l'équilibre (Titre 2).

# **Titre 1 : Approche diachronique : la stabilité des usages de l'équilibre**

Durant la plus grande partie de l'histoire du droit d'auteur, les usages du terme « équilibre » demeurent stables, c'est-à-dire que la signification du terme, à un moment et à un lieu donné, n'entre pas en concurrence avec une signification distincte ou opposée du même terme. Cela ne signifie pas que l'acception du mot demeure identique durant la période considérée (milieu du XIXe-fin XXe) car celle-ci va progressivement évoluée en fonction des usages, mais du moins, qu'elle possède une unité sémantique lorsqu'elle est employée dans un même contexte.

Pour mener à bien cette analyse, nous allons avoir recours à la distinction traditionnelle entre discours des acteurs du droit (législateur, juges) et discours des juristes (doctrine). En effet, les usages et les fonctions du mot équilibre dépendent du statut et des prérogatives de ceux qui l'emploient. Alors qu'il remplit une fonction essentiellement rhétorique et dans une moindre mesure scientifique en doctrine, le terme est, pour le législateur, un moyen d'habiliter le juge à exercer un large pouvoir d'appréciation de l'espèce, à individualiser sa décision, voire à produire du droit, tandis que pour le juge, il s'agit de justifier l'exercice des pouvoirs précédemment mentionnés.

L'étude du discours des acteurs du droit (chapitre 2) succèdera à l'étude du discours des juristes (chapitre 1).

# Chapitre 1 : Le discours de l'équilibre des juristes

Au cours du XIX et du XXe siècle la notion d'« équilibre » va changer de sens. Au départ, elle est employée pour nourrir la doctrine sociale du droit d'auteur (section 1), puis, elle va servir à se référer aux systèmes étrangers influencés directement ou indirectement par la doctrine utilitariste (section 2).

## Section 1 : Acception « sociale » de l'équilibre au XIXe siècle

L'usage du terme « équilibre » en droit d'auteur est la manifestation d'une réaction contre une doctrine absolutiste, celle de la propriété littéraire, laquelle prétend jaillir de l'acte de naissance du droit d'auteur.

**La cause des débats du XIXe siècle.** La consécration du droit de reproduction exclusif au profit des auteurs en 1793 est double : d'une part, c'est par la loi, conçue comme l'expression de la souveraineté populaire et promue source exclusive de droit par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qu'est attribué aux auteurs le droit de reproduire leurs ouvrages, d'autre part, les productions de l'esprit sont symboliquement présentées comme des propriétés. Pourtant, cette forme de sacrement symbolique apparaît vite insuffisante. En effet, du point de vue des premiers intéressés, le tableau n'est pas aussi idyllique qu'il y paraît puisque la législation, en fixant un délai de dix ans post mortem au droit de reproduction, revient sur l'un des apports les plus détonants des arrêts du Conseil du Roi de 1777, à savoir la perpétuité des privilèges accordés aux auteurs. Malgré les déclamations du rapporteur Lakanal selon lesquelles « *de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation, (...) c'est sans contredit celle des productions du génie*<sup>3499</sup> », la loi censée organiser le régime de cette propriété est loin de satisfaire les intéressés. Dès sa promulgation, les auteurs contestent la loi<sup>3500</sup> en invoquant, non pas immédiatement les concepts surannés de justice ou d'équité, mais simplement les dispositions de la loi elle-même<sup>3501</sup>. En effet, les sollicitations des

---

<sup>3499</sup> Rapport, séance du 19 juillet 1793, in, LAKANAL J., Exposé sommaire des travaux, Paris : Firmin Didot, 1838, p. 9.

<sup>3500</sup> V. DOCK M.-C., « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », RIDA, janvier 1974, LXXIX, p. 201.

<sup>3501</sup> GASTAMBIDE A., Histoire et théorie de la propriété des auteurs, Paris : Cosse et Marchal, 1862, p. 51 : « il n'est pas mal aisé de prévoir que la loi de 1793, en proclamant le droit de propriété des auteurs, éveillera en eux le désir naturel d'exercer ce droit dans sa plénitude, et qu'ils ne tarderont pas à se trouver à l'étroit dans les

auteurs auprès du législateur en faveur d'une protection plus longue de leurs intérêts dès le lendemain de la loi de 1793 trouveront dans la qualification de propriété, un argument décisif. La lutte des auteurs (Balzac, Lamartine, De Vigny ou Hugo, pour ne citer que les plus célèbres) pour leurs droits constitue l'une des principales causes des débats du XIXe sur la propriété littéraire. « Prenant le relais des libraires parisiens de l'Ancien Régime » note M. Pfister « les auteurs revendiquent âprement, si ce n'est la propriété perpétuelle, du moins un système permettant de garantir à leurs descendants une situation matérielle convenable. Et il n'est pas excessif de dire que ces prises de positions ont obtenu un écho<sup>3502</sup> ». En effet, leurs revendications poussent les gouvernements successifs à multiplier les projets de loi. Dans le cadre institutionnel des assemblées délibérantes, commissions et autres sous-commissions mandatées où sont débattus ces projets, l'argument consistant à tirer parti de la nature du droit de l'auteur afin d'en déduire les conséquences juridiques est systématiquement soulevé par les défenseurs des intérêts des auteurs. Ces champions de la propriété littéraire désireux de consacrer la perpétuité des droits – sinon de prolonger leur durée – provoquent naturellement une réaction contraire. Celle-ci prend la forme, comme nous le verrons, d'un discours comportant la notion d'« équilibre ».

Dans un premier temps, nous présenterons les cadres dans lesquels se sont tenus les débats sur la nature et la durée du droit d'auteur (I). Ces débats réunissent les conditions de formation du discours de l'équilibre destiné à s'opposer à la thèse jusnaturaliste et absolutiste du droit de propriété que nous étudierons dans un second temps (II).

## I) La cause du discours : les débats sur la durée du droit d'auteur au XIXe siècle

Les débats sur la durée du droit d'auteur peuvent se regrouper en deux périodes. La première débute avec Napoléon et se clôt avec la loi de 1854 (A). La seconde période prend le relais pour s'achever avec la loi du 14 juillet de 1866 (B).

---

limites que la législation a cru devoir poser à la durée de leur jouissance privative. Ils invoqueront le caractère respectable d'un droit qui a son principe dans les plus nobles travaux de l'homme. Ils se prévaudront des conditions générales et essentielles de la propriété ».

<sup>3502</sup> PFISTER L., *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? : la formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, th. dactyl., Strasbourg, université Robert Schuman, 1999, p. 719.

A) *Première période : du décret de 1810 à la loi de 1854*

Cette première période peut elle-même être découpée en trois temps. Nous étudierons successivement les débats à l'occasion du décret de 1810 (1), de la commission de 1825 (2) et enfin du projet de loi de 1839 (3).

- 1) Le débat à l'occasion du décret-loi impérial du 5 février 1810 relatif à l'imprimerie et à la propriété littéraire

C'est en 1810, à l'occasion du projet de réglementation de la police de la librairie, que la question de la durée des droits d'auteur survient. Le but de cette réglementation est de constituer un « véritable code de l'imprimerie et de la librairie<sup>3503</sup> » qui placerait sous la surveillance de l'Etat, comme sous l'Ancien Régime<sup>3504</sup>, les professions d'imprimeur et de libraire. Cette volonté de renforcer les mesures de police économique et de police culturelle et spirituelle<sup>3505</sup> s'expriment dans deux projets de loi issus respectivement du ministre de l'intérieur et du ministre de la police. Afin de s'attirer les faveurs des imprimeurs et des libraires en compensant leurs futures charges et de répondre accessoirement aux attentes des auteurs, chacun des deux rédacteurs prévoit dans son projet une extension de la durée des droits de reproduction<sup>3506</sup>. Le premier projet étendrait la durée des droits à la vie de l'auteur ainsi qu'à celle de sa veuve et à celle de ses enfants, tandis que le second l'étendrait à la vie de l'auteur ou à celle de son cessionnaire, et aux enfants (ou à la veuve) de l'un ou de l'autre. A l'occasion de la discussion de ces projets en séance du Conseil d'Etat, la durée perpétuelle est évoquée. Dans une déclaration désormais célèbre, l'Empereur Napoléon le 2 septembre 1808 se prononce en faveur d'une durée limitée de la propriété essentiellement en raison des obstacles que la durée perpétuelle poserait à la diffusion des œuvres existantes et à la production de nouvelles connaissances :

---

<sup>3503</sup> PFISTER L., th. préc., p. 713.

<sup>3504</sup> RENOARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, t. 1, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, p. 374.

<sup>3505</sup> V. PFISTER L., th. préc., p. 714 note 116.

<sup>3506</sup> V. RENOARD A.-C., op. cit., p. 374 ; PFISTER L., op. cit., p. 714.

« Que la perpétuité de la propriété dans la famille des auteurs aurait des inconvénients. Une propriété littéraire est une propriété incorporelle qui, se trouvant dans la suite des temps et par le cours des successions divisée en une multitude d'individus, finirait, en quelque sorte, par ne plus exister pour personne ; car, comment un grand nombre de propriétaires, souvent éloignés les uns des autres et qui, après quelques générations, se connaissent à peine, pourraient-ils s'entendre et contribuer pour réimprimer l'ouvrage de leur auteur commun ? Cependant, s'ils n'y parviennent pas, et qu'eux seuls aient le droit de le publier, les meilleurs livres disparaîtront insensiblement de la circulation.

Il y aurait un autre inconvénient non moins grave ; le progrès des lumières serait arrêté, puisqu'il ne serait plus permis, ni de commenter, ni d'annoter les ouvrages ; les gloses, les notes, les commentaires ne pouvant être séparés d'un texte qu'on n'aurait pas la liberté d'imprimer<sup>3507</sup> ».

Néanmoins, afin de « favoriser davantage encore la veuve et les héritiers », l'Empereur propose de faire profiter, sous condition, la veuve de la jouissance du droit de l'auteur et d'augmenter de dix ans le délai post mortem auctoris. Cette proposition est concrétisée à l'article 39 du décret du 5 février 1810 lequel dispose que « le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant leur vie, si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à leurs enfants vingt ans<sup>3508</sup> ».

Si le décret, par cette disposition, semble favorable aux auteurs, il ne l'est, à dire vrai, que pour une catégorie d'entre eux. En effet, rédigé en vue d'encadrer les activités des libraires et des imprimeurs, le décret ne vise, selon un avis du Conseil d'Etat, que les auteurs d'ouvrages littéraires et « n'a rien innové quant aux droits des auteurs dramatiques et des compositeurs de musique et que ces droits doivent être réglés conformément aux lois existantes antérieurement audit décret du 5 février<sup>3509</sup> », à savoir la loi du 13 janvier 1791 en ce qui concerne la durée du droit de représentation (5 ans post mortem auctoris)<sup>3510</sup>. Au surplus, les

---

<sup>3507</sup> NAPOLEON, in, Législation de Loqué, t. IX, 1827, cité par GASTAMBIDE M., Histoire et théorie de la propriété des auteurs, Paris : Cosse et Marchal, 1862, pp. 52-53. Renouard, à cette occasion, louait chez Napoléon la « netteté d'intelligence » et « cette supériorité de bon sens », v. RENOARD A.-C., op. cit., p. 388.

<sup>3508</sup> Cité par PFISTER L., th. préc., p. 714. V. égal. RENOARD A.-C., op. cit., p. 389.

<sup>3509</sup> Avis du Conseil d'Etat portant que le décret du 5 février 1810 n'a rien innové quant aux droits des auteurs d'ouvrages dramatiques et des compositeurs de musique, Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, 2<sup>e</sup> éd., t. 17, Paris : Guyot et Scribe, 1836, p. 439. V. OLAGNIER P., Le droit d'auteur, t. 2, Paris : LGDJ, 1934, pp. 71-72.

<sup>3510</sup> Quant à savoir si toutes les œuvres étaient visées par l'extension de la durée du droit de reproduction, les juges de la Cour de cassation ont admis en 1873 que le décret s'appliquait, du fait de la généralité des termes et de « puissantes raisons d'identité, à la reproduction de tout ouvrage imprimé ou gravé et, par suite aux œuvres musicales aussi bien qu'aux œuvres littéraires » (Cass. Req. 11 mars 1873. 1., p. 246, cité par PFISTER L., th.

auteurs pouvant bénéficier du décret ne sont que partiellement satisfaits. Outre la durée, trop courte, ils estiment qu'il est inutile et injuste de subordonner celle-ci à la composition de la famille de l'auteur<sup>3511</sup>. En effet, la durée du droit d'un auteur, célibataire et sans enfant, sera nécessairement plus courte que celle du droit d'un auteur marié et père d'un ou de plusieurs enfants. Cette discrimination affecte d'ailleurs l'auteur lui-même lorsqu'il négocie la cession de son droit avec les éditeurs.

## 2) Les débats au sein de la commission de 1825

A la Restauration, une commission composée de magistrats, d'hommes de lettres et de représentants des auteurs dramatiques et de libraires est mandatée par décision royale en 1825 « dans l'intérêt des lettres et des arts<sup>3512</sup> », afin de régler le problème de la durée des droits d'auteur. Au cours de la vingtaine de réunions auxquelles siègent notamment Portalis, Lainé, Lamartine, Villemin, Pardessus, Renouard ou encore le libraire Firmin Didot, le caractère perpétuel des droits exclusifs est à nouveau proposé et même, sur le principe, approuvé. Ce n'est qu'à la suite de l'examen des différentes modalités de son application, que les commissaires, confrontés aux mêmes inconvénients identifiés par Napoléon, y ont renoncé<sup>3513</sup>. Après s'être un temps accordés sur un délai initial de quatre-vingts ans post mortem auctoris, les membres de la commission se ravisent au profit d'une durée plus courte. Les travaux achevés, la commission présidée par le vicomte (Sosthène) de La Rochefoucauld propose un projet de loi en quinze articles dont le principal dispose que la durée des droits exclusifs de reproduction et de représentation s'étend à cinquante années post mortem auctoris, à charge pour les ayants-cause de procéder à la réimpression de l'ouvrage au plus tard vingt ans après le décès de l'auteur. A partir de ce terme « certain et uniforme », indique La Rochefoucauld, la « jouissance illimitée du public commencera<sup>3514</sup> ». Cette durée est présentée, par le rapporteur, comme le résultat d'une « volonté de satisfaire les intérêts des

---

préc., p. 716). Quelques années plus tard, la Cour d'appel refusait cependant d'appliquer le décret au droit de reproduction d'une peinture ( CA, Paris : 18 août 1879, D. 1881, p. 161, cité par PFISTER L., th. préc., p. 716).

<sup>3511</sup> V. DIU I., PARINET E., Histoire des auteurs, Paris : Perrin, 2013, p. 340.

<sup>3512</sup> LA ROCHEFOUCAULD S. DE, « Rapport au Roi », Thémis, 1826, t. 8, p. 93.

<sup>3513</sup> Un privilège perpétuel « n'existe nulle part ; il nuirait à l'instruction par un monopole trop prolongé ; il deviendrait ou onéreux pour le public, ou illusoire pour la famille ; il tromperait souvent les intentions de l'auteur lui-même, qui, en publiant son ouvrage, a souhaité que les éditions s'en multipliasse facilement après lui. Il a donc paru, Sire, que l'on devait, en étendant le terme actuel du droit exclusif, le borner cependant » (LA ROCHEFOUCAULD S. DE, id., p. 94).

<sup>3514</sup> Ibid.

auteurs et artistes en conciliant les intérêts du public et du commerce<sup>3515</sup> ». La conciliation à opérer pour fixer la durée renvoie, de manière plus générale, à la nécessité d'harmoniser, pour la matière, les deux principes opposés que sont, dit-il, « la récompense due aux génies *immortels et l'imprescriptible droit acquis au public sur la jouissance des œuvres du génie*<sup>3516</sup> ». Cette conciliation est présentée sous la figure d'une convention : « *c'est un contrat solennel entre la société et les auteurs dont il s'agit de régler les conditions ; les avantages accordés aux uns ne doivent point préjudicier aux droits de l'autre*<sup>3517</sup> ». Le discours de La Rochefoucauld mêle idéalisme jusnaturaliste (« récompense due aux génies immortels », « imprescriptible droit acquis ») et positivisme utilitariste.

Finalement, le projet est abandonné, « *d'autres intérêts* » écrit Gastambide « le firent oublier ou ajourner<sup>3518</sup> ».

**Réaction des auteurs : la lettre de Balzac.** Ce manque de volonté politique suscite une mobilisation des premiers intéressés, à savoir les auteurs. Inspiré de Beaumarchais lorsque celui-ci avait proposé de fonder en 1777 une société des auteurs dramatiques, Balzac en 1834 publie dans la revue de Paris, une Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle<sup>3519</sup>, dans laquelle il dénonce « *les oppressions légales, [...] les oppressions de l'étranger, [...] les oppressions intimes* » subies par les auteurs qu'ils invitent par ailleurs à se réunir. Dans sa lettre, Balzac évoque à cette fin le sort de l'écrivain contemporain, lequel « ne voulant rien devoir qu'à lui-même, est forcé de s'occuper de ses intérêts, et ses intérêts touchent à ceux de la librairie française qui expire<sup>3520</sup> ». L'auteur de la Comédie humaine reproche au législateur de ne pas protéger les auteurs contre les contrefacteurs étrangers et attaque les révolutionnaires qui ont précipité les auteurs « *sous l'empire d'une loi barbare*<sup>3521</sup> » en les déclarant « inhabiles à se succéder à eux-mêmes<sup>3522</sup> ». Balzac fustige la loi qui « protège la

---

<sup>3515</sup> Ibid.

<sup>3516</sup> Commission de la propriété littéraire, Collection des procès-verbaux, Paris : de Pillet, 1826, p. 39.

<sup>3517</sup> Ibid.

<sup>3518</sup> GASTAMBIDE A., Histoire et théorie de la propriété des auteurs, Paris : Cosse et Marchal, 1862, p. 55.

<sup>3519</sup> V. BALZAC H. De, « Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle », Revue de Paris : 1834, t. 11, p. 62 et s. ; POLLAUD-DULIAN Fr., « Balzac et la propriété littéraire », in, L'année balzacienne, 2003, p. 197 et s.

<sup>3520</sup> BALZAC H. De, « Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle », art. préc., p. 63

<sup>3521</sup> Ibid.

<sup>3522</sup> BALZAC H. De, « Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle », art. préc., pp. 63-64.

terre » et « la maison du propriétaire qui a sué » et qui, dans le même temps, « confisque *l'ouvrage du poète qui a pensé*<sup>3523</sup> ».

Les appels de Balzac sont bien entendus. D'une part, ses pairs se réuniront en une société des gens de lettres qu'il aura l'honneur de présider. D'autre part, sa diatribe contribue à la formation un an plus tard de deux commissions administratives. La première, présidée par Villemain, est chargée de « rechercher tous les moyens propres à prévenir les inconvénients de la contrefaçon des livres français à l'étranger<sup>3524</sup> », tandis que la seconde est chargée d'élaborer un projet de loi sur la durée des droits d'auteur<sup>3525</sup>.

3) Les débats liés au projet de loi de 1839

**Commission de 1836.** Sous le gouvernement de Louis-Philippe, le ministre de l'Instruction publique Guizot forme une commission administrative sur la propriété littéraire présidée par Philippe de Ségur et composée d'écrivains tels que Lamartine et Victor Hugo, d'éditeurs comme Wurtz et encore Firmin Didot<sup>3526</sup>. La commission a pour objet de préparer, à partir des travaux de la commission précédente, un nouveau projet de loi relatif à la propriété des *ouvrages d'art, de science et de littérature*.

A nouveau la question de savoir si les ouvrages d'art, de sciences et de lettres doivent être considérés comme une propriété absolue est posée puis tranchée par l'affirmative. Quant au caractère transmissible de cette propriété, la commission l'admet en ajoutant aussitôt qu'à la mort de l'auteur « le droit de propriété de son héritier subit une modification ; *qu'il se complique de l'intervention du droit de jouissance acquis à la société par la publication de l'ouvrage, droit dont l'héritier n'a plus la faculté de la priver*<sup>3527</sup> ». S'agissant enfin de la

---

<sup>3523</sup> BALZAC H. De, id., p. 64.

<sup>3524</sup> Sur les travaux de cette commission, v. [http://www.mshparisnord.fr/controverses-PI-XIX/notices/not\\_com-contrefacons\\_1837.html#N1](http://www.mshparisnord.fr/controverses-PI-XIX/notices/not_com-contrefacons_1837.html#N1)

<sup>3525</sup> Selon le ministre Guizot, « depuis longtemps les artistes, les savants et les littérateurs réclament contre les dispositions de la législation qui limitent la durée de la propriété de leurs ouvrages, et demandent qu'une nouvelle loi en assure et prolonge la jouissance au profit de leurs héritiers ; *Voulant satisfaire à ce vœu autant que le permet l'intérêt public (...)* » (Cf. Arrêté du 22 octobre 1836, Le Moniteur Universel, 23 octobre 1836, cité par PFISTER, th. préc., p. 719).

<sup>3526</sup> Guizot forme également une seconde commission destinée à rechercher « tous les moyens propres à prévenir les inconvénients de la contrefaçon des livres français à l'étranger », V. DIU I., PARINET E., op. cit., p. 343 et s.

<sup>3527</sup> SEGUR Ph. De, « Rapport pour la Commission rassemblée pour rédiger un projet de loi sur la propriété d'arts, de sciences et de lettres », Le Moniteur Universel, 28 mars 1837, disponible sur [http://www.mshparisnord.fr/controverses-PI-XIX/archives/arc\\_rapSegur\\_1837.pdf](http://www.mshparisnord.fr/controverses-PI-XIX/archives/arc_rapSegur_1837.pdf)

question du caractère perpétuel ou temporaire de cette propriété, la commission « comme celle de 1825 » penche pour la perpétuité. Pourtant, bien que « juste en son principe », la perpétuité « a paru offrir dans son application des difficultés insurmontables<sup>3528</sup> ». Une nouvelle fois, les difficultés pratiques dissuadent les adeptes de la thèse de la propriété. Est également rejetée la proposition d'un domaine public payant émanant d'un des membres soucieux de conserver le principe de la perpétuité et de faire concorder les intérêts divers et contradictoires des ayants-cause de l'auteur marié, des éditeurs et du public<sup>3529</sup>.

Afin de fixer « *de juste limites, dans l'intérêt de tous, au droit de propriété des héritiers des auteurs* », la commission se prononce en faveur d'une durée des droits de représentation et de reproduction limitée à cinquante ans. Quant à la « question capitale » à résoudre, à savoir la manière de « concilier les droits de propriété de ces héritiers avec les droits du public à la jouissance des ouvrages<sup>3530</sup> » lorsque les héritiers ne procèdent pas à une réimpression de ces derniers, la commission opte pour le modèle de l'expropriation pour cause d'utilité publique. Afin de « garantir les droits des deux parties » la commission avait initialement prévu la possibilité pour le public désireux d'acquérir de nouveaux exemplaires d'une œuvre, de mettre en demeure l'héritier de réimprimer l'ouvrage et de saisir dans un délai de deux ans des arbitres choisis par les tribunaux de commerce afin d'obtenir un jugement définitif. Pourtant, ce système dans lequel « *l'intérêt du public y semblait surtout ménagé* », présentait l'inconvénient d'ouvrir aux « spéculateurs avides (...) *la porte de toutes les maisons les plus respectables et les plus solides de la librairie, les inviter à pénétrer, et, sous le voile d'un faux zèle pour l'intérêt public, à y venir troubler les éditeurs les mieux disposés à réimprimer, dans la possession des ouvrages sur lesquels le crédit de leur maison serait fondé*<sup>3531</sup> ». Le délai initial de deux ans est substitué par un délai de quinze ans, afin d'assurer une tranquille possession aux représentants de l'auteur.

**Le projet de loi de 1839 - Chambre des pairs.** Les travaux de la commission aboutissent au projet de loi présenté par le ministre de l'instruction publique De Salvandy devant la Chambre des Pairs le 5 janvier 1839.

---

<sup>3528</sup> Ibid.

<sup>3529</sup> Les craintes d'imposer davantage la librairie, d'augmenter la valeur vénale des ouvrages et d'inciter les contrefaçons étrangères constituent les motifs du rejet de cette proposition du domaine public payant (Ibid).

<sup>3530</sup> Ibid.

<sup>3531</sup> Ibid.

L'exposé des motifs du projet de loi reprend, pour l'essentiel, les conclusions des travaux de la Commission précédente. Dans celui-ci, Salvandy reconnaît, d'une part, que l'auteur est propriétaire de son œuvre, quoiqu'il ne s'agisse pas à proprement parler de la propriété ordinaire, et, d'autre part, que la perpétuité siérait le mieux à cette propriété, « la plus intime et la plus sacrée de toute<sup>3532</sup> ». Néanmoins admet-il, il faut renoncer à la perpétuité en raison des difficultés et des périls qu'elle générerait. Se référant aux impasses auxquelles ont abouti les travaux de la commission lorsqu'il s'est agi d'organiser les modalités de la perpétuité, Salvandy se range en définitive à l'avis selon lequel la propriété littéraire est bien une propriété, mais une propriété « dont l'étendue a ses limites dans la possibilité et dans l'intérêt public<sup>3533</sup> ». C'est alors en faveur de l'intérêt public qu'il dresse un fervent plaidoyer<sup>3534</sup>.

Enfin et concrètement, Salvandy propose d'étendre les droits de reproduction et de représentation à trente ans post mortem auctoris en lieu et place des cinquante années envisagées par la commission, ce qui n'enchant guère les auteurs et la doctrine propriétaire<sup>3535</sup>. Afin d'examiner le projet, une commission spéciale composée notamment du Comte de Siméon, du duc de Broglie, de Cousin ou encore de Félix Faure, est formée.

**Rapport du Vicomte De Siméon à la Chambre des pairs.** Le rapport du Comte de Siméon reproduit les principes développés dans l'exposé des motifs de Salvandy et préconise l'adoption du projet. Toutefois, il est à noter que Siméon s'écarte fondamentalement de la conception jusnaturaliste qui sous-tendait encore ce dernier. Vraisemblablement inspiré par Renouard<sup>3536</sup>, Siméon reprend en effet l'idée qu'à la suite de la publication de l'œuvre, la

---

<sup>3532</sup> GASTAMBIDE A., Histoire et théorie de la propriété des auteurs, p. 56.

<sup>3533</sup> Cité par GASTAMBIDE A., op. cit., p. 56. Cette contradiction équivaut pour Renouard à un constat de carence : « double solution qui, par cela seul qu'elle décrète théoriquement un principe et arrive à en appliquer un autre, peut, tout au moins, être considéré comme laissant la question indécise » (RENOUARD Ch. A., op. cit., t. 2, p. 458).

<sup>3534</sup> SALVANDY, cité par MATHYSSENS J., « Les projets de loi sur le droit d'auteur en France au cours du siècle dernier », RIDA, 1954, IV, p. 35 : « N'y a-t-il pas un autre intérêt que celui de l'auteur et de ses enfants ? N'y a-t-il pas un autre droit acquis que le leur ? Le livre n'appartient-il en réalité qu'à eux ? Les vers de Racine peuvent-ils la propriété exclusive d'une famille, ne sont-ils pas la nôtre à tous ? Ne sont-ils pas devenus le bien de tous ceux qui les ont retenus, gravés dans la mémoire, et qui auraient pu les transmettre ainsi comme la poésie primitive de génération en génération et de peuple en peuple ? (...) Manifestement, la propriété littéraire a ce caractère à part qu'elle est indivise entre les ayants-droits de l'auteur et la Société elle-même ; qu'à côté du droit de quelques-uns à exploiter, il y a le droit de tous de jouir (...) Sans le public, la propriété littéraire n'existerait pas...Le poète, l'historien, l'auteur dramatique font l'écrit : c'est le public qui fait le livre...La société a aussi un droit réel. Les deux droits se balancent justement ».

<sup>3535</sup> M. Pfister note que Portalis avait déposé un amendement afin que la durée soit conforme aux travaux de la commission mais celui-ci fut rejeté (PFISTER L., th. préc., p. 720 note 139).

<sup>3536</sup> Nous retrouvons ces idées dans son article publié deux ans auparavant (v. RENOUARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », Revue de Législation et Jurisprudence, t. V, 1836-

société acquiert « *un droit sur l'ouvrage* », et que se constitue « une sorte de propriété indivise entre l'auteur et la société<sup>3537</sup> ». L'un et l'autre dit-il « doivent jouir de la part qui leur est afférente : *l'auteur, du produit de son œuvre ; le public, du plaisir ou de l'instruction qu'elle lui procure*<sup>3538</sup> ».

A l'évocation de la durée relativement longue du droit exclusif de l'auteur par rapport à celui de l'inventeur, le rapporteur précise sa pensée en affirmant que la loi garantit ce droit aux auteurs « *pour leur vie entière, non par suite d'un droit naturel constituant une véritable propriété, mais par l'effet d'une juste concession*<sup>3539</sup> ». Cet énoncé précède une attaque radicale contre les tenants de la thèse de la « propriété littéraire » qu'il estime contradictoire :

« Les Commissions de 1825 et de 1836 (...) déclarèrent que la propriété littéraire est la plus sacrée, et néanmoins le projet de loi qui sortit de l'une et de l'autre de ces Commissions ne la garantit encore que pour un temps déterminé.

Pourquoi cette différence perpétuelle entre les principes que l'on proclame et leur application, si ce n'est parce qu'en approfondissant la question, on a reconnu qu'il était impossible de donner le caractère de propriété absolue et de droit commun à ce qui n'en est pas une ? Aussi, quelques ingénieuses qu'aient été les diverses combinaisons qu'on a imaginées, (...) on a toujours fini par reconnaître que, la pensée une fois émise, il importe qu'elle reste à la disposition de tous, et qu'il vienne enfin un moment où il ne puisse point dépendre de la cupidité d'héritiers avarés de priver la société des bienfaits des hommes de génie<sup>3540</sup> ».

---

1837, pp. 241-274). Cf. WOŁOWSKI L., « Bulletin législatif », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1839, t. 10, p. 213.

<sup>3537</sup> Rapport par M. le Vicomte De Siméon, au nom d'une commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi relatif à la propriété littéraire, Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 133.

<sup>3538</sup> Ibid.

<sup>3539</sup> Ibid.

<sup>3540</sup> Rapport par M. le Vicomte De Siméon, au nom d'une commission spéciale chargée de l'examen du projet de loi relatif à la propriété littéraire, Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 134. Laboulaye, fervent défenseur de la thèse de la propriété, présentait la position du Vicomte, comme l'illustration de l'idée selon laquelle, la notion de propriété n'était pas assez répandue à cette époque pour avoir chance de succès (v. LABOULAYE E., Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, Paris : Augustin Durand, 1858, p. XVI).

De ce fait, le Vicomte propose de supprimer toute mention de la propriété dans l'intitulé de la loi et de la renommer : Loi relative aux droits des auteurs sur leurs productions dans les lettres et les arts<sup>3541</sup>.

**Discussions du projet de loi à la Chambre des Pairs.** « *L'importance de cette modification* » écrivait Gastambide « ne devait pas échapper aux esprits élevés, soigneux des principes soucieux de leurs conséquences<sup>3542</sup> ». Ainsi J.-M. Portalis et De Ségur s'élèvent contre cette rétrogradation de la législation<sup>3543</sup> et réclament la réintégration du mot propriété dans l'intitulé de la loi<sup>3544</sup>. Le projet fut finalement intitulé Loi relative à la propriété des auteurs après que la commission de la Chambre et le gouvernement eurent cédé aux réclamations des promoteurs de la « propriété littéraire ».

Concernant la durée des droits, divers membres de la Chambre tels que Villemain et Portalis, pour des raisons distinctes, proposent de l'étendre à cinquante ans<sup>3545</sup>. Une levée de boucliers se dresse contre cette proposition et « l'intérêt public » se trouve invoqué à tour de bras. Félix Faure, De Broglie, De Siméon ou Girod de l'Ain militent pour le maintien à trente ans, conformément au projet de loi, aux motifs que la propriété littéraire diffère essentiellement de la propriété ordinaire en raison de son caractère exorbitant, que cette propriété est un droit spécial – un privilège – puisqu'il consiste en l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre et du débit des exemplaires au profit de l'auteur, que ce droit a une origine et une nature purement civiles, et enfin, qu'en limitant la durée du droit exclusif à trente ans, le législateur contribue à ce que tous puissent puiser, relativement vite et en toute liberté, au réservoir commun des pensées humaines<sup>3546</sup>. Ces raisons participent fondamentalement à l'idée selon laquelle les

---

<sup>3541</sup> Ibid : « *Le titre d'une loi ne doit pas donner une idée inexacte de la matière qu'elle est destinée à régir, et comme les mots sont la représentation des idées, nous demanderons qu'on substitue à ceux de : Loi sur la propriété littéraire, ceux de : Loi relative aux droits des auteurs sur leurs productions dans les lettres et les arts. Ce titre sera plus conforme aux dispositions que nous allons développer devant vous* ».

<sup>3542</sup> GASTAMBIDE A., op. cit., p. 57.

<sup>3543</sup> V. PORTALIS J.-M., Discussion générale, Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 147. V. GASTAMBIDE A., op. cit., pp. 57-58.

<sup>3544</sup> Toutefois, comme il semblait contraire aux usages de voter sur la substitution d'un titre, la Chambre parlementaire refusa de procéder au vote à défaut d'amendement proposé. V. Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 154.

<sup>3545</sup> Pour Lamartine, fervent défenseur de la propriété littéraire qu'il fonde sur le droit naturel, il s'agit de rapprocher la durée des droits de la perpétuité (v. notamment Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 155). Pour le ministre Villemain, la loi actuelle a été conçue dans un esprit d'encouragement et de protection des lettres, il estime alors que le terme de cinquante ans doit être préféré à celui de trente ans (v. Séance du 27 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 164).

<sup>3546</sup> V. GASTAMBIDE A., op. cit., p. 59.

intérêts de l'auteur doivent être satisfaits en considération d'un intérêt « qui les domine peut-être », et qui ne trouve aucun représentant<sup>3547</sup> : « *l'intérêt public*<sup>3548</sup> ». Cousin voit en celui-ci « *l'intérêt plus puissant qu'il faut respecter* » et qui justifie de maintenir le droit de l'auteur dans de « justes limites<sup>3549</sup> ».

Sous réserve de conserver la durée initiale de trente ans, le projet de loi, pour les promoteurs de la théorie du privilège, satisfait « *à l'intérêt public comme à l'intérêt bien compris des auteurs*<sup>3550</sup> » et s'inscrit dans la tradition législative. La loi, selon le Duc de Broglie, « a procédé comme on a procédé antérieurement, c'est-à-dire *qu'elle a cherché à établir l'équilibre entre l'intérêt public et les droits des auteurs*<sup>3551</sup> ».

Le 31 mai 1839, le projet fut voté à la Chambre des Pairs à la majorité de 78 voix contre 31 et le délai de trente ans post mortem fut adopté. Le projet aurait dû être porté à la Chambre des Députés. Il ne le sera que deux ans plus tard. Ce délai a permis à d'autres grands auteurs de se manifester et de resserrer les rangs des tenants de la propriété littéraire.

**Réaction des auteurs (bis) : la lettre d'Alfred De Vigny adressée aux députés.** Le 1<sup>er</sup> janvier 1841, dans la Revue des Deux Mondes, le poète Alfred De Vigny publie De Mademoiselle Sedaine et de la propriété littéraire – Lettre à Messieurs les Députés<sup>3552</sup>, dans laquelle il dresse le portrait de l'auteur Sedaine et décrit la misère de sa fille. Si De Vigny admet que l'augmentation successive de la durée des droits depuis 1793 exprime un

---

<sup>3547</sup> Duc DE BROGLIE, Séance du 27 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 165 : « il y a ici deux intérêts en présence et que vous êtes obligés de faire droit à ces deux intérêts, Or, dans cette occasion, comme beaucoup d'autres, une des deux parties crie et parle infiniment plus que l'autre ; si les gens de lettres sont en petit nombre, comparativement au public, ils ont à leur disposition toutes les trompettes de la renommée et se font bien autrement entendre que le public qui est fort patient, qui supporte tout, et précisément parce qu'il ne parle pas si haut, vous devez avoir soin de ses intérêts. (...) ni la chambre des pairs, ni la chambre des députés, ni le gouvernement, ne doivent faire des générosités et de la magnificence au détriment du public. Il y a l'intérêt public en présence de l'intérêt privé ».

<sup>3548</sup> COUSIN V., Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 159.

<sup>3549</sup> Ibid. Il ajoute : « Restons dans le vrai, et le vrai est le système de la loi : *accordons à l'auteur, pendant toute sa vie, le droit exclusif de reproduire sa pensée au moyen de la presse ; étendons ce privilège à ses héritiers ou à ses ayant-droits pendant trente ans. Ce terme suffit pour la protection de tels intérêts, bien respectables sans doute, mais qui ne sont, après tout que des intérêts privés ; le fixer à cinquante années serait trop compromettre l'intérêt général* ».

<sup>3550</sup> FAURE F., Discussion générale, Séance du 23 mai 1839, in, Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 151.

<sup>3551</sup> Duc DE BROGLIE, Séance du 27 mai 1839, Journal général de l'Instruction publique, 1839, p. 318.

<sup>3552</sup> V. VIGNY A. De., « De Mademoiselle Sedaine et de la propriété littéraire – Lettre à Messieurs les Députés », Revue des Deux Mondes, 4<sup>e</sup> série, t. 25, 1841, p. 221.

« *sentiment universel d'équité* » et traduit la « dignité toujours croissante *de l'homme de la pensée*<sup>3553</sup> », il déplore la légèreté avec laquelle le problème des héritiers a été jusqu'alors traité. Il souhaite par cette lettre attirer l'attention des députés amenés à discuter du projet de loi quelques jours plus tard.

Concernant les débats devant la Chambre des Pairs, De Vigny estime que la question n'était point

« de retarder de trente, de cinquante, ou même de cent ans, le moment où l'œuvre littéraire tomberait fatalement dans le gouffre du domaine public, et de dérober ainsi, au profit de la famille, ces lambeaux de propriété conquis à grand'peine sur la propriété universelle ; il ne s'agissait point de prendre parti, comme on l'a fait, pour la Nation contre la Famille, ou pour la Famille contre la Nation, mais il fallait trouver un moyen d'accorder le droit des héritiers avec le droit de la société. Or, dans cette discussion, messieurs les pairs n'ont fait autre chose que pousser tour à tour un peu en avant ou un peu en arrière la borne qui sépare les biens de la Famille de ceux de la Nation...<sup>3554</sup> ».

Aussi, pour accorder le droit des héritiers et celui de la société, De Vigny propose aux députés un article de loi destiné à partager la propriété entre la famille et la nation. L'article consiste à abolir la propriété littéraire à la mort de l'auteur et à imposer aux théâtres et aux éditeurs, pour les représentations et les impressions des œuvres, de payer aux héritiers pour les premiers un droit égal à celui que recevrait l'auteur vivant, et pour les seconds un droit par exemplaire, proportionné au prix du format et à ses frais d'impressions.

Peu de temps après la publication de cette lettre – « *ce n'est probablement pas un hasard*<sup>3555</sup> » – le projet de loi précédant est présenté à la Chambre des Députés.

**Le projet de loi devant la Chambre des Députés – exposé des motifs.** Le 18 janvier 1841 soit deux ans après son examen par la Chambre des Pairs, et à la suite de plusieurs modifications, le projet de loi sur la propriété des ouvrages de littérature, de science et d'art est soumis aux députés, par le ministre de l'instruction publique Villemain. Dans l'exposé des motifs celui-ci évoque, dans un premier temps, la « *propriété des ouvrages de l'esprit* » avant,

---

<sup>3553</sup> VIGNY A. De., id., p. 243.

<sup>3554</sup> VIGNY A. De., id., pp. 248-249.

<sup>3555</sup> PFISTER L., th. préc., p. 720.

dans un second temps, de la soumettre, à l'instar d'un privilège et conformément aux idées de Renouard<sup>3556</sup>, à la volonté du législateur :

« La propriété des ouvrages de l'esprit, le droit de l'homme sur les produits de sa pensée, peut paraître au premier coup d'œil la propriété la plus personnelle et la plus incontestable. Mais, comme cette propriété par sa nature même a besoin d'une protection toute spéciale, comme elle n'existe qu'en se communiquant, et qu'en se communiquant elle s'aliène en partie, pour ainsi dire, on doit avouer qu'elle n'a pas de forme absolue, et qu'elle ne peut être garantie que dans les limites fixées par la loi civile<sup>3557</sup> ».

Quant à la durée, Villemain, après avoir rappelé les résultats auxquels ont abouti les débats et autres études antérieures, écarte à nouveau le principe de la perpétuité<sup>3558</sup> au profit d'un terme extinctif. Le problème rebondit naturellement sur la détermination de la durée. La méthode est autrement plus délicate que celle consistant à déduire, par syllogisme, le caractère de la perpétuité à partir de la propriété. Une posture conséquentialiste est donc adoptée : « toute disposition à cet égard étant nécessairement arbitraire, on devait donc préférer celle qui, plus favorable à la famille des auteurs, ménage cependant l'intérêt public, et peut faciliter ultérieurement les conventions à établir avec l'étranger pour la garantie réciproque de la propriété littéraire<sup>3559</sup> ». La durée de trente ans permet, selon le ministre, de répondre aux conditions de satisfaction de ces divers intérêts. Dans sa globalité, le projet de loi étend « un peu les droits de l'auteur » tout en maintenant « ceux du domaine public, et par conséquent de la libre concurrence<sup>3560</sup> ».

---

<sup>3556</sup> Pour Edouard Laboulaye, le ministre épouse les idées du « savant M. Renouard », LABOULAYE E., Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, Paris : Augustin Durand, 1858, p. XVII.

<sup>3557</sup> VILLEMMAIN A.-F., Exposé des motifs, séance du 18 janvier 1841, in, Annales du parlement français, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 684.

<sup>3558</sup> VILLEMMAIN A.-F., id., p. 685 « ainsi, messieurs, sur la question la plus importante, la durée du droit de l'auteur, il a paru généralement, et malgré des autorités imposantes, que ce droit n'était pas assimilable à la propriété ordinaire et ne pouvait être rendu perpétuel, à moins d'être en même temps protégé par un système de substitutions et de privilèges incessibles, tout à fait contraire à l'esprit de nos lois ; qu'autrement ce droit, onéreux pour le public, deviendrait illusoire pour la famille de l'auteur, et ne servirait à la longue qu'au monopole des spéculations privées ; que, sous ce rapport, la perpétuité en matière de propriété littéraire irait contre les intérêts les plus élevés de l'auteur, par les chances qu'elle offrirait dans l'avenir, pour restreindre et, en certains cas, pour supprimer la publicité de son ouvrage ».

<sup>3559</sup> VILLEMMAIN A.-F., id., p. 685.

<sup>3560</sup> VILLEMMAIN A.-F., id., p. 689.

L'examen du projet devant la Chambre des députés est confié à une commission. Au cours des réunions de celle-ci, Balzac en tant que président de la Société des Gens de Lettres présente les revendications des auteurs et met en garde les députés contre les adeptes de la conception sociale du droit d'auteur : « *Ici se dresse un mot terrible : l'Intérêt Public ! Messieurs, prenez garde. L'Intérêt Public, l'Humanité, voilà l'argument des adversaires de la propriété perpétuelle de vos champs et de vos maisons*<sup>3561</sup> ». Le 23 mars 1841, Alphonse de Lamartine présente et dépose le rapport à la tribune de la Chambre.

**Le projet de loi devant la Chambre des Députés – Rapport de Lamartine.** Le poète débute son rapport par le postulat suivant : « la société, en constituant toute propriété, a trois objets en vue. Rémunérer le travail, perpétuer la famille, accroître la richesse publique. La justice, la prévoyance et l'intérêt son trois pensées qui se retrouvent au fond de toute chose possédée<sup>3562</sup> ». La première et grave question à laquelle sont censés répondre les députés, est, selon Lamartine, de savoir si « *la justice, la prévoyance et l'intérêt se retrouveraient-ils aussi dans la constitution de la propriété littéraire et artistique ?*<sup>3563</sup> ». Les législations antérieures, étant en trop faible nombre, ne peuvent servir de boussole suffisamment précise pour diriger les députés. Ils doivent, selon l'écrivain, consulter des sphères plus élevées :

« *Le seul code que votre commission eût à interroger, c'était l'équité naturelle ; il lui a fallu, comme dans toute question constituante, remonter jusqu'aux vérités élémentaires pour en faire découler d'autres vérités pratiques et arracher, pour ainsi dire, un à un, à l'ordre métaphysique et idéal, tous les principes et toutes les applications du code de la pensée qu'elle était chargée de vous apporter*<sup>3564</sup> ».

L'auteur réitère les idées maintes fois évoquées par les promoteurs de la propriété naturelle et déclinées de la théorie lockéenne selon laquelle le travail est la source et le titre de toute propriété. Pour Lamartine, le travail, qu'il soit matériel ou intellectuel, doit produire les mêmes effets : la récompense du labeur par le truchement de l'appropriation des fruits issus du travail. Si cette idée paraît si évidente, pourquoi n'a-t-elle pas été plus tôt accueillie ? Pour

---

<sup>3561</sup> BALZAC H. DE, Notes remises à MM. les Députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire, 3 mars 1841, in, *Œuvres complètes*, XXII, Paris : Lévy, 1875, p. 315.

<sup>3562</sup> LAMARTINE A. DE., Rapport, Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 689.

<sup>3563</sup> Ibid.

<sup>3564</sup> Ibid.

Lamartine, les silences, controverses et tâtonnements législatifs ne sont que les étapes intermédiaires d'un processus naturel débouchant nécessairement sur la reconnaissance de la propriété absolue de l'auteur sur son œuvre : « *en vertu d'une induction naturelle et juste, le jour devait arriver où l'œuvre de l'intelligence serait reconnue un travail utile, et les fruits de ce travail une propriété* <sup>3565</sup> ».

Adoptant ensuite un mode d'argumentation presque identique à celui de Renouard, Lamartine se demande s'il est juste, utile et possible de consacrer entre les mains des écrivains et de leur famille la propriété de leurs œuvres<sup>3566</sup>. Alors que Renouard avait répondu négativement à chacune de ses questions, Lamartine au contraire estime, en successeur de Chapelier et de Lakanal<sup>3567</sup>, qu'il est juste de reconnaître la propriété de l'œuvre à son auteur dans la mesure où cette reconnaissance reflète à l'instar de la justice, « *la proportion entre la cause et l'effet, entre le travail et la rétribution* <sup>3568</sup> ». A défaut, tout le monde aurait droit d'exploiter l'œuvre excepté celui qui l'a créée tandis que la veuve et l'enfant mendieraient « *dans l'indigence à côté de la richesse publique et des fortunes privées enfantées par le travail ingrat de leur père* » : « cela ne peut pas se soutenir devant la conscience où Dieu a écrit lui-même le code *ineffaçable de l'équité* <sup>3569</sup> ». Ensuite il établit qu'elle est utile, non seulement parce qu'elle

---

<sup>3565</sup> Ibid. Idée que l'on retrouvera ailleurs exprimée : « *aucun droit n'est sorti de l'esprit humain et n'a été proclamé tout d'abord avec ses conséquences et ses développements. Il a eu d'abord à vaincre les préjugés, les intérêts, les résistances de toute nature que rencontre l'établissement de tout principe nouveau. Ainsi le droit de jouissance littéraire, méconnu pendant longtemps, puis admis à une durée temporaire de dix ans d'abord et de cinquante ans aujourd'hui, puis déclaré perpétuel dans certaines circonstances, paraît devoir passer encore par plusieurs épreuves avant d'obtenir la perpétuité et de prendre place définitivement parmi les propriétés consacrées dans tous les codes des nations civilisées* » (Cercle de la librairie, de l'imprimerie et de la papeterie française et par la commission des auteurs et compositeurs dramatiques, Observations sur les questions de propriété littéraire et artistique, Paris : Cercle de librairie, 1858, pp. 8-9).

<sup>3566</sup> Renouard se demandait s'il était, juste, utile et nécessaire (au lieu de possible) de consacrer la propriété de la pensée (v. RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », Revue de Législation et Jurisprudence, t. V, 1836-1837, p. 252).

<sup>3567</sup> Comme le constate Laboulaye, à la lecture du rapport, « nous voici bien en avant de Chapelier et de Lakanal » (LABOULAYE E., Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre, Paris : Augustin Durand, 1858, p. XX).

<sup>3568</sup> LAMARTINE A. DE., id., p. 690. Ce à quoi, dans son ouvrage, l'économiste Louis Blanc lui répondra : « parce qu'on aura étendu de vingt à trente ans la jouissance de l'héritier, s' imagine-t-on que le sort des hommes de lettres sera bien réellement amélioré ? L'écrivain courageux qui consacre les trois quarts de sa vie à un ouvrage destiné à peu de lecteurs en sera-t-il mieux rétribué (...) ? Voilà les plaies qui appellent un prompt remède. Et au lieu de songer à les guérir, nos législateurs se préoccupent...de quoi ? J'ai honte en vérité de le dire : - Le petit-fils d'un homme de génie, mourant de faim, quel spectacle ! - Ce spectacle serait douloureux, en effet. Mais comment le petit-fils d'un homme de génie peut-il être exposé à mourir de faim ? Si c'est parce qu'il ne veut rendre à la société aucun service, je ne saurais le plaindre. Si c'est parce que ses services ne sont pas récompensés comme il convient, par la société, la faute en est à votre organisation sociale ; changez-là » (BLANC L., Organisation du travail, Paris : Bureau de la Société de l'Industrie Fraternelle, 5<sup>e</sup> éd., 1847, pp. 253-254).

<sup>3569</sup> LAMARTINE A. DE., loc. cit.

est juste (« *la première utilité pour une société, c'est la justice*<sup>3570</sup> ») mais en outre parce que l'œuvre qui résulte du travail de l'auteur agit « *sur la pensée même de l'humanité et (...) la gouverne...* ». Il ajoute : « *l'œuvre qui crée, qui détruit, qui transforme le monde, serait-elle une œuvre indifférente au monde ?* ». Enfin, cette propriété est possible, puisqu'elle « existe, se vend, s'achète, se défend comme toutes les autres », autrement dit, « la richesse éventuelle et fugitive qui résulte de la propagation matérialisée de l'idée par l'impression et par le livre » est de nature « à être saisie, fixe et réglementée par forme de propriété<sup>3571</sup> ». La propriété est donc établie.

Qu'en est-il de ses caractères et principalement celui de la durée ? Lamartine renonce, en pratique, à la propriété perpétuelle, non parce qu'il en récusé le principe mais parce que la fonction pratique de législateur qu'il occupe le contraint à relativiser ce dernier. Sans chercher à masquer une certaine condescendance – qui se retournera contre lui<sup>3572</sup> – il affirme :

« Nous étions une commission de législateurs et non une académie de philosophes. Comme philosophes, remontant à la métaphysique de cette question, et retrouvant sans doute dans la nature et dans les droits naturels du travail intellectuel des titres aussi évidents, aussi saints et aussi imprescriptibles que ceux du travail des mains, nous aurions été amenés peut-être à proclamer théoriquement la perpétuité de possession des fruits de ce travail ; comme législateurs notre mission était autre. Nous n'avons pas voulu la dépasser. Le législateur proclame rarement des principes absolus, surtout quand ce sont des vérités nouvelles ; il proclame des applications relatives, pratiques et proportionnées aux idées reçues, aux mœurs et aux habitudes du temps et de la chose dont il écrit le code. Nous avons considéré que les idées sur la propriété littéraire n'étaient pas assez rationalisées, que ses mœurs n'étaient pas assez faites, que sa constitution n'était pas assez universellement européenne et internationale, qu'enfin ses habitudes n'étaient pas assez prises dans le droit commun des autres ordres de choses possédées, pour qu'en constituant les droits garantis, nous puissions du même coup constituer dès aujourd'hui sa transmissibilité sans limite à travers le temps. En l'investissant

---

<sup>3570</sup> LAMARTINE A. DE., id., p. 691.

<sup>3571</sup> Ibid.

<sup>3572</sup> Après s'être prononcé en faveur de la propriété de l'auteur, Villemain s'interroge sur les moyens et attaque Lamartine au grand plaisir des députés : « *Est-ce que la proclamation d'un principe qu'on veut bien rendre temporaire par condescendance pour la faiblesse de notre temps, et qu'on devra, dans des jours meilleurs, rendre perpétuel ? Non ; car cette perpétuité, à moins de précautions impossibles, aboutirait au plus singulier des privilèges ou au plus intolérable des monopoles* » (VILLEMAIN A.-F., Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, p. 691).

dans cette loi des conditions d'une concession complète, nous avons donc cru devoir la limiter dans sa durée.

Nous n'avons mis aucune limite à ses droits, nous lui avons mis une borne dans le temps : le jour où le législateur, éclairé par l'épreuve qu'elle va faire d'elle-même, jugera qu'elle peut entrer dans un exercice plus étendu de ses droits naturels, il n'aura qu'à dire toujours où notre loi a dit cinquante ans, et l'intelligence sera émancipée<sup>3573</sup> ».

Dans un élan « plus libéral, plus généreux, plus équitable et plus conforme aux véritables procédés de la spéculation<sup>3574</sup> », la commission d'examen préconise en conséquence un délai de cinquante ans. Cette durée permet, en effet, d'embrasser « la moyenne probable des éventualités de la vie et de la mort le cercle entier de trois existences parcourues par les trois êtres qui représentent ou qui constituent immédiatement l'auteur lui-même ». Le délai de trente ans présenterait l'inconvénient de faire « éclater à chaque instant ces scandales d'un domaine public s'enrichissant des travaux spoliés du génie, en face de la veuve ou du fils de l'homme de génie vivant dans la misère et le dépouillement ». En outre, Lamartine attire l'attention des députés sur l'absence de correspondance entre le droit et le fait. Si, en droit, la durée est de cinquante ans, en fait elle ne sera que d'une quarantaine d'années, car l'éditeur, préférant attendre que l'œuvre tombe dans le domaine public, « ne se présente plus » à la famille dès la dernière décennie de protection<sup>3575</sup>.

**Le projet de loi devant la Chambre des Députés – Discussions.** Le rapport de Lamartine suscite de vives réactions<sup>3576</sup>. D'une part au plan théorique, parce qu'il souscrit à la thèse de la propriété littéraire et au principe de la perpétuité, et d'autre part au plan pratique, parce qu'il propose d'étendre à cinquante années la durée des droits de reproduction. Les opposants ne manquent d'ailleurs pas l'occasion de souligner la contradiction consistant à reconnaître le droit de propriété d'un côté et la limitation temporelle dont ce droit est affecté de l'autre<sup>3577</sup>. Cette contradiction traduit, selon eux, une erreur dans la détermination du fondement de la récompense attribuée à l'auteur. Celle-ci, que nul ne conteste, doit, pour une grande majorité

---

<sup>3573</sup> LAMARTINE A. DE., Rapport, Séance du 23 mars 1841, in Annales du parlement français, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 711.

<sup>3574</sup> LAMARTINE A. DE., id., p. 712.

<sup>3575</sup> Ibid.

<sup>3576</sup> On a pu parler de « fanatisme philosophique » (DUBOIS, Séance du 23 mars 1841, in, Annales du parlement français, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 708).

<sup>3577</sup> V. les interventions de Berville, Renouard, Dubois, Séance du 23 mars 1841, id., p. 699 et s..

des députés, prendre la forme d'une rémunération et non d'une appropriation des œuvres<sup>3578</sup>. Leur propos – sur lequel nous reviendrons puisqu'il suggère l'idée d'équilibre – consiste à soutenir qu'il y a, entre la société et l'auteur, un échange : l'auteur puise dans le fonds commun des idées appartenant à la société et fait profiter à celle-ci de ses œuvres, tandis qu'elle lui octroie, en contrepartie de la publication, un salaire. Cet échange atteste d'une collaboration entre l'auteur et la société dans toute production intellectuelle.

Cette représentation des rapports entre la société et l'auteur au travers de l'échange et de l'indivision est fondamentalement rejetée par Lamartine, lequel tirant exemple des tragiques destinés de Socrate, Christophe Colomb et Galilée, souligne le caractère conflictuel des rapports entre l'auteur et son époque : « Toute grande idée est au contraire un combat avec la société, une révolution, un martyr souvent ! (...) *prétendre que la société est co-proprétaire des vérités qu'elle tue, ou des œuvres du génie qu'elle persécute, c'est, permettez-moi de vous le dire, ajouter la dérision à l'ingratitude*<sup>3579</sup> ».

Quant à la durée de cinquante ans, on lui reproche son caractère peu utile puisque peu d'œuvres demeureront populaires passée leur première édition. On souligne à nouveau les difficultés pratiques engendrées par cette durée jugée excessive, principalement, lorsqu'il s'agira pour l'éditeur, désireux de réimprimer un des rares ouvrages qui n'aura pas sombré dans l'oubli, de retrouver les ayants-cause de l'auteur.

Mais véritablement, c'est la rhétorique de Lamartine qui nourrit les débats. Présenter la durée de cinquante ans comme un prélude à la propriété perpétuelle que consacra, dans un avenir plus ou moins proche, un législateur zélé, attise les esprits. Les contradictions entre le discours et le projet laissent accroire, constate un député, qu'on « ne se détache pas complètement de cette doctrine de propriété perpétuelle<sup>3580</sup> » et que la seule raison qui empêche d'appliquer la théorie à la pratique est le manque d'audace : « *s'il est vrai, comme on le dit, que la société n'ait aucune collaboration à revendiquer dans l'œuvre de l'écrivain, elle n'a évidemment rien à réclamer. Le droit de l'auteur doit étouffer le droit social ; mais on n'ose pas tirer cette conséquence*<sup>3581</sup> ». Lamartine se trouve dans la position de l'arroseur

---

<sup>3578</sup> En ce sens : Berville, Lestiboudois, Renouard.

<sup>3579</sup> LAMARTINE, Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 705. Contre cet argument, Dubois rétorque qu'il ne s'agit pas d'entendre la société actuelle, mais à la « société de penseurs qui a traversé toutes les époques comme une chaîne interrompue » (DUBOIS, Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 708).

<sup>3580</sup> DUBOIS, Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 708.

<sup>3581</sup> Ibid.

arrosé puisque, davantage que la durée de cinquante ans, c'est la perpétuité qui est ciblée. Alors que Lamartine se défend d'avoir soutenu la propriété perpétuelle, en tant que législateur<sup>3582</sup>, Renouard l'accable en lui rappelant ses propos : « *qu'il n'y aura qu'à dire toujours là où la loi aura dit cinquante ans, et l'intelligence sera émancipée*<sup>3583</sup> ».

Devenant alors le sujet de discorde, la perpétuité trouve des défenseurs qui évoquent, à leur appui, les cas célèbres d'ayants-cause touchés par la misère<sup>3584</sup>. La confusion est telle qu'un membre de la commission tente de restaurer la légitimité du travail accompli par celle-ci et recentrer le débat, en employant pour l'occasion, un langage de nature à apaiser les promoteurs de la théorie du privilège. Ainsi De Carné déclare tenir

« à ce que la Chambre ne délibère point sous cette impression que la commission a donné pour base à son travail le système de la propriété perpétuelle. Elle ne s'est point occupée de la définition philosophique des deux droits en présence desquels elle se trouvait placée : elle a seulement cherché à établir entre ces deux droits une juste balance<sup>3585</sup> ».

Mais le mal était fait et Villemain a parfaitement saisi que la cause de la tournure des débats réside dans le double discours du rapporteur :

« si, tout d'un coup, au nom de la perpétuité qu'on ne peut réaliser, qu'on désavoue en même temps qu'on la proclame, on fixe un terme trop différent du terme actuel [20 ans], toutes les objections qui s'attachent à la perpétuité reviennent contre le chiffre élevé qu'on y substitue, et on attaque ce chiffre comme la perpétuité même<sup>3586</sup> ».

**Le projet de loi devant la Chambre des Députés – consensus en faveur d'une durée de protection de trente ans.** La question de la durée est au cœur des séances des 24 et 25 mars 1841 relative à la discussion de l'article 1 de la loi. Le projet du gouvernement portait sur trente ans, celui de la commission cinquante. Ceux qui sont, tel Villemain, favorables à la durée trentenaire se fondent sur une analogie avec la prescription trentenaire, l'harmonisation

---

<sup>3582</sup> V. LAMARTINE, Séance du 23 mars 1841, id., p. 710.

<sup>3583</sup> RENOUARD, Séance du 23 mars 1841, id., p. 711.

<sup>3584</sup> Ce à quoi on répond que, sans incessibilité, la perpétuité des droits ne suffirait pas à elle seule à pallier la misère des héritiers (v. VILLEMMAIN A.-F., Séance du 23 mars 1841, id., p. 712).

<sup>3585</sup> DE CARNE, Séance du 23 mars 1841, id., p. 711.

<sup>3586</sup> VILLEMMAIN A.-F., Séance du 23 mars 1841, id., p. 712.

avec les autres législations des Etats Européens, et la crainte des difficultés pratiques attachées à un délai excessif. Ceux favorables à cinquante ans invoquent la protection de la veuve et des enfants en cas de succès tardif de l'œuvre et rappellent à ce titre les exemples des familles de Corneille, de Shakespeare et d'autres artistes aujourd'hui tombés dans l'oubli. D'autres enfin, comme Berville, souhaitent le maintien de la durée de vingt ans au bénéfice de tous les ayants-droits sans distinction.

Soumis au vote, les amendements prévoyant respectivement la durée de cinquante ans et de vingt ans sont respectivement rejetés tandis que celui posant la durée post mortem auctoris de trente ans est adopté.

**Le projet de loi devant la Chambre des Députés - Rejet.** Lors du vote article par article, chacun d'entre eux avait été partiellement adopté grâce à une faible majorité. Le 2 avril 1841, le projet est cependant rejeté dans son ensemble par 154 voix contre 108. Les divers motifs de désapprobation du projet, étant en définitive, plus nombreux que les motifs d'approbation<sup>3587</sup>.

**Loi du 3 août 1844 au droit de propriété des veuves et des enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques.** Même s'ils n'ont pas immédiatement abouti, les débats ont soulevé d'importantes questions, notamment, celle de l'inégalité des droits entre les auteurs dramatiques et les écrivains. Dans le silence de la loi, la jurisprudence avait déjà tenté quelques années auparavant d'obvier à cette inégalité<sup>3588</sup>. A l'initiative de deux députés, une proposition de loi visant à établir l'égalité entre les auteurs fut déposée et aboutit à la loi du 3 août 1844 relative au droit de propriété des veuves et des enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques. L'article unique de la loi dispose que « les veuves et les enfants des auteurs d'ouvrages dramatiques auront, à l'avenir, le droit d'en autoriser la représentation et d'en conférer la jouissance, pendant vingt ans conformément aux dispositions des articles 39 et 40

---

<sup>3587</sup> Les députés qui ont voté contre appartenaient à différents groupes : le groupe de ceux qui souhaitait une durée de cinquante ans ; le groupe de ceux qui demeuraient favorable à la durée de vingt ans fixée par Napoléon et enfin, celui qui réunissait les députés qui s'étaient vus rejetés les amendements sur des points de détails. Quoique pour des motifs distincts, seul le rejet faisait consensus (v. GASTAMBIDE A., op. cit., p. 67).

<sup>3588</sup> Inégalité que la jurisprudence avait contribué à réduire. En effet à partir des années 1840, les juges admettent l'abrogation par l'article 7 de la loi de 1793 sur le droit de reproduction, fixant au profit des héritiers une durée post mortem auctoris de dix ans, de l'article 5 de la loi de 1791 limitant à cinq ans post mortem auctoris la durée du droit de représentation. Ainsi, les héritiers d'un auteur dramatique disposaient de la faculté de jouir pendant dix ans du droit de représentation et du droit de reproduction de l'œuvre dramatique (cf. CA, Paris : 16 août 1842, S. 1842, 2, p. 369 ; solution confirmée par Cass., 5 décembre 1843, S., 1844, 1, p. 28) ; v. PFISTER L., th. préc., pp. 720-721.

du décret impérial du 5 février 1810<sup>3589</sup> ». Dans cet article, le vocable de la propriété est abandonné.

**Réaction des auteurs (ter) : Victor Hugo au Conseil d'Etat.** En 1849, une commission du Conseil d'Etat est formée afin de préparer une loi sur les théâtres. A deux reprises, Victor Hugo est sollicité. L'écrivain brosse un portrait critique de la législation et réclame du législateur la reconnaissance de la propriété littéraire :

« Pour résumer en deux mots l'état de la législation littéraire, je dirai que c'est désordre et arbitraire. Je voudrais arriver à pouvoir la résumer dans ces deux mots, organisation et liberté. Pour en venir là, il faudrait faire autrement qu'on n'a fait jusqu'ici. Tout ce qui, dans notre législation, se rattache à la littérature, a été étrangement compris jusqu'à ce jour. Vous avez entendu des hommes qui se croient sérieux dire pendant trente ans, dans nos assemblées politiques, que c'étaient là des questions frivoles.

(...) Vous sentez l'importance et la nécessité de défendre la propriété aujourd'hui. Eh bien, commencez donc par reconnaître la première et la plus sacrée de toutes, celle qui n'est ni une transmission, ni une acquisition, mais une création, la propriété littéraire.

Cessez de traiter l'écrivain comme un paria, renoncez à ce vieux communisme que vous appelez le domaine public, cessez de voler les poètes et les artistes au nom de l'Etat, réconciliez-les avec la société par la propriété<sup>3590</sup> ».

**Loi du 8 avril 1854, sur le droit de propriété garanti aux veuves et aux enfants des auteurs, des compositeurs et des artistes.** En mai 1853, l'Empereur Napoléon III reçut une délégation d'auteurs et d'artistes formée en vue de solliciter auprès de lui une amélioration du sort des veuves et des enfants. L'Empereur promit une extension de la durée des droits et un projet de loi fut immédiatement rédigé et transmis au Corps législatif. Celui-ci prévoit d'accorder à la veuve une jouissance viagère et aux enfants une jouissance d'une durée de trente années après la mort de l'auteur ou de leur mère. Dans l'exposé des motifs, le rapporteur Rouher déclare qu'en « même temps que la loi reconnaît et déclare le droit de propriété des auteurs, elle le circonscrit ; à cause même de sa nature supérieure et de ses *conséquences sociales, elle lui enlève l'un des attributs de la propriété ordinaire, la*

---

<sup>3589</sup> Loi 1844-08-03, Bulletin des lois 9e S, B. 1128, n° 11444.

<sup>3590</sup> HUGO V., Actes et paroles – *Avant l'exil (1841-1848)*, Paris : Hetzel et Maison Quantin, 1875, p. 245.

transmission héréditaire et perpétuelle<sup>3591</sup> ». Les conséquences sociales dont il parle concernent la circulation des idées, le développement de l'industrie théâtrale et des arts<sup>3592</sup>. La loi est votée en étant relativement peu discutée. En dépit de quelques déclarations issues de défenseurs zélés annonçant la reconnaissance prochaine de la propriété perpétuelle<sup>3593</sup>, la guerre entre les tenants des thèses opposées n'aura pas lieu.

Quant au contenu de la loi, il est reconnu aux veuves une faculté de jouissance de l'ensemble des droits garantis par les législations précédentes, autrement dit, des droits de reproduction et de représentation sur toutes les œuvres, et aux enfants la même faculté limitée à trente ans à partir du décès de l'auteur ou de l'extinction des droits de la veuve. Cet article unique, composé de deux alinéas, augmente à nouveau la durée post mortem auctoris sans pour autant consacrer expressément, dans le contenu de la loi, un droit de propriété.

*B) Seconde période : de la commission Walewski à la loi de 1866*

Cette seconde période peut être découpée en deux temps. Nous étudierons successivement les débats à l'occasion de la commission Walewski de 1861 (1) et du projet de loi de 1866 (2).

1) Les débats au sein de la commission Walewski

**Commission de 1861 - discours du président Walewski.** A la demande d'Alexandre Colonna Walewski, fils de Napoléon Ier et ministre d'Etat, l'Empereur Napoléon III charge par décret du 28 décembre 1861 une commission de préparer un projet de loi pour réglementer la propriété littéraire et artistique et coordonner dans un Code unique la législation spéciale. Lorsqu'il n'était que 'Louis-Napoléon', le futur Empereur manifestait

---

<sup>3591</sup> Exposé des motifs de la loi du 8 avril 1854 sur le droit de propriété garanti aux veuves et aux enfants des auteurs, des compositeurs et des artistes, *Le Moniteur Universel*, 25 mai 1853, reproduit in WORMS Fr., *Etude sur la propriété littéraire*, t. 2, Paris : Alphonse Lemerre, 1878, p. 194.

<sup>3592</sup> Exposé des motifs de la loi du 8 avril 1854 sur le droit de propriété garanti aux veuves et aux enfants des auteurs, des compositeurs et des artistes, id., p. 197.

<sup>3593</sup> Par exemple Guyard-Delalain : « *c'est une loi d'urgence qui ne préjuge rien quant aux principes. La lumière se fera et la propriété littéraire sera reconnue* », cité par GASTAMBIDE A., op. cit., p. 69 ; MOURLON Fr., *Examen du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, Paris : Marescq, 1864, p. 76.

déjà un fort intérêt pour la question et possédait une solide conviction sur la matière : « *l'œuvre intellectuelle* » avait-il déclaré « est une propriété comme une terre, comme une maison, elle doit jouir des mêmes droits et ne pouvoir être aliénée que pour cause d'utilité publique<sup>3594</sup> ». La commission présidée par Walewski et composée notamment de Rouland, Barthe, Mérimée, Duvergier, Augier ou encore Théophile Gautier, partage plus ou moins les mêmes convictions. Le 23 janvier 1862 se tient la première réunion de la commission durant laquelle le président ne cache d'ailleurs ni son enthousiasme, ni ses ambitions pour le traitement de ce qui est non seulement « *une question de littérature et d'art, mais aussi une question de morale et de philosophie, qui touche à l'essence même de l'ordre social, aux règles de l'équité, à la constitution de la propriété, à son principe, à celui de l'hérédité, c'est-à-dire de la continuité de l'homme par la famille ; en un mot, à ce qu'il y a de plus profond, de plus noble, de plus saint dans l'humanité !*<sup>3595</sup> ».

La faveur de Walewski pour la thèse de la propriété littéraire ne fait aucun doute comme en témoigne son analogie avec la propriété ordinaire (« si l'occupation est le principe de la propriété immobilière, le principe de la propriété littéraire, c'est la création<sup>3596</sup> »). Quant à la question de la durée, Walewski, avant de se prononcer, présente l'état des législations étrangères. Ce constat lui permet de dresser un bilan sommaire des trois systèmes en présence : une durée post mortem auctoris de vingt ans, une durée de cinquante ans et la perpétuité<sup>3597</sup>. Conséquemment, se présentent trois éventualités pour la marche à suivre : conserver le régime actuel, adopter une durée de cinquante ans ou, enfin, opter pour la perpétuité. En dépit de sa radicalité, la dernière solution n'est pas exclue : « sans aucun doute, *l'intérêt général de la société, qu'il est, au surplus, facile de concilier avec l'intérêt particulier de l'écrivain, doit éveiller toute l'attention du législateur ; mais il faut prendre garde aussi de sacrifier à cette loi du domaine public les droits sacrés de la propriété*<sup>3598</sup> ». Au soutien de la conception propriétaire, Walewski convoque les grandes autorités en la matière : Turgot, Diderot, Lakanal, le Comte Portalis, Louis-Napoléon, Victor Hugo ou de Ségur. Le président de la commission ne manque évidemment pas de citer la prophétie de Lamartine : « le jour où vous proclamerez la perpétuité de la propriété littéraire, vous aurez

---

<sup>3594</sup> Réponse du Prince Louis-Napoléon à Jobard, auteur du Monautopole, 1844, cité par MOURLON Fr., Examen du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique, Paris : Marescq, 1864, p. 66.

<sup>3595</sup> WALEWSKI A., « Discours à la première séance de la Commission de la Propriété littéraire et artistique », Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire, 1862, p. 9.

<sup>3596</sup> Ibid.

<sup>3597</sup> Le seul exemple de ce système est celui du régime anglais relatif aux ouvrages publiés par la Couronne et les universités (Ibidem, p. 12).

<sup>3598</sup> Ibid., p. 13.

émancipé la pensée humaine ». « Ce jour-là messieurs, est-il venu ? <sup>3599</sup> » demande-t-il enfin à ses collègues.

**Travaux de la commission. Opinion en faveur de la propriété.** La perpétuité de la propriété est défendue catégoriquement par Nogent Saint-Laurens, au motif que la propriété littéraire, tirant son origine de la création, est encore plus sacrée que la propriété ordinaire. La propriété littéraire se constitue par elle-même alors que la propriété ordinaire dérive de l'occupation, de la donation, de l'acquisition ou encore de l'hérédité. Création et propriété seraient consubstantielles. Il rejette en outre les contre-arguments opposés par les promoteurs de la thèse du privilège. Selon lui, *l'intérêt général* ne serait pas davantage desservi sous le système de la perpétuité qu'elle ne l'est actuellement car la vulgarisation des bons livres se ferait toujours pendant la période de propriété et non lorsqu'ils tombent dans le domaine public. Il mentionne l'autre argument traditionnellement invoqué contre la perpétuité : le risque que les droits tombent entre les mains d'héritiers égoïstes et peu enclins à favoriser la diffusion des œuvres de leur ascendant. Pour Nogent-Saint-Laurens cette éventualité est chimérique car nul ne renoncerait à l'opportunité d'un profit, néanmoins, le cas échéant, il propose tout de même comme dernier expédient de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Enfin, il balaye l'argument alléguant des difficultés pratiques dans la mise en œuvre de la propriété perpétuelle, en rappelant la pleine application du droit commun des contrats et des successions et soutient que si les obstacles sont surmontés pendant la durée correspondant à la vie de l'auteur, à celle de la veuve, et à trente ans supplémentaires, ils pourront l'être à jamais. Un autre membre favorable à la propriété perpétuelle, Maquet, ajoute, pour amoindrir l'argument tiré du domaine public, que celui qui profite de la chute des œuvres et de leur gratuité consécutive est moins le public que le libraire ou le directeur de théâtre<sup>3600</sup>.

**Travaux de la commission. Opinion en faveur du monopole légal (ou privilège).** L'opinion de Nogent-Saint-Laurens suscite diverses réactions. Elle est approuvée par Lebrun et Taylor, lequel assimile le principe de perpétuité à un principe de justice et voit dans la protection du droit de propriété, sous toutes ces formes, un moyen de faire obstacle « aux doctrines si dangereuses du communisme<sup>3601</sup> ». En revanche, elle est critiquée par Nisard qui revendique

---

<sup>3599</sup> Ibid., p. 14.

<sup>3600</sup> V. Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 11 février 1862, in, *Rapport à l'Empereur*, Paris : Imprimerie Impériale, 1863, p. 47.

<sup>3601</sup> V. Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 3 février 1862, id, p. 34.

également, en faveur de sa thèse, la justice<sup>3602</sup> ou Dupin, qui voit en la propriété littéraire, une propriété spéciale qui nécessite d'être moins reconnue que réglementée<sup>3603</sup>. Celui-ci insiste sur l'acte de publication, qu'il rapproche de la tradition comme mode de transfert de la propriété, pour souligner le fossé qui sépare la propriété ordinaire de la propriété littéraire. Contrairement au but du propriétaire qui est de jouir de la chose ou de l'exploiter privativement, le but de l'auteur dramatique est de « *faire jouir le public de son œuvre, et recueillir ses applaudissements* », celui de l'écrivain lorsqu'il livre son manuscrit est, « le mot *l'indique* », de publier<sup>3604</sup>. En conséquence, « *entre l'intérêt des héritiers de l'auteur, intérêt respectable, et l'intérêt du public, il y a matière à réglementation comme pour tant d'autres propriétés spéciales où l'intérêt privé et l'intérêt général se trouvent en concurrence*<sup>3605</sup> ». Dans le même sens, Suin estime que les premiers droits à sauvegarder sont « les droits de la société », et déclare qu'il combattra « de toutes ses forces tout système qui pourra leur porter atteinte<sup>3606</sup> ». Il s'élève catégoriquement contre le principe de propriété littéraire et, de manière encore isolée au sein de la commission, contre le mot même qu'il souhaite substituer par droit ou par privilège. Ce dernier terme, contrairement à la propriété – qui implique la jouissance absolue – imposerait au législateur d'encadrer rigoureusement les concessions faites aux auteurs.

**Travaux de la commission. Recherche d'un compromis.** Les œuvres de l'esprit sont pour les uns, la « propriété absolue » de leurs auteurs, tandis que pour les autres, elles nourrissent ipso facto « *le patrimoine de l'humanité* ». La radicalité de l'opposition ne pouvant passer inaperçue ; certains tentent alors de promouvoir une position intermédiaire en rejetant toutes les formes d'absolutisme, que ce soit l'individualisme ou le collectivisme. De La Gueronnière souligne en ce sens que la « *conciliation du droit privé et du droit social, de l'intérêt des auteurs et de celui du domaine public*<sup>3607</sup> » demeure la difficulté pratique majeure. La distinction traditionnelle entre les idées et la *forme d'expression*, participe selon lui, à

---

<sup>3602</sup> V. Ibidem, p. 38.

<sup>3603</sup> Ibid., p. 34 : « la déclaration de principe que l'on propose à la Commission lui semble un fait étrange et tout nouveau ; jamais on n'a vu une classe de propriétaires demandant qu'on reconnût la propriété. La loi ne décide pas le droit de propriété, elle le réglemente ».

<sup>3604</sup> V. Ibid., pp. 35-36. Dans le même sens Suin déclare que le « *premier mobile de l'auteur est de communiquer ses pensées au public, de l'éclairer, sans songer à se constituer un droit sur ses idées, dont il ne pourrait pas d'ailleurs se prétendre complètement propriétaire* » (Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 3 février 1862, id., p. 40).

<sup>3605</sup> V. Ibid., p. 36.

<sup>3606</sup> V. Ibid., p. 40.

<sup>3607</sup> V. Ibid., p. 49.

dépasser cette difficulté. Si la pensée, « *fait partie d'un trésor commun n'appartenant à personne, mais ouvert à tous* », la forme « donnée par le travail à cette pensée », quant à elle, fait du livre un « *objet susceptible d'être transmis*<sup>3608</sup> ». Autrement dit, le livre, en raison des emprunts de l'auteur aux idées communes, s'avère être une œuvre impersonnelle, mais des seuls faits du travail et de la peine à partir desquels l'idée prend forme, le livre « présente les éléments constitutifs du droit de propriété<sup>3609</sup> ». Néanmoins il récuse toute assimilation avec la propriété ordinaire en raison des obstacles à la diffusion des œuvres qu'elle poserait, et ce, en dépit de l'expropriation pour cause d'utilité publique comme expédient<sup>3610</sup>. Pour faire cesser « *l'antagonisme qui s'élève entre l'intérêt public et l'intérêt privé*<sup>3611</sup> », il est favorable à ce que la loi concède à la veuve et aux enfants de l'auteur un droit absolu et exclusif de publication, puis instaure, à la mort du dernier d'entre eux, le domaine public payant.

Le ministre de l'instruction publique et des Cultes estime que la loi à venir ne sera bonne qu'à « la condition de ne pas être absolue ». Elle doit résulter, dit-il, « *d'une espèce de transaction, commandée par le bon sens, entre les deux systèmes opposés*<sup>3612</sup> ». La thèse de la propriété absolue tend à confondre les choses, par nature, différentes. Certes, « au point de départ », l'auteur a un droit absolu sur son manuscrit, mais à la publication, l'œuvre change de nature ce qui implique le devoir de « concilier » les « *droits de l'auteur* » et les « droits du public » qu'il désigne également par « droit social » :

« dans une certaine proportion, cette œuvre est aussi au public, qui s'en est emparé par la mémoire, et l'auteur ne peut plus s'opposer à la divulgation de l'œuvre. A partir du jour de la publication, il y a une possession modifiée, et l'on ne peut plus arracher au public l'œuvre qu'on lui a livré (...) Lorsque les siècles s'écoulent, que l'œuvre est tombée dans le domaine des transactions commerciales et que la famille de l'auteur n'existe plus, n'est-ce pas au public de profiter de l'œuvre de l'auteur plutôt qu'une foule d'ayants cause qui se disputent son héritage ?  
3613 ».

---

<sup>3608</sup> Ibid.

<sup>3609</sup> Ibid.

<sup>3610</sup> L'expropriation doit être compensée selon des critères matériels, or dit-il, « *lorsqu'on exproprie un livre, il y a quelque chose de plus que l'intérêt matériel, il y a souvent tout un souvenir, toute une religion que l'on peut blesser, sans qu'il soit possible de donner satisfaction au sentiment que l'on froisse* » (DE LA GUERONNIERE, Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 11 février 1862, id., p. 50).

<sup>3611</sup> Ibid., p. 51.

<sup>3612</sup> V. Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 11 février 1862, id., p. 51.

<sup>3613</sup> V. Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 11 février 1862, id., p. 52.

**Constitution d'une sous-commission.** En dépit de quelques tentatives marginales de défense des intérêts de la collectivité, ces premiers débats révèlent globalement de la part des membres de la commission, la volonté « de donner la plus grande extension possible aux intérêts des auteurs<sup>3614</sup> ». La propriété littéraire, qu'elle se fonde dans le droit commun ou qu'elle soit sui generis, doit, pour la plupart des membres, faire l'objet d'une « réglementation dans laquelle on fera à l'auteur la plus large part<sup>3615</sup> ». En conséquence, au moment de déterminer quel grand principe servira de base aux travaux de la future sous-commission à laquelle sera délégué le règlement dans le détail des questions pratiques, la majorité des membres de la commission opte pour le principe de la perpétuité. Un ordre de mission destiné à servir de feuille de route à la Sous-commission est alors dressé :

« La Commission,

Considérant que les œuvres de l'esprit et de l'art constituent une véritable propriété et que, par cela même, il est juste que cette propriété se perpétue indéfiniment, est d'avis, qu'une Sous-commission soit chargée de proposer un projet de loi pour réglementer la propriété littéraire et artistique en prenant pour base de son travail le principe de la perpétuité<sup>3616</sup>».

Ce premier considérant inquiète les défenseurs de l'intérêt public qu'on rassure alors en rappelant qu'il ne s'agit que d'un point de départ destiné à éclairer la Sous-commission et sur lequel il sera toujours loisible de revenir<sup>3617</sup>.

Plus précisément il est demandé à la Sous-commission, afin de mettre en œuvre le principe de la perpétuité, de rechercher si la propriété littéraire devrait « se rapprocher le plus possible du droit commun ou s'en écarter au contraire par une réglementation spéciale<sup>3618</sup> ».

**Séances de la Sous-commission. Elaboration d'un projet de loi mettant en œuvre la propriété perpétuelle.** « La perpétuité est décidée ; le plus important est fait ; le plus difficile reste à faire<sup>3619</sup> ». C'est ainsi que le président Lebrun ouvre la première séance de la Sous-

---

<sup>3614</sup> ROULAND, Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 3 février 1862, id., p. 42.

<sup>3615</sup> Ibidem.

<sup>3616</sup> Ibid., p. 63.

<sup>3617</sup> V. Séance de la Sous-Commission du 5 mars 1862, id, p. 63.

<sup>3618</sup> V. Séance de la Sous-Commission du 5 mars 1862, id, p. 61.

<sup>3619</sup> V. Ibid., p. 65.

commission composée de La Gueronnière, Saint-Laurens, Duvergier, Herbet, Imhaus et Doucet. Celle-ci va se réunir moins d'une quinzaine de fois entre le 5 mars 1862 et le 31 juillet 1862 et sera à nouveau ponctuellement sollicitée par la Commission lorsque celle-ci reprendra son office. L'une des particularités des travaux de la Sous-commission est le souci porté aux opinions des destinataires de la législation : de nombreuses séances sont ainsi consacrées à l'audition d'éditeurs de livres, de musiques<sup>3620</sup> et de représentants d'artistes<sup>3621</sup> afin de recueillir leur réaction au projet en cours.

Au cours des séances, les débats portent principalement sur la manière de transposer, en pratique, le principe de la perpétuité. Conformément à l'ordre de mission, deux pistes sont envisagées. La première, soutenue par Saint-Laurens consiste à ne pas distinguer la propriété littéraire de la propriété ordinaire et à soumettre la seconde au régime commun du droit des contrats et des successions. Contre les « héritiers indignes » qui ne s'appliqueraient pas à réimprimer les ouvrages dont ils ont acquis les droits, Saint-Laurens propose, dans un premier temps, de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, avant de se raviser au profit de ce qu'il nomme un « *droit d'usage social*<sup>3622</sup> », à savoir un droit de la société sur les ouvrages qui n'auraient pas été réimprimés par les héritiers dans un délai de trente ans<sup>3623</sup>. La seconde solution est le système du domaine public payant. Il repose sur l'instauration d'une redevance à verser aux ayants-cause à laquelle devra s'acquitter tout éditeur ou tout théâtre pour reproduire ou représenter l'œuvre au terme de la durée des droits exclusifs<sup>3624</sup>. Cette proposition, davantage que la première, est préférée par la majorité des membres au motif qu'elle « concilie les intérêts » dans le temps, puisqu'à mesure que « les droits des héritiers diminuent », ceux « du public augmentent<sup>3625</sup> ».

Un projet de loi est alors élaboré par la Sous-commission consacrant, à la suite de l'extinction des droits exclusifs des héritiers – dont la durée reste fixée à trente ans après le décès de l'auteur ou du conjoint –, le domaine public payant.

---

<sup>3620</sup> Hachette, Firmin Didot, Mareschal...

<sup>3621</sup> Sont ainsi invités le Comité de la Société des gens de lettres, des membres de la Commission de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques ou encore des membres du Comité de l'association des artistes peintres, sculpteurs, graveurs et dessinateurs.

<sup>3622</sup> Au demeurant, l'idée est proposée par les éditeurs Mareschal et Ferrand, V. Séance de la Sous-Commission du 13 mai, p. 83

<sup>3623</sup> V. Séance de la Sous-Commission du 3 juin 1862, id., p. 119 et s.

<sup>3624</sup> V. Séance de la Sous-Commission du 10 mai 1862, id., p. 81.

<sup>3625</sup> V. Séance de la Sous-Commission du 3 juin 1862, id., p. 122.

**Vote du projet de loi en commission consacrant le domaine public payant.** Présenté devant la Commission Walewski le 14 août 1862<sup>3626</sup>, le projet est bien accueilli en dépit de quelques réactions réprobatrices comme Dupin qui craint que par cette loi soient « sacrifiés des intérêts plus généraux, plus élevés de la littérature et des sciences<sup>3627</sup> ». La Commission renforce même les droits des ayants-cause en proposant d'étendre la durée des droits exclusifs au profit des héritiers à cinquante ans après la mort de l'auteur<sup>3628</sup>, ce que la Sous-commission s'était refusée de faire à défaut de motif sérieux « pour suspendre, pendant un demi-siècle, *l'ouverture des droits du domaine public*<sup>3629</sup> ». En prenant, à l'instar des lois révolutionnaires, la mort de l'auteur comme point de départ, les membres ont surtout entendu répondre au problème de l'incertitude de la durée effective des droits générée par le système actuel qui fixe le point de départ du droit trentenaire des héritiers à la mort de l'auteur ou à celle du conjoint survivant. Dans ces conditions et par rapport au système actuel, la durée de cinquante ans prévue par le projet peut aussi bien conduire à une augmentation de la durée des droits exclusifs comme à sa diminution.

**Rapport du Président Walewski à l'Empereur.** Après le vote en commission le 20 mars 1863 du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique<sup>3630</sup>, celui-ci est présenté à l'Empereur. Dans son rapport Walewski déroule, dans un premier temps, les propos classiques au soutien de la propriété perpétuelle des œuvres de l'esprit. Dans un second temps, il présente et justifie l'extension de la durée des droits exclusifs et le principe de la redevance à perpétuité en employant opportunément le langage des adversaires de la propriété littéraire, et a fortiori, de la propriété littéraire perpétuelle. Le projet de loi qu'il porte est alors présenté comme une œuvre de conciliation entre les intérêts privés et l'intérêt public. Il souligne en premier lieu l'importance de l'acte de publication en ce qu'elle nourrit le fonds commun des idées et génère des créations subséquentes. A la publication de l'œuvre dit-il « *des intérêts de l'ordre le plus élevé se forment* ». La diffusion des œuvres concourent à la production de nouvelles œuvres sur lesquelles naissent des droits exclusifs : « dans cette succession de travaux, dans cette série de productions qui unit un lien dont il est aussi *difficile de nier l'existence que de déterminer la mesure, chacun a sa part d'efforts et de*

---

<sup>3626</sup> V. Séance de la Commission du 14 août 1862, id., p. 165.

<sup>3627</sup> V. Séance de la Commission du 22 janvier 1863, id., p. 196

<sup>3628</sup> V. Séance de la Commission du 22 janvier 1863, id., p. 199.

<sup>3629</sup> V. Séance de la Sous-Commission du 28 juin 1862, id., p. 128.

<sup>3630</sup> V. Séance de la Commission du 20 mars 1863, id., p. 245.

mérite et doit avoir *sa part d'honneur et d'avantages*<sup>3631</sup>». Autrement dit, l'auteur qui a nourri le fond commun d'idées et celui qui y aurait puisé pour nourrir sa création doivent chacun, dans la mesure de leur contribution, percevoir leur part. Or, constate t-il :

« lorsque l'auteur a cessé d'exister, lorsque ses successeurs immédiats, ordinairement ses parents les plus proches, ceux qui ont vécu dans sa familiarité, qui ont été l'objet de ses affections et qui ont pu être initiés au secret de ses volontés, ont disparu à leur tour, le droit primitif subsiste toujours, mais il a perdu, il faut le reconnaître, ce qu'il avait d'intime et de personnel. Pendant la même période, les exigences de l'intérêt public sont devenues plus grandes et plus légitimes ; une sorte de droit, né de la longue possession, s'est formé progressivement au profit de la société.

Sacrifier entièrement l'un de ces droits, l'un de ces intérêts, serait également injuste; c'est à les concilier que doit s'appliquer la sagesse du législateur ; la Commission espère y être parvenue. Elle a fixé à cinquante ans, à compter de la mort de l'auteur, le moment où il convient de transiger avec la rigueur des principes et de faire à l'intérêt public de larges concessions. Elle a, pour tenir lieu de la jouissance, effective enlevée aux ayants cause de l'auteur, établi à leur profit une redevance qui a paru à la fois suffisante et modérée aux hommes les plus compétents<sup>3632</sup> ».

2) Les débats relatifs au projet de loi du Conseil d'Etat de 1864

**Abandon du projet de loi par le Conseil d'Etat et élaboration d'un nouveau projet (1864).** Le projet de loi de la commission Walewski organisant les modalités d'applications du principe de la perpétuité a été rejeté en décembre 1864 par le Conseil d'Etat « sans beaucoup de cérémonie » dira plus tard un sénateur déçu<sup>3633</sup>. En lieu et place, un nouveau projet est discuté et finalement adopté en conseil le 8 février 1866. Celui-ci prévoit d'étendre la durée du droit exclusif à trente ans après la mort de l'auteur au bénéfice de tous les héritiers et ayants-cause.

---

<sup>3631</sup> WALEWSKI, *Rapport à l'Empereur*, Paris : Imprimerie impériale, 1863, p. 253.

<sup>3632</sup> WALEWSKI, id., p. 254.

<sup>3633</sup> LEBRUN, Séance du Sénat du 6 juillet 1866, *Annales du Sénat et du Corps législatif*, Volume 7, Paris : Moniteur Universel, 1866, p. 214.

**La méthode des membres du Conseil d'Etat.** Plus soucieux des intérêts en cause et de leur conciliation que de métaphysique, les membres du Conseil d'Etat adoptent une position pragmatique qui contraste à nouveau avec les méthodes privatistes aprioristique et absolutiste. Le rôle des membres du Conseil d'Etat dans l'élaboration de la législation relative aux droits des auteurs n'est certainement pas étranger à la diffusion des formules publicistes de la « balance des intérêts » ou de l'« équilibre des intérêts » dans la doctrine du droit d'auteur de l'époque. Il y a en outre une grande similarité dans la nature du problème auquel sont confrontés les publicistes et les intellectualistes : dans les deux cas, il s'agit de résoudre une confrontation entre intérêts privés et intérêt public. Il est peu surprenant, comme nous allons le constater, que les membres du Conseil d'Etat traitent la question du droit d'auteur selon une conception, sinon utilitariste du moins instrumentale du droit, plutôt qu'en recourant aux principes métaphysiques du droit naturel.

**Exposé des motifs du commissaire du Gouvernement Riché (19 février 1866).** Devant les députés, Riché présente ce projet comme étant « propre à concilier sagement les intérêts *privés et l'intérêt public* en ce qui concerne les droits spéciaux accordés aux auteurs et à leurs familles, à perfectionner et à simplifier la législation actuelle sans en altérer le principe<sup>3634</sup> ». Réuni en conseil d'Etat, le Gouvernement avait balayé la perpétuité au motif qu'il n'y avait « *pas lieu de changer le caractère temporaire que les lois de tout l'Europe impriment à la concession que l'Etat fait aux familles des auteurs aux dépens de la liberté publique*<sup>3635</sup> ». Nonobstant cette position de principe, l'extension de la durée des droits à trente ans est proposée, et ce, dans l'intérêt de tous les héritiers et ayant-cause et des auteurs eux-mêmes, la législation actuelle étant « *trop avare pour les plus proches de l'auteur célibataire ou veuf sans enfants*<sup>3636</sup> ». Cette durée estime-t-il « *aura assez longtemps protégé les intérêts privés pour que ceux-ci, à leur tour, rémunèrent la société en la laissant jouir librement et à bon marché. Aucun intérêt pratique n'aura donc plus le besoin ou la tentation de se réfugier et de se voiler derrière des théories de propriété littéraire assimilée à la propriété ordinaire, et revendiquant la même perpétuité !*<sup>3637</sup> ».

---

<sup>3634</sup> RICHE, Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs, in, WORMS F., Etude sur la propriété littéraire, deuxième partie, Paris : Alphonse Lemerre, 1878, p. 230.

<sup>3635</sup> RICHE, id., p. 234.

<sup>3636</sup> RICHE, id., p. 235.

<sup>3637</sup> Ibidem.

Dans la partie consacrée aux motifs des limites du projet de loi, le rapporteur s'attaque en effet aux champions de la propriété littéraire. L'assimilation de la propriété littéraire à la propriété ordinaire ne reposerait sur aucun fondement, elle ne serait que le résultat de l'usage répété du mot propriété, lequel « a, depuis quelques années, obscurci la notion primitive du droit très respectable, mais artificiel, limité, que la législation moderne avait inventé<sup>3638</sup> ». En outre, cette assimilation serait instrumentalisée puisque derrière elle, « se cachent les intérêts de quelques éditeurs qui ne demandent la perpétuité que pour obtenir une durée plus longue *des droits qu'ils achètent*<sup>3639</sup> ». Enfin, cette assimilation serait remise en cause par ses adeptes eux-mêmes lorsqu'ils proposent des mécanismes comme l'expropriation pour cause d'utilité publique pour pallier les manquements des héritiers ou encore la redevance à s'acquitter pour reproduire ou représenter l'œuvre affranchie du droit exclusif : c'est « au fond la négation du droit perpétuel, exclusif et sans condition, c'est-à-dire de la propriété : on ne perd pas la propriété du sol quand même on le laisserait trente ans en friche ; on ne voit pas la loi dire que celui qui a joui de son champ cinquante ans doit ensuite le laisser cultiver par les premiers venus<sup>3640</sup> ».

Corrélativement au rejet de la thèse de la propriété, le rapporteur ne laisse aucune équivoque sur la conception du « *droit d'auteur*<sup>3641</sup> » embrassée par le Conseil d'Etat. Lorsqu'on se dégage de « la fausse logique du mot » et que l'on interroge l'histoire de ce droit sui generis, on y découvre « une rémunération ». Il s'agit en conséquence, dit-il « *non d'un droit antérieur et supérieur, mais d'une concession de la loi, concession juste, mais volontaire, devant concilier, par la restriction même de sa durée, la récompense due à l'auteur avec l'intérêt du public*<sup>3642</sup> ».

Pour justifier cette approche, le rapporteur insiste sur l'acte de publication<sup>3643</sup> qui trouve sa cause nul part ailleurs que dans la volonté de l'auteur lui-même : « *l'auteur l'a voulu* : son écrit est devenu un livre par le lecteur ; sa propriété est devenue une chose commune à tous

---

<sup>3638</sup> RICHE, id., p. 244. Dans son rapport au Corps législatif, Perras, sans désigner les adeptes de la thèse de la propriété, dénonce implicitement leur emploi de pétitions de principe : « la Chambre permettra, elle saura gré peut-être, au rapporteur de la Commission, de ne pas donner une importance exagérée aux querelles de mots. Il se peut que de tous les côtés une tendance involontaire expose les logiciens les plus convaincus à se servir, pour poser la question, des termes destinés à la résoudre » (PERRAS, Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits des héritiers et des ayants cause des auteurs, in, WORMS Fr., Etude sur la propriété littéraire, t. 2, Paris : Alphonse Lemerre, 1878, p. 265).

<sup>3639</sup> RICHE, Exposé des motifs d'un projet de loi sur les droits des héritiers et des ayants cause des auteurs, in, WORMS F., id., p. 244).

<sup>3640</sup> RICHE, id., p. 247-248.

<sup>3641</sup> RICHE, id., p. 240.

<sup>3642</sup> RICHE, id., p. 246.

<sup>3643</sup> RICHE, id., p. 248 et s.

*ceux qui la rencontrent, et qui se communique sans s'épuiser ; ce n'est plus la propriété de son producteur, cette chose qui s'augmente et se multiplie à mesure qu'elle s'éloigne de ce producteur !<sup>3644</sup> ». Cette communication dit-il, à l'époque où l'on profite des progrès de la civilisation et des moyens de reproduction, n'est pas pour l'auteur dépourvue de motif. L'industrie alimentée par les œuvres utiles ou agréables produites par les auteurs a fait naître chez eux « un intérêt que l'autorité a pu ériger en droit<sup>3645</sup> ». Ce droit crée par le législateur constitue la récompense du service rendu par l'auteur à la société et repose sur « la présomption légale que l'auteur avait voulu retenir, lors de la vente des exemplaires, le droit exclusif d'autoriser, pendant un certain temps, la reproduction de ces exemplaires par les grands agents mécaniques<sup>3646</sup> ». En conclusion sur la nature du droit d'auteur, Riché affirme que celui-ci n'a pas « la nature primordiale et l'origine antéhistorique de la propriété ordinaire ; il n'est pas contemporain de la formation des sociétés ; la loi l'a fait et non reçu : ex lege, sub lege<sup>3647</sup> ».*

Contrairement au projet de la Commission Walewski dont les principales propositions achoppaient contre les difficultés pratiques<sup>3648</sup>, celui du Conseil d'Etat estime le rapporteur, en proposant une durée post mortem auctoris de trente ans, « atteint et ne dépasse pas la juste borne au-delà de laquelle est le droit public, droit qu'un gouvernement ayant l'origine et les tendances du nôtre ne peut songer à désert<sup>3649</sup> ».

Suite à l'exposé des motifs du projet de loi, une commission de députés est nommée afin de procéder à l'examen du contenu du projet de loi du conseil d'Etat.

**Rapport de la Commission au Corps législatif.** A la suite de l'examen du projet de loi du Conseil d'Etat en commission parlementaire, un rapport est présenté au Corps législatif par Perras le 24 mai 1866.

Le rapporteur souligne le fossé qui sépare le projet du Conseil d'Etat et celui de la commission Walewski. Le premier se veut de prime abord beaucoup moins radical que le

---

<sup>3644</sup> RICHE, id., p. 249.

<sup>3645</sup> Ibid.

<sup>3646</sup> RICHE, id., pp. 249-250.

<sup>3647</sup> RICHE, id., p. 250.

<sup>3648</sup> A savoir l'identification des ayants cause de l'auteur après plusieurs générations et les risques de paralysie de la diffusion des œuvres ; les rapports avec les états étrangers qui ne seraient pas dotés d'une législation aussi protectrice des intérêts de l'auteur et les risques d'incitation à la contrefaçon étrangère (v. RICHE, id., p. 262).

<sup>3649</sup> RICHE, id., p. 263.

second qu'il appelle l'Évangile de la religion de la propriété littéraire perpétuelle<sup>3650</sup>, c'est-à-dire, le livre bleu. Moins radical et fondamentalement conçu « dans un système opposé<sup>3651</sup> », ce qui se manifeste dès l'intitulé du projet de la loi dont le conseil d'État avait « péremptoirement<sup>3652</sup> » repoussé la proposition d'y inclure droit de propriété.

Les buts poursuivis par le projet de loi sont également plus modérés et plus pratiques que ceux de la commission Walewski<sup>3653</sup> puisqu'il s'agit simplement ici d'« améliorer la situation *des auteurs sans compromettre l'intérêt public* » et de « perfectionner la législation sans en altérer le principe<sup>3654</sup> ». Bien entendu, le projet ainsi que les controverses qu'il fera naître sera déterminé par l'identification et le contenu de ce prétendu « principe ». Toujours est-il que le projet de loi soutenu par le rapporteur est présenté comme un « compromis »<sup>3655</sup> destiné à emporter le consentement des députés moins grâce aux soubassements théoriques qui le fondent<sup>3656</sup> qu'aux solutions pratiques qu'il offre.

De prime abord, il convient de noter que le point d'achoppement majeur entre les membres de la commission ne concerne pas véritablement la question de la nature du droit de l'auteur, la plupart concédant la qualification de droit de propriété<sup>3657</sup>. Davantage, la controverse porte sur la source du droit de propriété de l'auteur sur son œuvre, puisque celle-ci détermine la portée de celui-là. Il s'agissait, en d'autres termes, de déterminer « si cette propriété dérive du *droit naturel, ce qui entraînerait l'hérédité perpétuelle*, - ou si elle vient du statut

---

<sup>3650</sup> PERRAS, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, in, WORMS Fr., *Étude sur la propriété littéraire*, t. 2, Paris : Alphonse Lemerre, 1878, p. 266 : « si, un jour, vient à se fonder la religion de la propriété littéraire perpétuelle, le livre bleu où se trouvent consignés avec une méthode irréprochable enquêtes, discussions et projet de loi, le livre bleu sera l'Évangile, le catéchisme de cette religion !... ».

<sup>3651</sup> PERRAS, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits des héritiers et des ayants cause des auteurs*, id., p. 266.

<sup>3652</sup> PERRAS, id., p. 278.

<sup>3653</sup> La mission de la commission Walewski « n'avait pas de bornes et peut-être, pour cette raison même, n'a pu aboutir à un résultat pratique » (PERRAS, id., p. 290).

<sup>3654</sup> PERRAS, id., p. 280.

<sup>3655</sup> PERRAS, id., p. 297.

<sup>3656</sup> L'exposé des motifs trahit parfois cette volonté de mettre de côté la question théorique de la nature du droit pour répondre à la question pratique de la conciliation des divers intérêts en jeu : ainsi, à la suite d'un amendement de Saint-Laurens relatif à l'assimilation de la propriété littéraire à la propriété ordinaire, Perras déclare « Faut-il reprendre dans tous leurs détails les éléments de cette vaste controverse ? Nous reculerions, et la Chambre avec nous reculerait épouvantée ! Tout a été dit cent fois, et mieux que nous ne pourrions le dire, dans les brochures, dans les rapports, dans les discours, dans les livres, dans les exposés de motifs qui ont passé et qui sont encore dans les mains de tous nos collègues » (PERRAS, id., p. 296).

<sup>3657</sup> Nul n'a contesté au droit des auteurs, « à un moment donné et dans une certaine mesure, les attributs et même la qualification de la propriété » (PERRAS, id., p. 269).

conventionnel, de la loi positive, ce qui impliquerait pour le législateur le droit et le devoir de *l'organiser en conciliant la propriété des auteurs avec l'intérêt public*<sup>3658</sup> ».

L'issue des débats, selon le rapporteur, semble pencher pour la théorie positiviste pour des raisons historique et finaliste :

« Toujours et partout, on a admis que dans le règlement spécial de cette propriété spéciale, la loi positive pouvait et devait concilier l'intérêt public et l'intérêt de l'auteur, en assurant tout à la fois la conservation du patrimoine intellectuel de l'humanité et la juste rémunération due à l'inventeur, dans l'ordre littéraire et artistique, comme dans le domaine de l'industrie<sup>3659</sup> ».

Afin de souligner la nature spécifique de la propriété littéraire, le rapporteur la distingue de la propriété ordinaire du point de vue de son origine et de sa destination. Quant à son origine, le rapporteur reprend la thèse de l'emprunt de l'auteur au patrimoine commun afin d'en inférer une créance de la société sur les fruits du travail<sup>3660</sup>. Quant à la destination, le rapporteur insiste de nouveau sur l'acte de publication pour appréhender la finalité de l'œuvre. Une fois encore, il s'agit d'aboutir à la nécessité de procéder à un partage entre l'auteur et la civilisation :

« La destination essentielle de l'œuvre intellectuelle est sa vulgarisation même, cette communication au public, sans lequel elle n'aurait plus sa raison d'être.

Par la force des choses, il s'établit donc sur l'œuvre intellectuelle une sorte de co-propriété qui comporte la nécessité d'un partage, sauvegardant l'intérêt privé et l'intérêt de la civilisation<sup>3661</sup> ».

Concernant la durée des droits, les avis soutenus au sein de la commission furent pour le moins divergents puisque trois membres inclinaient en faveur de la perpétuité organisée selon un régime spécial, deux se prononçaient en faveur de la perpétuité du droit commun et quatre

---

<sup>3658</sup> Ibid.

<sup>3659</sup> PERRAS, id., p. 300.

<sup>3660</sup> PERRAS, id., p. 302 : « *l'auteur emprunte les éléments principaux de son œuvre au trésor commun formé ave les travaux du passé, et, s'il accomplit une œuvre qu'il qualifie de création, le plus souvent il ne crée qu'une forme nouvelle, dont la personnalité est plus ou moins facile à reconnaître. Il est dès lors naturel et équitable qu'il rende à l'avenir ce qu'il doit au passé, sauf une juste rémunération pour la découverte de la forme nouvelle due au travail de son intelligence* ».

<sup>3661</sup> PERRAS, id., p. 303.

penchaient pour une durée temporaire. Malgré ces désaccords, tous demeuraient favorables au projet car aucun d'entre eux, conscient des raisons des précédents échecs successifs, n'était prêt à « sacrifier la certitude acquise du bien à la périlleuse recherche du mieux<sup>3662</sup> ». Après quelques transactions entre la commission et le Conseil d'Etat, le projet fut unanimement arrêté sur l'idée « *d'étendre jusqu'à cinquante ans la durée du droit après le décès de l'auteur, et de faire tenir dans ce délai fixe tous les intérêts d'usufruit ou d'hérédité qui lui survivent*<sup>3663</sup> ». A première vue, cette extension de la durée semble faire « trop bon marché de ce qu'à tort ou à raison on appelle le domaine public<sup>3664</sup> » admet le rapporteur, pour autant fait-il remarquer, le fait de fixer à une date précise – le jour du décès de l'auteur – le point de départ du délai des droits post mortem auctoris conduira selon les cas, à étendre ou à réduire la durée des délais actuels qui dépendent in fine de la durée de vie du conjoint survivant. Ce n'est pas l'extension de la durée qui représente l'intérêt majeur du projet, mais davantage la fixation d'un point de départ précis de la durée des droits. Le système présente, en effet, l'immense avantage, de permettre de savoir avec certitude, dès le décès de l'auteur, « quand commencera la jouissance de tous<sup>3665</sup> ».

**Discussions du projet au Corps législatif.** En dépit de la volonté de proposer un compromis, le projet issu du Conseil d'Etat et de la commission parlementaire se voit finalement reproché d'opter pour la thèse conventionnaliste ou positiviste. Le député Marie constate que le rapporteur, tout en prétendant ne pas vouloir régler la question de la propriété, la règle néanmoins en refusant d'employer le mot « propriété » dans la loi<sup>3666</sup>. Corrélativement, le rapporteur, en suggérant qu'« *il n'y a pas lieu de changer le caractère temporaire que les lois imprimant à la concession que l'Etat fait aux familles des auteurs aux dépens de la liberté publique* » dédaignerait, selon le même député, les avis divergents au sein de la commission et du Conseil d'Etat. Le débat sur la nature de la propriété littéraire est donc relancé par Marie qui va, à cette occasion, déclarer que la satisfaction de l'exigence de conciliation des intérêts privés et de l'intérêt social et de celle de la réglementation, telles qu'elles sont traditionnellement invoquées par les promoteurs de la thèse positiviste, ne doivent pas aboutir

---

<sup>3662</sup> PERRAS, id., p. 268.

<sup>3663</sup> PERRAS, id., pp. 277-278. Par « tous les intérêts d'usufruit ou d'hérédité », il faut comprendre que les prérogatives sont étendues à toutes les veuves, quel que soit le régime matrimonial, et à tous les héritiers de l'auteur décédé.

<sup>3664</sup> PERRAS, id., p. 280.

<sup>3665</sup> PERRAS, id., p. 280.

<sup>3666</sup> V. Séance du 1<sup>er</sup> juin, Annales du Sénat et du Corps législatif, vol. 7, Paris : Moniteur Universel, 1866, p. 24

à la dénaturation de la propriété, notamment, de ses attributs principaux à l'instar de la perpétuité<sup>3667</sup>.

Certains députés contestent l'un des lieux communs de la thèse positiviste réitéré par le rapporteur, à savoir, l'idée selon laquelle l'auteur, parce qu'il puise à un fonds commun d'idées, ne crée pas, mais fait « revêtir aux idées une forme nouvelle » ce qui justifiait rappelons-le, un régime de partage, de co-propriété, ou de co-usufruit (etc.) de l'œuvre intellectuelle entre l'auteur et le public. Cette représentation du processus de création – qualifiée par Pelletan, sinon de « sophisme », du moins « *d'erreur empruntée au communisme*<sup>3668</sup> » – est retournée par le député Marie contre ses promoteurs. L'idée d'un « trésor commun<sup>3669</sup> » auquel puiserait l'auteur afin de donner aux idées anciennes une forme nouvelle, ne fait aucunement échec à la thèse de la propriété, car dit-il :

« c'est cette forme-là précisément qui constitue la propriété intellectuelle. Est-ce qu'il est jamais tombé dans la pensée de personne de dire que les idées qui courent le monde, et qui y ont été jetées par le génie de l'antiquité et par celui des temps modernes, que ces idées ont pu devenir la propriété privative d'un auteur quelconque ? Qui donc a dit cela ? Personne ; celui qui l'aurait dit aurait été un insensé<sup>3670</sup> ».

Le député s'attaque à l'une des exagérations de la rhétorique anti-propiétaire consistant à dénoncer, à tort, chez leurs adversaires la prétention de vouloir consacrer un mode

---

<sup>3667</sup> Séance du 1<sup>er</sup> juin, id., p. 27 : « très bien : il faut la réglementer. Je ne résisterai pas à la réglementation de la propriété intellectuelle ; *je sais que c'est une propriété d'une nature particulière, dont les conditions d'existence sont tout à fait exceptionnelles, une propriété qui ne se rattache pas seulement, comme la propriété particulière, à un intérêt privé, mais qui se rattache sous certains rapports éclatants, à l'intérêt social lui-même. Je comprends donc qu'il faut concilier ces intérêts et que la conciliation ne peut être que dans une réglementation. Mais réglementer la propriété, ce n'est pas la nier, au contraire, c'est l'affirmer ; la réglementer, c'est la mettre sur le pied de toutes les autres propriétés qui, par leur nature, appellent une réglementation spéciale. (...) Je l'admettrai, je l'adopterai, cette réglementation de la propriété intellectuelle, mais à une condition c'est que (...) on ne dénature pas, on ne tuera pas cette propriété, et que, notamment dans ses attributs principaux, essentiels, la perpétuité, l'hérédité, la transmissibilité, on lui conservera tous ses caractères, comme on les conserve à la propriété matérielle.* ».

<sup>3668</sup> PELLETAN, Annales du Sénat et du Corps législatif, vol. 7, p. 38. Le député estime que la prétendue créance de la société à l'égard de l'auteur qui a puisé au patrimoine commun des idées est injustifiée en raison de la nature de ce fond : « *comment donc l'auteur serait-il tenu de restituer la part des morts aux vivants, quand il n'a pas diminué cette part des morts, et de la donner en quelque sorte au public comme à un héritier naturel du passé ?* ».

<sup>3669</sup> MARIE, Annales du Sénat et du Corps législatif, vol. 7, p. 28

<sup>3670</sup> Ibid.

d'appropriation des idées. Or Marie réaffirme ce qu'est, selon la majorité des promoteurs de la propriété intellectuelle, le véritable objet de celle-ci :

« Quand on revendique la propriété intellectuelle, on ne revendique que la forme. (...); c'est cette forme dans son individualité qui fait que l'auteur est propriétaire de la forme dont il a su revêtir les idées qui appartiennent à tous, si vous voulez, mais qui sont devenues siennes par la forme dont il les a revêtues<sup>3671</sup> ».

Marie réitère ensuite les idées maintes fois affirmées en faveur de la propriété littéraire et cite en soutien les autorités que sont Lakanal, Chapelier, Napoléon III. In fine et en employant opportunément à son profit le vocabulaire de ses adversaires, Marie loue l'ancien projet de loi de la commission Walewski, lequel en prévoyant un mécanisme de redevance perpétuelle au terme de l'exclusivité des droits « conciliait ainsi » soutient-il « *ce qu'on appelle l'intérêt général et public avec l'intérêt privé et particulier*<sup>3672</sup> ». Pelletan, autre défenseur de la propriété littéraire, rejette quant à lui l'argument selon lequel, la publicité constituerait le mode par lequel le public *s'approprie* l'œuvre de l'esprit : « si cet argument pouvait faire autorité, il faudrait rayer du dictionnaire plus d'une propriété consacrée cependant par la loi, par exemple, du jardin d'acclimatation<sup>3673</sup> ».

Les contempteurs du projet combattent finalement moins ses dispositions, que « *l'esprit qui l'a inspiré*<sup>3674</sup> » et remettent en question sa prétendue conformité avec le principe de la législation antérieure, eu égard, notamment à l'absence de mention de la « propriété » de l'auteur<sup>3675</sup>. Poussé à démontrer cette continuité, le commissaire du gouvernement Riché est amené à exclure historiquement le jusnaturalisme de la formation du droit d'auteur pour embrasser complètement la thèse positiviste :

« Nous avons maintenu le principe de nos lois anciennes, ce même principe qui vient d'être attaqué par l'honorable M. Marie et par l'honorable M. Pelletan. Le principe de nos lois anciennes est celui-ci : ce qu'on appelle le droit d'auteur, ou propriété littéraire, est un droit

---

<sup>3671</sup> Ibid.

<sup>3672</sup> MARIE, id., p. 34.

<sup>3673</sup> PELLETAN, id., p. 42. Quoiqu'ouvert au public, ces jardins demeurent soumis au régime de la propriété privée.

<sup>3674</sup> Annales du Sénat et du Corps législatif, vol. 7, p. 43.

<sup>3675</sup> Voir notamment l'intervention de Saint-Laurens, Séance du 2 juin 1866, Annales du Sénat et du Corps législatif, vol. 7, Paris : Moniteur Universel, 1866, p. 60

que la loi a créée, qu'elle a bien fait de créer, mais qu'elle a créée librement, volontairement, sagement ; et maîtresse qu'elle était, en le créant, d'y mettre des conditions, elle l'a déclaré temporaire. Ce principe est dans votre loi. (...)

Nous sommes restés fidèles à la vieille tradition des lois. Notre projet n'a pas prononcé le mot de propriété ; et cependant il aurait pu le faire sans péril, car les lois de 1793 et 1810, qui ont prononcé ce mot, l'ont prononcé en face d'un droit qu'elles créaient temporaire, si temporaire, en 1793, que c'était dix ans seulement. Puisque ce mot propriété, en matière littéraire, veut dire temporaire, nous ne risquons pas grand'chose en le mettant dans le titre de notre loi.(...)

Nous n'avons pas mis le mot propriété dans le titre du projet de loi, parce que ce mot de propriété, inoffensif autrefois, on en a beaucoup abusé dans ces derniers temps ; c'est parce que de ce mot est sortie une théorie tout armée, sous l'influence de laquelle beaucoup de gens ne sont crus logiciens invincibles en disant : 'Puisque c'est une propriété, pourquoi ne pas la traiter comme les autres propriétés ? <sup>3676</sup>»

Tel un utilitariste, le commissaire du gouvernement méprise la métaphysique qui nourrit l'« idée chimérique » de perpétuité, laquelle est par ailleurs comparée aux idoles adorées et créées par les peuples antiques<sup>3677</sup> ; en outre, il voit en la loi la source exclusive du droit d'auteur<sup>3678</sup> et, enfin, explique le caractère traditionnellement temporaire de celui-ci par la satisfaction des intérêts<sup>3679</sup>. Le refus actuel de consacrer la perpétuité est pareillement justifié par la sauvegarde des intérêts du public :

---

<sup>3676</sup> V. Séance du 1<sup>er</sup> juin, Annales du Sénat et du Corps législatif, vol. 7, Paris : Moniteur Universel, 1866, p. 44. Deux décennies plus tard, les juges accrédièrent cette conception : « *les droits d'auteur et le monopole qu'ils confèrent, désignés d'ordinaire sous la dénomination de propriété littéraire, ne constituent pas, à proprement parler, une propriété, ils confèrent seulement aux personnes qui en sont investies le privilège exclusif d'une exploitation commerciale* » (Cass. 25 juillet 1887, DP 1888, I, p. 5, note L. SARRAUT ; ou encore : « *les productions de l'esprit ne constituent pas des biens susceptibles d'un véritable droit de propriété, au sens où ce terme est entendu par le Code civil, mais donnent seulement à leur auteur des droits spéciaux et temporaires réglementés et définis par la législation sur la propriété littéraire et artistique, sans qu'il soit possible de leur appliquer la terminologie du Code civil* » (CA Paris 1<sup>er</sup> février 1900, S. 1900, II, p. 121). Ces arrêts constituent un revirement de la jurisprudence précédente : « *la propriété littéraire et artistique, essentiellement mobilière, a les mêmes caractères et doit avoir le même sort que tout autre genre de propriété, moins la limitation que l'intérêt public a fait porter à sa durée* » (Cass, 16 août 1880, S., 1881, p. 2, note LYON CAEN Ch.).

<sup>3677</sup> RICHE, id., p. 47 : « *La propriété perpétuelle, permettez-moi cette comparaison, c'est une idée qui a été créée il y a quelques années par des gens d'esprits. Après avoir créé cette idée, ils se sont mis à l'adorer de très bonne foi, comme ces peuples antiques qui adoraient des idoles qu'ils avaient eux-mêmes pétries* ».

<sup>3678</sup> RICHE, id., p. 46 : « *il n'y a dans la propriété littéraire rien autre chose qu'une création de la loi, création extrêmement juste et respectable ; la loi a bien fait de la créer, mais enfin c'est la loi qui l'a créée* ».

<sup>3679</sup> RICHE, id., p. 46 : « *la loi partout et toujours a dit que cette propriété là serait temporaire. Pourquoi l'a-t-elle dit ? dans quel intérêt l'a-t-elle dit ? Elle l'a dit pour deux raisons. Parce qu'il est de l'intérêt public qu'il puisse en être ainsi, et parce qu'il est bien rarement de l'intérêt de l'auteur qu'il en soit autrement* ».

« Nous avons cru que, n'étant autre chose que les défenseurs passagers d'une civilisation permanente, nous ne pouvions aliéner à jamais les intérêts de cette civilisation ; nous avons cru que l'intérêt de cette civilisation, celui de l'instruction facile du peuple, celui des jouissances du public, celui de la libre concurrence, tout cela était opposé à la perpétuité d'une taxe sur les lecteurs, que souvent cet acte ne serait qu'une déclaration imaginaire, une apothéose vainement promise, une déception, une chose peu digne du sérieux de la loi<sup>3680</sup> ».

Les discussions se poursuivent jusqu'au 5 juin 1866 avant que le projet soit renvoyé en commission. Suite au nouveau rapport de Perras, le projet est discuté et finalement adopté le 27 juin à la majorité de 251 voix contre 2. Ce projet est un succès explique Jules Simon, car il est « pour les uns ce que la propriété littéraire peut souhaiter de mieux ; pour les autres, un commencement, une espérance ; dans tous les cas une amélioration *d'autant plus précieuse*<sup>3681</sup> ».

**Rapport de Sainte Beuve au Sénat.** Le 6 juillet, la loi votée par le Corps législatif est présentée au Sénat par Sainte Beuve qui la décrit comme une « loi faite et bien faite », une loi « sage » qui a su réunir « *l'unanimité* des suffrages, de la part de ceux qui se combattaient auparavant, mais qui se sont rencontrés sur un terrain aussi largement délimité<sup>3682</sup> ». Car, ainsi qu'il l'affirme dans ses propos liminaire, il existe deux manières d'envisager la question des droits d'auteur :

« l'une qui la généralise et la simplifie, qui la constitue et l'élève à l'état de principe, de droit absolu, de propriété inviolable et sacrée, revendiquant hautement sa place au soleil ; et l'autre manière de voir, plus modeste, plus positive, plus pratique sans doute, qui ne s'est occupée que d'améliorer ce qui avait été fait déjà, de l'étendre aux limites qui semblent le plus raisonnables, en tenant compte des différences de matières de matière et d'objet, en mettant la nouvelle loi en rapport avec les articles qui, dans notre Code, régissent le mariage, la succession, et en combinant le mieux possible les droits des auteurs et ceux du public<sup>3683</sup> ».

---

<sup>3680</sup> RICHE, id., p. 50.

<sup>3681</sup> Séance du 2 juin 1866, id., p. 72.

<sup>3682</sup> Rapport de Sainte-Beuve au Sénat sur la loi relative aux droits des héritiers et des ayants cause des auteurs, reproduit, in, WORMS Fr., Etude sur la propriété littéraire, t. 2, Paris : Alphonse Lemerre, 1878, p. 320.

<sup>3683</sup> Ibid.

Nous reconnaissons la méthode aprioristique des jusnaturalistes qu'il compare à des « guerriers noblement ambitieux » et celle conséquentialiste des positivistes qualifiés de « sages diplomates<sup>3684</sup> ». La première tend à la reconnaissance d'un droit de propriété en conformité avec une norme extra-légale d'après laquelle toute création appartient à son auteur, tandis que la seconde tant à l'attribution à l'auteur d'un droit sur son œuvre dont le contenu est destiné à satisfaire ses intérêts mais dont les limites sont fixées en vue de satisfaire ceux du public. Pour le rapporteur, la loi constitue un compromis puisque elle a réuni, chez les députés, ceux

« qui sans doute auraient tenu à réaliser d'un coup leur idéal de propriété intellectuelle, qui continuent d'y croire et de le contempler dans le lointain, mais qui en même temps ne sont pas assez excessifs pour dire : 'Tout ou rien' [et] les hommes moins enthousiastes, qui, accoutumés à la discussion des intérêts divers et si compliqués que la société met sans cesse aux prises, savent les difficultés de la pratique, aiment à voir agir en toute l'expérience, ne recourent que dans les cas extrêmes aux principes de métaphysique, toujours contestables<sup>3685</sup>».

Les discussions au Sénat sont courtes. Les tenants de la propriété ne sont toutefois pas dupes du tour qui leur est joué. Le « compromis » qu'on leur soumet n'est rien de moins que l'antithèse de leur conception de la propriété littéraire. Balayer d'un revers la perpétuité, même sous forme d'une redevance, et refuser de mentionner le terme de « propriété » ne constituent pas un compromis. Lebrun par exemple, à l'instar de tous les champions de la propriété perpétuelle, exprime son regret de ne pas avoir vu aboutir le projet de la commission Walewski et s'offusque du dédain que le conseil d'Etat a témoigné à ce projet<sup>3686</sup>.

A l'unanimité, la loi relative à la durée des droits des héritiers et ayants cause des auteurs, compositeurs ou artistes est adoptée le jour même et promulguée le 14 juillet 1866. Son article premier, au premier alinéa, dispose que « la durée des droits accordés par les lois antérieures aux héritiers, successeurs irréguliers, donataires ou légataires des auteurs, *compositeurs ou artistes*, est portée à cinquante ans à partir du décès de l'auteur ». Quant au conjoint survivant, un régime dérogatoire lui est appliqué<sup>3687</sup>. Au décès de l'auteur, si aucune

---

<sup>3684</sup> V. WORMS Fr., op. cit., p. 322.

<sup>3685</sup> V. WORMS Fr., id., pp. 321-322.

<sup>3686</sup> Séance du Sénat du 6 juillet 1866, Annales du Sénat et du Corps législatif, vol.7, p. 214.

<sup>3687</sup> V. PFISTER L., th. préc., pp. 724-735.

séparation n'a été prononcée contre lui, le conjoint bénéficiaire, en principe, de la « jouissance des droits » de l'auteur pendant la durée identique de cinquante ans<sup>3688</sup>. Cette jouissance, réduite dans la mesure de la réserve héréditaire, est accordée par le législateur pour suppléer à la volonté de l'auteur auquel il est reconnu une liberté entière de disposer et de tester de ses droits. Cette reconnaissance exprime, soutenait Perras, « la véritable pensée de la loi, la pensée de faire respecter la personnalité de l'auteur ; puis la personnalité de l'œuvre respectée dans l'auteur<sup>3689</sup> ». Bien que cette liberté de disposer demeure attachée à la composante patrimoniale des droits de l'auteur, sa reconnaissance par le législateur, suggère M. Pfister, trouve certainement son principal motif dans la prise en compte de l'intérêt moral de l'auteur au respect de l'intégrité de son œuvre<sup>3690</sup>.

Le refus catégorique de la thèse de la propriété par une partie de la doctrine et de l'opinion en général, ainsi que l'exigence de plus en plus partagée d'une protection de la personnalité de l'auteur, vont conduire progressivement à substituer la thèse personnaliste du droit d'auteur à la thèse propriétaire<sup>3691</sup> comme mode d'explication et de justification des droits de l'auteur sur son œuvre<sup>3692</sup>.

---

<sup>3688</sup> Art. 1<sup>er</sup>, al. 2.

<sup>3689</sup> Séance du Corps législatif du 4 juin 1866, Annales du Sénat et du Corps législatif, p. 84.

<sup>3690</sup> V. PFISTER L., th. préc., p. 735.

<sup>3691</sup> Parmi les auteurs qui continuent de défendre la thèse de propriété littéraire, nous pouvons citer Pouillet lequel admettait, comme naturel, le refus par le législateur de consacrer la propriété perpétuelle : « *n'est-il pas naturel, dès lors, que le législateur, dans l'intérêt général, pour sauvegarder le droit de la société à la jouissance intellectuelle de l'œuvre, refuse de consacrer la perpétuité du droit de l'auteur ? (...)* Ici, tout de même, la loi protège la propriété de l'auteur ; mais, en échange de cette protection, elle lui demande, elle lui impose des sacrifices. De ce que les conditions de la protection accordée à la propriété de l'auteur sont différentes des conditions de protection de la propriété ordinaire, comment raisonnablement conclure que la propriété n'existe pas ? » (POUILLET E., Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, Paris : Marchal Billard et compagnie, 1879, pp. 20-21). Pouillet reprend l'idée de Gastambide d'après laquelle la perpétuité n'est pas de l'essence de la propriété (GASTAMBIDE A., Traité théorique et pratique des contrefaçons en tout genre, Paris : Legrand et Descauriel, 1837, p. 128), ce qui fut depuis réaffirmé avec succès (v. MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., REVET T., « De la propriété comme modèle », in, Mélanges offerts à André Colomer, Paris : Litec, 1993, pp. 281-305). Notons néanmoins concernant Pouillet que celui-ci admettait la propriété de l'auteur sur son œuvre en raison de la nature personnelle du lien entre le sujet et l'objet : la propriété de l'auteur dit-il « a quelque chose de plus certain, de plus indéniable ; car, dans son origine ordinaire, la propriété consiste dans l'appropriation d'une chose déjà existante sous la forme où le possesseur se l'approprie, tandis qu'ici, elle consiste dans une création, c'est-à-dire dans la production d'une chose qui n'existait pas auparavant et qui est tellement personnelle à l'auteur qu'elle forme comme une partie de lui-même » (POUILLET E., op. cit., p. 28).

<sup>3692</sup> V. BERTAULD A., Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon, vol. 1, Paris : Cosse et Marchal, 1869, pp. 170-225 ; MORILLOT A., « De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1872, p. 29 et s. ; MORILLOT A., « De la nature du droit d'auteur considéré à un point de vue général », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1878, p. 111 et s. ; LEBRET G. A., La propriété littéraire et artistique - Du droit des auteurs et des artistes sur leurs œuvres, Paris : Lahure.

**La loi de 1866 : un compromis ?** La loi du 14 juillet 1866, en étendant la durée post mortem auctoris à cinquante ans, est occasionnellement présentée comme un compromis entre les champions de la propriété littéraire (les jusnaturalistes) et les tenants du *droit d'auteur* (les positivistes). Cette caractérisation mérite néanmoins une réserve. Le compromis dont on parle est le vocable des vainqueurs, à savoir des défenseurs de l'intérêt général, des promoteurs de la vision « positiviste » ou « utilitariste » du droit d'auteur, laquelle rappelons-le repose entièrement sur l'idée même de conciliation. Les tenants de la propriété littéraire, dans les discussions, ont toujours combattu l'esprit de la loi et ses présupposés anti-jusnaturalistes. Leur approbation au projet trouve son principal motif dans la crainte de perdre à nouveau la chance de renforcer en pratique les droits des auteurs. Mais leurs revendications, sur le terrain des principes, ont toutes été battues en brèche.

**Conclusion.** Le but de cet historique était de présenter le cadre des débats, les enjeux et les principaux arguments que se sont opposés les défenseurs et les adversaires de la propriété littéraire. La suite de cette étude va s'intéresser principalement au discours des opposants à la doctrine libérale et au rôle tenu par les notions d'« équilibre » et de « balance » pour la représentation du droit d'auteur.

Notons toutefois, à ce stade, un élément primordial et sur lequel il n'y aura plus aucune raison de revenir. Le rappel de ces débats permet de mettre à jour une vérité qui semble avoir été occultée pendant une période par la doctrine : la balance ou l'équilibre des intérêts n'est pas totalement étranger à notre tradition<sup>3693</sup>. Comme nous l'avons constaté durant les débats, le législateur a, de manière explicite, utilisé l'instrument (certes de manière rhétorique) afin de justifier et de rendre compte de la nécessité de limiter la durée des droits des auteurs. En conséquence, il ne peut être logiquement soutenu que le droit d'auteur français et la balance des intérêts sont absolument antinomiques. Les débats sur la durée et le choix de limiter cette dernière attestent que le législateur a entendu concilier les intérêts en présence en se fondant expressément sur des arguments de type utilitariste<sup>3694</sup>.

---

<sup>3693</sup> En ce sens, DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », Cahiers marxistes, 2005, n° 232, p. 28.

<sup>3694</sup> Contra LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 32 : « les justifications *utilitaristes* n'ont pas pesé lourd en France. Jamais le législateur ne s'y est ouvertement référé ».

## II) Le discours de l'équilibre dans la doctrine sociale

Parmi les auteurs qui se sont attaqués à la thèse de la propriété littéraire en employant à cet effet la notion d'équilibre, il convient de consacrer un traitement tout particulier à Renouard et à Proudhon. Ces deux auteurs n'ont pas simplement employé le terme comme une formule rhétorique mais en tant que concept fondamental de leur pensée (A). A leur suite, un certain nombre de juristes investis dans les débats sur la nature et la durée du droit d'auteur ont alors employé l'« équilibre » pour s'opposer au caractère absolutiste de la thèse de la propriété littéraire (B).

### A) *L'équilibre dans les pensées de Renouard et Proudhon*

Chronologiquement, il convient d'étudier la pensée de Renouard (1) avant celle de Proudhon (2). Le second, d'ailleurs, s'inspirera, sans le citer, du premier. Les réflexions de Proudhon relatives au droit d'auteur demeurent cependant intimement attachées à son mode de pensée, c'est-à-dire, l'idéalisme sociologique ou socialisme scientifique, orienté vers la recherche de l'« équilibre » entre les antinomies.

#### 1) *L'équilibre chez Renouard*

**Le faible emploi de la notion d'« équilibre ».** On présente régulièrement Renouard comme étant l'auteur qui a formulé avec le plus de conviction une doctrine alternative à la thèse propriétaire, destinée à promouvoir un *équilibre entre les droits de l'auteur et les intérêts du public*<sup>3695</sup>. Cette assertion trouve notamment appui sur une formule de Renouard désormais fameuse : « Une loi sur cette matière *ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs*<sup>3696</sup> » On s'attendrait évidemment à retrouver sous sa plume le terme « équilibre ». Or, il apparaît

---

<sup>3695</sup> Par ex. DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 25 ; PRADES R., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl., Paris XII : 1999, p. 25.

<sup>3696</sup> RENOARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, t. 1, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, p. 437.

que le mot est davantage un terme employé par la doctrine à l'occasion de l'exposé de sa pensée qu'un vocable issu d'une citation à l'une de ses œuvres. Comme avec Aristote ou Bentham, Renouard est associé à *l'équilibre* moins parce qu'il emploie le terme qu'il n'en suggère l'idée. En effet, nous aurons peine à trouver des occurrences du terme dans son œuvre et jamais, sauf erreur, nous ne le trouverons associé aux intérêts des auteurs et du public. Quoique chiche et imprécis, l'usage du mot « équilibre » chez Renouard demeure pourtant essentiel. La notion, comme nous allons le voir, se réfère à la répartition des biens dans la société. En ce sens, l'emploi du terme semble étranger à la question des droits de l'auteur, pourtant, il est au cœur du système rationnel que Renouard élabore afin de découvrir la nature des droits de l'auteur et rejeter la thèse propriétaire.

Afin d'appréhender la signification du terme, il convient de présenter le propos de Renouard, lequel se déroule en deux temps. Dans une première analyse, il s'attache à déterminer si les œuvres de l'esprit sont l'objet d'un droit de propriété. Dans une seconde analyse, après avoir établi qu'un droit de propriété ne peut porter sur les œuvres de l'esprit, Renouard s'attèle à la recherche de la nature des droits de l'auteur. La conclusion à laquelle Renouard parvient est célèbre : le droit de l'auteur sur son œuvre –monopole d'exploitation temporaire- constitue un droit de créance sur la société. Afin d'aboutir à ce résultat, Renouard développe ab initio ce qu'il convient d'appeler un système philosophique de type jusnaturaliste à partir duquel il raisonne sur les modes de répartition des biens entre les hommes<sup>3697</sup> à savoir l'appropriation des choses matérielles et l'échange des produits du travail. C'est dans le cadre de ce système que la notion d'équilibre s'intègre. C'est, en effet, à partir de l'idée abstraite d'équilibre que Renouard parviendra, par une série de déductions, à démontrer que l'auteur dispose d'un droit naturel au salaire, un droit de créance sur la société, qui prend la forme positive d'un monopole légal.

Avant de présenter ce système et de rechercher la fonction exercée par la notion d'équilibre dans la pensée de Renouard, il importe de dissiper une première équivoque relative au mode de pensée de l'auteur laquelle pourrait affecter la compréhension de la signification du terme.

**Renouard : jusnaturaliste ou utilitariste ?** Toute position tenue face à une question nouvelle peut découler d'un certain mode de pensée. Deux modes majeurs se distinguent :

---

<sup>3697</sup> Comme le dit M. Xifaras, Renouard est « pétri de droit philosophique » (XIFARAS M., *La propriété – Etude de philosophie du droit*, Paris : PUF, 2004, p. 352). Il a suivi les cours de Cousin et de Jouffroy à l'École normale supérieure.

celui de type aprioristique (ou déontologique<sup>3698</sup>) et celui de type conséquentialiste (ou instrumental ou encore utilitariste). Il s'agit en d'autres termes de se décider sur ce qu'il doit être, soit à partir d'une norme issue de la Nature, de Dieu ou encore de la Raison contenant en son sein la solution, soit à partir d'un principe qui impose de choisir la solution en fonction des conséquences bénéfiques prévisibles. Dans le premier cas, le « juste » est poursuivi, dans le second cas, c'est « l'utile ».

L'approche aprioristique est celle des tenants de la propriété littéraire. Ils concluent à la propriété des œuvres de l'esprit en raison d'une norme a priori selon laquelle, l'homme doit être propriétaire des fruits de son travail. L'approche conséquentialiste est celle des tenants de la théorie du monopole. Le monopole temporaire d'exploitation doit être le régime général des droits d'auteur car celui-ci est l'instrument par lequel la loi concilie, de manière optimale, les intérêts des auteurs, des cessionnaires, de leurs concurrents et du public. Les premiers peuvent donc être qualifiés de jusnaturalistes, les seconds d'utilitaristes. On préférera toutefois les dénommer « propriétaristes » et « monopolistes ».

Qu'en est-il de Renouard ? M. Gaudrat le qualifie d'« homme de la Restauration qui cache *mal ses sympathies industrielles derrière le contrat social et l'intérêt du public, selon la rhétorique du copyright et du brevet, qui sont ses modèles*<sup>3699</sup> ». Cela, ajouté au fait qu'il est le principal adversaire de la propriété littéraire, semble faire de Renouard un utilitariste<sup>3700</sup>. Cette impression est d'autant plus vraisemblable que Renouard partage un certain nombre d'idées avec Bentham – quoique ce dernier n'est jamais cité – sur la question de la propriété intellectuelle<sup>3701</sup>. Pourtant, il faudra se garder de voir en Renouard un utilitariste ; cette

---

<sup>3698</sup> V. STROWEL A., th. préc., n° 132.

<sup>3699</sup> GAUDRAT Ph., « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », RIDA, janvier 2009, n° 221, p. 33.

<sup>3700</sup> Renouard passe pour le principal partisan du courant de pensée qui « systématise l'analyse contractuelle, positiviste et utilitariste du droit d'auteur » (PFISTER L., « Histoire du droit d'auteur », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1110, 2010, n° 50-51). M. Pfister qualifie également le style de Renouard d'utilitariste quand ce dernier dénonce les droits privatifs illimités (v. PFISTER L., « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », RIDA, juillet 2005, n° 205, p. 141).

<sup>3701</sup> Chacun des deux estime, de manière générale, que le monopole exclusif doit demeurer l'exception au principe de la libre concurrence (v. BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, trad. DUMONT E., Paris : Bossange, 1826, p. 124 et s.) et relativement à la propriété littéraire, est favorable au privilège temporaire parce qu'il est le seul instrument à même de satisfaire tous les intérêts, notamment de l'auteur dont la rémunération sera proportionnelle au nombre d'exemplaires reproduits ou vendus (v. BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 86 : « un privilège est de toutes les récompenses la mieux proportionnée, la plus naturelle, la *moins onéreuse* : elle produit un effet infini, et ne coûte rien. » ; BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, p. 74 : « en Angleterre, par exemple, assurer à un auteur le droit de propriété [i.e. le monopole] sur ses ouvrages, c'est lui assurer une récompense proportionnelle au service qu'il rend, au moins dans toutes les branches où il y a un nombre suffisant d'amateurs. Il n'y a point de protecteur tel que le public ; et sa protection a un avantage décidé sur toutes les autres ; elle honore infailliblement ceux qui la reçoivent »).

qualification ne rendrait pas justice au jurisconsulte qui « déclarait son horreur pour les lieux-communs de la science toute faite, et annonçait clairement qu'il voulait marcher de l'avant<sup>3702</sup> ». Ce progressisme scientifique se traduit par une formule simple : Renouard entend accorder « l'utilité et le droit<sup>3703</sup> », objectif unique auquel, dit-il, doit aboutir « toute théorie vraie<sup>3704</sup> ». L'accord entre le droit et l'utilité auquel se consacre alors Renouard ne repose toutefois pas a priori sur un principe d'égalité, mais davantage sur un principe de subsidiarité. Il y a, en d'autres termes, des questions fondamentales pour lesquelles le droit entendu comme « droit naturel » fournit souverainement les réponses. Toute transaction utilitaire serait, dans ce cadre, inopérant. Ainsi le droit de propriété, selon lui, ne trouve pas sa source non dans la loi, il n'est pas la « création du droit civil », ni ne résulte « d'une convention établie par des lois positives en vue de la plus grande utilité sociale<sup>3705</sup> ». La propriété « est à mes yeux de droit naturel » dit-il, « oui, ce droit est supérieur aux combinaisons arbitraires et accidentelles des lois positives auxquelles il n'est pas permis de le rejeter ou de le remplacer<sup>3706</sup> ». Autrement dit, avant toute institution politique, l'appropriation des choses matérielles, notamment par l'occupation, génère un droit sur la chose. La loi positive doit se borner, indépendamment de son utilité, à reconnaître ce droit naturel de propriété qui s'impose à elle. Si cette position poursuit incontestablement un objectif idéologique voire politique<sup>3707</sup>, elle n'en demeure pas moins totalement incompatible avec l'utilitarisme.

---

<sup>3702</sup> BAUDRILLART H, « Un Jurisconsulte économiste - M. Charles Renouard », *Revue des deux mondes*, 1880, vol. 40, p. 803.

<sup>3703</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de Législation et de Jurisprudence*, t. V, 1836-1837, p. 248.

<sup>3704</sup> Ibid.

<sup>3705</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 247.

<sup>3706</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 247-248.

<sup>3707</sup> Il s'agit de protéger l'institution de la propriété privée contre les attaques de type socialiste ou communiste : « Le droit de propriété a rencontré des adversaires ; car l'une des preuves de liberté que l'esprit humain a toujours faites a été de se révolter contre les vérités les mieux acceptées. Les unes ont réclamé une nouvelle organisation sociale fondée sur la coopération de tous les travaux et sur la communauté de tous les biens. D'autres, ne reconnaissant qu'une source légitime de possession, le travail, se sont attaqués aux transmissions héréditaires, aux loyers et fermages payés à des propriétaires qui ne se livrent à aucune exploitation : ce serait à un pouvoir suprême qu'il appartiendrait d'assigner à chacun sa part dans la distribution des choses matérielles d'après la capacité ou l'utilité des individus et pour le plus grand bien général. Il est permis de ne pas réfuter sérieusement ces paradoxes » (RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 244). Cette sauvegarde de la propriété bourgeoise se révèle, paradoxalement, dans le refus d'admettre la thèse de la propriété littéraire et artistique. En effet, l'admission légale de cette thèse, selon Renouard, conduirait nécessairement en pratique à adapter le caractère absolutiste de la propriété qui demeure relativement possible pour les biens corporels, mais absolument impossible pour les biens de nature incorporelle. La thèse de la propriété littéraire contient donc les germes de la destruction de la propriété ordinaire telle qu'elle

En dehors du champ fondamental réservé au droit naturel, l'utilité peut et doit être consultée. La formation du droit (positif) s'explique d'ailleurs par les rapports complémentaires entretenus entre la poursuite du juste et celle de l'utile :

« il est certain que l'utilité ne crée pas le droit, autant il faut croire à cette souveraine et sage harmonie qui, dans les grandes lois par lesquelles est régie l'humanité, a toujours marié le juste et l'utile. Si l'utilité ne fonde pas les systèmes, elle les contrôle. Elle n'est ni la racine ni la tige du droit ; mais elle en est le soutien, le développement et le fruit<sup>3708</sup> ».

La prise en compte de l'utilité est alors nécessaire à la bonne évolution des systèmes juridiques. Si le juriste ne doit ignorer l'utilité dans l'étude du droit, Renouard, contrairement aux utilitaristes, dénie toute exclusivité à celle-ci, que ce soit du point de vue normatif ou du point de vue descriptif<sup>3709</sup>. De même que la formation et l'évolution du droit ne sauraient s'expliquer par la seule poursuite de l'utilité, les motifs de l'homme ne se réduisent pas à la satisfaction de ses intérêts personnels<sup>3710</sup>.

En somme, Renouard consacre plus d'importance à l'utilité que ne le font ses contemporains mais résiste à faire, pour ainsi dire, son coming out. Sa conviction assumée en l'existence du droit naturel de propriété et sa critique de l'utilitarisme nous empêchent alors de le qualifier d'utilitariste.

---

est définie par le Code civil. En ce sens, Renouard défend autant, sinon davantage la propriété que le plus zélé des promoteurs de la « propriété » littéraire. En ce sens M. Xifaras écrit : « on notera que, sur le plan dogmatique, tous les participants à la querelle ont pour but de parvenir à restaurer l'autorité de l'institution de la propriété selon la lecture supposée fidèle qu'ils proposent de l'article 544, ébranlée par l'émergence de nouveaux objets auxquels elle s'applique mal, soit en les soumettant à son empire au risque de mettre sa cohérence conceptuelle en danger, soit en sauvant cette dernière au prix d'un resserrement de son domaine d'application », (XIFARAS M., th. préc., p. 348. V. égal. PFISTER, art. préc., p. 513).

<sup>3708</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 248.

<sup>3709</sup> Cette école, selon Renouard, « a persisté à tenir l'intérêt pour le principe et l'explication de notre nature morale ; sa prétention est d'en avoir épuré et agrandi le système en insistant sur ce qu'il est la loi non d'une personne ou de plusieurs, mais de l'universalité des humains, et exige qu'on le serve dans tous. Cette introduction des idées de droit et d'égalité, en s'ouvrant à la sympathie et à la sociabilité, a le mérite de faire une place au sentiment du bien général et à l'obligation de travailler à son succès. Le vice fondamental des théories exclusives subsiste, car l'utilité continue à être réputée la suprême directrice des âmes » (RENOUARD A.-Ch., Discours prononcés à la Cour de cassation, 1871-1877, Paris : Ollendorff, 1879, p. 149).

<sup>3710</sup> En dépit de quelques vertus, dit Renouard, « l'école utilitaire anglaise » se fourvoie en percevant le désintéret comme un nonsense. Le bien, comme le droit, ne s'épuise pas complètement dans l'utile : « l'homme vaut mieux que cela. La conscience, librement interrogée, nous révèle des devoirs désintéressés envers nous-mêmes et envers autrui ; elle reconnaît volontiers qu'il n'y a d'utile que le bien, et ne consent pas à dire qu'il n'y a de bien que l'utile » (RENOUARD A.-Ch., op. cit., p. 149).

**L'équilibre chez Renouard : acception jusnaturaliste ou utilitariste ?** La pensée de Renouard relative aux droits d'auteur mêle étroitement fondement jusnaturaliste et finalité utilitaire, comme en témoigne cet énoncé liminaire dans lequel les deux devoir-être fondamentaux auxquels doit se conformer le législateur se disputent :

« d'une part, les auteurs doivent tirer profit de leur ouvrages, et (...) d'autre part, on doit, autant qu'on le peut, rendre les productions utiles aux progrès de la civilisation et au bien-être de l'humanité<sup>3711</sup> ».

Le premier devoir-être a pour sujet les auteurs : ces derniers doivent tirer profit de leurs ouvrages ; cette norme, en dépit de sa concision, semble renvoyer à l'idée de justice selon laquelle les auteurs méritent naturellement récompense de leurs efforts. Le second a pour sujet la société en son entier, et pose le critère d'utilité comme norme assortie d'une réserve. L'utilité doit « *autant qu'on le peut* » diriger le législateur, autrement dit, dans la mesure du respect de la règle de droit naturel précitée.

Où se situe la notion d'équilibre ? Rappelons que la notion est traditionnellement attachée aux intérêts et son emploi la destine généralement à faire choir la pensée des cimes de l'abstraction pour l'orienter vers les réalités. Lorsqu'elle est employée la notion suggère une approche réaliste. Nous serions donc spontanément incités à penser que la notion d'équilibre sera employée à l'appui de l'approche conséquentialiste. Or, à nouveau Renouard surprend, car dans son discours, nous découvrirons que l'équilibre est attaché au versant jusnaturaliste de l'étude.

**Diversité des critiques à l'égard de la propriété littéraire.** Loin d'être confuse, la rhétorique de Renouard est efficace. En effet, il attaque la thèse de la propriété sur les deux terrains de l'utilité et de la dogmatique.

Dans un premier temps, il se place du point de vue concret de l'utilitariste et inventorie toutes les critiques auxquelles la thèse de la propriété littéraire expose les flancs et qui se résument à l'idée qu'elle ralentit le progrès<sup>3712</sup>. Après avoir démontré de manière aussi exhaustive que

---

<sup>3711</sup> RENOUDARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc, p. 241.

<sup>3712</sup> Selon une approche exclusivement dirigée vers l'utilité, la propriété littéraire aboutirait à réduire la diffusion des lumières et le progrès de la société par l'effet du monopole perpétuel sur les productions de l'esprit car elle compliquerait l'identification des ayants-droit, inciterait à la spéculation sur la valeur des œuvres et contribuerait dès lors à la contrefaçon ; par ailleurs, la perpétuité des droits n'aurait pas pour effet d'inciter à la création ; elle

convaincante à partir des conséquences prévisibles de la mise en œuvre de cette théorie, son caractère nuisible, il déclare toutefois que la question de la propriété littéraire ne doit pas être liquidée au nom de l'utilité mais selon une approche dogmatique. La thèse de la propriété littéraire est critiquable, non pas en raison de ses effets nuisibles, mais fondamentalement parce qu'elle se révèle fautive. Cette fausseté de la théorie est attestée par le fait que ses défenseurs ne peuvent ni ne veulent – pour la plupart –, lui faire produire tous ses effets. La question essentielle n'est alors pas pour Renouard de savoir si la propriété littéraire est bonne ou mauvaise, mais si elle est vraie ou fautive : « si je reconnaissais » dit-il « aux droits d'auteurs le caractère de la propriété, mon esprit ne serait pas libre d'en refuser une seule des conséquences<sup>3713</sup> ».

C'est à la question de la nature des droits d'auteur que Renouard s'attaque. Le projet est aussi ambitieux que téméraire car l'étude de la nature des droits de l'auteur est traditionnellement favorable aux propriétaires<sup>3714</sup> en raison de la facilité avec laquelle la théorie lockéenne de la propriété s'applique à la matière. Pour contester la thèse, Renouard devra réfuter l'idée que le travail est le grand fondement de la propriété.

Par l'emploi de quels procédés Renouard parvient-il à réfuter la validité de l'idée a priori si naturelle selon laquelle l'auteur est propriétaire de ses œuvres ? Quelle théorie s'y substituera afin d'expliquer la nature et de dégager le fondement du titre par lequel l'auteur détient des droits sur sa création ? Répondre au préalable à ces questions nous permettra avec précision de circonscrire la place et la signification de la notion d'équilibre dans la pensée de l'auteur.

#### a) La critique de la propriété littéraire

---

ne protégerait pas davantage les ayants-cause puisque les œuvres demeurent librement cessibles ; elle conduirait en outre à émietter les droits entre les nombreux ayants-cause et fera diminuer en proportion leur valeur vénale ; (v. RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., pp. 244-247).

<sup>3713</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 247.

<sup>3714</sup> La dogmatique est favorable aux tenants de la thèse de la propriété littéraire car ceux-ci profitent de l'idée extrêmement puissante de Locke selon laquelle le travail est la source de la propriété. Il suffit de placer celle-ci en majeure du syllogisme pour aboutir à la conclusion logique que l'auteur est propriétaire de sa création intellectuelle. La confusion entre la signification philosophique de la propriété et sa signification juridique aide ensuite à soutenir que l'auteur et ses ayants-cause jouissent d'une maîtrise absolue sur l'œuvre.

La « redoutable analyse<sup>3715</sup> » de cette colonne de l'édifice social qu'est la propriété débute par la présentation de son sujet et de son objet.

**Analyse subjective de la propriété :** Le sujet de la propriété « *c'est l'homme* » dit-il<sup>3716</sup>. La Providence a donné à l'homme les choses matérielles pour sa subsistance et son bien-être. A ce don de la Providence fait aux hommes est attaché, tel un accessoire, la faculté pour ceux-ci de s'approprier les choses privativement et d'en jouir paisiblement. Renouard déduit celle-ci a contrario : la Providence, si elle n'avait pas offerte aux hommes cette faculté de jouir exclusivement des choses matérielles, aurait jeté entre eux « une intarissable source de discordes et de guerres ; la vie serait impossible, la sociabilité une chimère ; *il n'y aurait* autour des hommes que violence, que chaos<sup>3717</sup> ». Tous les hommes ont donc originairement un droit sur toute chose. L'occupation est ici le mode originaire de propriété. Une fois la chose appropriée, son propriétaire peut l'aliéner. La libre transmission du bien apparaît, à ce titre, comme une faculté essentielle puisqu'à défaut de cette liberté les biens appartiendraient à l'homme pendant la durée de sa vie au terme de laquelle, les biens seraient à la merci du premier occupant, ce qui relancerait les guerres et les conquêtes. Il importe, pour des raisons identiques que le droit soit perpétuel et héréditaire.

Bien que Renouard sollicite la fiction de la Providence afin de fonder originellement le droit de propriété sur le droit naturel, il faut reconnaître que la justification du droit de propriété, comme la justification de ces caractères relèvent essentiellement de motifs utilitaires : en effet, le droit de propriété, de par son existence et son exercice, contribue systématiquement à la paix sociale en réduisant les motifs de guerre et de conquête. Pour autant, on ne pourra s'appuyer sur ce constat pour qualifier cette analyse d'utilitariste car Renouard est inflexible quant à la source du droit de propriété :

« Quelle que soit la source de la propriété, la jouissance exclusive, la toute-puissance, la propriété par transmission en sont les caractères essentiels, qui dérivent de la nature même de *l'homme* et qui sont nécessaires à la plénitude du droit dont il est investi, comme maître et roi de la nature<sup>3718</sup> ».

---

<sup>3715</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 248.

<sup>3716</sup> Ibid.

<sup>3717</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 249.

<sup>3718</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 251. Nous soulignons.

A ce stade de l'analyse, l'étude de la propriété réduite au critère organique, ne nous fournit aucune raison dirimante de priver l'auteur de la propriété de ses créations intellectuelles. Le propos serait-il superfétatoire ? Il ne poursuit à notre avis qu'un seul but : il permet à Renouard de se placer sur le propre terrain de ses adversaires – la nature du droit –, feignant d'utiliser leurs armes – le droit naturel.

**Analyse objective de la propriété. Distinction des choses appropriables et des choses inappropriables.** Le cœur de la réfutation de la thèse de la propriété littéraire résulte de l'analyse objective de la propriété, c'est-à-dire de l'étude de l'objet de la propriété. En effet, à ce stade Renouard affirme que la nature immatérielle des productions de l'esprit rend celles-ci rétives à toute appropriation. Parallèlement à cette dénégation, l'analyse objective pose les bases idéalistes de la théorie « contractualiste » des droits de l'auteur.

La propriété a pour objet des portions de matière qui ont pour caractère d'être appropriables. En dépit de son caractère tautologique, l'assertion conduit Renouard à distinguer les choses appropriables des choses inappropriables et à présenter ces dernières.

Les choses qualifiées d'inappropriables sont identiques à celles que les romains avaient déjà identifiées sous le nom de *res communes*. A Rome, en raison de leur nature et/ou de leur quantité, – facteurs objectifs – certaines choses étaient soumises à un régime de libre usage et de libre exploitation, tout en demeurant exclues de toute appréhension privative. Renouard ne partage pas totalement cette vision. Selon lui, les causes de l'inappropriabilité ne résultent plus objectivement des choses, à savoir de leur nature ou de leur quantité, mais de la volonté d'exclure certaines de ces choses du régime commun. Cette volonté s'appuie sur la raison, et plus précisément sur trois critères. Selon Renouard, il faut consulter l'utilité, la nécessité et la justice pour déterminer s'il faut permettre l'appropriation de ces choses. Cela signifie que certaines choses, quand bien même elles seraient appropriables<sup>3719</sup>, demeureront inappropriées tant qu'aucune justification à leur réservation ne puisse être apportée :

« attribuer à des propriétaires exclusifs les objets inappropriables, c'est appauvrir l'humanité tout entière ; il n'y a pas nécessité, puisque l'intérêt privé n'a nul besoin de veiller à leur garde et à leur conservation ; il n'y a pas d'utilité, puisque leur valeur ne déperit en rien par cela que

---

<sup>3719</sup> V. XIFARAS M., th. préc., p. 382 et s.

tous en profitent et les exploitent ; il y a injustice, car chaque homme a droit sur ce qu'il peut s'approprier sans nul préjudice pour un droit acquis à autrui, et si un objet est tel que chaque sujet puisse en avoir la jouissance pleine et complète, sans empêcher tout autre sujet d'en jouir pleinement, complètement, l'approprier à un seul, c'est une usurpation intolérable<sup>3720</sup> ».

Les choses inappropriables ne désignent pas les choses qui ne peuvent être appropriées, mais celles qui seront réputées comme telles en raison de l'inutilité, de l'injustice et de l'absence de nécessité de leur réservation.

Renouard ajoute à cette analyse qui suffit à convaincre, une donnée de type métaphysique. Composant le « patrimoine commun du genre humain<sup>3721</sup> », ces choses qu'il s'agit de préserver de toute appropriation privative représentent les largesses offertes par la Providence à chacun de ses membres<sup>3722</sup>.

**Les créations de l'esprit qualifiées de chose inappropriables.** Arrivé à ce point, tombe la question fatidique :

« Dans cette grande division d'objets appropriables et d'objets inappropriables, à laquelle des deux classes appartiendront les productions de l'intelligence, les travaux des sciences, de la littérature et des arts ?<sup>3723</sup> ».

Autrement dit, dans quelle catégorie entrent ces choses singulières ? Pour y répondre, il est nécessaire de définir ce que sont ces productions et ces travaux. Cette définition va fondamentalement déterminée l'appartenance de ces choses à l'une des deux catégories. Sur ce point capital, Renouard est peu prolix. Ces travaux et production sont dit-il « une nouveauté de combinaison dans les résultats de la pensée<sup>3724</sup> ». Objective, cette définition se caractérise par l'absence de référence à l'auteur qui demeure, en conséquence, réduit à n'être que le premier agent à combiner de manière inédite un certain nombre d'éléments préexistants. En ce sens, tout auteur d'une œuvre est potentiellement interchangeable

---

<sup>3720</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., pp. 251-252.

<sup>3721</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 252.

<sup>3722</sup> Ibid.

<sup>3723</sup> Ibid.

<sup>3724</sup> Ibid.

puisque'il existe, avec certitude, l'infime mais réelle probabilité qu'un autre auteur puisse à plus ou moins long terme atteindre un résultat identique. Contrairement à son étymologie, l'auteur n'ajoute rien, il modifie et transforme l'existant, il réalise un évènement – une combinaison d'éléments de la pensée – prédictible.

En définissant la création en combinaison de pensées, il minimise la contribution de l'auteur dans le résultat. Le but de Renouard consiste à réduire le caractère personnel des créations de l'esprit, c'est-à-dire réduire le lien qui attache l'œuvre à son créateur. La dépersonnalisation de l'œuvre, quoiqu'elle ne soit pas nécessaire à la démonstration de Renouard, favorise ainsi la qualification de l'œuvre en chose inappropriable :

« Ces productions, ces travaux, que sont-ils ? Une nouveauté de combinaison dans les résultats de la pensée. Or, comment douter que par son essence la pensée n'échappe à toute appropriation exclusive ? Lorsqu'elle passe dans les esprits qui la reçoivent, elle ne cesse pas d'appartenir à l'esprit dont elle émane ; elle est comme le feu, qui se communique et s'étend, sans s'affaiblir à son foyer<sup>3725</sup> ».

Une production de l'esprit n'est qu'une chose commune, un bien public selon les économistes, un objet selon Renouard « dont l'essence n'exige pas qu'ils demeurent à jamais appropriés à des détenteurs exclusifs<sup>3726</sup> ». Il existe donc un paradoxe à vouloir faire des ces productions, l'objet d'une propriété.

**L'objet de la propriété littéraire selon Renouard. Approche extensive.** Puisque l'œuvre est une nouveauté de combinaison dans les résultats de la pensée, l'objet de la propriété littéraire selon Renouard sont les pensées, c'est-à-dire, leur contenu ainsi que « la faculté, pour chacun, de les identifier à son intelligence<sup>3727</sup> » et enfin la faculté de leur reproduction. Dans l'esprit de Renouard, être propriétaire d'une création procure au titulaire trois séries de prérogatives. Le propriétaire détient à titre privatif, en premier lieu, le droit sur les pensées exprimées dans l'œuvre, en second lieu, le pouvoir d'autoriser ou de refuser l'accès intellectuel à l'œuvre et enfin, le pouvoir de la copier ou de la reproduire matériellement<sup>3728</sup>.

---

<sup>3725</sup> Ibid.

<sup>3726</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 253.

<sup>3727</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 254.

<sup>3728</sup> Evidemment, la litanie de la propriété littéraire psalmodiée par ses thuriféraires, n'est prononcée en faveur de la seule reconnaissance d'un droit de copie perpétuel ; sauf rares exceptions (Lamartine - qui se raviserait par la

Cette conception excessive de la propriété littéraire ne correspond pas à proprement parlé à celle des défenseurs de la théorie, lesquels (sauf exception) ne revendiquent pas une réservation des pensées exprimées par l'auteur. Cette divergence quant à l'objet de la propriété littéraire – cause principale du dialogue de sourds auquel confinent parfois les débats- découle originellement d'une incompatibilité fondamentale entre deux approches du concept de propriété lui-même. Selon M. Pfister, serait défendue par les adversaires de la propriété littéraire, une approche « restreinte et qui se veut technique » de la propriété, tandis que les promoteurs de la théorie libérale aurait adopté une approche « large et en partie *d'inspiration philosophique*<sup>3729</sup> ». Cette divergence mérite d'être brièvement rapportée<sup>3730</sup> et quelque peu nuancée.

Pour les défenseurs de la théorie libérale, la propriété (ordinaire), philosophique dans son principe et pleinement juridique dans ses effets, conduit à étendre l'objet de la propriété. En effet, leur conception de la propriété, tributaire de l'approche de Locke selon laquelle la propriété de soi s'étend aux choses sur lesquelles la main laborieuse de l'homme s'est portée, permet d'absorber dans le champ des choses appropriables les produits du travail particulier qu'est le labeur intellectuel<sup>3731</sup>. Ainsi conçue, souligne le Professeur Pfister, « la propriété est indifférente à la qualité corporelle ou incorporelle, voire morale des choses<sup>3732</sup> ». L'appropriation des biens intellectuels étant de ce fait admise, les promoteurs de la propriété littéraire estiment, en toute logique, que le régime juridique idoine – celui de la propriété – doit produire tous les effets dérivants des ses caractères absolu, exclusif et perpétuel. La propriété de l'œuvre, en conséquence, doit se transmettre indéfiniment aux héritiers.

Sur la question des caractères, du régime et des effets de la propriété (ordinaire), les adversaires de la propriété littéraire – qui sont dans le même temps de vigoureux défenseurs de la propriété – n'opposent aucune objection, bien au contraire. Si appropriation il y a, le

---

suite - avait évoqué « la propriété [des] pensées » LAMARTINE A. DE., Discussion générale, séance du 23 mai 1839, in, *Annales du parlement français: sessions de 1839 à 1848*, Paris : Firmin Didot, 1839, p. 146 ) les propriétaires ne revendiquent pas le faisceau de droits énoncé par Renouard et récusent le principe d'un droit sur les pensées et d'un droit d'accès intellectuel à l'œuvre. La propriété d'une œuvre signifie détenir à titre exclusif les droits de représenter et de reproduire l'œuvre. Renouard toutefois ne s'attaque pas directement à leur sollicitation pratique mais davantage au principe servant de justification. Renouard s'intéresse précisément à la signification juridique et à la portée d'un droit de propriété littéraire afin de contester a fortiori l'un de ses effets, la perpétuité.

<sup>3729</sup> PFISTER L., th. préc., p. 504.

<sup>3730</sup> Pour plus de détails, V. PFISTER L., th. préc., p. 504 et s. ; STROWEL A., th. préc., n° 72 et s.

<sup>3731</sup> Rappelons qu'il s'agit d'un détournement de la pensée de Locke, lequel d'une part n'avait pas appliqué sa théorie aux biens intellectuels, et d'autre part, défendait l'idée d'un monopole temporaire d'exploitation des œuvres de l'esprit.

<sup>3732</sup> PFISTER L., th. préc., pp. 506-507.

régime doit s'appliquer dans toute sa rigueur et ne connaître aucune forme de transaction. En raison de ses caractères, la propriété estiment-ils ne saurait légalement connaître d'altération, telle que la délimitation temporelle, sans être reniée en son principe. L'idée d'une propriété rendue temporaire par la loi constitue pour certains adversaires de la propriété littéraire une atteinte grave au droit absolu de propriété et un danger pour l'ordre social<sup>3733</sup>. Cette fervente apologie de la propriété révèle l'absence de divergence fondamentale d'opinion entre adversaires et tenants de la propriété littéraire sur le statut de la propriété dans l'ordre social. En outre, les uns et les autres appréhendent ab initio la propriété de manière philosophique puisqu'ils admettent le droit naturel comme la source de la propriété. Nous l'avons indiqué chez Renouard, et nous pouvons également citer Wolowski : la propriété « base indestructible de la société » avec la famille, écrit-il, « est un de ces droits éternels, absolus, qui dominent la société<sup>3734</sup> ». Cela revient à admettre qu'au stade de la nature du droit de propriété, il n'existe toujours pas de véritable conflit entre promoteurs et adversaires de la propriété littéraire. La propriété, selon eux, ne dérive ni du fait (opinion de Cicéron) ni de la loi positive (opinion de Bentham) mais résulte d'une loi naturelle et antérieure à toute convention.

La divergence d'opinions entre ces auteurs trouve son point d'origine dans leur conception respective du droit naturel qui préside au droit de propriété, et desquelles résultent des représentations distinctes des rapports entre l'individu et la société. Nous l'avons indiqué, les tenants de la théorie libérale conçoivent la propriété au sens lockéen. Procédant de la nature de l'homme, le droit naturel de propriété est un droit subjectif essentiellement individualiste dont l'admission, intellectuelle comme juridique, ne poursuit, en principe, aucune finalité utilitaire. Autrement dit, le droit subjectif de propriété, en ce qu'il dérive de l'homme, est reconnu en raison d'une conception ontologique de l'individu indépendante des conséquences positives qu'il produirait pour la collectivité. Selon cette approche nominaliste, le bon ordre de la société – laquelle n'est autre chose qu'un agrégat d'individus titulaires de droits identiques – ne constitue pas la finalité du droit naturel. Une société bien ordonnée serait, dans cette conception, celle qui se bornerait à garantir à chacun l'exercice de ses droits naturels.

Cette perspective jusnaturaliste tout-à-fait classique de par son postulat anthropocentriste n'est pas, à notre avis, partagée par les adversaires de la propriété littéraire dans la mesure où « leur » droit naturel s'il revêt les atours du jusnaturalisme moderne semble davantage finalisé

---

<sup>3733</sup> V. WOLOWSKI L., Bulletin législatif, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1839, t. 10, p. 213.

<sup>3734</sup> Ibid.

par le bien commun, l'intérêt social, ou encore l'utilité sociale. Comme nous le verrons bientôt, le droit naturel de propriété tel qu'il est conçu par Renouard, c'est-à-dire, comme instrument de prévention contre les conquêtes systématiques, se justifie, essentiellement et de manière paradoxale, par des motifs utilitaires. Nous sommes chez Renouard plus proche d'une forme d'utilitarisme à la Hobbes que d'un jusnaturalisme pur à la Locke.

Cette divergence conceptuelle relative au droit naturel en général et au droit naturel de propriété en particulier se révèle également lorsqu'il s'agit d'identifier la cause de la propriété. Conformément à Locke les tenants de la propriété littéraire place le travail en source immédiate de la propriété, puisqu'il est le moyen par lequel la personne – par essence libre et 'auto-proprétaire' – se projette dans le produit de son travail. Cette métaphysique se traduit techniquement par la reconnaissance du travail (et par extension de la création) en mode d'appropriation. La thèse de la propriété littéraire est avant toute chose une thèse de l'appropriation. Pour les adversaires de la propriété littéraire, ce qui explique la propriété (ordinaire) n'est pas tant les moyens d'appropriation, que la nécessité de sauvegarder la société découlant de la nature de certaines choses. En l'occurrence, la rareté des choses matérielles, source potentielle de conflits entre individus, est également une cause médiate de la propriété. La réservation exclusive des biens s'avère nécessaire afin de sauvegarder la société en proie aux conflits perpétuels causés par la quantité limitée de choses. Dès lors qu'il n'y a plus de rareté, les causes de conflits cessent et l'exclusivité propre au droit de propriété ne se justifie plus.

Ici selon nous réside le cœur de la divergence entre les visions du droit naturel de propriété des tenants et des adversaires de la propriété littéraire. La première est fondamentalement subjective et individualiste – l'homme étant la mesure de la propriété – tandis que la seconde, axée sur les choses et finalisée par la sauvegarde de la société, se révèle davantage objective et holiste. Ces conceptions distinctes vont naturellement entrer en conflit lorsqu'il s'agira de déterminer si la production par le travail de l'homme de choses dépourvues de rareté constitue une cause d'appropriation de ces dernières. En d'autres termes, ce qui illustre concrètement l'achoppement des deux visions de la propriété, sera son objet.

Nous l'avons indiqué, les tenants de la propriété littéraire entendent ranger sous la catégorie d'objet de propriété tout ce qui résulterait du travail matériel ou intellectuel de l'homme, y compris les œuvres de l'esprit. Pour eux, les objets potentiels de la propriété couvrent alors un champ particulièrement vaste. Quant à leurs contradicteurs qui perçoivent la propriété comme l'expédient contre les inconvénients induits par la rareté des choses, l'objet de la

propriété sera subordonné à la nature de ces dernières. De fait, seules les choses jalouées en raison de leur rareté doivent être réservables. En l'occurrence, la propriété selon eux ne peut avoir que pour objet les choses corporelles<sup>3735</sup>. Cette conception restrictive de la propriété, soutenue par d'autres civilistes<sup>3736</sup> et renvoyant en dépit de ses soubassements jusnaturalistes au *dominium* des Romains<sup>3737</sup>, aboutit à exclure les produits de l'activité intellectuelle en raison de leur nature.

**Objet de propriété (ordinaire), objet de propriété littéraire : les paradoxes des contradicteurs.** Quoique relativement minime, la divergence initiale quant au droit naturel de propriété provoque une opposition franche entre les débats au plan théorique. Cette opposition se manifeste, avons-nous vu, lors de la définition de l'objet de la propriété ordinaire : les champions de la propriété littéraire adoptent une vision extensive de la propriété tandis que leurs adversaires souscrivent à une vision restrictive.

Puisque les tenants de la théorie libérale admettent l'appropriation des choses issues du travail intellectuel, ils en viennent à concevoir la propriété littéraire, c'est-à-dire, la propriété des créations de l'esprit. Celle-ci soulève les critiques que l'on connaît. Indépendamment des arguments de par et d'autres, nous constatons à nouveau que les deux camps ne s'entendent pas sur *l'objet* de cette propriété particulière.

Etonnamment les conceptions extensive/restrictive s'inversent lorsqu'il s'agit cette fois de déterminer l'objet de la propriété littéraire. En effet, il appert que les champions de la propriété littéraire (sauf rares exceptions) adoptent une vision restrictive de celle-ci puisqu'elle ne porte que sur la forme *de l'œuvre*, laquelle peut être reproduite ou représentée. Au contraire, les tenants du monopole envisagent – afin de la critiquer – la propriété littéraire de manière extensive puisqu'elle conférerait, non seulement l'exclusivité sur l'exploitation de l'œuvre, mais encore un droit privatif sur les idées.

L'étonnement demeure toutefois relatif puisqu'il faut bien comprendre que le débat théorique est essentiellement rhétorique. Il s'agit concrètement de justifier pour les uns leur projet d'étendre la durée des droits de l'auteur et pour les autres la diminution ou le maintien d'une durée raisonnable. En définitive, promoteurs et adversaires de la propriété littéraire ne

---

<sup>3735</sup> RENOARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 263.

<sup>3736</sup> Par exemple DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, Paris : 1852, t. 9, n° 540, p. 482, cité par PFISTER L., th. préc., p. 515, note 24.

<sup>3737</sup> V. supra.

s'entendent ni sur le fondement et la finalité de la propriété (ordinaire), ni sur la définition de l'objet de celle-ci, ni, a fortiori sur la définition de l'objet de la propriété littéraire.

**Les raisons de refuser l'appropriation des œuvres.** La distinction sémantique relative à la propriété étant précisée et ses effets exposés, revenons aux raisons avancées par Renouard en faveur de l'exclusion des productions de l'esprit de la catégorie de choses appropriables.

Pour contester l'idée du droit de propriété littéraire, Renouard opte pour une perspective économique et se place sur le terrain de l'utilité<sup>3738</sup>. Renouard précède ainsi l'analyse économique du droit d'auteur contemporaine puisqu'il relève les deux caractères qui permettent traditionnellement de qualifier une ressource de bien public à l'instar d'une création de l'esprit. La pensée – ou l'œuvre qui n'est qu'un agrégat de pensées recombinaisons, est, en premier lieu, non rivale : « *elle est comme le feu, qui se communique et s'étend, sans s'affaiblir à son foyer* ». Elle est également un bien non-exclusif : « donner et retenir la pensée est une impossibilité, un non-sens ; *et nul n'est maître de diviser, par la puissance de sa volonté, ce qui, par nature est indivisible*<sup>3739</sup> ». Puisque la pensée est non rivale, sa diffusion est utile au progrès et à la société, elle renferme autrement dit une valeur d'usage. Parce qu'elle est non exclusive, elle ne présente aucune valeur d'échange ou « valeur vénale » selon les termes de Renouard<sup>3740</sup>. En conséquence, il n'y a aucune bonne raison de vouloir retenir la pensée et plusieurs de la répandre<sup>3741</sup>. L'absence de rareté prive l'exclusivité de justification : « *de ce que la limitation de la pensée par appropriation exclusive n'est pas nécessaire, le genre humain est en droit de conclure qu'elle n'est pas permise*<sup>3742</sup> ».

Le droit de propriété sur l'idée et par extension sur l'œuvre tel que l'envisage Renouard est donc condamnable. Elle n'est pas nécessaire puisque la communication d'une œuvre ne prive pas l'émetteur de sa jouissance ; elle est impossible vu qu'aucun moyen ne permet de réserver

---

<sup>3738</sup> Preuve de son intérêt pour la science économique, Renouard fut surnommé le « jurisconsulte économiste », (v. BAUDRILLART H, « Un Jurisconsulte économiste - M. Charles Renouard », Revue des deux mondes, 1880, vol. 40, pp. 802-829).

<sup>3739</sup> RENOUARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 259.

<sup>3740</sup> RENOUARD A.-Ch., id., p. 258.

<sup>3741</sup> RENOUARD A.-Ch., id., p. 252 : « la propagation de la pensée, loin de nuire à la pensée, la fortifie, l'augmente, l'agrandit ; heureux que tous puissent en jouir, le genre humain y puise sa dignité et sa vie. Propager, améliorer, compléter sa diffusion, c'est pour l'humanité le premier de tous les progrès » ; v. aussi p. 253 : « si, d'une part, de graves motifs d'utilité générale défendent d'enchaîner les combinaisons de la pensée dans les liens d'un monopole perpétuel, il n'existe pas, d'autre part, dans la nature même des créations dues aux travaux des auteurs, ce caractère de propriété qui a pour condition et pour conséquence la perpétuité de transmission indéfinies ».

<sup>3742</sup> RENOUARD A.-Ch., id., p. 252.

l'accès intellectuel d'une pensée<sup>3743</sup>. Cela signifie que, privé d'une législation idoine, nul ne peut conserver pour lui-même une idée pour peu qu'elle ait été exprimée. Contrairement à la plupart des choses matérielles, lesquelles en dépit d'une législation peuvent, de par leur nature exclusive et rivale, être possédée privativement, une idée, son accès et les facultés de reproduction de celle-ci, appartiennent naturellement à tous<sup>3744</sup>.

En conséquence, il ne peut et il ne doit y avoir appropriation d'une création de l'esprit. Les idées contenues dans l'œuvre de même que la faculté de les copier appartiennent par nature à tout un chacun. Sur ce dernier point, Renouard précise opportunément que cette faculté de reproduction si elle demeure inappropriable peut néanmoins être restreinte et faire l'objet d'une réservation par le truchement d'un droit spécifique :

« La pensée est par son essence, inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins ; ce qui ne veut pas dire qu'aucune loi positive ne puisse convertir cette faculté universelle de copie en un droit de copie spécialement réservé à certaines personnes déterminées<sup>3745</sup> ».

Cette précision vise à placer les rouages de son futur système.

La critique de la propriété littéraire a pour conséquence de priver momentanément le droit d'auteur de fondement. Le deuxième pan de l'exposé de Renouard consiste à découvrir la nature et partant à rechercher le fondement de ce droit. C'est dans le cadre de cette entreprise que le terme « équilibre » va habilement être employé.

b) L'équilibre : fondement de la créance de l'auteur

**L'inégale répartition des biens dans la société.** Une société, selon Renouard, est correctement organisée à condition que chacun dispose de moyens de vivre. La société n'a pas pour fin, comme pour Aristote, le bien-vivre des citoyens, mais simplement le vivre ; nul ne doit être privé des conditions matérielles d'existence. La vie d'un individu étant subordonnée

---

<sup>3743</sup> V. PFISTER L., th. préc., p. 515 et s.

<sup>3245</sup> RENOUARD A.-Ch., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », art. préc., p. 258 : « Si une volonté expresse *des lois positives peut restreindre l'exercice de cette faculté [de copie des produits intellectuels], elle est de sa nature et en l'absence de lois, universelle, illimitée et inappropriable* comme la pensée elle-même ».

<sup>3745</sup> RENOUARD A.-Ch., id., p. 259.

à la portion de matière auquel il peut avoir accès<sup>3746</sup>, la mission de la société consiste à régler les rapports entre les hommes relativement aux choses, compte tenu des deux exigences que sont la rareté de la matière d'une part, et le respect des propriétés d'autre part, de sorte que chacun puisse subvenir à ses besoins élémentaires. A cette fin, deux systèmes d'organisation de la société se dessinent : le système égalitaire consistant à répartir les biens entre les hommes afin que chacun puisse subvenir à ses besoins et le système libéral consistant en la non-immixtion de l'Etat dans la répartition des biens et en la sauvegarde des propriétés.

Le premier système, parce que contraire à la liberté et à la « loi providentielle » est exclu : « *entreprendre de créer l'égalité des biens* » écrit Renouard, « ce serait une témérité à laquelle la plus dure et la plus folle des tyrannies ne s'exposerait pas »<sup>3747</sup>. Une telle répartition ne produirait, en aucune manière, l'effet escompté, d'une part en raison de l'impossibilité de parfaitement fractionner les richesses immobilières en parts strictement égales, et d'autre part, parce que les richesses mobilières « ne peuvent, par un perpétuel équilibre, balancer également entre tous leurs distributions et leurs mesures<sup>3748</sup> ». L'équilibre désigne l'état qui résulte de la dynamique des échanges. Cet équilibre est illusoire puisque « les accidents innombrables » dans la transmission des choses mobilières appropriées empêchent le maintien exact de la valeur des patrimoines. Le partage égal des choses est donc écarté au profit de la répartition libre mais inégale.

Le second système doit être préféré estime Renouard. Comme ce système repose, d'une part, sur la liberté, et notamment la liberté d'appropriation et la liberté de transfert, et d'autre part, sur la loi providentielle – autrement dit la volonté divine de favoriser Paul au détriment de Pierre que d'aucuns nomment hasard<sup>3749</sup> –, ce système produit nécessairement l'inégalité dans la répartition des biens. Puisque les propriétés sont protégées afin d'obvier au désordre social et que les objets appropriables sont en quantité limitée, il faut se résoudre à admettre, tel un mal nécessaire, que peu ont beaucoup et que beaucoup ont peu<sup>3750</sup>.

---

<sup>3746</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 259 : « une portion quelconque de propriété matérielle est indispensable à la vie de chaque homme. Tous ont besoin d'être propriétaires d'aliments pour se nourrir, de vêtements pour se couvrir, d'abris pour se loger ».

<sup>3747</sup> Ibid.

<sup>3748</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 260.

<sup>3749</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 259.

<sup>3750</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 259 : « il est donné à quelques hommes de naître pourvus de biens ; d'autres, et c'est le plus grand nombre, ne gagnent qu'à grande peine, et à mesure de leurs besoins, ce qu'il faut de propriété aux nécessités de la vie ».

**Le moyen de rétablir « l'équilibre » dans la répartition des biens.** Or comment, en ce sens, garantir à ces derniers suffisamment de biens pour subvenir à leurs besoins ? Comment empêcher que le « peu » ne devienne « rien » ? Les lois interviendraient-elles pour réduire l'inégalité naturelle lorsqu'elle devient excessive ? Cela ne relève pas de leur mission indique, Renouard, bien qu'elles aient toutefois relativement à l'inégalité naturelle « le devoir difficile, *et qui nulle part n'est strictement observé, de ne pas l'encourager et l'accroître*<sup>3751</sup> ». Selon lui, la source de compensation par laquelle les écarts dans la répartition se réduisent, est le travail. Le travail contribue à rétablir, quoiqu'imparfaitement, *l'équilibre* dans la répartition des choses :

« il est une force dont la puissance vient, sinon rétablir l'équilibre parfait, du moins répandre sur les hommes assez de propriété pour assurer la subsistance de tous. Cette force naît de la liberté et de l'activité humaine : c'est le travail<sup>3752</sup> ».

L'équilibre désigne à nouveau le résultat de la rencontre entre un élément statique caractérisé par son état déséquilibré (l'inégalité des propriétés) et un élément dynamique, c'est-à-dire une force (le travail). Le travail génère un salaire grâce auquel chacun peut ensuite acquérir cette portion de propriété matérielle nécessaire à sa subsistance.

**Droit de propriété et droit au salaire.** Renouard place sur un plan identique le droit du propriétaire sur son bien et le droit du travailleur sur son salaire :

« Si la propriété n'était pas respectée, le plus horrible chaos succéderait à l'ordre social. Mais le monde ne serait pas moins impossible, si, à côté de ce respect, ne venait se placer un principe non moins sérieux, non moins fondamental, celui en vertu duquel chacun doit au travail des autres un salaire proportionné à l'utilité que lui-même en retire<sup>3753</sup> ».

Renouard place à côté du droit naturel de propriété, ce que l'on pourrait qualifier de « droit naturel au salaire ». Chacun des deux ont la même source naturelle et la même valeur

---

<sup>3751</sup> Ibid.

<sup>3752</sup> RENOUARD A.-Ch., id., p. 260.

<sup>3753</sup> Ibid.

transcendante. Seules leurs conditions d'exercice<sup>3754</sup> et leurs effets divergent. Le droit de propriété, grâce auquel est garantie la jouissance exclusive des biens au profit de son titulaire, contribue, ainsi que nous l'avons vu, à la paix sociale puisqu'il préserve des conflits relatifs aux biens. Quel est l'effet du droit au salaire ? A vrai dire, il est double, d'une part, en tant que garantie de rémunération, il constitue une source de subsistance pour le travailleur, d'autre part, en rémunérant en proportion celui dont le travail est source de production de biens, il participe à faire fructifier les fonds – objet de propriété foncière –, à la préservation contre le dépérissement naturel des choses, et enfin, à la multiplication, l'amélioration et la diversification des biens.

Les droits de propriété et au salaire contribuent tous les deux, quoique de manière absolument opposée, à la réunion des conditions de vie des individus. Le droit de propriété réduit les causes d'atteinte à l'intégrité de l'homme tandis que le droit au salaire tend à fournir aux hommes les biens utiles à leur vie et à leur bien-être. L'effet « négatif » de la propriété et l'effet « positif » du travail révèlent leur nécessaire complémentarité :

« La propriété toute seule ne suffirait à la vie d'aucun homme. Ce n'est pas tout que d'avoir un champ ; il faut encore que, par soi-même ou par d'autres, on laboure, on sème, on recueille, on s'approvisionne. La propriété sans travail serait la matière inerte, improductive, morte ; ce serait le repos absolu.

Le travail à son tour ne serait rien à lui seul. Ne faut-il pas que ce soit dans le service des choses matérielles que l'homme prenne ses aliments, ses vêtements, ses jouissances physiques. Sans la possession de la matière, sans la propriété qui est le droit de perpétuité dans cette possession, le travail n'aurait ni objet ni ordre : ce serait un tumulte, un combat, un chaos<sup>3755</sup> ».

Plus que complémentaires, les droits sont interdépendants : « la loi qui veut que tout travail *reçoive son salaire est corrélatrice à celle qui veut l'inviolabilité de la propriété* : chacune d'elles sert à l'autre de garantie et de sanction<sup>3756</sup> ». Autrement dit, la violation de la propriété provoquerait une privation de salaire tandis que l'absence de versement du salaire emporterait une violation de la propriété. La coexistence simultanée de la propriété et du travail est la condition nécessaire à la pérennisation de la société. Ce dualisme, duquel résulte

---

<sup>3754</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 261 : « *ce que réclame le travail, c'est la liberté d'abord, puis paiement ; la propriété n'a droit ni à récompense ni à salaire, mais à inviolabilité* ».

<sup>3755</sup> RENOARD A.-Ch., id., pp. 260-261.

<sup>3756</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 261

la répartition des biens entre les hommes, révèle fondamentalement le dualisme ontologique à la base de la société et la norme appropriée à sa perpétuation : « La propriété qui est le repos, le travail qui est le mouvement, doivent donc coexister. Sans leur harmonie, point de vie humaine<sup>3757</sup> ». C'est à la loi positive de trouver cette harmonie au risque de faire sombrer la société dans le chaos ou de la faire déperir.

**L'auteur : propriétaire ou travailleur ?** Dans ce cadre précis, dans quelle catégorie entrent les auteurs ?

« Comptent-ils parmi les privilégiés de la Providence auxquels il a été donné de détenir un peu de ces choses matérielles que quelques uns possèdent exclusivement à tous ? Ou bien sont-ils de ceux qui vivent en échangeant leurs travaux et leurs services contre les objets matériels dont d'autres hommes avaient la propriété ?<sup>3758</sup> ».

Pour ranger l'auteur dans l'une ou l'autre catégorie, il faut reprendre la conception de la création intellectuelle selon Renouard. L'auteur ne fait que « créer de nouvelles combinaisons d'idées », il réassemble autrement des éléments préexistants. Il s'agit d'un processus dynamique appliqué à des éléments statiques duquel résulte un objet nouveau. Renouard place même les auteurs « à la tête des travailleurs » car « le service par lequel ils enrichissent le monde est la création de nouvelles combinaisons d'idées<sup>3759</sup> ». Ce qu'accomplissent les auteurs lorsqu'ils publient un ouvrage n'est rien d'autre qu'un service rendu à la société toute entière.

**L'auteur : titulaire d'un droit de créance sur la société.** En conséquence de ce service rendu, les auteurs doivent être, au nom de leur droit au salaire, récompensés :

« Récompensez les auteurs. Payez-leur la dette sociale. (...) l'auteur a fait bien plus que de créer un objet appropriable. En dotant l'humanité d'une nouvelle combinaison de pensées, il n'a pas créé un objet destiné à accroître une richesse individuelle ; il a grossi le trésor commun des idées qui (...) est le vaste réservoir dans lequel tous pourront puiser, et qui ne fera que grossir et s'accroître par cela même que l'on y puisera. Priver un travailleur quelconque de son salaire, c'est

---

<sup>3757</sup> Ibid.

<sup>3758</sup> Ibid.

<sup>3759</sup> Ibid.

toujours une injustice. En priver un auteur, lorsque le bien de l'humanité consiste dans la plus étendue, la plus rapide, la plus complète circulation des idées, ce serait une ingratitude, et l'ingratitude est toujours une imprévoyance. Ce serait un trouble social <sup>3760</sup> ».

**Condition du paiement de la dette sociale.** L'auteur mérite salaire car il « il est utile à l'humanité, dont il sert les plaisirs et les progrès<sup>3761</sup> ». Selon Renouard, le salaire doit être payé non pas à la mesure des efforts déployés par le travailleur mais en proportion de l'utilité qu'en retire l'autre partie. Or, il convient dit-il, « pour résoudre le problème du plus juste mode de salaire dû à l'auteur, [d']avoir égard aux considérations d'utilité et de convenance réciproques entre lui et la société<sup>3762</sup> ». Or l'utilité est fonction de la diffusion de l'œuvre. Autrement dit, plus l'œuvre est diffusée, plus son utilité est importante. Corrélativement, plus l'utilité augmente, plus le salaire de l'auteur doit être élevé. Inversement la réduction de la propagation de l'œuvre réduit le salaire de l'auteur étant donné la diminution de l'utilité de l'œuvre pour la société. En conséquence, le mode de salaire de l'auteur ne doit pas avoir pour effet de réduire la diffusion de l'œuvre : « ce serait affaiblir son titre de créance sur l'humanité et diminuer avec l'utilité de l'ouvrage, la justice de la récompense<sup>3763</sup> ». Dès lors, selon Renouard le mode de paiement ne doit pas « compromettre la propagation de l'œuvre<sup>3764</sup> ». L'attribution d'un droit de propriété sur l'œuvre ne peut, au regard de cette condition, être admis.

**Modalité de paiement de la dette sociale.** Afin d'assurer un paiement conforme à la « justice distributive<sup>3765</sup> », Renouard écarte les pensions, traitements fixes et autres moyens fixés par le Prince ou des personnes privées, qui ne respectent pas la correspondance entre le salaire et l'utilité retirée par la société. Pour Renouard, « il n'est qu'un seul juste appréciateur du salaire dû aux écrivains et aux artistes : le public. Il n'est qu'une seule appréciation juste : celle du public, sans la formuler, mesure sur l'utilité et le plaisir qu'il tire d'un ouvrage. Un

---

<sup>3760</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 264.

<sup>3761</sup> Ibid.

<sup>3762</sup> Ibid.

<sup>3763</sup> Ibid.

<sup>3764</sup> Ibid.

<sup>3765</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 267.

*seul mode d'appréciation me paraît juste et possible : c'est de payer à l'auteur, pour chaque édition, ou pour chaque exemplaire de son ouvrage, un droit de copie<sup>3766</sup> ».*

La faculté de reproduction, qui selon Renouard était l'une des trois facultés qui découlaient de la « propriété littéraire », est ici utilisée de manière autonome afin de servir au paiement de la dette sociale à l'égard de l'auteur. Parmi les deux moyens possibles d'organiser ce droit de copie (exclusif ou non-exclusif), Renouard opte pour le privilège de reproduction qui consiste à donner à l'auteur un droit exclusif de copie temporaire.

**Conclusion.** Si la notion d'équilibre est faiblement employée chez Renouard, elle demeure néanmoins essentielle car elle fonde le système dualiste dont les piliers sont d'un côté la propriété, de l'autre le travail, et dans lequel s'intègre les droits de l'auteur. Le travail, qui était chez Locke, le grand fondement de la propriété (rappelons que la théorie lockéenne visait in fine à établir les bornes du gouvernement) demeure chez Renouard le grand fondement de la créance sociale. L'utilité qui découle du produit du travail de l'auteur doit être récompensé non pas en lui accordant un droit de propriété mais un droit au salaire et plus exactement un monopole légal de reproduction.

Inspiré par Renouard, Proudhon délivre également une représentation du droit d'auteur fondée sur l'idée de récompenser un service rendu à la société. La mesure de ce droit est déterminée par l'équilibre des forces qui ont participé à la production de l'œuvre.

---

<sup>3766</sup> RENOARD A.-Ch., id., p. 268. Bentham n'avait pas dit autre chose.

## 2) L'équilibre chez Proudhon

Affirmant que « *tout n'a pas encore été dit sur cette question complexe des droits de l'écrivain et de l'artiste*<sup>3767</sup> », Proudhon dans *Les majorats littéraires* s'attaque, non au droit d'auteur<sup>3768</sup>, mais à la thèse de la propriété littéraire et par extension à celle de la propriété intellectuelle, en prenant précisément pour cibles le projet de loi issu de la commission Walewski et ses défenseurs.

De manière générale, la pensée de Proudhon relative au droit d'auteur tient à la fois de la méthode de ce qu'il appelle le socialisme scientifique – une forme de sociologie attachée à l'observation des réalités sociales et à l'induction de lois positives – et d'un certain idéalisme (la poursuite de la Justice fondée sur l'égalité). Il faut également comprendre sa pensée à la lumière de celle de Renouard lequel a eu une influence certaine sur Proudhon. Cette filiation est d'ailleurs assez ironique, note M. Pfister, puisque la critique émise par Renouard (comme celle de Wolowski) contre la propriété littéraire visait notamment à empêcher les communistes et les proudhoniens de tirer parti de la faille que représente à ses yeux la propriété littéraire, pour saper l'institution de la propriété elle-même<sup>3769</sup>.

Dans notre étude, Proudhon revêt un rôle singulier puisqu'il est le seul auteur que nous examinons de part et d'autre de l'analyse. Proudhon a en effet développé une pensée, notamment juridique, gravitant autour de l'idée d'équilibre comme nous avons pu le constater dans notre première partie. Nous retrouvons Proudhon parmi les débatteurs lors de la grande controverse sur la nature du droit d'auteur et corrélativement sur sa durée. Pour attaquer la thèse de la propriété littéraire il se repose sur un autre fondement des droits de l'auteur lié au principe d'équilibre qui gouverne toute sa pensée. Pour Proudhon, à l'instar de Renouard, l'équilibre est mobilisé au soutien de la thèse selon laquelle les droits de l'auteur constitueraient un droit de créance. En dépit de l'identité de fonction, la notion revêt toutefois une signification distincte chez les deux auteurs. Chez Proudhon, le terme d'« équilibre » se réfère aux modalités de la création artistique qui conjuguent les apports individuels aux

---

<sup>3767</sup> PROUDHON P.-J., *Les majorats littéraires*, Paris : Librairie Nationale, 1868, p. 7.

<sup>3768</sup> M. Caron estime qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, le droit d'auteur a été « fortement contesté » par Proudhon notamment (CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 30). Il est préférable de dire que Proudhon contestait fortement la qualification de droit d'auteur en droit de propriété car, bien au contraire, il été favorable, comme Renouard qui a d'ailleurs crée l'expression, au « droit d'auteur ».

<sup>3769</sup> V. PFISTER L., th. préc., pp. 515-516.

apports de la collectivité. L'équilibre des forces qui préside à toute création doit alors gouverner le régime juridique des droits sur la création.

Comme Renouard, Proudhon ne témoigne aucune prodigalité dans l'emploi du terme « équilibre ». Nous retrouvons ce dernier employé qu'une seule fois dans l'ouvrage. A nouveau, la faiblesse du nombre d'occurrence est inversement proportionnelle à l'importance du rôle de la notion dans le discours de l'auteur. En l'occurrence, le terme désigne une norme qui n'est autre que la Justice.

**Propriété et justice chez Proudhon (rappels).** Afin d'éviter les équivoques qui surviennent promptement lorsqu'il est question de la pensée quelque peu austère de Proudhon en général et de son opinion sur la propriété en particulier, rappelons brièvement cette dernière et indiquons ce qu'il entend par le terme « équilibre ».

Proudhon, contrairement à ce que l'on pourrait penser a priori n'est ni communiste, ni opposé à la propriété. Au contraire, il embrasse vigoureusement l'institution mais condamne toutes les justifications qu'on a tenté de lui fournir. La propriété soulève, en ce sens, un problème scientifique avant de générer, par les effets de son absolutisme, un problème social :

« Je proteste encore contre tout communisme, tout gouvernementalisme, tout féodalisme ; j'ai maintenu avec force les principes de liberté industrielle, de concurrence, de famille, d'hérédité, et je répète en ce moment, avec un redoublement d'énergie, de la même voix et de la même plume que je combats le monopole, que la propriété, contradictoire dans son idée, est un problème qui nous reste à résoudre, non une institution qu'il nous faille supprimer. Autant il y a d'illogisme dans les prétendues explications de la propriété, autant qu'il y aurait de folie à vouloir aujourd'hui abolir ce que nous n'avons même pas compris<sup>3770</sup> ».

Le problème scientifique que soulève la propriété, selon Proudhon, se résume à la contradiction pour l'instant indépassable entre sa moralité et son utilité. D'une part, la propriété, accompagnée des principes de libre échange et de libre concurrence, génère des effets positifs scientifiquement identifiables et mesurables. En ce sens, l'institution est utile et c'est la raison pour laquelle elle ne saurait être abolie. D'autre part, « recherchant la moralité de la propriété », écrit Proudhon, « *je me suis rangé à l'opinion de l'Évangile, qui a vu dans la propriété une manifestation de ce que la théologie nomme concupiscence, et qui n'est autre*

---

<sup>3770</sup> PROUDHON P.-J., Les Majorats littéraires, Bruxelles : Office de publicité, 1862, p. 59.

que le principe passionnel du péché<sup>3771</sup> ». Autrement dit, la propriété ne serait pas morale. Une portion conséquente de l'œuvre de Proudhon est consacrée au dépassement de cet antagonisme.

Sur un plan plus pratique, la propriété telle qu'elle est appliquée cause selon Proudhon une injustice. C'est ici que la propriété est constitutive d'un « vol ». Grosso modo, il y aurait vol dans la mesure où la plus value d'un produit issu d'un travail collectif n'est pas partagée entre tous les agents de la « force collective » mais captée par le seul propriétaire de la matière et des moyens de production, c'est-à-dire, du capital<sup>3772</sup>. Le « vol », c'est-à-dire, la soustraction de la valeur revenant à autrui, est plus exactement causé par la propriété capitaliste et absolutiste. Cette propriété méconnaît l'une des règles de la Justice, l'égalité. Selon Proudhon écrit M. Xifaras, « *parce que la justice est dans l'égalité des échanges, la rémunération du travailleur individuel doit se faire au juste prix, par l'allocation d'un droit de propriété sur les fruits de son travail*<sup>3773</sup> ».

La justice pour Proudhon, avons-nous vu, consiste en premier lieu en l'égalité, fondée sur la dignité de chacun<sup>3774</sup>. Cette égalité prend à la fois une forme statique – égalité entre tous – et une forme dynamique – l'égalité dans les échanges –. Sa critique de la propriété, transposable au droit privé en ce qu'il repose sur les postulats individualistes et absolutistes, se fonde essentiellement sur l'inégalité des échanges entre les agents de la force collective et le propriétaire du capital. Les travailleurs ou les ouvriers sont, selon Proudhon, lésés dans l'échange de leur force contre salaire puisque la plus-value du produit issu de la conjonction de leur labour est intégralement captée par le seul propriétaire. Les rapports entre les membres de la collectivité et l'individu qui revêt la qualité de propriétaire sont donc injustes.

La critique de la propriété littéraire repose sur un fondement identique. Attribuer au seul auteur la qualité de propriétaire de l'œuvre constitue une injustice dans la mesure où l'œuvre

---

<sup>3771</sup> Ibid.

<sup>3772</sup> Sa critique de la propriété capitaliste vise un « atomisme » individualiste (doctrine qui ne voit dans la société qu'une addition d'individus) d'où découlent la négation de l'existence réelle de la productivité propre des « êtres collectifs » et l'attribution indue aux seuls capitalistes du surplus productif engendré par la « force collective »

<sup>3773</sup> XIFARAS M., « Y a-t-il une théorie de la propriété chez Pierre-Joseph Proudhon ? », *Corpus revue philosophique*, n° 47, 2004, p. 251.

<sup>3774</sup> PROUDHON P.-J., « De la justice dans la révolution et dans l'Eglise », in, *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, pp. 119-120 : « on admet à priori que, devant la société dont ils font partie, tous les individus, considérés simplement comme personnes morales, et abstraction faite des capacités, des services rendus, des déchéances encourues, sont de dignité égale; qu'en conséquence ils doivent obtenir pour leurs personnes la même considération, participer au même titre au gouvernement de la société, à la confection des lois, et à l'exercice des charges. Respect des personnes, égal et réciproque, quoi qu'il en [120] coûte aux antipathies, aux jalousies, aux rivalités, à l'opposition des idées et des intérêts : voilà le premier principe ».

n'est pas une création ex nihilo mais le résultat du travail de l'auteur et de l'emploi d'idées qui lui préexistent.

**La remise en cause du caractère individuel et personnel de l'œuvre.** Comme Renouard, Proudhon procède à une réduction de l'œuvre de l'esprit au statut d'expression ou de manifestation d'idées<sup>3775</sup>. Le but de Proudhon ici est de réduire le rôle de l'auteur dans le processus créatif<sup>3776</sup> au profit de la société.

En premier lieu, l'objet du travail de l'auteur, c'est-à-dire, les idées sont considérées comme lui étant préexistantes : « *L'homme ne crée pas ses idées, il les reçoit*<sup>3777</sup> ». De fait et comme chez Renouard, l'auteur apparaît implicitement interchangeable<sup>3778</sup>. L'auteur n'est pas à la source de ses idées, lesquelles proviennent davantage de ce que l'on pourrait appeler en référence à Savigny « *l'esprit du peuple* ». « *En fait de littérature et d'art* », écrit Proudhon « *on peut dire que l'effort du génie est de rendre l'idéal conçu par la masse*<sup>3779</sup> ». Assigner à la 'masse' ce rôle originel sert bien entendu à rendre l'auteur tributaire de celle-ci<sup>3780</sup>.

---

<sup>3775</sup> PROUDHON P.-J., Les majorats littéraires, pp. 27-28 : « *l'œuvre de l'auteur est une pensée, plus ou moins enveloppée, et qui existe en lui indépendamment de l'imprimerie, de l'écriture, je dirais presque de la parole elle-même. Le discours, dans lequel cette idée se formule ; le papier, les caractères au moyen desquels ce discours, pensée d'abord, puis parlé, est fixé et rendu visible aux yeux, ne sont pas les petits de l'idée, des fruits qui sortent d'elle, mais des moyens de manifestation dont elle se sert* ».

<sup>3776</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 13 : « *tout individualisme disparaît rapidement dans la région de la science et de l'art, en sorte que la production qui nous semblait devoir être le plus à l'abri des injures du temps, celle des idées, n'a pas, subjectivement parlant, plus de garanties que l'autre [la production industrielle]* ».

<sup>3777</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 12 : « *l'homme ne crée pas ses idées, il les reçoit ; il ne fait point la vérité, il la découvre ; il n'invente ni la beauté ni la justice, elles se révèlent à son âme, comme les conceptions de la métaphysique, spontanément, dans l'aperception des phénomènes, dans les rapports des choses. Le fonds intelligible de la nature, de même que son fonds sensible, est hors de notre domaine : ni la raison ni la substance des choses ne sont de nous ; cet idéal même que nous rêvons, que nous poursuivons et qui nous fait faire tant de folies, mirage de notre entendement et de notre cœur, nous n'en sommes pas les créateurs, nous n'en sommes que les voyants. Voir, à force de contempler ; découvrir à force de chercher ; brasser la matière et la modifier d'après ce que nous avons vu et découvert : voilà ce que l'économie politique appelle produire. Et plus nous approfondissons la chose, plus nous convainquons que la similitude entre la production littéraire et la production industrielle est exacte* ».

<sup>3778</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 94 : « *cette idée, aperçue, exprimée pour la première fois, je veux le croire, et dont vous faites si généreusement une propriété, elle eût été produite demain par un autre, peut-être plus mal, peut-être mieux ; elle eût été produite, dix ans plus tard, simultanément par plusieurs. C'est un fait que lorsque l'heure d'une idée est venue elle éclot en même temps partout, comme une semaille, en sorte que le mérite de la découverte, comparée à l'immensité de l'évolution humanitaire, se réduit à presque rien* ».

<sup>3779</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 95 : « *produire, même dans ce sens restreint, est chose méritoire assurément, et, quand la production réussie, elle est digne de reconnaissance. Mais ne deshéritons pas pour cela l'humanité de son domaine : ce serait faire de la science, de la littérature et de l'art un guet-apens à la raison et à la liberté* ».

<sup>3780</sup> Ibid.

En second lieu, les idées ne sauraient être scellées par le cachet de l'auteur éternellement. Les idées subissent les outrages du temps<sup>3781</sup> ce qui signifie qu'elles ne sont jamais exprimées une fois pour toute et doivent être renouvelées continuellement<sup>3782</sup>. Pour illustrer son propos, Proudhon choisit, avec quelque infortune, ses exemples : « dans quelques années », dit-il « on ne parlera ni de Lamartine, ni de Victor Hugo<sup>3783</sup> ».

### **Prise en compte de la contribution de la collectivité dans le régime du droit d'auteur.**

**Application du principe d'équilibre.** Selon Proudhon la propriété intellectuelle consiste en la violation de la « loi de collectivité<sup>3784</sup> » car elle attribue à l'auteur la part revenant à la société. Puisque l'auteur met personnellement en forme des « idées impersonnelles » appartenant à la collectivité, celle-ci devrait également, au nom de l'équilibre, tirer profit de l'œuvre ainsi créée :

« La propriété intellectuelle fait plus que porter atteinte au domaine public ; elle fraude le public de la part qui lui revient dans la production de toute idée et de toute forme.

La société est un groupe ; elle existe d'une double et réelle existence, et comme unité collective et individuelle ; sa pensée est collective aussi et individualisée. Tout ce qui se produit au sein de la société dérive à la fois de cette double origine. Sans doute le fait de la collectivité n'est pas une raison suffisante pour que nous nous mettions au communisme ; mais, réciproquement, le fait de l'individualité n'est pas non plus une raison de méconnaître les droits et les intérêts généraux. C'est dans la répartition et dans l'équilibre des forces collectives et individuelles que consiste la science du gouvernement, la politique et la justice.

(..) Je vous bien ici la garantie donnée à l'individu ; mais quelle part a-t-on faite à la société ? Que la société donne à l'auteur la rémunération de sa peine, de son initiative, si vous voulez, rien de mieux. Mais la société est entrée en part dans la production ; elle doit participer à la

---

<sup>3781</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 26 « ne sait-on pas que les créations de la pensée pure, comme celles de l'industrie, s'usent rapidement, effacées par le mouvement incessant de la pensée générale, absorbée et transformées par d'autres œuvres ? ».

<sup>3782</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 13 « l'idée, en passant par le cerveau où elle s'individualise, vieillit comme la parole qui l'exprime ; l'idéal se détruit aussi vite que l'image qui le représente ; et cette création du génie, comme nous l'appelons avec emphase, que nous déclarons sublime, petite en réalité, défectueuse, périssable, a besoin d'être renouvelée sans cesse, comme le pain qui nous nourrit, comme l'habit qui couvre notre nudité. Ces chefs-d'œuvre qui nous sont parvenus des nations éteintes et que nous croyons immortels, que sont-ils ? Des reliques, des momies ».

<sup>3783</sup> PROUDHON P.-J., id., p. 26. Ces exemples, remarque M. Pfister « nuisent sérieusement à la pertinence de son raisonnement » (PFISTER L., « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIXe siècle », RIDA, juillet 2005, n° 205, p. 139.

<sup>3784</sup> PROUDHON P.-J., Les majorats littéraires, p. 95.

récolte. Cette part à laquelle elle a droit, elle l'obtient par le contrat d'échange, en vertu duquel compensation est faite du service rendu au moyen d'une valeur équivalente. La propriété intellectuelle, au contraire, donne tout à l'auteur, ne laisse rien à la collectivité : la transaction est léonine<sup>3785</sup> ».

La critique proudhonnienne de la propriété intellectuelle ne se fonde donc pas uniquement sur l'utilité, mais également sur la justice, qui consiste, selon l'auteur, à rendre à chacun (de l'individu au collectif) sa part.

### *B) L'influence de Renouard et Proudhon*

**Une guerre des mots.** Les débats sur la nature et la durée du droit d'auteur correspondent à une guerre des représentations du droit d'auteur ou une guerre des mots. Pour convaincre ses adversaires, chacun des camps déploie une rhétorique bien rodée.

Outre la « propriété littéraire » que Géný qualifiait de « formule de combat<sup>3786</sup> », les défenseurs de celle-ci emploient la « justice »<sup>3787</sup> ou l'« équité »<sup>3788</sup> pour souligner la conformité du principe aux règles transcendantes. Parfois, l'emphase emporte certains auteurs comme Billard lequel voit dans le principe de la succession des œuvres entre les héritiers, un axiome « nécessaire et translumineux<sup>3789</sup> ». Plus que tout autre, c'est le mot de « propriété » qui revient sans cesse sous la plume des défenseurs de la propriété littéraire, ce qui est, convenons-en, la moindre des choses. Naturellement, les critiques adressées aux défenseurs de la propriété concernent principalement l'emploi de cette notion. On les accuse

---

<sup>3785</sup> Ibid.

<sup>3786</sup> GENY Fr., *Les lettres missives*, Paris, 1911, n° 135, cité par LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, p. 30 note 225.

<sup>3787</sup> Séance du 3 février 1962, in Commission de la propriété littéraire et artistique, *Rapport à l'Empereur*, Paris : Imprimerie Impériale, 1863, p. 34. V. égal., BILLARD E., « Du principe de perpétuité de la propriété littéraire », *Revue pratique de droit français*, 1883, t. 83, p. 386 : « *le seul vrai principe qui, s'appuyant sur la justice, pourra résoudre la question : la perpétuité* ».

<sup>3788</sup> V. BOSSANGE H., *Opinion nouvelle sur la propriété littéraire*, Paris : Rignoux, 1836, p. 5 : « *la justice, le bon sens et l'équité veulent que la propriété littéraire ne soit plus un mensonge sous forme de concession temporaire. Il faut qu'elle soit une propriété garantie par les lois, inviolable et toujours* » ; LAMARTINE A. DE., « Rapport », Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, pp. 689-690 ; WALEWSKI A., « Discours à la première séance de la Commission de la Propriété littéraire et artistique », *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, 1862, p. 9.

<sup>3789</sup> BILLARD E., « Du principe de perpétuité de la propriété littéraire », *Revue pratique de droit français*, 1883, t. 83, p. 387.

d'«*usurpation d'un nom et d'un régime qui ne (...) conviennent à aucun titre*<sup>3790</sup> » aux créations de l'esprit.

Dans le camp des positivistes, bien que les notions classiques soient également employées<sup>3791</sup>, un langage plus moderne, composé des notions d'«*intérêt* », de «*société* », d'«*utilité* » nourrit le discours des opposants à la propriété littéraire. Réciproquement, ce langage ne manque pas d'être dénoncé par leurs contradicteurs. C'est notamment la formule et l'idée de «*droit de la société* » ou «*droit social* » qui a du mal à être acceptée<sup>3792</sup>. Dans une moindre mesure, l'idée même que la société puisse posséder un «*intérêt* » en cette matière est contestée. Pour un auteur, si intérêt il y a, il demeure «*plutôt apparent que réel*<sup>3793</sup> ». Pour un autre, «*l'intérêt de la société* » n'est qu'un «*fantôme imaginaire* » inventé pour les besoins des éditeurs<sup>3794</sup>. L'on se souvient encore de ce que Balzac pensait de «*l'intérêt public*<sup>3795</sup> ».

**La fonction référentielle de l'«*équilibre* ».** Dans la seconde moitié du XIXe siècle, la notion est déjà marquée par la pensée de Renouard et Proudhon, quand bien même ces derniers l'ont peu employée. Ainsi notent Lebret et Folleville, d'après Renouard il faut établir

---

<sup>3790</sup> TAILLEUR A., «*Du droit des auteurs - la propriété littéraire, est-ce la propriété ?* », *Revue pratique de droit français*, 1863, t. 16, p. 166.

<sup>3791</sup> Employant l'«*équité* », v. CARNE, Séance du 24 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 713. Employant la «*justice* » afin de ne pas laisser la notion entre les mains des défenseurs de la propriété littéraire, v. NISARD, Commission de la propriété littéraire et artistique, Séance du 3 février 1862, in, *Rapport à l'Empereur*, Paris : Imprimerie Impériale, 1863, p. 38.

<sup>3792</sup> ACOLLAS E., *La propriété littéraire et artistique*, Paris : DELAGRAVE Ch., 1888, 2e éd., p. 107 : «*mais c'est l'aptitude de la collectivité sociale à avoir un droit propre, un droit indépendant de celui de l'individu qu'il faudrait commencer par supposer, par démontrer, et comment ne pas réfléchir ensuite que ce ne sont pas seulement les auteurs et les inventeurs, mais nous tous, tant que nous sommes, qui procédons des générations antérieures, qui procédons de notre temps, de la suite de tous les temps, qui en procédons pour nos facultés de toutes sortes et pour les objets de toutes sortes sur lesquels elles s'exercent ; comment ne pas réfléchir que si l'argument que l'on fait contre les auteurs et les inventeurs était bon, il le serait contre quiconque prétendrait à la propriété même de la moindre parcelle de terre, car apparemment aucun propriétaire n'est né sans ancêtres, aucun ne possède même une parcelle de terre que les devanciers n'aient cultivée ou remuée* ».

<sup>3793</sup> CASATI Ch., «*Un projet de loi sur la propriété littéraire et artistique* », *Revue pratique de droit français*, 1862, t. 13, p. 126 : «*on ne peut opposer à ce principe de propriété des auteurs qu'un intérêt et non pas un droit, un intérêt plutôt apparent que réel* ».

<sup>3794</sup> V. CASATI Ch., «*Un projet de loi sur la propriété littéraire et artistique* », art. préc., p. 126. Parlant de «*fantôme d'intérêt public* », v. MARESCHAL J., L.-H., *Les Droits de l'auteur et le droit du public relativement aux oeuvres de l'esprit*, Paris : Hachette, 1866, p. 28 ; v. égal. BILLARD E., *Du principe de perpétuité de la propriété littéraire*, art. préc., p. 386.

<sup>3795</sup> BALZAC H. DE, notes remises à MM. les Députés composant la commission de la loi sur la propriété littéraire, 3 mars 1841, in, *Œuvres complètes*, XXII, Paris : Lévy, 1875, p. 315 : «*l'Intérêt Public, l'Humanité, voilà l'argument des adversaires de la propriété perpétuelle de vos champs et de vos maisons* ».

un « équilibre » entre le droit des auteurs et le droit rival de l'humanité<sup>3796</sup>. Mourlon paraphrase ainsi Proudhon : « en somme, l'*œuvre* étant à la fois collective et individuelle, c'est dans la répartition et dans l'équilibre des deux forces qui l'ont produite que consiste la science de la justice<sup>3797</sup> ». La notion d'« équilibre », lorsqu'elle est employée par la doctrine, renvoie fondamentalement aux réflexions de ces deux auteurs.

Par ailleurs, et dans la lignée des idées de Renouard et Proudhon, la notion est employée comme une formule rhétorique destinée à écarter le monisme de la théorie de la propriété littéraire. Terme « eulogistique » s'il en est, le mot « équilibre » est utilisé en vue de rendre la doctrine alternative à celle de la propriété littéraire sinon convaincante, du moins acceptable. La notion fait partie intégrante du décorum de la doctrine sociale à l'instar des divers éléments relevés précédemment (« intérêt de la société », « droit social » etc.) lesquels participent à renouveler l'étude et les fondements du *droit d'auteur*. Le but étant de mettre un terme à l'absolutisme de la théorie libérale, le terme d'« équilibre », dont la signification suggère par elle-même la relativité, est parfait pour saper la doctrine adverse.

**La fonction normative de l'équilibre.** Parmi les autres piliers de la théorie sociale, la notion d'équilibre se distingue par sa dimension normative. La notion n'est pas employée pour désigner ou décrire un état, mais pour classiquement exprimer un devoir-être : il faut fixer par la loi un équilibre entre les intérêts *de l'auteur et les intérêts de la société*<sup>3798</sup>.

**La fonction transactionnelle de l'« équilibre ».** Le mot est également employé par certains auteurs situés au croisement des deux théories puisqu'ils admettent, d'une part, la source jusnaturaliste des droits d'auteur, et d'autre part, l'existence des droits de la société et partant, un « équilibre » qu'il est nécessaire de trouver entre ces droits rivaux. Cette thèse, notamment

---

<sup>3796</sup> FOLLEVILLE D. DE, *De la Propriété littéraire et artistique*, Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1877, p. 9 : [Ce système] se plaçant à un point de vue mixte, essaie de concilier les expectatives de l'auteur avec les nécessités sociales. L'auteur et la société ont un droit égal sur les productions de l'esprit ; il y a, dès lors, un partage à faire équitablement. Par suite, le droit des auteurs ne doit pas être considéré comme constituant une propriété absolue et exclusive ; c'est une juste concession de la loi positive, appelée à tenir compte à la fois de l'intérêt public et de l'intérêt privé en les conciliant. (...) Il y a donc un équilibre à établir entre le droit des auteurs et le droit rival de l'humanité » ; LEBRET G. A., *La propriété littéraire et artistique*, Paris : Lahure, 1878, p. 19 : « n'y a-t'il point des parts à faire et un équilibre à établir ? ».

<sup>3797</sup> MOURLON Fr., *Examen du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, Paris : Marescq, 1864, p. 49.

<sup>3798</sup> Par ex., FLINIAUX Ch., *Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique*, Paris : Thorin, 1867, p. 8.

soutenue par Folleville<sup>3799</sup>, présente selon son auteur l'avantage « *d'établir une conciliation équitable entre les droits de la société et les droits non moins respectables des auteurs*<sup>3800</sup> ».

**La fonction délimitative de l'« équilibre ».** La notion d'« équilibre » est parfois utilisée pour souligner la fonction essentiellement compensatrice de la loi par laquelle le législateur confère aux auteurs des droits privatifs sur leur création. Sans la loi, l'auteur serait démuné pour contrôler l'exploitation de son œuvre et percevoir corrélativement les revenus s'y afférant. Ne pouvant empêcher, de fait ou de droit, la reproduction de copies et le débit de celles-ci, l'auteur n'aurait, pour subsister, qu'à recourir aux moyens d'antan (mécénat, vente du manuscrit, sollicitation de privilège). La situation de l'auteur est relativement précaire s'il n'existe pas de loi lui établissant à son profit un monopole d'exploitation destinée à lui assurer une forme de rémunération dont l'assiette correspond à la diffusion de son œuvre. Sans législation, les rapports entre l'auteur et la société sont marqués par un « déséquilibre » puisque d'un côté, l'auteur ne tirerait aucun profit de la diffusion du produit de son travail, tandis que de l'autre, la société jouirait pleinement et sans bourse déliée de celui-ci. La loi intervient donc pour garantir à l'auteur un retour sur son investissement au travers du monopole d'exploitation. La loi compense l'auteur de sa perte en lui octroyant une source de gain.

Représenter la législation de cette manière présente un intérêt majeur. En effet, si la loi ne doit que compenser la perte de l'auteur, elle ne peut, sans faillir, aller au-delà de ce qui est nécessaire pour restaurer *l'égalité*. Le discours de la « loi compensatrice » tenu notamment par Gournot présente l'intérêt majeur (dans une perspective anti-proprétariste) de placer la finitude des droits de l'auteur au cœur du problème de la législation. L'« équilibre » que la loi vise à établir en conférant ces droits suggère inévitablement de fixer des bornes à ceux-ci :

---

<sup>3799</sup> FOLLEVILLE D. DE, De la Propriété littéraire et artistique, Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1877, p. 11 : La propriété littéraire, elle aussi, est préexistante et primordiale ; elle s'impose aux lois positives, obligées de la reconnaître et de la proclamer. Seulement, comme elle va chercher son objet, dans le fonds commun des idées humaines, se bornant à donner une forme et une formule précises à telle ou telle de ces idées, le droit rival de la Société apparaît aussitôt avec ses revendications légitimes. Il y a des parts à faire et un équilibre à établir. (...) le législateur positif, parlant au nom de l'intérêt social qu'il personnifie, a le droit et le devoir de restreindre l'étendue de la propriété littéraire et artistique : cette propriété, à cause de sa nature même, ne peut pas être aussi complète dans sa durée, que la propriété de droit commun appliquée aux objets matériels ».

<sup>3800</sup> Ibid.

« au point de vue de la législation, qui nous occupe ici principalement, au point de vue surtout du principe de perpétuité qui soulève tous ces débats, nous aurons déterminé la vraie limite qu'on sera en droit de fixer à cette prétention des auteurs. Puisqu'il ne s'agit, en effet, pour la société, que de pourvoir suffisamment, par un bienfait artificiel né de sa puissance, à la dignité de ses poètes et de ses écrivains, une fois qu'elle aura atteint ce but, une fois qu'elle aura, autant qu'il se peut faire dans les rapports compliqués de la vie moderne, établi cet équilibre et comblé cette inégalité, elle pourra fermer l'oreille aux obsessions de ces enfants impérieux et mutins qui demandent, et demandent sans cesse. Satisfaite et tranquille, elle pourra se reposer comme une mère qui a fait le possible pour ramener la paix et l'harmonie entre les siens<sup>3801</sup> ».

Même idée, même auteur, mais l'« équilibre » se trouve substitué par la « balance des intérêts » :

« en consacrant le principe de perpétuité en matière de droits d'auteur, la société compromettrait ses biens les plus précieux en même temps qu'elle ferait une violence manifeste à la liberté humaine.

Il faudrait d'abord, dans cette balance d'intérêts respectifs, sous prétexte de réparer une inégalité, se garder de créer une inégalité nouvelle et monstrueuse, et de fonder au profit de certaines familles une richesse tellement au-dessus de toutes les autres qu'elle fût, non plus un bien fait, mais presque un mal et une oppression sociale<sup>3802</sup> ».

Notons qu'il est extrêmement rare de trouver dans la doctrine intellectualiste de l'époque l'expression de « balance des intérêts ». Souvent usitée dans la doctrine publiciste, l'expression semble s'introduire lentement dans la doctrine privatiste jusqu'à être consacrée par Gény sous l'expression d'« équilibre des intérêts en présence ».

## Conclusion de la section une

Même si Renouard et Proudhon ont peu employé la notion d'« équilibre », ils doivent être considérés comme les initiateurs du discours de l'équilibre en droit d'auteur, lequel n'est d'ailleurs pas étranger au discours de l'équilibre qui favorisera la formation du droit social en

---

<sup>3801</sup> GOURNOT A.-L., *Du principe des droits d'auteur et de la perpétuité*, Paris : Dentu, 1862, pp. 33-34.

<sup>3802</sup> GOURNOT A.-L., *id.*, p. 35.

France. Les réflexions de ces auteurs permettent de fournir une nouvelle représentation du droit d'auteur, capable d'intégrer des exigences antagonistes (rémunération de l'auteur, diffusion des œuvres) sans tomber dans des contradictions logiques analogues à celles qui affectent la théorie de la propriété littéraire.

## Section 2 : De l'acceptation « sociale » à la désignation des systèmes étrangers

Dans cette section nous étudierons les raisons pour lesquelles le discours social de l'équilibre en droit d'auteur va peu à peu disparaître (I) au profit d'un discours dont la fonction sera essentiellement référentielle (II). En effet, au XXe siècle, le terme « équilibre » permet surtout à la doctrine française de désigner les systèmes étrangers ce qui a corrélativement pour effet, par contraste, de souligner qu'en France, le droit d'auteur ne repose pas sur une conciliation ou un équilibre des intérêts.

### I) Les causes de la tombée en désuétude de l'acceptation sociale

Deux causes seront étudiées pour expliquer la disparition de la doctrine sociale et de son langage : d'une part, le législateur au XXe siècle va fortement contribuer à diminuer l'intérêt du discours de l'équilibre en optant pour la thèse propriétaire (A), d'autre part, la doctrine va livrer avec succès une représentation du droit d'auteur capable d'empêcher toute réflexion en termes de conciliation et d'équilibre des intérêts (B).

#### *A) Le fait de la législation*

L'un des événements déterminants du droit d'auteur français du XXe siècle est l'élaboration de la loi de 1957. A l'ombre de ce monument législatif, reposent les armes de l'une des plus grande bataille du droit d'auteur. Anne Latournerie souligne le caractère conflictuel de la période précédant l'adoption de ce texte : « contrairement à son image officielle, la loi de 1957 n'est pas l'aboutissement logique d'une tradition juridique française. Non seulement

*elle ne s'est pas imposée facilement, mais elle a été le produit de conflits importants. Si le consensus fut large en 1957, c'est parce que la bataille avait eu lieu avant et avait opposé différentes conceptions politiques du droit d'auteur*<sup>3803</sup> ». Cette opposition s'inscrit pleinement dans la continuité du conflit entre les tenants de la propriété littéraire et les défenseurs d'un modèle contractuel et utilitariste du droit d'auteur<sup>3804</sup>. La bataille à laquelle fait référence Mme Latournerie correspond aux controverses qui sont nées à l'occasion du projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition de Jean Zay du 13 août 1936<sup>3805</sup>.

Le projet de loi Jean Zay, dont on peut dire aujourd'hui qu'il « incarnait une autre voie possible pour le droit d'auteur<sup>3806</sup> », charrie une vision héritée des thèses de Renouard et de Proudhon. Le projet se nourrit également des apports du solidarisme et du « droit social<sup>3807</sup> » en droit privé. Parler de « socialisation » du droit d'auteur comme le feront Escarra, Hepp et Rault à propos du projet de loi est, en ce sens doublement approprié puisqu'il s'inscrit dans les mouvements connexes de socialisation du droit d'auteur (qui tend à réduire le caractère exclusif du droit au profit de la collectivité) et de socialisation du droit civil (qui tend à réduire l'absolutisme des droits subjectifs).

Si le projet Jean Zay puise dans les ressources de la doctrine sociale du droit d'auteur du XIXe siècle, ni celui-ci, ni la doctrine de l'époque ne font usage du terme d'« équilibre ». On le trouve davantage employé dans l'historiographie du droit d'auteur consacrée à cette période<sup>3808</sup>. L'abandon du projet constitue néanmoins un premier coup d'arrêt net de la

---

<sup>3803</sup> LATOURNERIE A., « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie Politique*, 2004/2, n° 22, p. 27.

<sup>3804</sup> RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », *RLDI*, octobre 2008, n° 42, p. 63.

<sup>3805</sup> Projet de loi sur le droit d'auteur et le contrat d'édition, présenté lors de la 2e séance du 13 août 1936, *JO*, Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 1164, pp. 1706-1712.

<sup>3806</sup> ROJINSKY C., « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *PI*, avril 2008, n° 26, p. 160.

<sup>3807</sup> Pour Strömholm, le projet Jean Zay « reflète d'une façon intéressante un courant d'idées assez fort dans les années 30 (...) : l'assimilation plus ou moins complète du droit d'auteur au droit du travail ». Cette pensée dit-il est « issue sans aucun doute d'une idéologie aux yeux de laquelle le salaire a pris la place de la propriété comme la notion la plus sacrée du droit privée » (STROMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand*, français et scandinave, t. 1, Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967, p. 442).

<sup>3808</sup> Quant aux rapports entre auteur et éditeur : « Dans l'esprit de Jean Zay, il convient de protéger les créateurs, de protéger les travailleurs intellectuels au même titre que les travailleurs manuels. Or, de même que les relations entre l'employeur et ses salariés sont inégalitaires et doivent être rééquilibrées grâce au droit du travail, les relations entre les créateurs et leurs exploitants sont inégalitaires et doivent être rééquilibrées au moyen d'un droit d'auteur dont la dimension sociale l'emporte sur la dimension économique » (RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 65). Jean Zay « veut défendre l'auteur, dont la position est affaiblie par l'essor des intermédiaires économiques qui exploitent ses créations, et équilibrer sur de nouvelles bases les rapports entre les auteurs et les cessionnaires » (LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », *Multitudes*, 2001/2 n° 5, p. 49) ; quant aux rapports entre auteur et public, on dit encore que le projet a pour ambition de « concilier l'intérêt privé de l'auteur avec l'intérêt

doctrine sociale du droit d'auteur, et partant de son vocabulaire. L'adoption de la loi de 1957 marquera, au plan législatif, le point final de cette doctrine. Au plan doctrinal, ce sont deux ouvrages majeurs qui vont également conduire à la disparition de la notion d'« équilibre » dans son acception sociale : l'ouvrage d'Escarra, Rault et Hepp qui formalise la tradition du droit d'auteur français, puis celui de Desbois qui propose une vision du droit d'auteur quasiment exclusive de toute analyse en termes d'intérêts.

Dans un premier temps, l'ascension et la chute du projet Jean Zay (1) seront examinées, puis dans un second temps, nous nous intéresserons aux conditions de formation de la loi de 1957 (2), lesquelles expliquent la direction prise par le dispositif législatif. La loi de 1957 consacre un certain échec de la doctrine sociale du droit ce qui se traduit par une disparition du discours de l'équilibre des intérêts.

1) L'échec du projet de loi Jean Zay

**Les débats doctrinaux au XIXe siècle : 'droit d'auteur individualiste' vs 'droit d'auteur social' (rappel).** Les débats du XIXe siècle relatifs à la durée du droit d'auteur ont été le théâtre d'un affrontement entre les tenants d'une approche individualiste du droit d'auteur et les promoteurs d'une approche sociale, qualifiée parfois d'utilitariste. Pour les premiers, le droit de l'auteur est un droit de propriété sur l'œuvre, chose incorporelle, corrélativement l'auteur est, par nature, un propriétaire auquel le législateur doit reconnaître les mêmes prérogatives que celles du propriétaire foncier. Pour les seconds le droit de l'auteur s'assimile à un droit de créance que l'auteur tient contre la société à laquelle il a rendu service ; il est un travailleur auquel le législateur doit attribuer les moyens juridiques de percevoir le « salaire » en contrepartie du travail accompli. Pour les premiers, le législateur doit constater le droit de propriété préexistant de l'auteur sur son œuvre, alors que pour les seconds le législateur doit octroyer à l'auteur un monopole d'exploitation sur son œuvre dans la mesure de l'utilité sociale c'est-à-dire, de l'équilibre des intérêts de l'auteur et ceux de la société. Pour les uns la loi a une fonction déclarative tandis que pour les autres, elle remplit une fonction constitutive.

---

collectif » (MASSON Ch., « Le projet Jean Zay : le droit d'auteur fondé sur un contrat social », Comm. com. électr., n° 4, avril 2010, alerte 36).

Dans cette bataille, le terme « équilibre » est indubitablement marqué du sceau de la doctrine sociale du droit d'auteur. Le terme n'est, pour ainsi dire, jamais employé par les tenants de la propriété littéraire, sauf lorsqu'il s'agit de désigner la thèse de leurs adversaires.

**Résultats de la doctrine sociale.** Les efforts de cette doctrine sociale, menée entre autres par Renouard et Proudhon, ont porté quelques fruits. L'énoncé de la loi du 14 juillet 1866 par exemple ne contient plus de référence à la propriété de l'auteur. Citons également un célèbre arrêt de 1887, dans lequel les juges de la Cour de Cassation ont explicitement récusé la thèse propriétaire au profit de la thèse adverse<sup>3809</sup>. Quant à la durée des droits, les prétentions absolutistes des champions de la propriété littéraire n'ont jamais dépassées le stade de l'expectative. Le législateur, en effet, s'est toujours appliqué à délimiter dans le temps la durée des droits patrimoniaux au motif de sauvegarder l'intérêt du public ou l'intérêt de la société. Enfin, la doctrine sociale du droit d'auteur se voit, dans le premier tiers du XXe siècle, partiellement consacrée par le projet de loi Jean Zay<sup>3810</sup>.

**Les causes du projet de loi Jean Zay.** Fraichement nommé ministre de l'Education nationale et des Beaux-arts à la suite des élections législatives de 1936 remportées par le Front populaire, le radical-socialiste Jean Zay<sup>3811</sup> dépose, avec le Garde des Sceaux Rucart, un projet de loi sur le droit d'auteur censé, écrit Mme Latournerie, avec le projet de création d'une école nationale d'administration et la réforme de l'enseignement, « remodeler profondément toute la vie intellectuelle française afin de la *démocratiser et de l'adapter à l'époque moderne*<sup>3812</sup> ». A ce moment, légiférer en matière de droit d'auteur confine à la nécessité en

---

<sup>3809</sup> Cass., 25 juillet 1887, D. P., 1888, I, p. 5, note SARRUT L..

<sup>3810</sup> Sur le rapprochement entre les thèses de Renouard et Proudhon et le projet Jean Zay, v. MASSON Ch., « Le projet Jean Zay : le droit d'auteur fondé sur un contrat social », art. préc. V. égal., PFISTER L., th. préc., p. 886 ; LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 50 ; BUEB R., « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », LPA, 6 décembre 2007, n° 244, p. 6 ; SAPIRO G., GOBILLE B., « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? », Le Mouvement Social, 1/2006, n° 214, p. 117.

<sup>3811</sup> M. Reneaud évoque brièvement le destin funèbre de cet homme politique promis pourtant à un bel avenir : « en 1936, Jean Zay devient le plus jeune ministre jamais nommé à l'Éducation nationale. Partisan de la fermeté envers Hitler et de l'intervention en Espagne, il sera sans relâche attaqué par l'extrême droite française comme républicain, juif et franc-maçon, et constamment désigné comme un homme à abattre. En octobre 1940, il est condamné à la déportation par le tribunal militaire de Clermont-Ferrand aux ordres de Vichy, et emprisonné à Riom jusqu'au jour où – le 20 juin 1944 – des miliciens viennent l'arracher à sa prison pour l'abattre dans un bois » (RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 70). Précisons qu'au moment où la France entre en guerre, Jean Zay démissionne de son poste et entre volontairement au service militaire pour combattre au front.

<sup>3812</sup> LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 49.

raison des évolutions des moyens de communication publique des œuvres (radio<sup>3813</sup>, télévision ou encore cinéma) et de la nouvelle réglementation internationale (la Convention de Berne principalement). Le sentiment d'urgence d'une intervention législative est unanimement partagé<sup>3814</sup>.

Ce qui déclenche toutefois la volonté de Jean Zay de légiférer est le constat de la condition précaire des auteurs<sup>3815</sup> qui résulte entre autres de leurs relations contractuelles avec les éditeurs, dont la puissance économique n'a jamais été aussi manifeste<sup>3816</sup>. La force de négociation étant du côté de l'éditeur, l'auteur est le plus souvent contraint d'accepter les termes et conditions qu'on lui propose et de subir des pratiques particulièrement défavorables à ses intérêts comme la rémunération forfaitaire, l'absence de numérotation des exemplaires tirés (et l'impossibilité pour l'auteur de contrôler les reproductions) ou encore les cessions de droits définitives. Jean Zay ne s'en tient pas à ce seul aspect et engage une réforme globale du droit d'auteur<sup>3817</sup>, s'inspirant occasionnellement des modèles anglais et allemand.

---

<sup>3813</sup> V. PFISTER L., « La 'révolution' de la communication radiophonique, une onde de choc sur le droit d'auteur », in, TEYSSIE B. (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris : Panthéon-Assas, 2012, pp. 183-222.

<sup>3814</sup> V. LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 48.

<sup>3815</sup> Dans sa biographie, il écrit à propos du Congrès des écrivains français tenu à Orléans en 1934 : « jeune député du lieu, j'en suivis les travaux. À la séance de clôture, un rapport fut lu et adopté qui réclamait l'obligation dans l'édition française du numérotage mécanique, moyen peu coûteux, déjà utilisé en Belgique, pour assurer à l'auteur son contrôle sur les tirages. Je déposai à la Chambre une proposition de loi sur le numérotage mécanique. La commission de législation civile dont je faisais partie, me chargea de la rapporter, en même temps que la proposition déjà ancienne d'Anatole de Monzie sur le contrat d'édition. L'étude de ces textes me fit apparaître la nécessité d'une législation d'ensemble (...) Dans la France moderne, le travailleur intellectuel restait le seul à n'être aucunement protégé par la loi. Alors que toutes les professions ont reçu de la société certaines garanties contre l'arbitraire, la profession littéraire était demeurée depuis cent cinquante ans ignorée du législateur, en dépit des exemples de l'étranger et de certains congrès internationaux. Le mot de Balzac : "l'édition, c'est la jungle", restait vrai en 1938. Notre pays avait dans ce domaine un retard étrange à combler ; nous nous y efforçâmes » (ZAY J., *Souvenirs et solitude*, Éd. L'Aube, 2004, p. 218, cité par RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 63, note 12. V. aussi : SAPIRO G., GOBILLE B., « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? », art. préc., pp. 113-139).

<sup>3816</sup> Mme Latournerie parle « du poids nouveau de la figure d'éditeur, en particulier de l'éditeur littéraire, comme médiateur et "fabrique d'autorité" nouvelle » (LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 50). Pour Mme Muller, à cette époque, les acteurs économiques de la production culturelle se sont assurés, face aux auteurs, une « position dominante » (MULLER M., *Les droit d'auteur*, Rapport du Conseil Economique et Social présenté au nom de la section du cadre de vie, Paris : 2004, p. 16).

<sup>3817</sup> De l'aveu de Jean Zay : « conçu à l'origine comme le statut juridique du droit d'auteur et du contrat d'édition, le projet finit par étendre son champ d'application à tout ce qui concernait la reproduction des oeuvres intellectuelles et artistiques. Il engloba les moyens modernes d'expression, phonographe, cinéma, radio, la traduction, l'adaptation, et devint finalement une sorte de charte de l'intelligence française, visée ambitieuse certes, mais salubre, qui était de nature, non seulement à combler le retard de notre pays dans ce domaine, mais à le doter d'un monument juridique qui, profitant des expériences étrangères, pourrait servir de modèle », (ZAY J., *Souvenirs et solitude*, p. 219, cité par RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 63, note 73).

**Premiers aperçus du projet Jean Zay.** Le projet présente des propositions dont certaines apparaîtront aujourd'hui ordinaires tandis que d'autres se révèlent radicales. Parmi les premières, nous pouvons citer la reconnaissance légale du droit moral, la définition de l'œuvre collective, l'adaptation des droits aux nouvelles formes d'expression comme les œuvres cinématographiques, la rémunération proportionnelle de l'auteur<sup>3818</sup>, les sanctions pénales du délit de contrefaçon. Ces diverses propositions se retrouveront dans la loi du 11 mars 1957. Sur d'autres points, le projet, en revanche, s'inscrit résolument à rebours de l'approche dite « individualiste » ou « humaniste » du droit d'auteur tenue pour traditionnelle. Il suffit, avant d'examiner le projet plus en détail, d'évoquer certaines « idées choc » comme la réduction de la durée des droits exclusifs, la suppression du vocable de la « propriété », l'instauration d'une licence légale ou la prohibition des cessions de droits d'auteur.

**Un soi-disant retour aux sources du droit d'auteur.** Si le projet de Jean Zay tranche fondamentalement « avec nos conceptions actuelles du droit d'auteur<sup>3819</sup> », il dénotait déjà, quoique dans une moindre mesure, avec celles de l'époque. Outre la qualification de l'auteur en « travailleur intellectuel », le projet, par exemple, entendait ramener à dix ans la durée post-mortem des droits exclusifs alors que la précédente loi de 1866 l'avait fixée à cinquante ans. Autrement dit, toutes les règles successives qui ont progressivement étendu la durée des droits exclusifs depuis les décrets révolutionnaires jusqu'à la fin du XIXe siècle au motif de protéger la famille de l'auteur étaient ouvertement remises en cause. Le projet ne se présente pourtant pas comme une alternative radicale à la conception classique du droit d'auteur. Au contraire, il veut restaurer l'esprit des décrets révolutionnaires comme en témoigne la durée post mortem auctoris choisie (identique à celle du décret de 1793). La volonté de revenir aux sources du droit d'auteur est manifeste lorsque le rapporteur du projet se rattache aux discours de Le Chapelier et de Lakanal. Selon le rapporteur du projet de loi, ce qu'il faut comprendre lorsque Le Chapelier évoque la « propriété différente des autres propriétés », c'est l'intention de garantir à l'auteur « la rémunération du travail<sup>3820</sup> ». L'usage du terme de « propriété », au

---

<sup>3818</sup> Article 35 du projet de loi Jean Zay de 1936 : « Le contrat d'édition, doit, à peine de nullité, stipuler un prix, qui peut consister soit en une somme déterminée ou fixée proportionnellement aux exemplaires tirés, soit en un pourcentage sur le prix marqué ».

<sup>3819</sup> ROJINSKY C., « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », art. préc., p. 160.

<sup>3820</sup> Exposé des motifs du projet de loi de Jean Zay, 2e séance du 13 août 1936 : « L'expression de 'propriété littéraire et artistique', inexacte et impropre, s'est peu à peu introduite dans le vocabulaire des hommes de loi et dans le langage usuel. Le fait que, dans les lois de l'époque révolutionnaire, dans les rapports de Chapelier et Lakanal, le mot de propriété avait été employé, fut largement exploité. Et pourtant Chapelier déclarait, dans son rapport de janvier 1791, qu'il s'agissait de la plus personnelle de toutes les propriétés, que c'était une propriété

lieu de « privilège » ne s'expliquerait alors que par le souci d'éviter le vocable propre à l'Ancien Régime. La « propriété » dans les lois révolutionnaires n'aurait pas été employée dans son sens technique mais dans son acception idéologique et philosophique. Le projet de Jean Zay, tel qu'il est exposé aux parlementaires, consiste de prime abord à dénoncer cette « *fausse assimilation du droit d'auteur au droit de propriété*<sup>3821</sup> » afin de fonder corrélativement la réglementation nouvelle sur une « vérité juridique<sup>3822</sup> » restaurée. Cette vérité consiste en la substitution du travail à la propriété en tant que fondement du droit d'auteur :

« L'auteur ne doit plus désormais être considéré comme un propriétaire, mais bien comme un travailleur, auquel la société reconnaît des modalités de rémunération exceptionnelles, en raison de la qualité spéciale des créations issues de son labeur. L'assimilation de la protection particulière prévue en sa faveur à celle que le code du travail et le code civil octroient à l'ensemble des travailleurs doit donc être admise de plus en plus largement. C'est sous le signe du travail, et non sous le signe de la propriété, que doit être construit ce nouveau droit français accordant aux auteurs, dans leur intérêt propre, comme dans l'intérêt spirituel de la collectivité, la protection légitimement due à ceux qui forment, suivant la magnifique expression d'Alfred de Vigny, la "Nation de l'Esprit"<sup>3823</sup> »

L'objectif de protection de l'auteur apparaît tellement impératif que la loi est initialement conçue, en vertu de la « logique » et de l'« équité », pour s'appliquer rétroactivement. Pour justifier cet effet exorbitant, il est relevé que la loi présente un caractère interprétatif puisqu'elle a vocation à rétablir « *le sens véritable des lois de l'époque révolutionnaire*<sup>3824</sup> ».

**Nature du droit d'auteur.** Le projet de loi exclut l'assimilation du droit d'auteur au droit de propriété. S'il s'inscrit dans le sillon des thèses de Renouard et Proudhon, le projet Jean Zay ne définit toutefois pas le droit d'auteur, même fictivement, en droit de créance. La nature du

---

différente des autres propriétés. En réalité ce que Chapelier demandait, pour l'auteur ayant livré son ouvrage au public, c'était la rémunération du travail. Le vocable de « propriété » ne vient sous sa plume, au lendemain de l'abolition du régime féodal, que pour désigner ce droit nouveau, autrement que par le mot de « privilège », auquel se relient les souvenirs de l'ancien régime. Quant à Lakanal, il ne fit que reprendre, en termes plus emphatiques, l'exposé des idées de Chapelier ».

<sup>3821</sup> Exposé des motifs du projet de loi de Jean Zay, 2e séance du 13 août 1936.

<sup>3822</sup> Ibid.

<sup>3823</sup> Ibid.

<sup>3824</sup> Ibid.

droit demeure a priori indéterminée, comme en témoigne le premier article du projet : « tout travail aboutissant à la création d'une œuvre littéraire ou artistique confère à son auteur sur cette œuvre un droit sui generis dit 'droit d'auteur'<sup>3825</sup> ». Par *droit d'auteur*, il faut entendre d'une part, le droit moral<sup>3826</sup> et, d'autre part, le droit pécuniaire défini comme le « droit pour l'auteur d'obtenir, sa vie durant, la rémunération de son travail par l'exploitation de son œuvre, sous quelque forme que ce soit<sup>3827</sup> ». Le projet laisse peu de doute sur la préséance du droit moral sur le droit pécuniaire puisque dès le premier article il est annoncé que « le droit d'auteur est attaché à la personne de l'auteur<sup>3828</sup> ». Cette dépendance du droit à la personne de l'auteur conduit « inévitablement à faire du droit d'auteur un droit unique qui serait le prolongement de la seule personnalité de l'auteur<sup>3829</sup> ».

Deux aspects du projet méritent d'être évoqués en raison des réactions exacerbées qu'ils ont suscitées : les mesures d'ordre public en faveur de l'auteur dans ses relations avec l'éditeur et la durée des droits exclusifs. Ce sont principalement sur ces points que va se constituer la farouche réaction des éditeurs et des juristes.

**Aperçu de quelques mesures destinées à protéger l'auteur contre l'exploitant.** La nature par trop asymétrique des relations entre l'auteur et l'éditeur avait constitué le premier motif d'intervention de Jean Zay en la matière. L'idée principale du projet consiste alors dans le rétablissement d'une forme d'égalité juridique que l'inégalité économique avait tendance à faire disparaître. Il s'agit de renforcer le droit des auteurs et d'alourdir corrélativement le poids des obligations de l'éditeur. Le rapporteur du projet devant l'Assemblée Le Bail précise en ce sens « nous ne voulons pas que l'auteur soit obligé d'accepter des conditions draconiennes. Nous voulons qu'il puisse causer à égalité avec l'éditeur<sup>3830</sup> ». A cette fin, et conformément à la suppression de la « propriété littéraire », l'auteur et l'éditeur ne sont plus

---

<sup>3825</sup> Article 1 du projet de loi Jean Zay de 1936.

<sup>3826</sup> Défini comme « le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre, ainsi que le droit de faire cesser, d'une manière appropriée, toute atteinte à l'œuvre par destruction, déformation, mutilation ou autre modification, ou par toute utilisation de ladite œuvre de nature à préjudicier aux intérêts moraux de l'auteur » (art. 1 al. 1 du projet de loi Jean Zay de 1936).

<sup>3827</sup> Art. 1 al. 2 du projet de loi Jean Zay de 1936.

<sup>3828</sup> Article 1 du projet de loi Jean Zay de 1936.

<sup>3829</sup> RENAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 65.

<sup>3830</sup> Débats parl., n° 45, séance du 1er juin 1939, JO, 2 juin 1939, p. 1432.

autorisés à conclure des contrats de cession<sup>3831</sup>. Le droit d'auteur est conçu comme inaliénable et l'auteur n'est en mesure que de concéder des droits, soit, pour un nombre limité d'éditions, soit, pendant une durée limitée<sup>3832</sup>. En outre, il est imposé que le contrat n'ait pour objet qu'un seul mode d'édition. Ainsi, « *la concession du droit d'édition de librairie ne comporte pas la concession du droit de traduction*<sup>3833</sup> ». Le projet offre encore à l'auteur le droit d'imposer à l'éditeur la numérotation des exemplaires de l'œuvre<sup>3834</sup>.

**Durée post mortem des droits exclusifs, licence légale et domaine public payant.** Nous l'avons dit, le projet Jean Zay souhaitait restaurer la durée des droits exclusifs initialement prévue par le décret révolutionnaire de 1793, à savoir dix ans post mortem auctoris. Néanmoins, afin de protéger les intérêts des héritiers, le projet, inspiré par le copyright anglais<sup>3835</sup>, prévoyait qu'au terme de la durée des droits exclusifs, s'instaurerait pendant quarante ans un régime de licence légale. Durant cette période, dispose le projet, l'exploitation des œuvres est libre « à charge pour les exploitants de verser une redevance *équitable aux héritiers testamentaires ou légaux de l'auteur*<sup>3836</sup> ». Cette période signifiait la levée du monopole d'exploitation de l'éditeur cessionnaire de l'œuvre et corrélativement l'instauration d'une libre concurrence entre exploitants.

Vivement critiquée notamment en raison de l'absence de conformité du projet aux conventions internationales, l'idée est abandonnée. Un nouveau projet est présenté aux parlementaires en 1939 dans lequel la durée de cinquante ans des droits exclusifs est restaurée. Toutefois, l'esprit initial du projet demeure car il est prévu d'instaurer un domaine public payant<sup>3837</sup> et de créer une caisse des lettres et des arts<sup>3838</sup> destinée à percevoir les fonds

---

<sup>3831</sup> Art. 30 du projet de loi Jean Zay de 1936 : « *Le contrat d'édition est un contrat par lequel l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique concède l'exploitation de son œuvre par voie de fabrication en nombre et dans une forme déterminée d'exemplaires de l'œuvre* ».

<sup>3832</sup> Art. 32 du projet de loi Jean Zay de 1936.

<sup>3833</sup> Art. 31, alinéa 2 du projet de loi Jean Zay de 1936.

<sup>3834</sup> Art. 39 du projet de loi Jean Zay de 1936.

<sup>3835</sup> Motifs du projet de loi, Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 1164, JO, p. 1708. V. RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 66.

<sup>3836</sup> Motifs du projet de loi, Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 1164, JO, p. 1708.

<sup>3837</sup> Le système du domaine public payant « *a pour objet d'instituer un droit d'utilisation moyennant paiement d'une redevance [au profit de l'Etat] sans remettre en cause le principe de libre accès* » (CORNU M., *Le droit culturel des biens*, préf. TALLON D., Bruxelles : Bruylant, 1996, p. 563). Ce système est connu en droit administratif puisque l'Etat et les collectivités publiques peuvent percevoir un droit d'entrée sur les musées.

<sup>3838</sup> Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 5337, JO, p. 266 : « En dehors des périodes pendant lesquelles l'auteur et ses ayants droit ont l'exercice du droit pécuniaire, le ministre de l'Éducation nationale a l'exercice et la jouissance du droit pécuniaire, à charge d'affecter les sommes perçues à la caisse des lettres et des arts ». Ce

récoltés grâce à l'exploitation des œuvres anciennes. Ces sommes devaient être redistribuées pour soutenir les auteurs contemporains et « soulager un certain nombre de misères<sup>3839</sup> ». Ce système redistributif soulève la colère du député Dommange (avocat, éditeur, et compositeur) qui y voit une « propriété perpétuelle au profit de l'Etat<sup>3840</sup> ».

**Abandon du projet Jean Zay et prémisses de la loi de 1957.** La loi Jean Zay selon Mme Latournerie est « une grande loi politique, une loi partisane et une loi faite à l'ancienne manière, les hommes politiques s'associant avec les auteurs », cette auteur ajoutait même (en 2001) « le débat autour de l'initiative Jean Zay représente la dernière grande bataille politique du droit d'auteur dans laquelle plusieurs figures intellectuelles interviennent<sup>3841</sup> ». Le soutien de la plupart des écrivains au projet<sup>3842</sup>, la mobilisation des intellectuels<sup>3843</sup>, les réactions des exploitants nourrissent un véritable débat de société sur la culture, la place et le rôle de l'auteur.

Alors que certains articles du texte avaient été examinés par les députés, la session parlementaire est interrompue en raison de l'entrée en guerre de la France<sup>3844</sup>. Entre ce moment et la loi de 1957 qualifiée par Mme Latournerie de « loi des éditeurs<sup>3845</sup> », les travaux ne cessent toutefois pas. Le « nouveau droit d'auteur » indique-t-elle « n'est pas préparé par

---

projet reprend les termes d'un projet déposé en 1927 par Edouard Herriot (v. SAPIRO G., GOBILLE B., « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? », art. préc., p. 121).

<sup>3839</sup> Débats parl., n° 45, séance du 1er juin 1939, JO, 2 juin 1939, p. 1434.

<sup>3840</sup> Débats parl., n° 45, séance du 1er juin 1939, JO, 2 juin 1939, p. 1437 ; à propos du domaine public payant, v. CORNU M., op. cit., p. 565 et s.

<sup>3841</sup> LATOURNERIE A., « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », art. préc., p. 28. Elle disait ailleurs : « un débat de société s'est ouvert, débordant largement la sphère du juridique et du droit d'auteur et posant des questions politiques sur la place des auteurs dans la société moderne et le rôle de l'Etat en matière culturelle » (LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., pp. 50-51).

<sup>3842</sup> Notamment la plupart de ceux réunis dans la Société des Gens de Lettres (v. PRASSOLOFF A., « Quels droits pour les auteurs ? La loi Jean Zay de 1936 », Actes, n° 43-44, avril 1984, disponible sur : <http://annieprassoloff.chez.com/articles/loi-jean-zay.htm>). Parmi les écrivains enthousiastes, on trouve Jules Romains lequel écrit que cette loi vaudra à « M. Jean Zay des louanges qui dureront encore longtemps après que les chicanes d'aujourd'hui seront oubliées », (cité par HAYMANN E., Albin Michel, Paris : Albin Michel, 1993, p. 219).

<sup>3843</sup> Qui ne parlent d'ailleurs pas tous d'une même voix (v. RENAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 63).

<sup>3844</sup> Le projet de loi avait été envoyé pour examen à la Commission de l'enseignement et des beaux-arts, laquelle l'amende sur de nombreux points. A la chambre des députés, le 1er juin 1939, la discussion porte sur le texte remanié par la commission. Le lendemain elle se poursuit et se clôt après l'adoption des vingt-deux premiers articles de la loi. L'examen des articles restants fut remis à plus tard, mais ne put jamais se terminer : la session parlementaire se clôture le 27 juin 1939. Le 1<sup>er</sup> septembre la guerre est déclarée.

<sup>3845</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 11.

les auteurs, les éditeurs ou le Parlement, mais par l'organe corporatiste, cellule de base de l'Etat fasciste<sup>3846</sup> ». Ces travaux élaborés grâce à l'étroite collaboration entre François Hepp, René Dommange et Paul Lerebours-Pigeonnières et les organisations corporatives<sup>3847</sup> visent à consacrer la conception personnaliste du droit d'auteur telle qu'elle fût défendue par Escarra, Rault et Hepp et à s'éloigner de l'esprit du projet de loi issu du Front Populaire. A posteriori, la loi de 1957 a pu être caractérisée comme une loi dans laquelle « se mêlent les Lumières héritées des lois révolutionnaires de 1791 et de 1793 avec une certaine forme de réaction et surtout de corporatisme *venant de la période d'occupation*<sup>3848</sup> ».

## 2) La loi du 11 mars 1957

La loi du 11 mars 1957 sur « la propriété littéraire et artistique », publiée au Journal Officiel trois jours après, devenue exécutoire le 11 mars 1958, est considérée comme la loi la plus importante pour la matière depuis les décrets révolutionnaires que, par ailleurs, elle abroge. Support du « *droit d'auteur à la française* », « monument historique » posant les bases du « *droit d'auteur moderne*<sup>3849</sup> », cette loi demeure auréolée de prestige et jouit d'une déférence certaine de la doctrine<sup>3850</sup>.

---

<sup>3846</sup> LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 51.

<sup>3847</sup> Après l'abandon du projet Jean Zay, les travaux se poursuivent au sein d'un groupe de travail présidé par Dommange et constitué en 1942 au sein du Comité d'Organisation des industries et commerces de la musique lequel est chargé de gérer la politique corporatiste de l'Etat. En septembre 1943, est créée la Commission de liaison interprofessionnelle des industries, métiers et commerces d'art et de création au sein de laquelle est formée une sous-commission juridique de la propriété artistique et industrielle, animée par François Hepp lequel coopère avec Dommange. Cette sous-commission s'occupe principalement de l'examen des propositions antérieures et de la rédaction d'un avant-projet. Ce dernier est présenté à la Société d'Etudes Législative ainsi qu'à la commission du droit d'auteur présidée par Paul Lerebours-Pigeonnières, Conseiller à la Cour de cassation. L'avant-projet, quoique validé, parvient au bureau de la commission de la Propriété Intellectuelle créée par décret du 28 août 1944 et rattachée par le Gouvernement provisoire à la Direction générale des Arts et Lettres du ministère de l'Education nationale. Cette commission dite « Escarra » du nom de son président, compte parmi ses membres, des juristes (dont François Hepp et Paul Lerebours-Pigeonnières), des représentants de ministères et encore représentants des sociétés et syndicat d'auteurs. Sur la base de cet avant-projet, est rédigé en 1947 un premier projet de loi abondamment discuté et amendé, duquel émanera la loi du 11 mars 1957.

<sup>3848</sup> ROJINSKY C., « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », art. préc., p. 160.

<sup>3849</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., loc. cit. V. aussi : POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 33.

<sup>3850</sup> Au point que l'on ne parle pas d'« évolution » de la loi, mais de « contamination » de celle-ci : ainsi M. Craipeau se demande si « la loi de 1957, prise comme milieu sain » a été « comtaminée par la prise en compte du développement des techniques » (CRAIPEAU N., « La contamination du droit d'auteur par le développement technique », LPA, 2007, n° 244, p. 41 et s.). Cette loi est souvent qualifiée de « grande » (v. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., loc. cit.; POLLAUD-DULIAN Fr., loc. cit.; MARINO L., *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : PUF, 2013, n° 78 ; CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 277). Pour des analyses contemporaines en forme d'hommage à la loi,

**Une loi « peu politique ».** La loi de 1957 n'est pas une loi de « parlementaires » en ce sens où le cœur du débat n'a pas eu lieu au sein des assemblées démocratiques. De fait, le débat politique n'a pas réellement eu lieu<sup>3851</sup>. Corrélativement un manque d'ambition politique a pu être constaté notamment dans des domaines artistiques en mutation tels que les arts appliqués<sup>3852</sup> et le cinéma lequel se muait en véritable industrie culturelle<sup>3853</sup>. La loi finalement adoptée correspond dans une large mesure au texte présenté au Parlement par la Commission de la propriété intellectuelle présidée par Escarra. C'est principalement au sein de celle-ci que les enjeux auxquels la loi devait répondre ont été décidés. Les objectifs poursuivis par la Commission sont ainsi énoncés par le rapporteur de la loi :

« codifier la jurisprudence qui s'est créée depuis un siècle et demi en matière de droit d'auteur et fixer en un texte définitif le dernier état de la doctrine française en ce domaine ; répondre également au besoin qu'on éprouvé les créateurs intellectuels d'être protégés en tenant compte des conditions techniques et économiques nouvelles et aussi des nouvelles formes d'art surgies depuis la législation révolutionnaire<sup>3854</sup> ».

**Une loi de « spécialistes ».** Si elle n'est pas l'œuvre des parlementaires, la loi de 1957 est le « fruit d'un travail de spécialistes du droit d'auteur<sup>3855</sup> ». Dans la commission ad hoc, on

---

v. POLLAUD-DULIAN Fr., « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans – Bilan et perspectives », RIDA, 2007, n° 213 p. 3 et s. ; GAUDRAT Ph., « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », RIDA, janvier 2009, n° 221, pp. 3-63 ; pour une approche nettement critique de cette loi, v. BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 101.34 ; DREYER E., « La liberté d'expression comme 'droit' concurrent, in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, p. 31 ; BUEB R., « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », LPA, 6 décembre 2007, n° 244, p. 10.

<sup>3851</sup> Initialement, la Commission présidée par Escarra ne souhaitait pas déposer un projet de loi mais simplement rédiger une série d'ordonnances sur le droit d'auteur. Le véritable débat eu lieu au sein de la Commission, pendant les onze années qui séparent la formation de celle-ci et le dépôt du projet en juin 1954, v. LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 53.

<sup>3852</sup> V. BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 101, p.34.

<sup>3853</sup> Ibid : « *Manichéenne par sa volonté de favoriser les 'auteurs' au détriment des 'producteurs', au sens large du terme, - c'est-à-dire les véritables moteurs des créations modernes qui nécessitent avant tout des 'initiateurs', des 'investisseurs' et des 'chefs de projets' -, la loi du 11 mars 1957 a handicapé l'ensemble des industries culturelles françaises et coûté à la nation des dizaines, pour ne pas dire des centaines de milliers d'emplois* ».

<sup>3854</sup> « Projet de loi sur la propriété littéraire et artistique », Assemblée Nationale n° 8612, session de 1954, p. 2.

<sup>3855</sup> BENSAMOUN A., *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, préf. SIRINELLI P., Aix-en-Provence : PUAM, 2008, n° 210. Pour Mme Latournerie, la loi de 1957 est « un véritable monument législatif », « une loi de légiste, dont le principal auteur est un juriste » (LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 55. ; v. égal. DESBOIS H., « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », D., 1957, chron., p. 165 et s.

compte des représentants de divers ministères, des représentants de sociétés et de syndicats d'auteur et surtout d'éminents juristes dont Escarra, Rohmer – chef du Bureau du Droit d'auteur à la Direction Générale des Arts et des Lettres –, Boutet, président de l'Association Littéraire et Artistique Internationale ainsi que rapporteur de la Commission. Ces spécialistes ont élaboré une loi contenant des « *trésors de connaissances techniques, d'expérience et d'intelligence juridique*<sup>3856</sup> ». Au même titre que le projet de loi Jean Zay, la loi de 1957 qui restaure le langage de la propriété est présentée comme une loi attachée aux principes originels du droit d'auteur : elle « respecte » écrit Desbois « et développe les principes *traditionnels de la conception française du droit d'auteur*<sup>3857</sup> ».

**Une loi centrée sur l'auteur.** La loi du 11 mars 1957 place au centre du dispositif l'auteur. Selon le premier article, l'auteur acquiert les droits sur son œuvre « du seul fait de sa création<sup>3858</sup> », autrement dit, sans formalité. Ces droits comportent « *des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial*<sup>3859</sup> ». La loi consacre ainsi la jurisprudence en matière de droit moral<sup>3860</sup> et fait prévaloir celui-ci sur les droits patrimoniaux. En outre, la loi adopte une compréhension large de l'œuvre puisqu'elle récite pour sa qualification l'emploi de certains critères limitatifs (genre, forme d'expression, mérite ou destination<sup>3861</sup>) et assure la protection de l'œuvre même inachevée, indépendamment de sa divulgation publique<sup>3862</sup>. Si la loi ne consacre pas expressément le critère de l'originalité en tant que condition sine qua none de la protection par le droit d'auteur, elle protège le titre de l'œuvre à condition qu'il soit original<sup>3863</sup>, ce qui permet de présumer, selon la doctrine<sup>3864</sup>, la volonté du législateur de ne protéger que les œuvres de l'esprit originales.

---

<sup>3856</sup> ESCARRA J., « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », RIDA, octobre 1954, n° 5, p. 33.

<sup>3857</sup> DESBOIS H., « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », D. 1957, chron., p. 165 et s.

<sup>3858</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-298 du 11 mars 1957 (art. L. 111-1 du CPI).

<sup>3859</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 55-298 du 11 mars 1957 (art. L. 111-1 du CPI).

<sup>3860</sup> Les droits moraux sont consacrés à l'article 6 de la loi (art. L. 121-1 du CPI)

<sup>3861</sup> Art. 2 de la loi n° 55-298 du 11 mars 1957 (art. L. 112-1 du CPI).

<sup>3862</sup> Art. 7 de la loi n° 55-298 du 11 mars 1957 (art. L. 112-2 du CPI).

<sup>3863</sup> Art. 5 de la loi n° 55-298 du 11 mars 1957 (art. L. 112-4 du CPI).

<sup>3864</sup> V. par ex. POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 33 ; contra : LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 104 : « A prendre ces dispositions au pied de la lettre [art. L. 112-1 et l'art. L. 112-3], on serait donc conduit à considérer que seul le concept d'œuvre de l'esprit sert de critère pour délimiter le champ d'application du droit d'auteur » ; v. égal. MARINO L., op. cit., n° 83.

**Quid des intérêts du public ?** Selon Mme Latournerie, « la loi de 1957 est une loi d'organisation économique centrée sur le problème de la propriété et de sa gestion, et qui ignore totalement les droits du public<sup>3865</sup> ». Cette affirmation mérite d'être tempérée<sup>3866</sup> dans la mesure où la loi consacre, dans l'intérêt du public<sup>3867</sup>, la plupart des exceptions aux droits que la jurisprudence avait dégagée<sup>3868</sup>. Toutefois, comme l'ont noté certains auteurs, lors de la discussion de la loi de 1957, l'intérêt du public ne faisait pas l'objet de préoccupations particulières<sup>3869</sup>. Occasionnellement, lors des débats, un parlementaire évoquait la question<sup>3870</sup> mais, de manière générale, l'intérêt du public servait principalement à justifier les limitations apportées aux droits de l'auteur, lesquelles ne font d'ailleurs pas plus l'objet de débats<sup>3871</sup>.

Dans les commentaires, la faible place accordée aux intérêts du public dans la loi est expliquée logiquement par la place décernée à la sauvegarde des intérêts de l'auteur. Boutet avait ainsi constaté que la « doctrine française avait dès l'origine à choisir entre deux tendances intellectuelles : l'une qui attribuait la prééminence à la personne de l'auteur et l'autre qui envisageait avant tout la destination de l'œuvre, c'est-à-dire sa communication au public<sup>3872</sup> » pour finalement admettre que la « législation de 1957 réalise la synthèse des

---

<sup>3865</sup> LATOURNERIE A., « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », art. préc., p. 27.

<sup>3866</sup> Quelques années auparavant, dans un autre article, Mme Latournerie d'ailleurs admettait que la loi de 1957 avait été formée dans le but de trouver « l'équilibre » entre « les conflits d'intérêts opposant l'ensemble des acteurs du marché : les auteurs, les intermédiaires économiques qui produisent et diffusent les œuvres, le public » (LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », art. préc., p. 55).

<sup>3867</sup> V. CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse dactyl., Montpellier I, 2004, n° 936.

<sup>3868</sup> Art. 41 de la loi n° 55-298 du 11 mars 1957 (art. L. 122-5 du CPI). A propos de la création prétorienne des exceptions, v. WISTRAND H., *Les exceptions apportées au droit de l'auteur sur ses œuvres*, Paris : Montchrestien, 1968 ; BUTEAU M., *Le droit de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*, Paris : Larose et Tenin, 1909.

<sup>3869</sup> V. GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, n° 70 ; CARON Ch., th. préc., n° 279 ; CARRE St., th. préc., n° 17 note 3.

<sup>3870</sup> Par exemple, le député communiste Perche. Cependant, celui-ci mentionne l'intérêt social en vue de critiquer les faveurs accordées aux éditeurs : « A notre avis, le but essentiel de cette loi, son esprit, doivent être de protéger l'auteur, le créateur, leurs droits légitimes face aux intérêts commerciaux. La loi doit protéger le créateur et l'œuvre qui servent l'intérêt collectif de la société, face aux intérêts particuliers. Or, il nous semble que le texte qui nous est présenté aujourd'hui n'assure pas d'une manière précise cette protection de l'auteur, du créateur. Bien au contraire, sur de nombreux points, elle aggrave, au désavantage de l'auteur et au profit des intérêts privés, les dispositions actuellement établies par la coutume ou les usages » (Assemblée nationale, Séance du 20 avril 1955, JO du 21 avril 1956, p. 1426). Au sénat, l'intervention de Debu-Bridel fut remarquée : « un des aspects essentiels de l'évolution de la propriété littéraire et artistique, c'est le développement du public, l'accroissement du nombre de lecteurs et la transformation en véritables industries des entreprises qui vivent de la production intellectuelle », il ajoute, « dans une loi comme celle-ci, quels que soient les intérêts des auteurs, que nous devons défendre, quels que soient les intérêts fort légitimes des producteurs que nous devons respecter, le véritable intéressé, pour ne pas dire le seul intéressé, c'est la collectivité nationale, c'est le grand public auquel s'adresse cette industrie » (Conseil de la République, séance du 30 octobre 1956, JO du 31 octobre 1956).

<sup>3871</sup> Pour M. Geiger, cela signifierait in fine que les intérêts du public demeurent au premier plan du dispositif de la loi (GEIGER Ch., th. préc., n° 70). Néanmoins, cette interprétation favorable aux intérêts du public a moins pour objet le contenu de la loi que son silence.

<sup>3872</sup> BOUTET M., « Considérations générales », RIDA, avril 1958, n° 19, p. 13.

*droits de l'auteur et des intérêts du public, dans la prééminence du créateur*<sup>3873</sup> ». A cet égard, une auteure dans les années 60 affirmait que « *le législateur français s'est en principe gardé de mettre en balance les intérêts de l'auteur et ceux de la collectivité, et il a délibérément préféré les premiers aux seconds, qu'il estime suffisamment protégés par l'institution du domaine public*<sup>3874</sup> ». Cette absence de « mise en balance des intérêts » est confirmée par Desbois lorsqu'il dit que « *le Parlement a répudié la conception, dans laquelle les œuvres de l'esprit sont protégées, en vertu de considérations d'opportunité, afin de stimuler l'activité littéraire et artistique*<sup>3875</sup> ».

**Le discours de l'équilibre (absence).** La doctrine contemporaine décrit parfois la loi de 1957 comme une « *loi d'équilibre*<sup>3876</sup> » ou comme une loi recherchant la « balance des intérêts<sup>3877</sup> ». Ce langage « moderne » destiné à embellir l'histoire du droit d'auteur et à rendre celui-ci plus « séduisant » témoigne du récent changement d'appréhension des termes d'« équilibre » et de « balance » que nous examinerons plus loin. Si l'on se replace dans le contexte de l'époque, l'on constate que le discours de l'équilibre et celui de l'intérêt public ont disparu. L'absence de mention de l'intérêt du public dans la loi ou dans ses motifs, la quasi-absence de la problématique des rapports entre l'auteur et le public au sein des débats politiques, le recours au vocable de la « propriété », le retour de la conception jusnaturaliste du droit d'auteur et la consécration des droits moraux qui sublime le caractère personnaliste du droit sont autant de raisons qui permettent d'expliquer le faible usage du terme d'« équilibre » et la disparition corrélative de son acception sociale.

Outre la loi, le discours de l'équilibre va sévèrement être bloqué par une doctrine favorisant la promotion de la tradition du droit d'auteur.

---

<sup>3873</sup> BOUTET M., id., p. 17.

<sup>3874</sup> WEILLER D., *Abus du droit et propriété littéraire et artistique*, th. dactyl., Strasbourg, 1962, pp. 109-110.

<sup>3875</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, n° 449.

<sup>3876</sup> CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, n° 31.

<sup>3877</sup> FOREST D., *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Gualino, 2010, p. 20.

## B) Le fait de la doctrine

Nous étudierons la doctrine d'Escarra, Rault et Hepp (1), puis celle de Desbois (2) afin de montrer comment leurs réflexions parviennent à paralyser le discours de l'équilibre.

### 1) La doctrine traditionaliste d'Escarra, Rault et Hepp

**Réaction des éditeurs.** Se sentant directement visés et attaqués par le projet de loi de Jean Zay, les éditeurs ne tardent pas à réagir. Gustave Payot, Fernand Nathan, Albin Michel et surtout Bernard Grasset (qui réédite pour l'occasion la Lettre sur le commerce de la librairie de Diderot) multiplient les attaques contre le projet<sup>3878</sup>. On crie à la « socialisation » et à « soviétisation de la pensée<sup>3879</sup> ». L'assimilation de l'auteur au travailleur est rejeté en bloc, notamment par Max Fischer de Flammarion qui déclare : « le talent et le génie artistique ne sont pas, ne peuvent pas être (et ne nous en plaignons pas !) de dociles ressortissants du *taylorisme, de la production standardisée et du 'tarif syndical'*<sup>3880</sup> ». Les éditeurs, se revendiquant « découvreurs » de talents, menacent de ne pas publier les jeunes auteurs ou les ouvrages à risque<sup>3881</sup>. Les réactions de ces professionnels défendant leurs intérêts personnels contribuent à nourrir le débat et à le placer au-delà du « *champ juridique pour s'inscrire pleinement dans l'espace politique et social*<sup>3882</sup> ». Toutefois les éditeurs et en l'occurrence Grasset ciblent précisément le terrain juridique. A cette fin, Grasset commande et finance l'édition de l'ouvrage *La doctrine française du droit d'auteur* des professeurs Jean Escarra, Jean Rault et François Hepp, lesquels étaient connus à l'époque pour être à l'origine d'un

---

<sup>3878</sup> Seul l'éditeur Denoël est favorable au projet de loi.

<sup>3879</sup> Selon Louis Salleron, cité par SAPIRO G., GOBILLE B., « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? », art. préc., p. 119.

<sup>3880</sup> Cité par SAPIRO G., GOBILLE B., id., p. 119.

<sup>3881</sup> SAPIRO G., GOBILLE B., id., n° 214, p. 119 : « au cours de la consultation qui s'ouvrit les éditeurs, relayés par la droite, menèrent le combat au nom de leur investissement, de leur rôle de 'découvreurs', de leur contribution au succès des œuvres et du rayonnement de la pensée française. Ils tenaient l'assimilation des écrivains à des salariés comme une erreur qui faisait du droit d'auteur un droit viager concédé par la collectivité (sur le modèle soviétique) plutôt qu'une propriété et qui conduisait à opposer leurs intérêts, alors qu'ils se considéraient comme leurs collaborateurs et associés, comparant le contrat qui les lie à un mariage. Ils menaçaient, si la loi était adoptée, de ne plus publier les jeunes auteurs ou les livres difficiles, à écoulement lent »,

<sup>3882</sup> MULLER M., *Les droits d'auteur*, Rapport du Conseil Economique et Social présenté au nom de la section du cadre de vie, Paris : 2004, p. 16.

projet de loi sur le contrat d'édition commandé par la Société d'Etudes législative<sup>3883</sup>. Dans leur ouvrage, ils se proposent de montrer comment le projet de loi s'écarte des bases de « la *doctrine française du droit d'auteur*<sup>3884</sup> ». Cet ouvrage ne se présente toutefois pas seulement comme une critique, mais correspond également, note M. Stromholm, à « une nouvelle prise de conscience des traits fondamentaux et caractéristiques du droit d'auteur français tel qu'il avait été développé par les tribunaux<sup>3885</sup> ».

a) La tradition élevée au rang de méta-norme

**La « doctrine » ou la « tradition » du droit d'auteur.** Le contenu de l'ouvrage repose sur l'idée qu'il existe une *doctrine française du droit d'auteur* grâce à la connaissance de laquelle il est possible de porter un discours évaluatif sur les énoncés prétendant à la juridicité comme ceux contenus dans le projet de loi. Derrière l'expression de « doctrine française du droit d'auteur » à l'aune de laquelle est étudié le projet Jean Zay, il faut comprendre la tradition du droit d'auteur français. En effet, dans leur ouvrage, la notion de « doctrine » correspond davantage aux notions d'« idée générale », de « théorie » ou encore de « philosophie du droit d'auteur », qu'elle ne désigne, selon l'usage ordinaire, les travaux produits par les juristes<sup>3886</sup>.

**L'érection de la tradition en « méta-norme ».** Ces auteurs se proposent de formaliser la tradition juridique de cette branche du droit, à partir des lois, de la jurisprudence et des travaux de la doctrine afin de l'élever au rang de modèle, c'est-à-dire de norme à l'instar de celle de nature logique qui commande la détermination du régime du droit à partir de sa

---

<sup>3883</sup> Fondée en 1902, la Société d'études législatives est une société savante composée de juristes et d'économistes souhaitant faire reconnaître leur expertise auprès de l'Assemblée nationale. Elle mêle des professionnels du droit conservateurs, républicains ou catholiques sociaux, et des économistes libéraux, qui partagent leur désapprobation des courants révolutionnaires. « *Sa tendance conservatrice s'est probablement accentuée dans l'entre-deux guerres* » (SAPIRO G., GOBILLE B., « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? », art. préc., p. 118, note 20).

<sup>3884</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937, p. 10.

<sup>3885</sup> STROMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, 3 t., Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967, t.1, p. 443. Cet auteur précise par ailleurs que l'intérêt du « projet socialiste de 1936 » est la « réaction énergique » qu'il a provoqué et dont l'ouvrage d'Escarra, Rault et Hepp constitue la forme la plus achevée.

<sup>3886</sup> Ainsi, ils leur arrivent d'évoquer la « doctrine » d'une décision de justice (v. ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 12).

nature. En ce sens, la tradition pourrait même être qualifiée de « méta-norme<sup>3887</sup> ». En effet, au-delà de la question de la nature juridique du droit d’auteur et de celle de l’interprétation de la signification de la « propriété » dans les propos de Le Chevalier et de Lakanal (propriété du Code civil, propriété spéciale ou simple abus de langage) est posée une norme dont le contenu correspond à la tradition. Cette norme peut être regardée comme au-dessus des normes que les juristes font dériver de la nature juridique du droit (par exemple les règles relatives à la durée) car elle repose sur la connaissance de la tradition juridique du droit d’auteur, et non sur la connaissance – toujours sujette à controverse – de la nature juridique du droit. Si la connaissance de la nature juridique du droit varie – selon les auteurs et selon les arrêts de la Cour de cassation –, la tradition du droit, dégagée selon un raisonnement inductif et non plus analytique, est réputée présenter une certaine unité. En conséquence, le statut épistémologique, et partant la portée normative, de la tradition apparaissent plus décisifs que ceux de la nature juridique du droit. Autrement dit, l’argument de la tradition afin de déterminer ce que le législateur peut ou ne peut pas faire, se voit pourvu d’un poids équivalent voire supérieur à celui de l’argument tiré de la nature juridique du droit.

**La tradition du droit d’auteur comme borne à l’action du législateur.** L’ouvrage des professeurs marque une étape importante dans la doctrine du droit d’auteur puisqu’il se propose de fixer les principaux caractères de cette branche du droit afin d’en figer les propriétés. Le but de cette démarche ne fait pas l’ombre d’un doute : il s’agit de limiter le champ d’action du législateur, et en cela, elle n’est pas sans rappeler celle de Ripert lorsque celui-ci assigne aux « principes juridiques » la fonction d’encadrement de l’action législative. A l’instar d’un Ripert redoutant les dérives socialistes du législateur<sup>3888</sup>, Escarra, Rault et Hepp semblent également suggérer que le législateur ne peut pas tout faire au nom de la tradition du droit d’auteur. Par exemple, ils n’hésitent pas à dire que la durée des droits exclusifs (10 ans post mortem auctoris) prévue par le projet Jean Zay est d’une « brièveté (...) inadmissible<sup>3889</sup> » et estiment, à propos du principe de la licence légale, en dépit de quelques utilités, qu’« il est hors de doute que la France assumerait une lourde responsabilité (...) en

---

<sup>3887</sup> V. GELLER P. E., « Vers une métanorme directrice pour le droit d’auteur : la richesse sémiotique », RIDA, janvier 1994, n° 159, pp. 2-108.

<sup>3888</sup> RIPERT G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1940.

<sup>3889</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *op. cit.*, p. 58.

abandonnant sa position traditionnelle depuis 1793<sup>3890</sup> ». Autrement dit, l'une des principales critiques adressées au projet Jean Zay, pour ne pas dire la principale, est son absence de conformité à la tradition.

b) Formalisation des caractères dits traditionnels du droit d'auteur

Escarra, Rault et Hepp synthétisent à partir de quelques lois, décisions de jurisprudence significatives et de la doctrine, la tradition française du droit d'auteur en mettant l'accent sur trois aspects : le droit d'auteur est fondamentalement un droit individualiste ; il a une finalité collective ; il doit enfin concilier les intérêts en préférant toutefois ceux de l'auteur en raison du caractère personnel de la création artistique. L'ensemble de ces trois caractères dépasse les conflits des théories inconciliables du XIXe siècle et forme une sorte de synthèse des apports de chacune d'entre elles axée cependant sur la personne de l'auteur.

i) *Un droit individualiste*

Pour ces auteurs, en premier lieu, le droit d'auteur est essentiellement individualiste<sup>3891</sup>, c'est-à-dire, qu'il est attaché à la personne de l'auteur et vise à protéger sa personnalité. Dans cette conception, le lien entre l'auteur et son droit ne résulte plus simplement du travail. Le travail qui constituait, d'un point de vue métaphysique, la cause de la propriété chez Locke et la cause de la propriété littéraire pour certains juristes, avait été détourné par les théoriciens de la doctrine sociale : d'un point de vue économique, le travail correspond au processus de production, il s'agit de l'action de l'agent sur la matière destinée à la confection d'un produit. Le travail, en ce sens, ne justifie pas la propriété du produit, mais le versement d'un salaire par le propriétaire du produit au profit de l'agent. Appliquée à la production littéraire, cette compréhension du travail ne justifie pas la propriété de l'œuvre mais simplement une récompense sous la forme d'un monopole d'exploitation accordé par le législateur.

---

<sup>3890</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 49 ; contre la licence légale, ils font valoir un autre argument selon lequel les œuvres nationales ne seraient plus protégées dans les Etats qui ne reconnaissent pas le régime de la licence légale.

<sup>3891</sup> En ce sens, V. STROMHOLM St., op. cit., p. 443.

Pour Esacarra, Rault et Hepp, ce qui attache l'auteur à son droit résulte de ce qui l'attache à son œuvre : la personnalité. Ils récusent la thèse propriétaire<sup>3892</sup> et abondent ainsi dans le sens du jugement du tribunal civil de la Seine du 1<sup>er</sup> avril 1936<sup>3893</sup>, lequel selon leur analyse, affirme que le droit d'auteur, n'est ni une propriété, ni un monopole exclusif d'exploitation, mais « *une faculté inhérente à la personne de l'auteur, faculté qui, si elle est créatrice de biens lorsqu'elle est exercée, ne constitue pas en elle-même un bien au sens de l'art. 516 C. civ.* »<sup>3894</sup>. Les auteurs mettant alors l'accent sur le rapport entre la personnalité de l'auteur et les droits dont il est titulaire, médiatisé par le critère de l'originalité : « la base juridique de la protection est avant tout la personnalité même de l'auteur, extériorisée par l'originalité de sa création »<sup>3895</sup>. Dans cette perspective personnaliste, le droit moral est au cœur de la protection juridique de l'auteur puisqu'il porte sur l'œuvre en tant que telle, les droits pécuniaires, quant à eux, n'intéressent que la protection juridique des produits dérivant de l'œuvre. Sur ce point, les auteurs et le projet de loi Jean Zay convergent<sup>3896</sup>.

A rebours du projet qui embrasse la théorie unitaire du droit d'auteur, les auteurs adoptent la théorie dualiste du droit d'auteur. Le droit d'auteur se compose de deux séries de prérogatives distinctes, les unes morales, les autres pécuniaires, conformément aux fins de l'activité créatrice<sup>3897</sup> : à la fois gracieuse<sup>3898</sup> et onéreuse<sup>3899</sup>.

---

<sup>3892</sup> Laquelle a « faussé, les idées en matière de droit d'auteur » (ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 27).

<sup>3893</sup> Trib. Civ. 1 avril 1936 : D. P., 1936.2.65, note Nast. V. ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 15.

<sup>3894</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 58.

<sup>3895</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 31.

<sup>3896</sup> Motifs du projet de loi, Doc. parl., Chambre des députés, annexe n° 1164, JO, p. 1707.

<sup>3897</sup> Les auteurs entrevoient « *une théorie des 'fins' de l'activité artistique et littéraire et des droits respectifs de ceux qui l'exercent* ». On a tendance à admettre, estiment-ils, « trop exclusivement chez certains que cette activité étant, de sa nature même, gratuite, le public doit prendre le plus rapidement possible possession des œuvres gratuitement. Mais d'autres ont par trop tendance à ne considérer l'artiste ou l'écrivain que comme un producteur d'œuvres « commerciales », n'ayant en vue que le gain que les œuvres sont susceptibles de lui procurer. La vérité semble se tenir à égale distance de ces deux conceptions, - non par suite d'une sorte de compromis, de cote mal taillé, à établir entre elles, mais en raison de considérations positives et réalistes qui résultent d'une analyse rigoureuse de l'activité psychologique et pratique de l'auteur » (ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 20).

<sup>3898</sup> L'auteur « *produit d'abord ses œuvres par besoin d'extérioriser sa pensée et de la communiquer aux autres, animé qu'il est par un double sentiment dont le caractère est tout à la fois 'apostolique' et 'égoïste'. 'Apostolique', en ce sens qu'il veut faire part des vérités et des beautés qu'il croit avoir découvertes, ou du moins exprimées d'une manière nouvelle et plus profondément intelligible. Egoïste en ce sens qu'il entend se réserver la gloire de cette découverte ou de ce mode d'expression* », ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 20.

<sup>3899</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 21 : « *consacrant tout son temps et toutes ses facultés à ce travail d'invention idéale et de réalisation d'une expression parfaite de son invention, l'auteur souhaite de pouvoir vivre de ce travail – qu'il reçoive d'un mécène un salaire ou un soutien pécuniaire quelconque, ou qu'il exploite directement ou indirectement les droits exclusifs et privilèges que le « droit naturel » lui donne sur son œuvre et que la loi positive lui reconnaît et sanctionne en sa faveur. Il désire surtout, et très légitimement, qu'un tiers ne l'exploite pas à ses dépens.*

*ii) Un droit finalisé par la satisfaction de l'intérêt collectif*

Le projet Jean Zay, a-t-on dit, s'inscrit dans la lignée des thèses de Renouard et Proudhon contre la théorie de la propriété littéraire. Tout opposé qu'il soit au projet de loi, le propos d'Escarra, Rault et Hepp n'abonde pas, sauf avec de sérieuses réserves, dans le sens de la théorie de la propriété littéraire<sup>3900</sup> et adopte à certains égards le point de vue finaliste des tenants de la doctrine sociale que ce soit à propos de l'origine ou de la finalité de la créativité. En premier lieu, ils reconnaissent à l'activité artistique une finalité collective : « la communication au public de vérités ou de beautés nouvelles ou nouvellement exprimées<sup>3901</sup> ». En second lieu, cette finalité se répercute sur la finalité et la portée du droit d'auteur :

« Ce n'est pas, à notre sens, soutenir une doctrine révolutionnaire que de proclamer que l'évolution finale des droits portant sur des biens immatériels créés par un individu doit aboutir à une intégration de plus en plus forte de ces droits dans le patrimoine collectif. Il faut avoir le courage de reconnaître que si tout créateur, auteur, artiste ou inventeur a le droit absolu de retirer de sa création un bénéfice matériel, il est douteux que l'on puisse augmenter indéfiniment les attributs des droits intellectuels dans le sens d'un renforcement de l'appropriation individuelle. L'esprit souffle où il veut. L'homme qu'il visite n'est peut-être qu'un élu au milieu d'une collectivité immense destinée à demeurer, en fin de compte, la principale bénéficiaire de cette élection<sup>3902</sup> ».

Le contenu du droit d'auteur et ses limites doivent donc s'apprécier à la lumière de la finalité collective des créations de l'esprit. Dès lors, une tension apparaît entre un droit par nature individualiste car attaché à la protection de la personnalité de l'auteur et la vocation des œuvres à la diffusion.

---

<sup>3900</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., pp. 31-32 : « *A la vérité, s'il y a un droit de propriété artistique et littéraire, il présente des caractères tout à fait particuliers. Ce droit, qui consacre au profit de l'auteur d'une œuvre le droit exclusif de jouir des fruits de son génie personnel, porte sur un objet éminemment immatériel* ».

<sup>3901</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 21.

<sup>3902</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 39.

iii) *Un droit conciliant des intérêts opposés en faveur de l'auteur*

**Un droit d'auteur devant concilier tous les intérêts.** S'attacher à la notion *d'intérêt* et présenter le droit d'auteur comme devant concilier l'ensemble des intérêts en présence, constituaient l'un des tropes des tenants de la théorie de la doctrine sociale. Ce discours était destiné à faire passer les exigences des défenseurs de la propriété littéraire pour déraisonnables et inappropriées. Escarra, Rault et Hepp utilisent la même arme et retournent le *discours de l'intérêt* contre le projet de loi assimilé à une déclaration de guerre contre les éditeurs : « toute législation de cette nature doit être essentiellement *une œuvre de conciliation d'intérêts également respectables et non pas une œuvre de combat*, ce que le projet de loi de 1936 est par trop manifestement<sup>3903</sup> ».

**La trilogie des intérêts en conflit.** Escarra, Rault et Hepp rappellent qu'une législation sur le droit d'auteur doit prendre en compte l'ensemble des intérêts en jeu, à savoir ceux de l'auteur, de l'éditeur et du public.

L'auteur, conformément à la diversité des motifs qui l'animent, présente un double statut. Il est à la fois « *maître spirituel de l'œuvre* » et « *titulaire exclusif du droit d'exploitation à travers le privilège exclusif de matérialisation de sa pensée que la loi lui reconnaît*<sup>3904</sup> ». Les deux séries de prérogatives de l'auteur, morale et pécuniaire, dérivent d'une part de son intérêt à « *profiter seul et perpétuellement de la renommée ou de la gloire que peuvent procurer à son nom l'invention des ses œuvres et la sauvegarde de leur intégrité* » et d'autre part, de l'intérêt « *d'exploiter son œuvre à son profit et au profit de ses héritiers*<sup>3905</sup> ».

L'éditeur, qualifié également de concessionnaire, est « *celui que l'auteur se substitue pour exercer son privilège d'exploitation qu'il est la plupart du temps, incapable de "faire valoir" lui-même* »<sup>3906</sup>. Il est comparé à un « "substitut" industriel et commercial<sup>3907</sup> » dont la satisfaction des intérêts dépend d'une part de l'étendue des droits de l'auteur dont il peut jouir

---

<sup>3903</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 19.

<sup>3904</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 21.

<sup>3905</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 22.

<sup>3906</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., pp. 21-22 ; l'auteur ne dispose, contrairement au professionnel de l'édition, ni les capacités industrielles, ni les relation commerciales régulières, ni des capitaux, ni du temps nécessaires à cette activité.

<sup>3907</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 23.

et d'autre part de l'étendue de sa liberté. Autrement dit, il faut qu'il ait « un intérêt réel à employer ainsi son activité. Il ne faut donc limiter ni sa liberté, ni ses légitimes profits<sup>3908</sup> ».

Enfin, l'activité intellectuelle intéresse le public, « en tant que bénéficiaire intellectuel de l'œuvre et qui a vocation éventuelle à jouir gratuitement de ce bénéfice lorsque l'auteur et ses descendants directs n'ont plus à en attendre leurs moyens d'existence<sup>3909</sup> ». Durant la durée des droits, ces auteurs estiment que « c'est une vérité première que d'affirmer que la collectivité doit être mise en mesure de jouir, dans les conditions les moins onéreuses possibles, des fruits de la création littéraire et artistique<sup>3910</sup> ».

Ces intérêts propices à entrer en conflit doivent être conciliés. Ainsi, entre l'auteur et l'éditeur par exemple, la liberté de l'éditeur doit être restreinte pour préserver l'auteur dont la faiblesse psychologique pourrait le conduire à sacrifier ses intérêts pécuniaires pour obtenir la divulgation de la pensée<sup>3911</sup>. Entre l'auteur et le public, Escarra, Rault et Hepp évacuent la question stricto sensu du conflit d'intérêts en changeant les termes de celle-ci : le public n'est pas perçu comme possédant des intérêts à accéder aux œuvres mais comme titulaire de « droits éventuels ». Ce qui pourrait apparaître comme une reconnaissance de la valeur des intérêts du public n'est en réalité qu'un moyen pour subordonner les droits du public à la volonté de l'auteur de donner l'œuvre au public. Ce don justifie que les intérêts de l'auteur prévalent sur ceux du public.

**Une conciliation d'intérêts devant profiter davantage à l'auteur qu'au public.** Le droit d'auteur se distingue ainsi de la propriété industrielle qui protège l'inventeur et dont l'objet, l'invention, « appartient avant tout au public », sa « virtualité » étant disent-ils « en quelque sorte latente au sein de la collectivité<sup>3912</sup> ». En conséquence, le droit de la propriété industrielle peut se traduire en « une sorte de restitution à la collectivité de ce qu'elle a contribué à faire naître<sup>3913</sup> ». Le droit d'auteur au contraire, en raison de l'importance de la personnalité de l'auteur dans le processus créatif, ne saurait s'appréhender comme le moyen de restituer à la collectivité une œuvre qu'elle aurait couvée en son sein (thèse défendue par Proudhon). Certes, la collectivité demeure le principal bénéficiaire des biens intellectuels,

---

<sup>3908</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 22.

<sup>3909</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 23.

<sup>3910</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., pp. 19-20.

<sup>3911</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 22.

<sup>3912</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 30.

<sup>3913</sup> Ibid.

reconnaissent Escarra, Rault et Hepp, mais cela demeure « moins frappant et moins absolue, dans le domaine de la création littéraire et artistique<sup>3914</sup> » que dans le domaine des inventions techniques où la personnalité du créateur n'est pas ou peu impliquée dans la réalisation du bien.

La différence d'objet des droits de propriété intellectuelle emporte une différence fondamentale quant à leur nature et à la nature des rapports entre le créateur et le public. Si l'inventeur restitue à la société l'invention qu'il a découverte, l'auteur, ne restitue rien, il donne à la société, son œuvre par le truchement de sa publication. En conséquence, dans le cas d'une invention, la société a, pour ainsi dire, des droits sur l'invention ab initio, alors qu'au contraire la société ne peut prétendre à aucune restitution d'une création éminemment attachée à la personne de l'auteur ; elle n'a aucun droit sur l'œuvre tant que l'auteur n'a pas voulu lui offrir. Le droit d'auteur ne repose donc pas sur un échange mais sur le don de l'auteur à la société :

« Ces droits éventuels du public sont ceux qui résultent du "don" qu'à entendu lui faire l'auteur. Et notons ici une nuance capitale. Ce sont des droits qui résultent d'un don de l'auteur. Ce ne sont pas des droits qui naissent, à titre indépendant, au sein de la collectivité<sup>3915</sup> ».

Cela veut dire que la mesure des droits « éventuels » du public se fixe en considération de la libéralité de l'auteur à destination de la société. Selon cette approche, il s'avère difficile (mais pas impossible) de penser le droit d'auteur en termes de balance des intérêts puisque ces auteurs admettent eux-mêmes que le droit d'auteur nécessite de concilier les intérêts. La doctrine personnaliste de Rault, Escarra et Hepp est prolongée par Desbois, lequel parvient cependant à expulser toute idée de conciliation des intérêts en fondant le droit d'auteur sur le seul concept d'originalité.

---

<sup>3914</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., pp. 39-40.

<sup>3915</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., op. cit., p. 23.

## 2) La doctrine personaliste et anti-conséquentialiste de Desbois

Desbois va durablement paralyser le discours de l'équilibre. La représentation du droit d'auteur qu'il propose est entièrement centrée sur la personne de l'auteur. Pour justifier cette représentation, Desbois estime que le droit d'auteur protège l'originalité et place celle-ci en fondement du droit d'auteur.

**Premières vues sur l'originalité selon Desbois.** Lorsque certains membres de la doctrine contemporaine mettent en cause le critère subjectif de l'originalité ce sont, remarque M. Pollaud-Dulian, les idées professées par Desbois qui se trouvent in fine dans leur collimateur<sup>3916</sup>. Cela n'étonne guère compte tenu de l'influence décisive de Desbois sur la matière en général et sur le thème de l'originalité en particulier<sup>3917</sup>.

L'étude par Desbois de la condition d'originalité ouvrant la dernière édition du *droit d'auteur* en France, commence par une (re)lecture du passé et une prédiction qui vont participer conjointement à figer « le débat pendant des décennies<sup>3918</sup> ». Solennellement, affirme-t-il « un critère est appelé *dans l'avenir comme dans le passé, à jouer un rôle primordial : l'originalité de la forme*<sup>3919</sup> ». L'apport de Desbois quant à la notion d'originalité est célèbre : il la sacre « pierre de touche », lui attribue un contenu définitif « *l'empreinte de la personnalité* » et l'oppose à la nouveauté ce qui cause l'opposition absolue entre ces branches voisines du droit de la propriété intellectuelle que sont le droit d'auteur et la propriété industrielle.

Convenons que *l'originalité* est la pierre de touche du *droit d'auteur...selon Desbois*. En d'autres termes, le système du droit d'auteur que tente de construire Desbois dans son traité repose fondamentalement sur l'originalité. Au détour d'une analyse, Desbois reconnaît même

---

<sup>3916</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., « Compte rendu - O. Lalignant, La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? », RIDC, vol. 52, n° 1, Janvier-mars 2000, p. 272.

<sup>3917</sup> V. DE BELLEFONDS X.-L., *Droits d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, n° 109 et note infrapaginale n° 21 ; LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : Litec, 2012, 4<sup>e</sup> éd., n° 105 ; VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., *Droit d'auteur*, Paris : Dalloz, 2013, 2<sup>e</sup> éd., n° 249 ; CARRE St., th. préc., p. 236 : « ses travaux ont grandement contribué à conférer à *l'originalité l'importance et le sens que lui attribue aujourd'hui la doctrine* « personaliste » et, dans une certaine mesure, la *jurisprudence. La systématisation de la condition qu'il réalise a inspiré les magistrats. Ces derniers ont en effet de plus en plus fait référence à la définition idéalisée qu'il en propose, en visant l'empreinte de la personnalité de l'auteur* » ; VINCENT J., « L'originalité en question : Approche juridique pour la photographie et les autres formes d'expression », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, p. 118.

<sup>3918</sup> VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., *Droit d'auteur*, Paris : Dalloz, 2013, 2<sup>e</sup> éd., n° 249 ; « en France », ajoute M. Bertrand, « le concept d'originalité fait régulièrement l'objet de commentaires de la part de la doctrine, mais celle-ci s'écarte peu des principes dégagés par le professeur Desbois » (BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 103, p. 41).

<sup>3919</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, p. 4.

que l'originalité est le fondement du droit d'auteur<sup>3920</sup>. C'est faire porter une large charge à cette notion concevable techniquement comme un simple instrument d'applicabilité de la norme attributive des droits d'auteur. Notre propos ne consiste pas à placer directement dans notre collimateur les idées de Desbois, il s'agit principalement d'analyser son traitement de l'originalité et d'en constater les effets sur la manière de penser le droit d'auteur. En plaçant l'originalité au cœur du droit d'auteur, Desbois dirige son intérêt sur le rapport entre l'auteur et l'œuvre au détriment des rapports entre l'auteur et le public et réduit par là-même tout questionnement sur *l'utilité* du droit. De fait, avec Desbois, la question de la conciliation des intérêts qui était, à l'initiative de la doctrine sociale, au cœur des débats du XIXe siècle est réduite à une portion congrue et le discours de l'équilibre s'en trouve comme paralysé.

Pour correctement appréhender la représentation du droit d'auteur élaborée par Desbois à partir de l'originalité (b), il convient dans un premier temps d'examiner sommairement ce qui n'est, à l'origine, qu'un instrument de réalisabilité formelle du droit<sup>3921</sup> (a). Cela étant fait, nous pourrions constater que la doctrine de Desbois vise à empêcher toute réflexion de type conséquentialiste sur le droit d'auteur.

a) Retour sur un instrument de réalisabilité formelle du droit :  
l'originalité

Cette brève étude historique sur le critère d'originalité portera sur trois points. Dans un premier temps, il s'agira de montrer quels étaient à l'origine les critères employés par les juges pour appliquer la loi (i). Dans un second temps, nous observerons l'apparition de l'originalité (ii). Enfin, dans un dernier temps, nous observerons l'apparition de la célèbre formule de l'acceptation subjective de l'originalité à savoir l' « empreinte de la personnalité de *l'auteur* » (iii)

---

<sup>3920</sup> DESBOIS H., id., n° 150 : « Quel est, en effet, le fondement de la propriété littéraire et artistique ? L'originalité ».

<sup>3921</sup> Expression de Ihering, citée par Gény, v. GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, § 81, p. 190, citant IHERING R. V, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, § 4 et §38.

- i) *Les critères initiaux de qualification des œuvres (travail et nouveauté)*

**Silence du législateur sur les conditions de protection des œuvres.** La loi du 19 juillet 1793 relative au droit de reproduction est muette quant à la définition des œuvres et quant aux conditions d'attribution des droits. Dans le premier article, le législateur évoque simplement les « *auteurs d'écrits en tout genre* », les « compositeurs de musique », les « peintres et dessinateurs » et dans le septième article, il mentionne l'auteur d'ouvrage littéraire, de gravure ou de « *toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux arts* ». Aux juges est donc revenu le soin de préciser, à partir des dispositions générales de la loi, les conditions d'existence de l'œuvre protégeable. Cette tâche, pour importante qu'elle soit, ne constituait néanmoins pas la priorité numéro un des juges. La préoccupation essentielle de tous les acteurs de la propriété littéraire et artistique pendant la majeure partie du XIXe siècle concernait la nature du droit d'auteur. L'intensité et l'ampleur de la controverse auraient conduit, jurisprudents et juges, à négliger quelque peu le problème des conditions d'octroi des droits d'auteur. Ce désintérêt relatif pour cette question explique les flottements tant méthodiques que verbaux de la jurisprudence du XIXe et de la première moitié du XXe siècle. La question à laquelle tentaient de répondre les juges dans la plupart des espèces était davantage de savoir si l'œuvre litigieuse était visée par le législateur dans la loi du 13 juillet 1791 que de déterminer une fois pour toutes les conditions de protection de l'œuvre.

**Critère de la « première conception ».** L'une des premières manifestations du raisonnement mis en œuvre par les juges afin de déterminer l'applicabilité de la loi date de l'an XIII<sup>3922</sup>. Dans cette espèce, les juges de la Cour de cassation décident que les bénéficiaires de la loi du 19 juillet 1793 sont réservés à ceux « qui sont véritablement auteurs, par ceux auxquels appartient la première conception d'un ouvrage, soit de littérature, soit des arts que cette loi leur assimile à cet égard ». Par ce motif, il faut admettre suggère M. Pfister, que le travail des juges pour reconnaître le bénéfice du régime du droit d'auteur à la création litigieuse (un papier composé d'une compilation de deux motifs), ne consiste alors qu'à vérifier, par rapport

---

<sup>3922</sup> V. PFISTER L., th. préc. p. 557, citant pour illustration : Cass. crim., 5 brumaire an XIII, S., An XIII-1808, I, p. 12.

à celle-ci, l'absence d'antériorité<sup>3923</sup>. Les juges ne semblent pourtant pas poser une condition objective de protection en tant que telle. Au travers de l'expression « première conception » les juges se réfèrent moins à la condition de la protection qu'à son objet. Les juges ne distinguent pas encore les œuvres visées par le législateur des autres au moyen d'un caractère – quand bien même il serait objectif comme la nouveauté – ; mais davantage à partir d'une différence de nature entre les objets. Le bénéfice de la loi est offert, selon les juges, à l'auteur de la « première conception », autrement dit de *l'édition originale*<sup>3924</sup> et non aux copistes qui ne se contentent que de procéder à des reproductions à partir dudit original. Déterminer si l'œuvre litigieuse est une première conception permet de qualifier ou de disqualifier celle-ci de production de l'esprit ou de génie.

**Critère de la nouveauté.** Par la suite, les juges se détachent progressivement de cette distinction première conception/reproductions relative à l'objet visé par la loi au profit de critères objectifs relatifs aux spécificités de l'œuvre afin d'appliquer plus précisément la loi. A cet égard, les juges recherchent si l'œuvre litigieuse résulte d'« un travail *de l'esprit* » et si elle se présente sous une « forme nouvelle<sup>3925</sup> ».

**Extension du champ de la protection.** Une fois suffisamment arrêtés, ces critères de qualification (travail intellectuel et forme nouvelle) furent appliqués plus ou moins consciencieusement par les juges pour déterminer si l'œuvre, dont la reproduction non consentie constituait généralement l'objet du litige, était visée ou non par la loi<sup>3926</sup>. Pendant tout le XIXe siècle, les juges, eu égard au flottement dans leur application des critères de qualification de l'œuvre protégée, ne prétendent pas dégager de critère-clef du droit d'auteur. Négligeant quelque peu la question des conditions d'application du droit d'auteur, les juges cherchent davantage à déterminer si telle ou telle chose est sujette à l'appropriation privative

---

<sup>3923</sup> Ibid.

<sup>3924</sup> Expression que l'on trouve aux articles 4 et 5 de la loi du 13 juillet 1791.

<sup>3925</sup> Cass. crim., 2 décembre 1814, S., 1815, 1, p. 60 : « lorsque ces ouvrages ont exigé dans leur exécution le discernement du goût, le choix de la science, le travail de l'esprit ; lorsqu'en un mot, loin d'être la simple copie d'un ou de plusieurs autres ouvrages, ils ont été tout à la fois le produit de conceptions étrangères à l'auteur, et de conceptions qui lui ont été propres, et d'après lesquelles l'ouvrage a pris une forme nouvelle et un caractère nouveau » (pour des analyses contemporaines de cet important arrêt, v. PFISTER L., th. préc., p. 561 et s. et LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, n° 83).

<sup>3926</sup> « Pour les tribunaux », indique M. Lalignant, « la question des conditions d'application du droit d'auteur se ramène à un seul point : celui de savoir si l'œuvre de l'esprit qui leur est soumise constitue ou ne constitue pas une propriété protégée par la loi de 1793, et cela en raison, est-il parfois ajouté, de son caractère personnel ou du fait qu'elle porte le cachet d'un travail personnel » (LALIGANT O., op. cit., n° 52).

qu'à établir une méthode pour y parvenir. La doctrine n'envisage d'ailleurs pas autrement la question : Gastambide traite « des choses qui sont matière à propriété <sup>3927</sup> », Renouard « des objets de privilège <sup>3928</sup> », Pouillet « *des objets auxquels [le droit des auteurs] s'applique* <sup>3929</sup> ». Il n'est pas encore question de « condition de protection » ou de « principe directeur » gouvernant la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur.

Néanmoins, ces critères, à savoir le travail intellectuel et la nouveauté, employés par les juges remplissent une fonction d'adaptation des règles puisqu'ils contribuent à soumettre d'autres créations omises par le législateur au régime de la propriété littéraire et artistique comme les œuvres dérivées (compilations, abrégés, commentaires, arrangements musicaux <sup>3930</sup>) et les sculptures <sup>3931</sup>. Ordinairement, lorsqu'il était constaté qu'une œuvre parmi les premières a nécessité (parmi d'autres formules analogues) « *un travail de l'esprit* » et revêtait « un caractère nouveau <sup>3932</sup> » ou que l'une parmi les secondes était le résultat d'un travail intellectuel ou personnel <sup>3933</sup>, (par opposition à manuel <sup>3934</sup>) chacune d'entre elles accédait à la protection légale.

*ii) Apparition du critère de l'originalité*

Jusqu'à la fin de la première moitié du XIXe siècle, l'attribution de droits exclusifs sur les œuvres était reconnue judiciairement à l'œuvre dotée d'une forme nouvelle et dont il était admis qu'elle résultait d'un travail intellectuel ou personnel, constitutif d'un apport imputable à l'auteur (les deux critères étant parfois confondus <sup>3935</sup>).

---

<sup>3927</sup> GASTAMBIDE A., *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tout genre*, Paris : Legrand et Descauriel, 1837, p. 46 (pour la propriété littéraire).

<sup>3928</sup> RENOUARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, t. 2, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, 480 p.

<sup>3929</sup> POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris : Marchal Billard et cie, 1879, p. 1.

<sup>3930</sup> Pour les références jurisprudentielles, V. PFISTER L., th. préc., pp. 564-566.

<sup>3931</sup> PFISTER L., th. préc., pp. 566-569.

<sup>3932</sup> Trib. Correctionnel Paris : 24 avril 1844, S., 1845, 1, p. 131, cité par PFISTER L., th. préc., p. 564 ; CA Douai, 13 mai 1891, D. 1892, 2, p. 182 ; CA Paris, 23 juin 1905, DP, 1906, 2, p. 640.

<sup>3933</sup> V. PFISTER L., th. préc., p. 569, citant pour illustration : CA Bordeaux, 26 mai 1838, S., 1838, 2, p. 485.

<sup>3934</sup> V. PFISTER L., id., pp. 568-569, citant pour illustration : Trib. Correctionnel Seine, 10 décembre 1834, Gazette des tribunaux, 11 décembre 1834.

<sup>3935</sup> V. LALIGANT O., op. cit., p. 91, citant pour illustration : Trib. Correctionnel Le Havre, 18 avril 1869 : « pour avoir droit à la protection de la loi il suffit qu'ils [les ouvrages d'art] présentent, soit dans leur ensemble, soit dans leurs détails, le caractère de nouveauté qu'imprime le travail personnel ».

La notion d'originalité s'introduit ponctuellement dans les motivations des décisions de justice à partir des années 1840. Si son usage reste suffisamment marginal tout au long du XIXe siècle -au point de ne pas attirer l'attention particulière de la doctrine de l'époque-, on peut toutefois noter l'amorce d'un changement de signification de la notion. A l'origine, le terme « original », en tant que substantif, sert à désigner la première édition ou la première conception de l'œuvre<sup>3936</sup>. Progressivement, le qualificatif « original » ou sa forme substantivée est employée comme un critère de qualification de l'objet protégé<sup>3937</sup>.

L'usage de la notion d'originalité, comme celui de l'adjectif « spécial », commence à révéler l'idée que le lien attachant la personne du créateur à sa création devient pour les juges significatif et utile en ce qu'il permet de qualifier l'œuvre litigieuse de « production de l'esprit ». Autrement dit, l'adjectif « original » qui demeurait auparavant attaché à l'œuvre dans sa matérialité par le truchement de son support, tend à se référer au rapport immatériel entre le sujet-pensant et l'objet-produit. La notion d'originalité est parfois distribuée à l'auteur lui-même et, par contrecoup, à l'œuvre. Ainsi une décision du 12 juillet 1855 estime, afin de reconnaître la protection légale à une création composée d'extraits d'opéra, que celle-ci ne demeure pas moins une « *émanation de la pensée originale de l'auteur*<sup>3938</sup> ». Il ne s'agit toutefois pas encore de l'application de la condition subjective d'originalité car, comme le souligne Mme Carré, à cette période, « *c'est l'implication de l'auteur dans l'objet de la protection qui est vérifiée, l'existence d'un lien entre le créateur et sa création qui est recherchée et non l'expression de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre*<sup>3939</sup> ».

La remarque vaut pour l'adjectif « spécial » employé à partir du milieu du XIXe siècle. Il révèle déjà, selon M. Pfister, l'exercice par les juges d'un critère de type subjectif, distinct du critère de nouveauté. Lorsque les juges de la Cour de Cassation dès 1857 reprochent aux juges d'appel de n'avoir pas recherché si une statue, en dépit de son appartenance à un « type commun », n'est toutefois pas « *marquée d'un caractère spécial*<sup>3940</sup> », ils admettent en creux

---

<sup>3936</sup> Dans l'arrêt du 2 décembre 1814, le pourvoi opère cette assimilation : « sans doute qu'en fait de peinture, tout le mérite dans l'invention ; et celui-là seul a la propriété qui a composé l'original ; c'est à lui seul qu'il appartient d'empêcher les copies ou de rendre plainte en contrefaçon. Mais si un original, si un dessin est une fois copié, l'auteur de la copie ne peut empêcher que sa copie soit une deuxième, troisième ou quatrième fois copiée » (Cass. crim., 2 décembre 1814, S., 1815, 1, p. 60).

<sup>3937</sup> Ainsi, dans une décision de 1841, les juges estiment que la réduction d'une statue par un artiste « est une création qui porte l'empreinte de son talent et qui reçoit de sa main un caractère d'originalité suffisant pour constituer à son profit une propriété particulière » (CA Paris, 27 janvier 1841, cité par DALLOZ D., Répertoire, v. Propriété littéraire et artistique, n° 395, p. 506).

<sup>3938</sup> CA Paris, 12 juillet 1855, D. 1855, 2, p. 256., cité par PFISTER L., th. préc., p. 570.

<sup>3939</sup> CARRE St., th. préc., p. 235.

<sup>3940</sup> Cass. Crim, 27 février 1845, D. 1845, 1, p. 130.

que la nouveauté n'est pas le seul motif de protection. La substitution occasionnelle de l'exigence d'un « caractère nouveau » par celle d'un « caractère spécial » emporte une conséquence déterminante : la banalité du sujet et l'existence d'antériorités n'excluent pas nécessairement la protection de l'œuvre<sup>3941</sup>.

Il ne doit être tiré, à partir de ces décisions, de conclusions fermes quant aux critères de protection. L'étude de la jurisprudence révèle avant tout une grande casuistique et éclaire les efforts des juges pour tenter tant bien que mal de fournir des motifs raisonnables à leur approbation ou à leur refus de protéger telle ou telle œuvre. Il faut en outre se rappeler du constat dressé par Renouard quant aux œuvres litigieuses : elles n'ont jamais de grande vocation artistique<sup>3942</sup>. Les juges privilégient la souplesse afin de pouvoir se prononcer sur le « menu fretin ». C'est la raison pour laquelle les critères de protection ne se présentent pas durant la seconde moitié du XIXe siècle comme définitivement arrêtés<sup>3943</sup>.

Jusqu'ici, l'originalité n'est qu'un critère de qualification de l'œuvre parmi d'autres. Elle ne saurait être élevée en condition nécessaire et suffisante. Soulignons en outre qu'elle n'est toujours pas définie par « l'empreinte de la personnalité ».

*iii) Apparition de « l'empreinte de la personnalité »*

L'augmentation de l'emploi de la notion d'originalité par les tribunaux, résulte de l'invention en 1839 de l'appareil photographique<sup>3944</sup>. La photographie suscite une double controverse, artistique et juridique, qui se pose peu ou prou dans les mêmes termes : les photographies relèvent-elles de la création artistique ? Le caractère passionné de la controverse est tel qu'il provoque fougue, et partant versatilité, chez les débatteurs. Lamartine, enivré après s'être fait tirer le portrait par Adam-Salomon a ainsi pu s'exclamer à propos de la photographie : « *c'est*

---

<sup>3941</sup> PFISTER L., th. préc., p. 571

<sup>3942</sup> RENOARD A.-C., Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts, t. 2, n° 36 p. 81

<sup>3943</sup> Comme le souligne Mme Carré, « *l'originalité apparaît comme un critère parmi d'autres, recherchés par les magistrats pour identifier l'objet du droit. (...) Les critères de nouveauté et d'individualité se complètent dans la recherche par les juges d'une œuvre qui soit le fruit du travail intellectuel (...)* » (CARRE St., th. préc., p. 235) ; dans certaines décisions, les différents critères se cumulent. M. Pfister évoque le jugement d'un tribunal correctionnel de 1870 qui déclare que la combinaison d'éléments appartenant au domaine public constitue une œuvre intellectuelle « à la condition expresse de présenter un caractère nouveau et original » (Trib. Correctionnel Lyon, 17 janvier 1870, D. 1870, 2, p. 209, cité par PFISTER L., th. préc., p. 572 note 256.

<sup>3944</sup> V. PFISTER L., th. préc., p. 572 ; pour une approche historique, v. DENOYELLE Fr., FIGINI V., « L'histoire de la photographie, reconnaissance et protection -L'évolution de la notion de créateur en photographie : une approche historique », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, pp. 106-108 ;

*un métier, c'est un art, c'est mieux qu'un art, c'est un phénomène solaire où l'artiste collabore avec le soleil*<sup>3945</sup> » alors qu'un an plus tôt, il ne pouvait plus profondément mépriser cette « invention du hasard, qui ne sera jamais un art, mais un plagiat de la nature par l'optique<sup>3946</sup> ». Quant à Baudelaire, dont l'air renfrogné fut immortalisé par le même artiste, il avait réduit le domaine de l'art photographique au « refuge de tous les peintres manqués, trop mal doués ou trop paresseux pour achever leurs études<sup>3947</sup> ». Les hyperboles pénètrent également dans les prétoires accueillant les procès en contrefaçon. De ces salles d'audience raisonne l'écho d'une formule appelée à un grand avenir pour le droit d'auteur : l'« empreinte de la personnalité ».

**L'œuvre photographique : exposé de la controverse.** Dès le début de la seconde moitié du XIXe siècle, dans la plupart des villes de France s'ouvrent des ateliers photographiques dont l'une des principales ressources provient de la vente de portraits réduits de célébrités. « Quelques uns, peu scrupuleux », note Mme Derobert-Ratel, « n'hésitent pas à copier ceux de leurs concurrents pour en tirer bénéfice<sup>3948</sup> ». Les procès qui s'ensuivent confrontent les juges au problème suivant : la loi du 13 juillet 1791 est-elle applicable aux photographies ? La question s'impose puisque cette loi est la seule – le législateur de l'époque étant, contrairement à ses homologues étrangers<sup>3949</sup>, resté muet sur la question, – qui permettrait a priori d'octroyer aux photographes des droits privatifs sur les clichés. Or la loi de 1793, évidemment, ne mentionne aucunement ce type de production. Il revenait à nouveau aux juges d'interpréter la loi afin de déterminer si une photographie pouvait constituer un objet de propriété au sens de la loi. Les thèses soutenues par les avocats des parties et défendues par la doctrine vont grandement influencer les différents juges dont les premières solutions se caractérisent par un manque d'unité. Conformément à la méthode des civilistes du XIXe, les

---

<sup>3945</sup> LAMARTINE A., Cours familial de littérature, t. VII, Paris : Didot, 1859, entretien 37, p. 43, note 1 cité par DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », p. 5, disponible sur : <http://junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/contrefacon-derobert.pdf>

<sup>3946</sup> LAMARTINE A., Cours familial de littérature, t. VI, Paris : Didot, 1858, entretien 36, p. 410, cité par DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », art. préc., p. 3.

<sup>3947</sup> BAUDELAIRE C., « Lettre à M. le directeur de la Revue française sur le Salon de 1859, Le public moderne et la photographie », Revue française, 1859, t. 17, p. 265, cité par DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », art. préc., p. 3.

<sup>3948</sup> DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », art. préc., p. 1.

<sup>3949</sup> Contrairement aux législateurs étrangers qui, soit traitent expressément les œuvres photographiques comme des œuvres artistiques (comme en Espagne, en Autriche ou en Russie) soit réservent aux premières un traitement spécifique (comme en Allemagne, en Norvège, au Danemark, en Hongrie ou en Suisse) (v. BIGEON A.-A., La photographie et le droit, Paris : C. Mendel, 1894, pp. 19-20).

promoteurs de la protection des photographies par la loi (les protectionnistes) et les contempteurs de cette thèse (les non-protectionnistes) nourrissent leurs propos à partir des constructions abstraites disponibles. Le critère du « travail intellectuel » ou de l'« apport intellectuel » n'étant pas opérant<sup>3950</sup>, les duettistes vont davantage tirer parti de la malléabilité du critère d'originalité qu'ils vont exprimer sous la formule nouvellement apparue d'« empreinte de la personnalité<sup>3951</sup> » afin d'affirmer ou d'infirmier la protection de l'œuvre photographique. A partir du consensus qui se dégage de l'exposé de chacune de ces thèses, les juges vont trouver une solution médiane mettant en exergue le critère d'originalité.

**La thèse du refus de la protection légale.** Certains juges refusent d'admettre de manière catégorique la protection de la photographie au motif note M. Pfister que « le cliché est le *produit conjoint d'une machine et de la nature et qu'il n'exige aucun travail intellectuel de l'opérateur*<sup>3952</sup> ». Pour emporter la conviction des juges, les plaideurs comparent la photographie à la peinture et soutiennent que le photographe, au rebours du peintre, ne peut exprimer sa personnalité au stade de *l'exécution* de l'œuvre<sup>3953</sup>. « Sa personnalité » dit-on encore « aura manqué au produit au seul moment où, *dans l'esprit de la loi, cette personnalité pouvait lui accorder protection*<sup>3954</sup> ». Du fait de l'impossibilité pour le photographe d'imprimer le « cachet de sa personnalité<sup>3955</sup> » sur la photographie en raison de

---

<sup>3950</sup> PFISTER L., th. préc., p. 573. Il souligne.

<sup>3951</sup> On trouve l'expression quelques années auparavant dans une annotation rédigée par le traducteur de la Doctrine du Droit de Kant. Obviant à la distinction à laquelle a procédé le philosophe de Königsberg entre les ouvrages littéraires et les œuvres d'art afin de relever l'illégitimité dans l'action de contrefaire les premières et non les secondes (qui ne sont pas l'instrument d'un discours de l'auteur au public), le traducteur estime qu'« au contraire la contrefaçon des unes n'est pas moins illégitime que celle des autres, parce que les unes et les autres sont également les fruits du travail et portent également l'empreinte de la personnalité de leurs auteurs. » (BARNI J., « Analyse critique », in, KANT E., *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. J. BARNI, Paris : Durand, 1853, p. LV.

<sup>3952</sup> PFISTER L., loc. cit. V. Trib. com. Seine, 7 mars 1861, D. 1861, III, p. 32. ; Trib. cor. Seine, 9 janvier 1862, D. 1862, III, p. 8 ; Trib. com. Seine, 29 janvier 1862, Ann. de la propriété industrielle, artistique et littéraire 1862, p. 67 ; Trib. civ. Seine, 12 décembre 1863, Ann. 1863, p. 396 ; CA Bordeaux, 29 février 1864, Ann. 1864, p. 133 ; Trib. cor. Seine, 16 mars 1864, Ann. 1864, p. 227.

<sup>3953</sup> Ainsi s'exprime le substitut du procureur Alexandre Thomas : « Tout le travail intellectuel et artistique du photographe est antérieur à l'exécution matérielle, son esprit ou son génie n'ont rien à voir dans cette exécution : là où le photographe pourrait être assimilé au peintre par la création de son oeuvre dans son imagination, il n'y a pas encore protection de la loi, et, quand l'idée va se traduire en un produit, quand la protection de la loi va pouvoir s'étendre sur ce produit, toute assimilation devient impossible. D'un côté, je vois le peintre continuant son oeuvre, son intelligence dirigeant sa main. Il corrige sa pensée première, il la modifie, la perfectionne et, jusqu'au dernier moment, lui imprime le cachet de sa personnalité. Là, au contraire, le photographe a dressé son appareil, et, à partir de ce moment, il restera complètement étranger à ce qui va se passer » (THOMAS A., Ann. 1863, p. 399-407 et cité par POUILLET (E.), *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris : Marchal et Billard, 1879, n° 100, p. 91-92).

<sup>3954</sup> THOMAS A., Ann. 1863, p. 405, cité par PFISTER L., th. préc., p. 574.

<sup>3955</sup> Ibid.

la nature mécanique de son procédé de production, le cliché ne constitue pas une œuvre « originale », mais plutôt « *un double fidèle d'une œuvre antérieure*<sup>3956</sup> », en l'occurrence celle de la Nature<sup>3957</sup>. Cette thèse trouve également dans la doctrine de sérieux soutiens<sup>3958</sup>.

**La thèse de la protection légale.** Pour défendre l'idée que la protection légale s'étend à l'œuvre photographique, les avocats auraient pu tenter d'opposer à leurs adversaires l'absence de fondement légal du prétendu critère de protection qu'est l'« empreinte de la personnalité de l'auteur ». Mais, d'un point de vue rhétorique, s'attaquer frontalement à cette formule tant chargée en connotations romantique et humaniste ne semble pas judicieux. Cette stratégie aurait exposé ces assaillants au risque de passer pour des ennemis du genre humain<sup>3959</sup> ou de la figure en pleine gloire de l'artiste. Au contraire, la stratégie des protectionnistes consiste à retourner le critère à leur profit et démontrer que la personnalité du créateur s'exprime nécessairement dans la photographie. Leur raisonnement repose en premier lieu sur une proposition majeure : est légalement une œuvre de l'esprit, « *toute œuvre offrant par sa forme et sa figure un type empreint de la personnalité de son auteur*<sup>3960</sup> ». La seconde étape, plus délicate, consiste à attester de l'existence, dans l'œuvre, de la marque de la personnalité de son auteur. L'exécution de l'œuvre photographique étant de nature mécanique (ainsi que s'en

---

<sup>3956</sup> HEROLD, « Plaidoirie », D. 1863,1, p. 53, PFISTER L., th. préc., p. 574.

<sup>3957</sup> Lorsque quelques années plus tard, Accolas rappelle les termes du débat, il associe encore l'expression d'« empreinte de la personnalité » aux arguments de ceux qui refusent la protection aux photographies : « On débat pourtant ce dernier point, on dit que la loi de 1793 ne consacre le droit de l'auteur que pour les productions de l'esprit et du génie, que pour des œuvres susceptibles de porter l'empreinte de la personnalité de celui qui les accomplit, et l'on ajoute que, dans l'opération du photographe, l'homme peut disparaître aussitôt que l'œuvre commence à s'exécuter, que c'est la lumière seule qui agit et, finalement, que toute photographie est une œuvre impersonnelle » (ACOLLAS E., La propriété littéraire et artistique, 1<sup>e</sup> éd., Paris : Delagrave, 1886, p. 34). Sur le détail des débats, cf. DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », art. préc.

<sup>3958</sup> V. CALMELS E., De la propriété et de la contrefaçon des oeuvres de l'intelligence, Paris : Cosse, 1856, p. 56 et 651-652 ; MORILLOT A., De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne, Paris : Cotillon, 1878, p. 157.

<sup>3959</sup> Pour attester de la force rhétorique de la formule, l'on peut citer son emploi dans un registre pour le moins étranger à la propriété littéraire et artistique, à savoir, la propriété minière. Ainsi Dalloz, dans son répertoire écrit : « On doit repousser une solution, qui au lieu d'assurer la coexistence de la propriété des mines et de celles de la surface, avec toutes leurs conséquences justes et naturelles, sacrifie la première à la seconde. Nulle propriété ne porte plus que celle des mines l'empreinte de la personnalité de l'homme par les grands travaux qu'il accomplit dans leur exploitation » (DALLOZ D., Répertoire méthodique et alphabétique, n° 64, v. « Mines », cité par ROUGIER P., VACHEZ A., (dir.), *Jurisprudence de la Cour d'appel de Lyon et des tribunaux du ressort*, Lyon : Ed. du Moniteur judiciaire, 1884, p. 9 ; en ce sens, « 'l'empreinte de la personnalité' ne se réduit pas à une abstraction, elle désigne concrètement la marque corporelle de l'homme sur les choses. La propriété a d'ailleurs été définie comme 'l'empreinte de la personnalité sur la nature physique' », Journal du Palais. Répertoire général contenant la jurisprudence de 1791 à 1845, t. 10, 1845-1847, v. « Propriété », p. 426.

<sup>3960</sup> RENDU A., « Plaidoirie », D. 1863, 1, p. 53. V. égal. PFISTER L., th. préc., p. 576.

prévalent leurs adversaires pour disqualifier la photographie d'œuvre protégée), les protectionnistes vont se placer en amont du processus créatif, c'est-à-dire au moment de la conception ou de la composition. C'est en effet au stade où le photographe est confronté à différentes alternatives et où il est libre de ses choix, qu'il exprime sa personnalité. Ainsi, l'expérience consistant à solliciter auprès de plusieurs artistes la réalisation d'un cliché d'un modèle identique, montre, au regard de la diversité des portraits obtenus, que chaque photographe a laissé avant chaque exécution du cliché, « *l'empreinte de sa personnalité*<sup>3961</sup> ». L'appareil photographique, dans ces conditions, ne constitue rien d'autre qu'un instrument ; il est au photographe ce que le pinceau est au peintre<sup>3962</sup>. En conséquence, puisque toute photographie implique une phase de composition où s'exprime la personnalité de l'artiste, chacune d'entre elle est marquée de l'empreinte de celle-ci et revêt la qualité d'œuvre de l'esprit protégée par la loi.

**Le consensus autour du caractère nécessaire de la marque de la personnalité.** Les deux thèses reposent sur une rhétorique comparable. En dépit de leur conclusion opposée, chacune des deux adopte la même proposition initiale : l'œuvre de l'esprit, qui donne prise à la loi, est marquée par la personnalité de son auteur. Il en résulte que l'œuvre doit revêtir le cachet de la personnalité de son auteur pour être protégée. Autrement dit, l'empreinte de la personnalité de l'auteur est une condition d'existence d'une production de l'esprit visée par la loi. Les deux thèses ne se séparent qu'au stade de la proposition mineure. Pour les uns, le cliché n'est pas une œuvre car l'exécution mécanique exclut nécessairement la manifestation et l'empreinte de la personnalité de l'auteur tandis que pour les autres, la photographie est une œuvre de l'esprit

---

<sup>3961</sup> BULLOZ J.-E., DARRAS A., *La propriété photographique et la loi française*, Paris : Gauthier-Villars, 1890, p. 2 cité par DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », p. 6, disponible sur : <http://junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/contrefacon-derobert.pdf> : « Ne reconnaît-on pas certaines photographies de prime abord à leur cachet personnel ; le même homme, le même tableau, le même site reproduit par tout le monde ne prend-il pas tout à coup un aspect différent, plus vivant, plus vrai, plus artistique lorsque tel ou tel photographe le refait à nouveau ? ».

<sup>3962</sup> RENDU A., « Plaidoirie », art. préc., p. 54 « L'intelligence humaine, même dans le domaine de l'art, ne peut rien produire sans un secours matériel ; qu'il (l'homme) prenne pour auxiliaire un outil, une machine, une main étrangère, il n'en fait pas moins une œuvre d'art, s'il continue d'exercer les facultés qui se rattachent à l'art : le sentiment, l'esprit, le goût. Lorsque le sculpteur emploie le compas de précision, le dessinateur le miroir de réduction ou la chambre claire, c'est toujours la pensée de l'artiste qui dirige les instruments, qui domine, qui inspire les moyens matériels. La pensée garde son rôle suprême. Dans la photographie, l'appareil remplace, et non pas entièrement, le travail de la main ; mais il laisse à l'artiste, dans toute sa plénitude, le travail de l'esprit » ; BACHELIER J.-Cl., *Ann.*, 1864, p. 230, cité par POUILLET E., *op. cit.*, n° 102, pp. 93-94 : « Peu importe que l'on recoure à des moyens plus ou moins mécaniques. L'art est dans l'exercice de la volonté, dans le choix du sujet, de l'heure pour obtenir certains effets de lumière : tout cela c'est la création de l'homme qui reproduit la nature et jamais on ne pourra dire qu'il n'y a là qu'une force brutale ».

car la composition précédant l'exécution d'un cliché, exprime nécessairement la personnalité de l'auteur dont la marque s'incruste par l'exécution mécanique du procédé photographique.

Les deux thèses présentent un dernier point commun. La prétention d'une réponse absolue à la question de l'appartenance des photographies à la catégorie des beaux-arts<sup>3963</sup>. Toutefois, au rebours de l'issue binaire du raisonnement, les juges vont opter pour une approche gradualiste, subjectiviste, et ce, malgré l'insécurité juridique qu'elle provoque<sup>3964</sup>.

**La décision des juges.** Les juges n'avalisent complètement ni l'une ni l'autre thèse et optent pour une solution intermédiaire que d'aucuns ont jugée « éclectique, fort contestable et dangereuse dans toutes ses conséquences pratiques<sup>3965</sup> ». Pour résoudre la controverse, les juges prennent toutefois acte du consensus selon lequel l'œuvre pour être protégée doit être marquée de « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur*<sup>3966</sup> ». Dans un arrêt de 1864<sup>3967</sup> les juges estiment dans un premier temps que « les produits de la photographie ne sont pas nécessairement des œuvres qui doivent être classées dans la catégorie des beaux-arts » mais qu'ils « *peuvent être considérés comme tels, et être protégés par la loi du 19 juillet 1793, s'ils révèlent les caractères exigés par la loi* ». Afin de déterminer si le portrait d'un sultan est une œuvre au sens de la loi, les juges admettent à partir de motifs identiques que « la pose, *l'agencement du costume et des accessoires peuvent donner à l'œuvre l'empreinte de la personnalité du photographe, et le placer sous la protection de la loi*<sup>3968</sup> ».

Dans ces arrêts, l'empreinte de la personnalité ne peut encore être conçue comme une condition de protection distincte de son objet, elle correspond du moins, dans la vision de ces juges, à une condition d'existence de l'objet visé par la loi. Objet et condition d'attribution sont encore confondus. En effet, si l'on se réfère au traitement des décisions opéré par M. Laligant, l'on constate que le nombre de références à l'originalité dans son acception

---

<sup>3963</sup> Desbois n'était convaincu par aucune de ces deux conceptions : « les deux variantes du système absolu pèchent donc, la première parce qu'elle heurte les aspirations de l'équité, le pillage des photographies appelant une réaction, la seconde parce qu'elle contrevient à la logique en faisant abstraction du fait que l'exécution personnelle est la condition à la fois nécessaire et suffisante de la vocation aux droits d'auteur dans le domaine des arts figuratifs » (DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, n° 73).

<sup>3964</sup> Critique formulée par Pouillet (v. POUILLET E., « De la protection des oeuvres photographiques en France », *Droit d'auteur*, 1889, pp. 54-55).

<sup>3965</sup> BIGEON A.-A., *La photographie et le droit*, Paris : C. Mendel, 1894, p. 73.

<sup>3966</sup> CA Paris, 10 avril 1862, D. 1863, 1, p. 53 ; S., 1863, 1, p. 41.

<sup>3967</sup> CA Paris, 6 mai 1864, Ann. 1864, p. 232 ; Bull. de la Cour impériale de Paris, 1864, p. 227.

<sup>3968</sup> CA Paris, 6 mai 1864, préc.

subjective demeure faible quoiqu'en constante progression au cours des années<sup>3969</sup>. L'emploi chiche du critère permet de douter que l'originalité soit unanimement considérée par les juges de la fin du XIXe siècle comme une condition autonome de protection de chaque type d'œuvre de l'esprit. Il s'agirait au mieux d'un critère alternatif aux côtés de la condition de nouveauté. En outre, l'emploi parallèle (quoiqu'en diminution) du critère de nouveauté durant la même période<sup>3970</sup> atteste que le critère d'originalité ne constitue pas encore une condition de protection à part entière, mais davantage un moyen à disposition des juges pour déterminer si les œuvres litigieuses constituent des objets visés par le législateur à l'instar de l'effort intellectuel, du caractère individualisé, du travail intellectuel<sup>3971</sup> etc.. Cela ressort par exemple des motifs de l'arrêt précité dans lequel il est dit que les photographies peuvent être considérées comme des œuvres appartenant à la catégorie des Beaux arts et être protégées « *s'ils révèlent les caractères exigés par la loi* ». Or, précisément, la loi n'exige expressément aucun de ces prétendus caractères, elle ne vise que certains objets en particulier (écrits, tableaux, dessins etc.) ou de manière générale les productions de l'esprit ou du génie. Le légalisme qui présidait à cette époque empêche les juges de dégager par eux-mêmes une condition autonome. Le critère de l'empreinte de la personnalité en tant qu'instrument de discrimination des œuvres (et notamment celles dont le genre n'a pu être mentionné par le législateur) est une abstraction logique qui est nécessairement, quoiqu'artificiellement rattachée à la loi. La seule possibilité consiste à incorporer l'exigence d'originalité à l'objet visé par le législateur. C'est la raison pour laquelle, les juges évoquent les caractères de l'objet<sup>3972</sup>. Cela signifie que le législateur lorsqu'il vise les productions de l'esprit ou les productions du génie désigne, selon les juges, celles qui présentent la particularité de revêtir le cachet de la personnalité de leur auteur. Ce n'est qu'à partir de cet artifice que les juges tirent

---

<sup>3969</sup> LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, p. 60

<sup>3970</sup> LALIGANT O., *id.*, p. 76.

<sup>3971</sup> V. Trib. civ. Seine, 20 janvier 1899, D., 1902, II, p. 73 : « Attendu que son effort intellectuel a ainsi imprimé à son oeuvre le caractère d'individualité nécessaire pour qu'il y ait création, au sens juridique de ce mot ; d'où il suit que les dessins photographiques constituent une propriété artistique protégée contre la contrefaçon par la loi de 1793, et que, dès lors, le droit de reproduire appartient exclusivement, en principe, à celui qui les a créés ». V. égal. DEROBERT-RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », art. préc., p. 13, citant pour illustration : Trib. civ. Péronne, 28 mars 1900 et CA Amiens, 6 mars 1901, Droit d'auteur, 1901, p. 145.

<sup>3972</sup> V. Cass. crim., 28 novembre 1862, D. 1863, I, p. 52 : « Attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 1, 3, 6 et 7 de la loi du 19 juillet 1793 que la propriété littéraire et artistique dont cette loi reconnaît et protège le droit privatif, est celle qui a pour objet une production de l'esprit ou du génie qui appartient aux Beaux-Arts ; que, la loi n'ayant pas défini les caractères qui constituent pour un produit artistique une création de l'esprit ou du génie, il appartient aux juges du fait de déclarer, par une constatation nécessairement souveraine, si le produit déféré à leur appréciation, rentre par sa nature dans les oeuvres d'art protégées par la loi du 19 juillet 1793 ».

la norme selon laquelle les bienfaits de la loi ne profiteraient qu'aux œuvres dont l'empreinte de la personnalité de leur auteur peut y être décelée. C'est par le truchement de l'objet du droit que la future condition d'originalité s'est formalisée. Il faudra attendre la fin de la période du légalisme pour que l'originalité se cristallise et prenne la forme d'une condition autonome d'origine prétorienne.

**La prééminence progressive du critère d'originalité (au sens subjectif).** La mise en avant de l'originalité au sens d'empreinte de la personnalité de l'auteur constitue incontestablement une étape majeure dans l'histoire du droit d'auteur. Elle révèle sans l'ombre d'un doute le « *lien de causalité entre personnalité de l'auteur et propriété*<sup>3973</sup> » dont la prise de connaissance encouragera par la suite les juges dans la protection de la personnalité de l'auteur au travers de prérogatives extra-patrimoniales. Corrélativement, le choix de cette acception de l'originalité manifestée à l'occasion des litiges relatifs aux photographies constitue le point de départ de la substitution progressive de la notion de « nouveauté » par celle d'« originalité » dans la pratique judiciaire. Si jusqu'à la moitié du XXe siècle, les critères de « nouveauté » et d'« originalité », sont encore alternativement voire cumulativement employés, la fin de cette période est marquée du sceau de *l'originalité*. Entre 1919 et 1943 note M. Lalignant, la moitié des décisions relative à la loi de 1793 mentionne l'« originalité » (contre 28 % sur la période 1894-1918, et 5 % entre 1793 et 1883)<sup>3974</sup>. Ensuite, de 1944 à 1957, l'originalité apparaît dans près des deux tiers des décisions<sup>3975</sup>.

Cette extension à partir du XXe siècle s'explique selon M. Lalignant pour deux raisons. D'une part, en raison du rôle de la doctrine et précisément, la diffusion continue « *de l'idée fausse*, que le droit désormais dit de la propriété littéraire et artistique a pour vocation naturelle et originale de protéger les *œuvres relevant de l'art pur*, c'est-à-dire les *œuvres à caractère esthétique*, et cela en contradiction même avec la réalité judiciaire<sup>3976</sup> » et d'autre part, dans « *la volonté, justifiée, des tribunaux d'améliorer la protection des intérêts non patrimoniaux des auteurs par la reconnaissance de prérogatives morales*<sup>3977</sup> ». Ces deux causes ayant trait respectivement à une surestimation esthétique des objets protégeables et à la prise en

---

<sup>3973</sup> PFISTER L., th. préc., p. 577.

<sup>3974</sup> V. LALIGNANT O., op. cit., pp. 60-62.

<sup>3975</sup> LALIGNANT O., id., p. 62.

<sup>3976</sup> LALIGNANT O., id., p. 63

<sup>3977</sup> Ibid.

considération de certains intérêts non protégés par la loi ne sont pas indépendantes : « le parallélisme est frappant<sup>3978</sup> » admet M. Laligant. Elles participent en effet de manière substantielle à la dimension personnaliste et humaniste du droit d'auteur qui se dégage à partir de la fin du XIXe siècle.

**Originalité et droit moral.** La protection jurisprudentielle des intérêts moraux de l'auteur par le truchement du droit moral est justifiée par l'idée que l'œuvre est une projection de la personnalité de l'auteur. La signification subjective du critère d'originalité puise aux mêmes eaux<sup>3979</sup>, c'est-à-dire à la doctrine personnaliste ou humaniste. Il s'est produit à partir de la fin du XIXe siècle un phénomène de solidarité dans les usages des notions d'« originalité » et de « droit moral », lesquelles devenaient de fait « chaque année un peu plus, des notions à la mode...<sup>3980</sup> ». La défense des intérêts dits moraux de l'auteur justifiée par l'idée que l'œuvre est une émanation de la personne de l'auteur avait pour effet indirect d'augmenter la légitimité du critère subjectif d'originalité. Réciproquement, l'emploi du critère de l'originalité de l'œuvre correspondant à l'empreinte de la personnalité de l'auteur sur celle-ci, alimentait l'idée que l'œuvre présente en elle une expression de la personnalité de l'auteur<sup>3981</sup>, laquelle mérite protection. La rencontre du droit moral et du critère d'originalité que l'on peut dater à la fin du XIXe-début XXe siècle fut décisive. Il ne manquait plus qu'un alchimiste pour en révéler les effets.

b) Le concept d'originalité dans le système de Desbois

Notre propos consiste ici à montrer comment Desbois transforme le critère d'originalité en fondement du droit d'auteur. Nous étudierons la consécration du concept d'originalité (a), puis sa définition (b) et enfin, la manière dont l'originalité, en tant que critère de protection de

---

<sup>3978</sup> LALIGANT O., op. cit., p. 63.

<sup>3979</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 131 : « le choix de l'originalité, critère subjectif, tiré de l'implication de la personne de l'auteur dans sa création, est parfaitement cohérent avec l'esprit du droit d'auteur français, qui tend à protéger l'individu créateur et met en exergue le rapport de l'artiste à son œuvre. Ce choix est aussi en harmonie avec la reconnaissance d'un droit moral destiné précisément à défendre la personnalité de l'auteur à travers son œuvre ».

<sup>3980</sup> LALIGANT O., op. cit., p. 63.

<sup>3981</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 127 : « La création implique, en effet, que l'auteur exprime, à un degré plus ou moins élevé, de façon plus ou moins sensible, sa personnalité dans l'œuvre qu'il crée. L'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son auteur » ; EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 2008, p. 23 : « il semble bien que le concept d'originalité vient couronner, en quelque sorte, la création, dans la mesure où il permet d'apprécier la part de personnalité dont l'œuvre est elle-même l'expression ».

l'œuvre, doit être en pratique mise en œuvre par les juges (c). La méthode préconisée par Desbois incite les juges, lors de l'examen d'une œuvre, à ne pas engager de contrôle d'opportunité de la protection. Autrement dit, les juges sont invités à écarter dans leur raisonnement l'approche conséquentialiste.

i) *Consécration du concept d'originalité*

**L'interprétation du silence du législateur.** Avant-propos mis à part, la troisième édition<sup>3982</sup> (1978) du *Droit d'auteur en France* s'ouvre, sans préliminaire, sur cette affirmation : « La recherche du critère de la protection tend à la discrimination des œuvres qui sont investies des droits d'auteur<sup>3983</sup> ». Après avoir constaté que le législateur en 1957 s'est contenté de poser des conditions négatives afin de proscrire aux juges dans l'admission de la protection de l'œuvre la prise en compte du genre, de forme d'expression, du mérite ou de la destination de celle-ci, Desbois déduit du silence relatif aux conditions positives, l'intention du législateur « de confirmer l'autorité des précédents ». Dès lors ajoute-t-il, « les ressources, que la tradition et l'expérience antérieures ont accumulées, peuvent et doivent être utilisées<sup>3984</sup> ». L'originalité, en tant que critère de protection, est ainsi inférée du silence du législateur<sup>3985</sup>.

Pour Desbois, le silence du législateur implique indubitablement pour ne pas dire nécessairement l'approbation de la tradition jurisprudentielle telle qu'elle s'est perpétuée jusqu'alors<sup>3986</sup>. Une autre méthode pour interpréter ce silence aurait pu être employée, ou du moins suggérée. Nous pensons à la libre recherche scientifique de Gény exposée dans *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. Souvenons-nous, dans l'exposé de Gény, la méthode d'interprétation littérale de la volonté exprimée du législateur laisse place à

---

<sup>3982</sup> Le propos de Desbois, constate Mme Carré, a évolué comme en témoignent les différentes éditions de son ouvrage. Dans la première édition de 1950, Desbois présente la notion d'originalité de manière systématique sans l'ériger en critère autonome et sans la référer dans l'index alphabétique. Dans la troisième édition, comme nous allons le voir, l'originalité devient « la pierre de touche » du droit d'auteur (v. CARRE St, th. préc., n° 236, note 3).

<sup>3983</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 1.

<sup>3984</sup> DESBOIS H., id., n° 2.

<sup>3985</sup> Desbois répète à plusieurs reprises que l'originalité est un « critère déduit » (v. par ex. : DESBOIS H., id., n° 10 et n° 12).

<sup>3986</sup> LUCAS A., SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », JCP G, 1993, I, 3681, pp. 253-260, n° 7 : « l'affirmation mérite d'être nuancée. D'abord parce que formellement le législateur n'a rien repris Ensuite parce qu'un bref historique fait apparaître que la condition d'originalité n'a pas toujours été posée de manière évidente avant 1957 ».

la libre recherche scientifique lorsqu'il est impossible de dégager une solution au problème juridique à partir d'une interprétation stricte de la loi. En l'occurrence, l'absence au sein de la loi de mention de condition positive de protection de l'œuvre de l'esprit inviterait l'interprète, selon cette méthode, à rechercher à partir d'éléments positifs (la législation, les données économiques, culturelles, politiques, religieuses, morales etc.), une solution destinée à équilibrer les intérêts en conflit.

Il n'est pas question ici de savoir quels résultats une telle méthode aurait produits ni de tenter de les comparer à ceux auxquels Desbois aboutit, mais davantage de relativiser l'idée que le silence du législateur exprime positivement une volonté, en l'occurrence, celle de confirmer l'autorité des précédents.

**La méthode inductive au service de la recherche du contenu de la notion d'originalité.** Si l'on considère à l'instar de Desbois que le législateur, par son silence, a entendu entériner la pratique traditionnelle des juges, alors, aucune alternative ne s'offre au juriste : celui-ci est tenu de procéder à l'analyse de cette pratique puis de restituer synthétiquement ces résultats afin de dégager les enseignements utiles à la résolution des cas futurs. Autrement dit l'interprétation de Desbois impose de mettre en œuvre une méthode inductive pour faire ressortir le(s) critère(s) de protection et définir leur contenu. Or, l'induction ayant pour aporie la « croyance selon laquelle le futur sera (pour l'essentiel) semblable au passé<sup>3987</sup> », elle conduit le juriste à diriger son attention exclusivement vers le passé (les précédents jurisprudentiels) afin de dégager des instruments méthodologiques destinés au règlement de causes futures dont on ne peut ignorer qu'elles concerneront, entre autres choses, des formes de créations nouvelles. Le résultat auquel aboutit Desbois à partir de cette méthode, à savoir l'élection d'un unique critère positif pour discriminer les œuvres, présentait alors toutes les chances de révéler certaines limites à plus ou moins long terme si aucun moyen d'adaptation du contenu de la notion n'était envisagé.

Notons que la mise en œuvre de la libre recherche scientifique en vue de la caractérisation des critères positifs de protection aurait, en revanche, conduit le juriste à élargir son champ d'étude et, à ce titre, à procéder à l'examen de données de nature économiques qui reposent, en partie, sur des prévisions. Cette méthode d'interprétation, finalisée par l'équilibre hic et

---

<sup>3987</sup> POPPER K., *La connaissance objective*, rééd., Champ, Flammarion, 1998, p. 40, cité par PIMONT S., « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 417, note 110.

nunc des intérêts en présence, aurait ainsi permis de redéfinir, d'affiner ou d'adapter les conditions de protection en fonction de facteurs, notamment, économiques, techniques et culturels.

Achevons ces propos en soulignant le caractère catégorique des affirmations liminaires de Desbois. Lorsque Desbois étudie l'originalité, il la présente ab initio comme le critère de protection et plus fondamentalement comme la condition d'attribution des droits ce qui exclut de fait toute interrogation sur la possibilité d'une pluralité de critères de protection. Ensuite, Desbois parle du « critère de protection » et de la « condition » ce qui traduit également un changement de perspective par rapport à celle des juges du XIXe siècle et du début du XXe siècle, lesquels ne cherchaient pas tant à dégager une condition ou un critère de protection des œuvres, qu'à justifier leur décision de rejet ou d'admission de la protection en soulevant l'absence ou la présence d'un ou de plusieurs caractères (original, nouveau, spécial, individuel) de la création litigieuse. Avec Desbois, il n'est plus question de rechercher, selon la méthode de l'exégèse, si telle ou telle œuvre particulière entre dans l'une des catégories des créations de l'esprit que le législateur avait l'intention (explicite ou implicite) de protéger mais de dégager, dans la tradition doctrinale de la première moitié du XXe siècle, des principes généraux de la matière, utiles le cas échéant pour discriminer, selon chaque genre, les œuvres en fonction de leur conformité à la prétendue nature du droit d'auteur. Alors qu'il s'agissait pour les juges de résoudre un problème d'interprétation et un problème de qualification de l'objet à protéger et pour la doctrine, un problème de catégorisation, pour Desbois, il s'agit davantage de cerner ce qui, dans chacun des genres auxquels appartiennent l'ensemble des œuvres de l'esprit, constitue précisément l'objet de la protection ou, autrement dit, ce qui donne prise au droit d'auteur. Cette approche le conduit à ordonner la matière autour du concept qui constitue le caractère commun de toutes les œuvres : l'originalité.

En résumé, à la suite de la systématisation du droit d'auteur opérée par Desbois, la notion d'originalité cesse d'être un moyen d'interpréter la volonté du législateur et est présentée comme une condition autonome de protection, porteuse d'une signification étroite, et placée au cœur du droit d'auteur. Simple instrument, la notion d'originalité devient avec Desbois l'essence qu'il faut découvrir dans l'œuvre<sup>3988</sup> afin de faire profiter à celui qui a marqué sa création de sa personnalité les bénéfices de la propriété littéraire et artistique.

---

<sup>3988</sup> L'œuvre originale se présente, dans l'approche personnaliste, comme « un don de la personne de l'auteur qui serait l'essence de l'œuvre de l'esprit » (SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Prop. ind.*, octobre 2010, n° 10, p. 38 et s., n° 19).

ii) *Acception subjective de l'originalité*

**L'acception subjective de l'originalité : l'empreinte de la personnalité de l'auteur.** Pour Desbois, l'originalité d'une œuvre exclut la banalité<sup>3989</sup>. Cette exclusion laisserait à penser que l'originalité s'apprécie objectivement au regard des autres œuvres et tendrait à la nouveauté. Bien au contraire, l'œuvre est banale parce qu'elle ne revêt aucune marque de la personnalité de son auteur<sup>3990</sup>. L'œuvre originale en conséquence est la création qui porte l'empreinte de la personnalité de son auteur<sup>3991</sup>.

Qu'est-ce que l'empreinte de la personnalité ? A lire attentivement Desbois, l'on constate qu'il y a empreinte de la personnalité lorsqu'il est possible de relever dans l'œuvre les manifestations ou les résultats de choix opérés par l'auteur grâce auxquels sa personnalité s'est exprimée. Une traduction est ainsi protégée puisque l'auteur a procédé au choix des mots et des expressions : « *le fait de ce choix qui comporte le risque d'un contresens, d'un échec donne prise à sa personnalité*<sup>3992</sup> ». Le choix, comme mode de manifestation de la personnalité, se présente également comme la « clé de la solution » grâce à laquelle certains programmes d'ordinateur peuvent être protégés : « *dès lors que les programmeurs ont à choisir entre plusieurs modes de présentation et d'expression, les droits d'auteur peuvent entrer en jeu*<sup>3993</sup> ».

Aujourd'hui, le critère du choix apparaît dans la doctrine<sup>3994</sup> et dans la jurisprudence<sup>3995</sup>, notamment communautaire<sup>3996</sup>, comme un critère privilégié de la notion d'originalité, à

---

<sup>3989</sup> DESBOIS, op. cit., n° 32. En ce sens, v. aussi : GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 34 ; BERTRAND A. R., *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Paris : Dalloz, 1999, n° 103, p. 42. Notons toutefois que la Cour de cassation sanctionne parfois la Cour d'appel qui ne se serait fondée que sur le constat de la banalité d'une œuvre pour refuser de reconnaître la protection juridique (v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1987, n°86-13.859, Hayat c/ Bendji, Bull. civ. I, n°341 ; RIDA, 1988, n°36, p. 139 ; Cah. dr. auteur, 1988, n°4, p. 22).

<sup>3990</sup> Dès lors, en effet, que la composition sort de la banalité, elle devient un objet susceptible d'appropriation : « l'empreinte, qu'elle porte, de la personnalité de celui qui l'a imaginée, lui donne accès au droit d'auteur », (DESBOIS H., op. cit., n° 32).

<sup>3991</sup> V. par ex., DESBOIS H., op. cit., n° 32 ; n° 60 et n° 75.

<sup>3992</sup> DESBOIS H., id., n° 29 bis.

<sup>3993</sup> DESBOIS H., id., n° 38.

<sup>3994</sup> V. CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, n° 94 ; VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, n° 273 ; KAHN A.-E., « Droit positif : de la liberté totale à la liberté encadrée », RLDI, n° 82, dossier spécial, « Le Plagiat », mai 2012, p. 97.

<sup>3995</sup> V. notamment : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 nov. 2008, n° 06-19.021, Juris-Data n° 2008-045778, Comm. com. électr., 2009, comm. 1, CARON C., D. 2009, p. 38, EDELMAN B. ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-17.852, Juris-Data n° 2011-008697, Comm. com. électr., 2011, comm. 84, obs. CARON C., RLDI août-sept. 2011, n° 2448, obs. COSTES L. Contra, v. : CA Paris, pôle 5, ch. 2, 28 oct. 2011, PIBD 2011, n° 954, III, p. 78 : « si la combinaison revendiquée procède de choix arbitraires de positionnement, de fixation dans une boutonnière ou de dimensions, il ne peut pour autant être admis qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de son auteur », Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv.

condition que le choix auquel procède l'auteur soit arbitraire et non le résultat d'un savoir-faire, d'une contrainte technique ou déterminé par la commande d'un tiers<sup>3997</sup>.

**Le choix : révélateur de la personnalité de l'auteur.** Toutefois, deux conceptions du choix s'opposent : le choix peut révéler soit la volonté de l'auteur, soit, en plus de sa volonté, sa personnalité. Dans certaines décisions, les choix du créateur en tant que volitions sont, en soi, suffisants à la reconnaissance du statut d'auteur<sup>3998</sup>. Les choix révèlent en ce sens *l'activité* créatrice de l'auteur. Une partie de la doctrine est favorable à subordonner l'originalité d'une œuvre à la découverte de manifestations de la volonté de l'auteur<sup>3999</sup>. D'autres décisions de justice, notamment communautaires<sup>4000</sup>, se fondent, pour l'attribution des droits, sur les choix

---

2014, n° 11-24.273, RTD com., 2014. 106, chron. POLLAUD-DULIAN F. : la Cour de cassation a sanctionné une cour d'appel qui a fondé sa décision sur l'absence d'antériorité et le caractère nouveau des choix opérés pour la conception de bâtiments et de leurs aménagements, pour n'avoir pas « caractérisé en quoi ces choix, pour arbitraires qu'ils fussent, portaient l'empreinte de la personnalité de leur auteur ». Pour d'autres références jurisprudentielles, v. CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, n° 94.

<sup>3996</sup> V. CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, SAS Institute Inc c/ World Programming Ltd. § 67 ; CJUE, 1er mars 2012, aff. C-604/10, Football Dataco Ltd et a. c/ Yahoo ! UK Ltd et a., RIDA 2/2012, p. 337, obs. SIRINELLI P., Comm. com. électr., 2012, comm. 47, note CARON C., Propr. industr., 2012, comm. 75, obs. LARRIEU J., Propr. intell., 2012, p. 421, obs. BENABOU V.-L. ; CJUE 1 dec 2001, aff. C-145/10 Eva-Maria Painer c/ Standard VerlagsGmbH et a..

<sup>3997</sup> Si l'on veut éviter que les secrétaires revendiquent des droits d'auteur sur le travail qu'elles effectuent « par un procédé analogue à la photographie », il faut bien considérer que le choix ne suffit pas à caractériser l'originalité. Il faut distinguer le choix de l'arbitraire. L'arbitraire est un choix mais un choix libre et personnel. C'est un choix qui n'est pas dicté par les contraintes techniques, ou imposé par l'objet d'une commande. Le résultat de l'arbitraire du créateur est très probablement original (v. LATREILLE A., « L'histoire de la photographie, reconnaissance et protection », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, pp. 110). V. pour illustration : Cass. 1<sup>er</sup> civ., 3 fev 2004, n° 02-11400 : photographies « prises selon la technique du déclenchement continu depuis un emplacement imposé aux photographes » ; TGI Paris : 1<sup>er</sup> ch, 14 nov 2001, RIDA, 2/2002, p. 313 obs. KEREVER.

<sup>3998</sup> V. CA Paris, 4e ch., 5 avr. 1994, GP., 1995, 1, somm. p. 93 ; D. 1995, somm. p. 54, obs. COLOMBET ; CA Paris, 4e ch., sect. B, 15 mai 1998, n° 95/16218, 96/10666 ; CA Dijon, 1re ch., 7 mai 1996, GP., 1998, 1, somm. p. 209 ; D. 1998, somm. p. 189, obs. COLOMBET.

<sup>3999</sup> M.Siirainen est favorable à la substitution du critère du « choix comme reflet de la volonté » au critère du « choix comme reflet de la personnalité » : « Peut-on encore, dans ces conditions, parler de forme reflétant la personnalité de l'auteur ? Est-ce que ce dernier a voulu investir son « oeuvre » d'une partie de sa personnalité, ou bien tout simplement différencier son produit des autres, le rendre distinctif, attractif ? Ou encore le protéger des concurrents. C'est quand même très différent... En effet, dans ce dernier cas, l'originalité est plus la marque de « choix » que le reflet d'une personnalité. Ces choix sont dictés par des considérations esthétiques (et les goûts du public ne sont pas forcément ceux du créateur), ou des considérations purement commerciales ou concurrentielles/défensives (protéger ses produits contre les concurrents) » (SIIRAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », Propr. ind, octobre 2010, n° 10, pp. 38-42, n° 15).

<sup>4000</sup> V. CJUE 1 dec 2001, aff. C-145/10 Eva-Maria Painer c/ Standard VerlagsGmbH et a.. n° 150 : les juges évoquent la « création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci ». Pour Mme Benabou, la Cour de Justice de l'Union « s'oriente vers une conception plus « subjective » de l'originalité ( v. BENABOU V. L., « L'originalité, un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 25).

opérés par l'auteur parce que et dans la mesure où ils révèlent la personnalité de l'auteur<sup>4001</sup>, ce qu'approuve également une partie de la doctrine<sup>4002</sup>.

C'est bien en ce dernier sens que Desbois s'appuyait sur le critère du choix. En effet, pour lui, le choix ne se réduit pas à une simple volition. L'analyse d'un choix informe non seulement sur la volonté et les motifs de l'agent mais également sur ses capacités, ses qualités, ses défauts, ses préférences, ses sentiments etc. c'est-à-dire autant d'éléments constitutifs de sa personnalité. Cela apparaît clairement lorsque Desbois évoque la condition de protection des photographies : « *il faudra donc, mais aussi il suffira que l'opérateur ait fait un choix, heureux ou malencontreux peu importe. Ce choix, il l'aura exercé en préférant tel paysage à tel autre, tel éclairage, tel angle de vue à tout autre : peut-être aura-t-il, en se prononçant, témoigné d'ignorance, d'inexpérience, de mauvais goût. Du moins sa personnalité se sera affirmée par le seul fait des options dont il aura pris l'initiative et la responsabilité*<sup>4003</sup> ». A contrario, l'œuvre banale sera celle qui résulte d'une série de choix, soit dont la nature est trop pauvre (par exemple des choix binaires), soit dont la quantité est insuffisante, pour révéler la personnalité de son créateur<sup>4004</sup>.

**L'exclusion du critère de nouveauté.** Desbois réfute toute objectivation du critère positif de protection. Nous reviendrons ultérieurement sur les implications fondamentales de ce rejet pour la science du droit d'auteur, contentons-nous ici de le constater. « Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif<sup>4005</sup> ». Afin de faire comprendre cette idée au lecteur Desbois donne l'exemple de deux peintres qui peignent l'un après l'autre

---

<sup>4001</sup> CA Paris, 4e ch., 20 oct. 1995, D. 1996, somm. p. 285 ; Cass 1e civ, 7 nov 2006, RIDA 1/2007, p. 335, CCE 2007, comm.. 4, note CARON C., PI, 2007, p. 77, obs. BRUGUIERE.

<sup>4002</sup> Par exemple : « il reste qu'un choix ne peut en lui-même être confondu avec l'originalité. Les choix doivent révéler la personnalité du créateur pour qu'ils puissent justifier la protection par le droit d'auteur » (BERNAULT C., « objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1135, 2012, n° 52). Certains auteurs comme Mme Benabou s'inquiètent néanmoins lorsque la Cour de Justice de l'Union Européenne se fonde sur les choix révélateurs de la personnalité pour justifier sa décision : « Choisir n'est pas tout, il faut encore mettre en forme et le choix nécessaire à la réalisation de cette mise en œuvre ne suffit pas à « faire œuvre ». Choisir la glaise ou le modèle n'est pas sculpter » (BENABOU V. L., « L'originalité, un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », art. préc., p. 32). Or il semble ici que Mme Benabou confonde l'objet et la condition, puisque ce n'est pas le choix qui est protégé mais l'objet – sous entendu une concrétisation formelle – à condition qu'il soit le résultat de choix révélateurs de la personnalité de l'auteur.

<sup>4003</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 75.

<sup>4004</sup> En ce sens : « en toute hypothèse, si la combinaison de choix peut caractériser une activité créative, l'œuvre ne peut se limiter à un choix unique », LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 53.

<sup>4005</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 3.

exactement le même paysage. Selon Desbois, le premier fait œuvre nouvelle au contraire du second : « *le second de ces paysages n'est pas nouveau au sens objectif du mot, puisque, par hypothèse, le premier a pour objet le même site*<sup>4006</sup> ». Inutile de revenir sur la confusion commise par Desbois, car, de toute évidence, le second tableau, en dépit de l'identité du sujet, est bien nouveau par la forme<sup>4007</sup>. Remarquons surtout que la distinction dogmatique entre originalité et nouveauté est difficilement tenable. Desbois lui-même résiste avec plus ou moins de réussite à se référer à la nouveauté ou à une conception plus objective de l'originalité. Ainsi dans une note de bas de page consacrée à soutenir l'idée qu'une compilation, au contraire d'une simple collection, constitue une œuvre (relativement) originale il affirme que « l'homme de lettres, qui élabore une anthologie, ne se contente pas de rassembler des morceaux détachés : il opère une sélection, alors que le collectionneur s'efforce de reconstituer un ensemble. C'est l'innovation, inhérente au choix des extraits et, le cas échéant, à leur aménagement, qui imprime les caractères de la création littéraire aux compilations et aux morceaux choisis<sup>4008</sup> ». En conséquence, dans le cadre des compilations, l'innovation – terme dont on ne peut nier la signification objective – de la sélection et de l'ordonnement participe à l'originalité et la révèle<sup>4009</sup>. On peut alors inférer de l'affirmation de Desbois que la nouveauté de la sélection « et le cas échéant » de l'aménagement des morceaux choisis suffisent et sont nécessaires à la protection de la compilation. L'opposition de la nouveauté et de l'originalité, autrement dit, de l'acception objective et de l'opposition subjective du critère de protection, mérite donc d'être fortement relativisé.

Surtout cette opposition toute théorique qu'on ne trouve ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine antérieure<sup>4010</sup>, choque le sens commun puisque elle laisse accroire, à l'instar de l'exemple des deux peintres, qu'une création de forme originale puisse ne pas être 'nouvelle'. S'il est indéniable qu'une création nouvelle n'implique pas nécessairement son originalité, il

---

<sup>4006</sup> Ibid.

<sup>4007</sup> VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., op. cit., n° 255 : « *la vérité est que la seconde œuvre est bien nouvelle et pleinement nouvelle du point de vue de l'art : il s'agit d'une nouveauté 'dans l'univers des formes'* ». V. égal. CARON C., op. cit., n° 84 ; TAFFOREAU P., Droit de la propriété intellectuelle, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Gualino, 2012, n° 55 ; LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, n°73.

<sup>4008</sup> DESBOIS H., op. cit., p. 42, note 1. Il souligne.

<sup>4009</sup> A rapproch. CARON C., op. cit., p. 94.

<sup>4010</sup> Pouillet par exemple ne distingue pas la nouveauté de l'originalité, et a fortiori, ne les oppose pas : « La création est une cause efficiente de la propriété littéraire et artistique, mais créer, dans le langage humain, ce n'est pas, bien entendu, faire quelque chose de rien, c'est faire quelque chose qui n'existait pas », POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris : Marchal Billard et cie, 1879, p. 24, n° 12.

faut, sinon avec M. Caron convenir qu'une création originale est « forcément nouvelle<sup>4011</sup> », du moins admettre avec MM. Lucas et Mme Lucas-Schloetter de « raisonner à la marge pour imaginer une œuvre qui soit originale sans être nouvelle<sup>4012</sup> ». Certains auteurs réfutent l'opposition voire la distinction entre originalité et nouveauté<sup>4013</sup>, dont il ne faut, finalement, « attendre trop de lumière<sup>4014</sup> ».

Si l'énoncé par Desbois de cette opposition laisse perplexe, c'est parce qu'en vérité, il a moins pour finalité de rendre compte de la réalité jurisprudentielle que de préparer les esprits à sa systématisation du droit d'auteur autour du concept d'originalité dont nous étudierons plus loin les effets sur le mode d'étude du droit d'auteur.

Toujours est-il que le message selon lequel la nouveauté d'une œuvre ne détermine pas sa protection sera entendu par un grand nombre de juges. Encore actuellement, la Cour régulatrice sanctionne les cours inférieures lorsqu'elles fondent leur décision de reconnaître l'attribution de droits sur une œuvre sur le seul critère de la nouveauté<sup>4015</sup>.

---

<sup>4011</sup> CARON C., op. cit., n° 84, l'auteur poursuit : « *L'inverse n'est pas vrai car il existe des créations nouvelles qui ne sont pas forcément originales, tout simplement parce que l'apport est banal et se réduit à un simple savoir-faire. En revanche, il est impossible de concevoir qu'une création puisse être originale sans être nouvelle* ». V. aussi : BENSAMOUN A., « La protection de l'oeuvre de l'esprit par le droit d'auteur : ' qui trop embrasse mal étreint', D., 2010, p. 2919 et s. ; BRUGUIERE J.-M., note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 22 janvier 2014, PI, 2014, n° 1, p. 152 ; BERNAULT C., « Objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1135, 2012, n°50.

<sup>4012</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : Litec, 2012, 4<sup>e</sup> éd., n° 118.

<sup>4013</sup> Pour M. Lalignant, l'opposition des conceptions subjective et objective sont vaines : « toute création se caractérise en même temps par rapport à ce que son auteur y a mis de personnel, et ainsi s'apprécie-t-elle alors par rapport à un référent subjectif...En d'autres termes, toute œuvre de l'esprit au sens du droit d'auteur étant une création humaine en situation historique, celle-ci possède à la fois et nécessairement un caractère objectif, en tant qu'ensemble de formes distinctes des formes déjà créées, et un caractère subjectif, en tant qu'ensemble de formes personnelles issues de l'esprit de leur auteur...(...) si l'aspect subjectif et l'aspect objectif se trouvent nécessairement conjoints en toute œuvre de l'esprit, il le sont en proportions variables, la part de création variant selon la nature de l'œuvre et la personne de son auteur : dans une œuvre utilitaire, comme une base de données, elle ne peut être que réduite, alors que dans une œuvre à caractère artistique, comme une chorégraphie, elle est potentiellement plus importante... » (LALIGNANT, op. cit., pp. 78-79) ; CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne : CEDIDAC, 1985, p 133 ; Contra : BERTRAND A. R., op. cit., p. 103, n° 43 : « la nouveauté est une notion objective, puisqu'elle se définit par l'absence d'antériorité, alors que l'originalité est une notion subjective, qui se définit par son individualité et sa nature personnelle. Comme ces deux notions ne sont pas synonymes, il peut y avoir : nouveauté et absence d'originalité, nouveauté et originalité et absence de nouveauté et d'originalité » ; COLOMBET C., *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9<sup>e</sup> éd, Paris : Dalloz, 1999, n° 32 ; DE BELLEFONDS X.-L., *Droits d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, n° 119 ; POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 132.

<sup>4014</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 118.

<sup>4015</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 22 janvier 2014, PI, 2014, n° 1, p. 152, note BRUGUIERE J.-M. : « *qu'en fondant sa décision sur l'absence d'antériorité et le caractère nouveau des choix opérés pour la conception de ces bâtiments et de leurs aménagements, la cour d'appel qui n'a pas caractérisé en quoi ces choix, pour arbitraires qu'ils fussent, portaient l'empreinte de la personnalité de leur auteur, a violé les textes susvisés* ». – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 nov. 2006, PI, 2007, n° 22, p. 77, obs. BRUGUIERE J.-M. – Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 nov. 2006, CCE, janv. 2007, comm. n° 4, note CARON C. ; RTD com., 2007, p. 77, obs. POLLAUD-DULIAN F. – Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 11 févr. 1997, JCP G, 1997,

**La définition de l'originalité de Desbois : le résultat d'une application erronée de la méthode inductive.** « *Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif* »<sup>4016</sup>. Cette proposition que Desbois prétend tirer de la synthèse de la jurisprudence, apparaît pour d'éminents auteurs « étonnamment péremptoire »<sup>4017</sup>. Et pour cause, cette proposition ne reflète qu'imparfaitement la pratique judiciaire antérieure dont Desbois entend proposer la synthèse. Certes avons-nous indiqué, à partir de la fin du XIXe siècle, plus la notion d'originalité est employée par les juges, moins est employée celle de nouveauté. Aussi, la notion de nouveauté apparaissait encore dans la jurisprudence antérieure à la loi de 1957<sup>4018</sup>. En outre, la notion d'« originalité » était dans certaines décisions accompagnée de références explicites à la « nouveauté », révélant ainsi chez les juges une perception objective de l'originalité<sup>4019</sup>, concurrente de l'acception subjective. La promotion de l'acception subjective est surtout l'œuvre de Desbois dans ses notes de jurisprudence<sup>4020</sup>.

En tout état de cause et « contrairement à ce que Desbois prétend » écrit Mme Carré « *l'autorité des précédents ne permet donc pas (du moins doit-elle être très largement relativisée) d'affirmer le rôle primordial de l'originalité (dans un premier temps), ni de la définir comme l'empreinte de la personnalité*<sup>4021</sup> ».

---

II, 22973, 1re esp., note DAVERAT X. ; D. 1998, p. 291, note GREFFE F ; RTD com. 1999, p. 391, obs. FRANÇON A.

<sup>4016</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 3.

<sup>4017</sup> VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., *Droit d'auteur*, Paris : Dalloz, 2013, 2<sup>e</sup> éd., n° 250.

<sup>4018</sup> T. civ. Seine, 19 décembre 1928, DH 1929. 76. – T. civ. Mayenne 31 mai 1935, GP. 1935, 2, 293.

<sup>4019</sup> « *L'examen des décisions rendues par les tribunaux révèle que dans les litiges nés* », note M. Laligant, « non seulement sous l'empire de la loi de 1793, mais également sous celui de la loi du 11 mars 1957, nos magistrats ont souvent eu recours à des critères objectifs, tels 'œuvre nouvelle', 'forme nouvelle', 'agencement nouveau', 'éléments nouveaux', 'œuvre individualisée', 'œuvre distincte', 'forme particulière et spéciale', 'physionomie particulière et distincte', 'configuration particulière', 'caractère singulier', etc. Critères qui, certes apparaissent moins en qualité d'expressions diversifiées de la condition d'application clef du droit d'auteur qu'en qualité d'éléments représentatifs d'une tentative de définition de l'œuvre protégée, mais qui sont, à n'en pas douter, les expressions d'une conception objective de l'originalité... » (LALIGANT, op. cit., n° 84 ; pour des références jurisprudentielles, id., n° 118.

<sup>4020</sup> LALIGANT O., id., n° 66 : « nous n'en voudrions ici qu'un seul exemple, emblématique il est vrai : à propos des décisions s'échelonnant entre 1941 et 1943, dans lesquelles les juges du fond, pour admettre l'originalité, relèvent le 'résultat d'un travail personnel', ou une 'empreinte personnelle, ou encore la 'marque d'un talent personnel', Henri Desbois, dans ses commentaires, dépassant ces termes pourtant parfaitement mesurés et appropriés au genre des œuvres litigieuses, fonda toutes ses observations sur la notion d'empreinte de la personnalité de l'auteur ». Nous renvoyons le lecteur à l'ouvrage de M. Laligant pour les références jurisprudentielles.

<sup>4021</sup> CARRE St., th. préc., n° 236.

**La définition subjective de l'originalité : le résultat d'une approche dogmatique du droit d'auteur.** La cause de la définition subjective de l'originalité est à chercher du côté de l'idée traditionnellement entretenue que le droit d'auteur « est tout entier construit sur une conception personnaliste<sup>4022</sup> », héritière de l'individualisme triomphal de la Révolution<sup>4023</sup>. La loi de 1957, selon Desbois, s'inscrit dans cette perspective individualiste et personnaliste<sup>4024</sup>. D'après cette dernière, le droit d'auteur protège l'œuvre parce que et dans la mesure où la personnalité de l'auteur s'y est déployée. Le miracle de la création est ainsi sacralisé par la prise en compte exclusive, en vue de l'attribution des droits, des liens entre le créateur et son œuvre<sup>4025</sup>. L'originalité se présente naturellement comme le critère d'attribution puisqu'elle atteste des liens entre le créateur et sa création. Néanmoins, comme le note Mme Carré, la consécration doctrinale de la définition subjective de l'originalité puise autant à la théorie personnaliste qu'elle l'alimente en retour<sup>4026</sup>.

*iii) Mode de découverte de l'originalité de l'œuvre*

**Mode d'accès à la connaissance de l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre.** Puisque selon Desbois, est originale l'œuvre marquée par la personnalité de son auteur, le travail du juge se réduit à rechercher si l'œuvre litigieuse présente ou non cette

---

<sup>4022</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, n° 250 ; GAUDRAT PH., « Droits des auteurs - Droits moraux. Théorie générale du droit moral », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1210, 2001 n° 28 : « Toute la particularité du droit d'auteur tient à ce qu'il est construit autour de l'idée que l'œuvre protégeable est une création ayant pour objet l'expression d'une personnalité ». L'interprétation subjective de la notion d'originalité part du principe que la pla protège une émanation de la personnalité de l'auteur et, par conséquent, que le droit exclusif doit porter seulement sur des productions marquées par l'individualité de leur créateur. Cette doctrine opère donc une distinction entre l'expression personnelle, subjective, et ce qui ressortit au domaine de l'objectif, qui, par définition, ne porterait pas le moindre sceau de la personnalité de l'auteur (CHERPILLOD I., op. cit., p. 63). elle trouverait son « origine lointaine et inconsciente, dans les théories esthétiques défendues par les Romantiques, et par Delacroix notamment qui le premier affirme de manière révolutionnaire pour l'époque, que le sujet de l'œuvre, c'est l'artiste lui-même, ses émotions, ses impressions... » (LALIGANT O., op. cit., p. 17).

<sup>4023</sup> GAUDRAT PH., « Droits des auteurs - Droits moraux. Théorie générale du droit moral », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1210, 2001. n° 23. Pour M. Gaudrat, la conception personnaliste innervait déjà les podromes de la propriété littéraire et artistique : GAUDRAT PH., « Propriété littéraire et artistique (1<sup>o</sup> Propriété des créateurs) », Rép. civ. Dalloz, 2007, n° 101.

<sup>4024</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 449.

<sup>4025</sup> CORNU M., *Le droit culturel des biens*, préf. TALLON D., Bruxelles : Bruylant, 1996, p. 280 : « Dans la qualification de l'œuvre de l'esprit » écrit Mme Cornu c'est « le critère personnel qui va dominer, c'est-à-dire le rattachement du bien à son créateur. Car c'est l'activité de laquelle il est issu qui fonde son intérêt du point de vue du droit d'auteur et non sa valeur intrinsèque ».

<sup>4026</sup> En ce sens, v. CARRE St., th. préc., n° 236. Pour M. Caron, l'originalité « justifie l'approche personnaliste du droit d'auteur à la française et les règles exorbitantes du droit commun qui en découlent » (CARON Ch., op. cit., n° 81).

qualité. L'examen de la condition suppose de la part du juge de réaliser uniquement un acte de connaissance et non un acte de volonté. Autrement dit, il n'a pas à rechercher d'autres motifs pour accorder ou non la protection à l'œuvre litigieuse. Toute question relative à l'opportunité de la protection est en principe exclue.

Au plan théorique la connaissance de l'existence d'une œuvre originale ou de son inexistence s'avère loin d'être aisément accessible, car il s'agit rien de moins que de déterminer si une chose immatérielle -la création intellectuelle- reflète quelques traits psychologiques de son créateur. Au plan pratique, la difficulté ne réside qu'à propos des œuvres qui manifestement effleurent la banalité ou celle dont la forme d'expression réduit les manifestations de la personnalité de l'auteur comme pour les titres, les photographies, les créations informatiques ou encore certaines œuvres d'art contemporain<sup>4027</sup>.

**Une méthode analytique.** Desbois n'a pas ménagé ses efforts pour faciliter la tâche des juges dans l'examen des œuvres de l'esprit. A partir de l'étude d'une jurisprudence grouillante, Desbois propose une véritable table analytique destinée à déceler les éléments d'une œuvre susceptibles de revêtir l'empreinte de la personnalité de l'auteur et à mettre à jour les éléments exclusifs d'originalité notamment en raison du principe de non-protégeabilité des idées. La démarche de Desbois est pour le moins originale car, contrairement à la méthode classique traditionnellement empruntée dans les ouvrages de doctrine antérieurs, il s'agit non pas de classer les types d'œuvres a priori pour faciliter l'exposition et la synthèse des objets protégés par la loi à l'aide de critères alternatifs, mais de présenter les techniques de découverte de la seule originalité en fonction des différents genres auxquels les œuvres peuvent appartenir. L'originalité, à savoir la marque de la personnalité de l'auteur, est donc le fil rouge, la constante de chacune des œuvres protégées. Son étude suppose d'exposer l'« anatomie<sup>4028</sup> » de chacune des catégories de formes d'expression afin de déterminer pour chacune d'entre elles le ou les sièges de l'originalité et connaître, in fine, ce qui donne ou non prise au droit d'auteur. Bien que ses résultats soient présentés synthétiquement, les opérations de Desbois sont systématiquement de type analytique. Il s'agit en effet de procéder à des distinctions afin de réduire chaque élément constitutif de l'œuvre à sa plus simple expression pour découvrir s'il est réservable ou s'il relève des idées<sup>4029</sup>.

---

<sup>4027</sup> WALRAVENS N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, préf. SCHMITT J.-M., Paris : Economica, 2005, p. 191 et s.

<sup>4028</sup> Terme que Desbois emploie pour caractériser sa méthode (DESBOIS H., op. cit., n° 21).

<sup>4029</sup> Pour illustrer cette méthode, nous pouvons décrire les premières distinctions opérées par Desbois en fonction du genre de l'œuvre. Il distingue pour commencer les œuvres littéraires, artistiques (ou figuratives) et musicales.

Cette méthode atteste de l'enjeu épistémologique de la condition d'originalité. Il s'agit en effet d'accéder à une connaissance bien précise : l'absence ou la présence de résidus de la personnalité de l'auteur dans l'œuvre litigieuse. Le juge est comme l'expert médico-légal qui recherche des traces d'ADN dans un corps. A la place de tubes à essai, d'étuves et de centrifugeuses, le juge se voit offrir un kit d'analyse composé de multiples critères de distinctions destinés à simplifier toujours davantage la découverte dans l'œuvre de ces résidus de personnalité.

**L'influence de Desbois.** La triple opération à laquelle Desbois a procédé relativement à la notion d'originalité, à savoir élever le critère en condition exclusive de protection, lui assigner une signification restrictive – *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* – et fonder le droit d'auteur sur le concept d'originalité, témoigne selon nous et dans une certaine mesure d'un abus d'abstractions logiques dont parlait Gény. Gény, on s'en souvient, s'il admettait l'introduction d'abstractions et de concepts (par nature subjectifs) pour interpréter et appliquer la loi à l'instar de la personnalité morale ou du patrimoine, il contestait la croyance selon laquelle ces concepts s'avéraient absolus et nécessaires à l'interprétation et l'application de la loi.

Avec Desbois, les juges sont invités, afin d'ouvrir les portes de la loi à une création, à n'employer uniquement le critère d'originalité dans son acception subjective. Ne point employer ce critère, semble suggérer Desbois, c'est méconnaître voire dénaturer le droit d'auteur. Sous son influence majeure, les juges vont s'employer de plus en plus à recourir à ce critère sacralisé, ce que la doctrine, dans un premier temps, avalisera. A l'initiative de Desbois et en raison de l'attitude des juges et de la doctrine, le critère (subjectif) de l'originalité devient la condition nécessaire et suffisante de protection des œuvres de l'esprit.

---

Cette catégorisation, pour naturelle et traditionnelle qu'elle soit, présente l'intérêt de distinguer les œuvres en fonction de leurs éléments constitutifs, simplifiant ainsi la détection de l'originalité. L'œuvre littéraire est ainsi constituée d'idées, d'une composition et d'une expression (v. DESBOIS H., id., n° 8) quant à l'œuvre musicale, elle est composée d'une mélodie, d'un rythme et d'une harmonie (v. DESBOIS H., id., n° 105) ; enfin, l'œuvre d'art est constituée d'une composition et d'une exécution personnelle (v. DESBOIS H., id., n° 10 et n° 62). Ces distinctions permettent à Desbois de mettre en lumière les sièges potentiels de l'originalité : l'ouvrage littéraire peut être original par la composition et/ou l'expression, tandis que l'œuvre musicale ne peut l'être qu'à travers l'harmonie (v. DESBOIS H., id., n° 109) ; enfin l'œuvre d'art sera originale principalement par l'exécution personnelle (v. DESBOIS H., id., n° 10 et n° 58). Les éléments rétifs à supporter la marque de la personnalité de l'auteur constituent le fond commun n'appartenant à personne privativement. L'analyse encore simple à ce stade devient plus exigeante lorsqu'il s'agit de déterminer si une œuvre composite ou dérivée présente la qualité d'originalité. Nous renvoyons ici à l'ouvrage de Desbois (v. DESBOIS H., id., n° 22 et s.).

Réceptionnée par les juges, elle se présente alors sous une forme mixte : elle est à la fois cet instrument juridique qui permet au juge d'appliquer la norme attributive de droit, et, dans le même temps un concept présenté comme essentiel à l'institution du droit d'auteur. Confrontée à de nouvelles formes de création, cette dualité s'est transformée en tension. Au lieu de sacrifier le concept essentialiste de l'originalité sur l'autel de la technique juridique et du pragmatisme, les juges ont tenté de ménager la fonction pratique de l'instrument et de sauvegarder la fonction symbolique et identitaire du concept d'originalité. De ce choix, considéré pour certains comme malheureux, est résulté ce que l'on nomme la crise de la notion d'originalité. Cette crise tient notamment dans le fait que l'originalité est employée dans certains cas, comme s'il s'agissait d'une fiction juridique alors qu'en principe elle ne présente pas la nature d'une fiction juridique.

c) Rejet du raisonnement conséquentialiste (ou de la « logique de l'utilité »)

Selon Desbois, seul le lien entre le sujet de droit (*l'auteur*) et l'objet du droit (*l'œuvre de l'esprit*) est et doit être pris en considération lors de la reconnaissance de l'existence du monopole d'exploitation de l'auteur sur son œuvre. La question de l'opportunité dudit monopole ne se pose pas – ou ne devrait, en toute logique, pas se poser – au stade de la mise en œuvre de la condition d'originalité. Cette approche aprioristique apparaît lorsque Desbois distingue, voire oppose, le critère *d'originalité* et le critère de nouveauté qu'il distribue respectivement à la propriété littéraire et artistique et à la propriété industrielle.

La nouveauté, selon Desbois, est étrangère à la propriété littéraire et artistique : « à l'intérieur du cercle des droits d'auteurs » dit-il « a cours une toute autre monnaie, le concept *d'originalité* entendu en une acceptation relative, subjective<sup>4030</sup> ». Desbois affirmait encore dans un passage célèbre de son ouvrage que « la différence (...) entre originalité, notion subjective, et nouveauté, notion objective, constitue l'une des pièces maîtresses du contraste, qui existe entre les institutions de la propriété industrielle et celles de la de la propriété littéraire et artistique<sup>4031</sup> ». Ces remarques, si elles concernent à première vue les conditions d'accès à la propriété littéraire et artistique et à la propriété industrielle, revêtent en vérité une

---

<sup>4030</sup> DESBOIS H., id., n° 5.

<sup>4031</sup> DESBOIS H., id., p. 6.

importance capitale tant pour la représentation de la matière dans son ensemble (que ce soient ses fondements, son contenu ou sa finalité) que pour la méthode qui préside à l'étude de celle-ci. Il faut pour s'en convaincre reproduire les propos de Desbois :

« La nouveauté est entendue en un sens, qui reflète la politique des brevets, dans laquelle le souci de l'intérêt général prédomine, alors que l'intérêt personnel des créateurs inspire et oriente le dispositif des droits d'auteurs. (...) L'Etat ne protège l'invention que dans la mesure où celle-ci rend un service à la société (...) Dans le dispositif du régime des brevets, une invention a cessé d'être nouvelle, et partant brevetable dès l'instant où, de quelque manière que ce soit, elle a été divulguée avant de faire l'objet d'une demande de brevet : quel que soit le mérite de l'inventeur, elle n'est plus intéressante pour la communauté ; la concession d'un monopole temporaire serait un acte purement gratuit, puisque la révélation, d'ores et déjà réalisée, supprime la contrepartie de l'exclusivité momentanée.

Voilà un système, qui est en opposition absolue avec le dispositif des droits d'auteur, puisque l'accent est mis sur l'intérêt général au lieu de l'intérêt particulier des inventeurs. Les droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas considérés, dans la législation française, comme les instruments d'une politique, inspirée par des considérations d'opportunité, par le souci de stimuler la création intellectuelle ; ils constituent les modes d'expressions du respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs<sup>4032</sup> ».

Selon Desbois, la propriété industrielle, contrairement au droit d'auteur, est justifiée par l'utilité sociale ou l'intérêt général. La finalité de ce droit explique le critère d'attribution des différentes prérogatives qui le composent. En effet, c'est parce que la société bénéficie de la divulgation d'une invention nouvelle qu'il est attribué à son inventeur un monopole d'exploitation sur celle-ci. La propriété industrielle se présente donc comme un échange, un contrat synallagmatique dont les prestations réciproques sont l'attribution d'un monopole temporaire au profit de l'inventeur et la publication de la nouvelle invention au profit de la communauté. La communauté ne tirerait aucun bénéfice de la protection d'une invention qui ne serait pas initialement nouvelle ; l'octroi de cette protection serait dépourvu de cause, un « acte purement gratuit » dit Desbois car sans contrepartie. Cette approche de la propriété industrielle correspond à une analyse instrumentale propre à la pensée utilitariste. Les conditions et la mesure de la protection octroyée par le législateur sont fixées en considération de l'utilité procurée à la société toute entière. Le monopole d'exploitation octroyé sur

---

<sup>4032</sup> DESBOIS H. , id., pp. 6-7.

l'invention constitue une charge pour la société qui s'analyse néanmoins en une incitation à l'innovation profitant au plus grand nombre. La propriété industrielle est habituellement représentée selon une approche « positiviste » : issue de la volonté du législateur et finalisée par l'intérêt général, cette branche se justifie dans la mesure où elle se présente comme bénéfique à la société.

Cette justification, de type instrumental, s'accorde-t-elle à la propriété littéraire et artistique ? Avant de présenter la réponse de Desbois, rappelons que dans les pays de copyright, globalement, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle se justifient de la sorte. Les économistes présentent également les droits de propriété littéraire et artistique, à l'instar des droits de la propriété industrielle, comme des incitations à la production de biens immatériels destinés à accroître, par leur diffusion, le bien-être général<sup>4033</sup>. Enfin, certains juristes hexagonaux s'écartent de l'orthodoxie en concevant le droit d'auteur de manière instrumentale comme le moyen de promouvoir la création<sup>4034</sup> ou la culture<sup>4035</sup>. Ces différents propos témoignent, même en France, de l'absence de consensus sur les justifications du droit d'auteur et de l'existence d'un discours de type conséquentialiste. Rétrospectivement, l'avis de Desbois sur ce point s'avère aussi tranché que décisif.

Pour l'auteur, les deux branches de la propriété intellectuelle se distingueraient non seulement par leur objet mais également par leur ratio juris. Il existe entre elles, dit-il, une « opposition absolue ». A la différence du droit de la propriété industrielle, la propriété littéraire ne serait pas finalisée par la satisfaction de l'intérêt général ou l'utilité sociale. Autrement dit, pour Desbois, le droit d'auteur n'est pas un droit « compensateur » au contraire de la propriété industrielle, il ne tend pas à organiser la « commutation » entre les deux parties, l'auteur et la société. L'utilité qui domine le « contrat » entre l'inventeur et la société dans la propriété industrielle, n'est pas recherchée par le droit d'auteur. Ce rejet de l'instrumentalisme peut a priori surprendre. On pourrait en effet très bien substituer *l'invention nouvelle* par *l'œuvre originale*, et présenter le droit d'auteur comme le contrat par lequel l'auteur livre une œuvre

---

<sup>4033</sup> V. BENHAMOU F., FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, Paris : La Découverte, 2009, 2<sup>e</sup> éd., pp. 10-11.

<sup>4034</sup> Par exemple : BENABOU V.-L., « Puiser à la source du droit d'auteur », RIDA, avril 2002, n° 194, p. 51 : « *quel que soit le système juridique dont il est issu, le droit d'auteur est attribué par l'Etat afin de promouvoir la création ; c'est sa finalité ultime* ».

<sup>4035</sup> SIIRIAINEN F., « L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, p. 496 : le droit d'auteur est « destiné à servir, à travers un système fondé sur le droit de propriété, une valeur non marchande : la culture » ; v. du même auteur, SIIRIAINEN F., « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit », in, *Droit économique et droits de l'homme*, actes du colloque organisé par le Centre de recherche en droit économique les 22 et 23 janvier 2009 à Nice, Bruxelles : Larcier, 2009, pp. 439-461.

originale à la société qui le lui rend en lui reconnaissant un monopole temporaire d'exploitation. Idée qui, soit dit en passant, n'a rien d'inédit puisqu'elle était soutenue par les adversaires de la propriété littéraire au XIXe. Comment Desbois parvient-il à rejeter cette théorie positiviste du contrat et cette conception instrumentale du droit d'auteur ? Comment réussit-il à empêcher de penser le droit d'auteur en termes d'utilité ? A l'instar d'Escarra, Rault et Hepp, il substitue la fiction de l'« échange » par celle du « don<sup>4036</sup> ». L'auteur, en effet, n'est pas représenté, au contraire de l'inventeur, comme rendant un service à la société qu'il faudrait récompenser en retour. L'auteur délivre gratuitement, sans contrepartie, à la société, pour ainsi dire, une fraction de lui-même. Ce don génère une obligation naturelle et unilatérale « de respect<sup>4037</sup> » de la société à l'égard de l'auteur et de ses œuvres. La création de l'œuvre et l'obligation de respect ne se trouvent pas contenues et inscrites dans un contrat synallagmatique. Ni ce fait, ni cet acte, ne constitue la cause juridique de l'autre. Lorsque le législateur traduit positivement cette obligation de respect à la charge des tiers, il ne vise pas à inciter l'auteur à donner davantage, il ne fait que se conformer à une norme de source naturelle.

Aucune raison d'opportunité ne présiderait donc à l'attribution des droits d'auteur : le législateur dans la loi de 1957 s'est contenté d'exprimer le « *respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs*<sup>4038</sup> ». La propriété littéraire et artistique n'est pas finalisée par l'utilité sociale mais par la recherche de la plus parfaite conformité avec cette règle naturelle consistant à respecter l'auteur et son œuvre en raison du lien qui unit l'un à l'autre. En ce sens, l'originalité se présente comme le fondement de ces droits<sup>4039</sup> destinés à garantir le respect auquel l'auteur a naturellement droit : c'est parce que l'œuvre est l'émanation de la personnalité de l'auteur, que le législateur octroie à celui-ci les instruments juridiques nécessaires à la protection de sa personne et de son œuvre. On comprend alors ce qui sépare la propriété littéraire de la propriété industrielle. Alors que cette dernière est instituée en vue de satisfaire l'intérêt général, la propriété littéraire est formée en vue de protéger l'auteur et son œuvre, bien trop exposés aux risques d'être les victimes de l'irrespect des tiers.

---

<sup>4036</sup> Sur la théorie du « don » de l'auteur au profit de la société, V. BERNAULT C., « objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », art. préc., n° 170 ; EDELMAN B., « Une loi substantiellement internationale – la loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins », *Journal de droit international*, n° 3, 1987, p. 575 ; SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Propr. ind.*, octobre 2010, n° 10, pp. 38-42, n° 19.

<sup>4037</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, n° 4.

<sup>4038</sup> DESBOIS H., *id.*, n° 4.

<sup>4039</sup> DESBOIS H., *id.*, n° 150.

A vouloir opposer, par nature et non par degré, la propriété industrielle et la propriété littéraire artistique, Desbois est conduit à faire découler la première de la loi positive, et la seconde du droit naturel. En effet, la propriété industrielle, destinée à servir l'intérêt général, est une création de la loi, elle trouve sa source dans la volonté du législateur. Au contraire, les droits d'auteur dit-il « *constituent les modes d'expressions du respect qui est dû aux œuvres de l'esprit et à leurs créateurs*<sup>4040</sup> ». Quelle est la source de ce devoir qui s'impose notamment au législateur ? En l'absence de précision, il faut présumer que la source est le droit naturel ou l'un de ses avatars. Le législateur doit faire respecter – et partant doit respecter lui-même le créateur et son œuvre car un tel respect s'impose à lui<sup>4041</sup>. Le législateur emploie les pouvoirs qui lui sont conférés pour traduire positivement une norme transcendante qui lui préexiste. Cette conception idéaliste emporte des conséquences fondamentales pour la matière. Nonobstant qu'il est impossible de prendre connaissance de cette source extra-juridique – c'est le propre du langage du droit naturel de ne pouvoir être contesté sur son propre plan – cette approche a pour effet d'exclure de la méthode d'étude du droit d'auteur la prise en compte des effets des règles notamment sur les intérêts du public.

En coupant à la racine le raisonnement de type conséquentialiste ou le mode de pensée utilitariste, la doctrine personnaliste entend resserrer l'analyse sur le sujet (l'auteur) et l'objet (l'œuvre) du droit ce qui a pour effet d'empêcher, ou du moins de réduire, la prise en compte de tous les intérêts concernés par ces règles. A cette fin, il faut pouvoir penser le rapport entre l'auteur et son œuvre de manière exclusive : ici réside tout l'intérêt du critère d'originalité défini comme *l'empreinte de la personnalité de l'auteur*. Justification aux droits privatifs de l'auteur, l'originalité conditionne leur attribution ce qui conduit à exclure la prise en compte des intérêts des destinataires des œuvres. Pour que le système du droit d'auteur selon Desbois puisse tenir, la condition d'originalité doit être placée au cœur du droit d'auteur. On comprend alors la raison pour laquelle l'originalité est sacrée « pierre de touche » voire fondement du droit d'auteur.

Fixer l'originalité au cœur du droit d'auteur permet d'expliquer et surtout de justifier l'approche personnaliste mais conduit, dans le même temps, à poser les barrières au discours

---

<sup>4040</sup> DESBOIS H., id., p. 7. Nous soulignons.

<sup>4041</sup> Il peut être envisagé que le devoir de respect le créateur et son œuvre est imposé par les textes internationaux tels la Convention de Berne cependant rien ne laisse penser que Desbois entendait fonder le droit d'auteur sur des règles supérieures à la loi dans la hiérarchie des normes.

de type conséquentialiste<sup>4042</sup>. Dès lors, le terme d' « équilibre », qui tend généralement à se référer aux effets des normes sur les intérêts, n'est plus dans cette conception d'aucune utilité. Comme nous allons le voir dès maintenant, le terme va servir à désigner les droits étrangers. Cette fonction référentielle a pour effet corrélatif de souligner que le droit d'auteur français ne se traduit pas en termes d' équilibre des intérêts.

## II) L'association du terme « équilibre » aux systèmes étrangers

Parallèlement à l'abandon de l'acception sociale de l'« équilibre », la notion va progressivement servir à désigner des ordres étrangers comme le copyright (A) et dans une moindre mesure le droit d'auteur allemand (B).

### *A) Les causes d'association de l'« équilibre » au copyright*

Durant les années 1990, au moment de l'élaboration des grands textes internationaux sur la propriété intellectuelle, des auteurs, tel M. Goutal, s'inquiétaient de la mention d'« équilibre » dans certains énoncés. A cette occasion il déclarait que l'idée d'équilibre était propre au système du copyright et étrangère au système français :

« L'idée d'un équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs des œuvres (...) est typiquement anglo-américaine. La doctrine de ces pays explique volontiers que le copyright a une vision utilitariste du droit, lequel doit servir à favoriser le développement des connaissances et les progrès de la science, de sorte qu'il faut établir une "arithmétique" entre le

---

<sup>4042</sup> Ces barrières sont parfois franchies par Desbois. Pour expliquer et justifier la durée limitée des droits d'auteurs Desbois rappelle que « le législateur ne peut, en effet, oublier que les droits exclusifs sont exercés aux dépens de la société tout entière » (DESBOIS H., id., n° 322) et il indique quant aux exceptions aux droits de l'auteur, qu'elles ont été fixées par le législateur pour des motifs d'intérêt général (DESBOIS H., id., n° 246). Dans un article, Desbois avait même admis que « les droits exclusifs servent l'intérêt général, par l'intermédiaire des intérêts privés dont ils assurent la protection » (DESBOIS H., « Les rapports entre la propriété industrielle et le régime de la concurrence dans le Traité du marché commun », in, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris : Dalloz et Sirey, 1961, p. 425, cité par STROWEL A., « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 275.

monopole des auteurs et l'intérêt du public. (...) Que cette conception à base d'équilibre et d'arithmétique soit celle des pays du Common law, libre à eux ! (...) Pour nous, le droit d'auteur ne repose pas sur un "donnant-donnant", à la différence du brevet, qui donne un monopole contre une divulgation. Pour nous, le droit d'auteur n'est pas fait pour favoriser la diffusion des connaissances et de la culture. Il est fait pour conférer une reconnaissance et une consécration aux auteurs, en protégeant leurs œuvres et leur personne (préoccupation étrangère au Copyright) contre les tentatives d'appropriation, d'altération, d'indiscrétion de la part des tiers, et en leur permettant, si possible, de vivre du produit de leur art<sup>4043</sup> ».

Il s'agit ici de vérifier les raisons pour lesquelles la doctrine française associe le système du copyright à l'idée d'équilibre. Trois causes peuvent, à cet égard, être examinées : en premier lieu, le fondement utilitariste du copyright (1), en second lieu l'existence d'une exception dite ouverte favorable aux utilisateurs (2), enfin la doctrine qui s'exprime régulièrement à l'aide du terme anglais « balance », fournit une dernière raison d'associer le copyright à l'équilibre (3).

1) Les sources utilitaristes du copyright

L'étude de la source historique (a) précédera l'étude de la source constitutionnelle (b).

a) La source historique : le *Statute of Anne*

L'inspiration première des législateurs et du constituant américains est le droit anglais et plus précisément la loi de la Reine Anne Stuart (*Statute of Anne*) de 1710<sup>4044</sup>, réputée être la toute première législation du droit d'auteur<sup>4045</sup>. Cette loi a promulgué dit-on « deux copyrights et non un seul<sup>4046</sup> » car, d'une part, elle réaménage le système des privilèges des éditeurs (*stationer's copyright*) et, d'autre part, octroie, à l'auteur des droits<sup>4047</sup>. En raison de ce double

---

<sup>4043</sup> GOUTAL J.-L., « L'environnement de la directive 'droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information' en droit international et comparé », *Comm. com. électr.*, février 2002, p. 10.

<sup>4044</sup> BERTRAND A. R., *op. cit.*, n° 101, p.13 ; GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA*, n° 147, janvier 1991, p. 140.

<sup>4045</sup> V. toutefois les réserves de M. Rideau (RIDEAU F., *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, préf. CHENE Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 2004, p. 87).

<sup>4046</sup> RIDEAU F., *th. préc.*, p. 86 et *spec. sur les votes successifs du titre de la loi*, pp. 89-92.

<sup>4047</sup> V. RIDEAU F., *th. préc.*, p. 84 et s. ; BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 263 et s. ; GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA*, n° 147, janvier 1991,

objet, il s'avère difficile de cerner les véritables motifs de la loi<sup>4048</sup>, néanmoins, pour la première fois, les auteurs se voyaient reconnaître par une loi générale des droits exclusifs de reproduction sur leurs œuvres d'une durée, à l'origine, de quatorze ans renouvelable une fois<sup>4049</sup>.

Quoique cette loi semble être inspirée de la théorie lockéenne la propriété<sup>4050</sup>, elle révèle surtout l'adoption par le législateur anglais de l'approche instrumentale du droit d'auteur<sup>4051</sup> rétive par principe à la reconnaissance d'un droit naturel, par définition, antérieur et supérieur à la loi. En effet, les droits attribués aux auteurs, au même titre que la régulation du système des privilèges d'édition étaient, ainsi que l'atteste l'intitulé de la loi<sup>4052</sup>, destinés à « encourager les hommes savants à composer et à écrire des livres utiles<sup>4053</sup> ». Bien que l'utilitarisme n'avait, de fait, pas encore été systématisé par Bentham, on peut cependant énoncer rétrospectivement qu'à l'origine, le copyright adopte un axe de justification utilitariste<sup>4054</sup>.

---

p. 138 ; BOYTHA G., La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique, RIDA, janvier 1992, n° 151, p. 62 et s.

<sup>4048</sup> V. STROWEL A., th. préc., n° 87 ; RIDEAU F., th. préc., pp. 89-92. Pour M. Boytha, « le Statut de la Reine Anne et les lois sur le copyright qui émanent de cette philosophie ne se préoccupaient pas beaucoup des intérêts personnels des auteurs » (BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 68). V. aussi : GAUDRAT Ph., « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la 'société de l'information' », RTD com., 2003, p. 285 et s., n° 7 ; DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », Cahiers marxistes, 2005, n° 232, p. 18.

<sup>4049</sup> Le bénéfice du droit était subordonné à des formalités : l'enregistrement de l'œuvre et le dépôt d'exemplaires. Comme moyens de protection, la loi prévoyait la destruction des exemplaires contrefaits ainsi que des dommages et intérêts.

<sup>4050</sup> V. STROWEL A., th. préc., n° 144 ; STROMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, t.I, p. 110.

<sup>4051</sup> GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, n° 147, janvier 1991, p. 138 : « Le titre et le préambule de cette loi énoncent la politique qui devait fournir le raisonnement essentiel sous-tendant les lois sur le droit d'auteur tant anglaises qu'américaines : le droit d'auteur sert à encourager les auteurs à créer afin que le public puisse avoir accès à leurs ouvrages et être enrichi par ces oeuvres ».

<sup>4052</sup> « An act for the Encouragement of Learning by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies », cité par GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, n° 147, janvier 1991, p. 139. Comme le note M. Rideau, « l'idée n'était cependant pas révolutionnaire si l'on se réfère aux fondements des premiers privilèges dont l'objectif était aussi d'encourager les publications 'utiles' au public. Mais, désormais, cette fin figurait de manière explicite dans l'intitulé de la nouvelle législation, sans référence directe au contrôle de la presse : évolution sensible qui marquait l'indépendance du marché littéraire face aux nécessités de la politique de censure » (RIDEAU F., *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, préf. Ch. Chêne, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, p. 85 ; même constat pour Alain Strowel, STROWEL A., th. préc., n° 87).

<sup>4053</sup> Cité par GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, n° 147, janvier 1991, p. 138.

<sup>4054</sup> V. GEIGER Ch., th. préc., n° 87 ; HESSE C., « The rise of intellectual property, 700 B.C.--A.D. 2000 : an idea in the balance », Daedalus, 2002, n° 2, p. 37.

L'idée que l'auteur soit titulaire d'un droit naturel de propriété fut pourtant soutenue quelques décennies plus tard par les éditeurs. Ceux-ci tentèrent de démontrer qu'à l'issue du délai prévu par le Statute of Anne, le copyright pouvait se prolonger. En effet, ils prétendaient que ce droit puisait dans d'autres sources que la loi. Ils sollicitèrent auprès des Cours d'Equity non pas une extension de la durée du droit consacré par le Statute of Anne – les juges n'avaient pas ce pouvoir – mais des injonctions interdisant aux autres éditeurs de faire concurrence. Certains d'entre eux obtinrent gains de cause<sup>4055</sup> et enhardis par cette victoire, ont souhaité obtenir la même décision auprès des cours de common law. Dans l'affaire Millar contre Taylor de 1769<sup>4056</sup>, les éditeurs londoniens, soutenu par Blackstone, ont avec succès convaincu les juges du *King's Bench* présidé par Lord Mansfield que l'auteur, à l'extinction du droit conféré par le Statute of Anne, disposait encore d'un droit perpétuel issu du droit commun (common law) fondé en justice. Succès toutefois provisoire puisque cinq ans plus tard les juges de la Court of Sessions admettaient contre les libraires londoniens que le seul common law copyright que l'auteur était en mesure de revendiquer était celui sur une œuvre non divulguée<sup>4057</sup>. Les juges écartent donc la théorie de la propriété littéraire de common law et rejettent corrélativement l'idée d'un droit exclusif perpétuel, fondé en justice, antérieur à la législation<sup>4058</sup>.

La loi puis la jurisprudence venaient de « sceller » positivement le devenir du copyright en le privant de toute assise jusnaturaliste<sup>4059</sup> et en consacrant la loi comme sa source unique. L'approche utilitariste du copyright venait de supplanter l'idée d'une propriété littéraire fondée sur le droit naturel<sup>4060</sup>.

<sup>4055</sup> V. BOUCHET-LE MAPPIAN E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préf. A. Lucas, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, n° 92.

<sup>4056</sup> Millar v. Taylor (1769). V. STROWEL A., th. préc., n° 88 ; le but étant pour les éditeurs de défendre leurs intérêts par le truchement de la défense de ceux des auteurs. Basiquement, les éditeurs démontrèrent qu'en dehors du *statutory's copyright* (consacré par la loi d'Anne) l'auteur disposait encore d'un common law copyright lequel trouverait dans la justice naturelle son fondement. Les juges en 1774 donnèrent raison aux éditeurs (v. DAVIES G., *Copyright and the public interest*, Aberystwyth, 1997, p. 25 et s. ; BOUCHET-LE MAPPIAN E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préf. LUCAS A., Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, n° 92 ; RIDEAU F., th. préc., p. 201 et s. ; NGOMBE L. Y., *Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective*, RIDA, n° 194, octobre 2002, p. 31 et s.).

<sup>4057</sup> Dans l'affaire Donaldson c. Beckett de 1774 ; v. BOUCHET-LE MAPPIAN E., op. cit., n° 92 ; STROWEL A., th. préc., n° 90 ; RIDEAU F., th. préc., p. 204 et s.

<sup>4058</sup> Pour Mme Davies, les deux affaires précédentes, la question du besoin de trouver un « équilibre » (balance) entre les droits de l'auteur d'une part, et les intérêts du public en général d'autre part, était particulièrement prégnante (DAVIES G., op. cit., p. 28).

<sup>4059</sup> V. STROWEL A., th. préc., n° 90 ; v. aussi : n° 94 : « *le précoce Statut d'Anne, en réalité, a enrayé le développement de la propriété naturelle et perpétuelle des œuvres, pour lui substituer un droit innomé, statutaire et temporaire* ».

<sup>4060</sup> HESSE C., « *The rise of intellectual property, 700 B.C.--A.D. 2000 : an idea in the balance* », Daedalus, 2002, n° 2, p. 37.

b) La source constitutionnelle

En 1787, décidés à se fédérer les Etats du Nord se dotent d'une Constitution dans laquelle est attribué au Congrès le pouvoir de légiférer « en vue de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en garantissant pour un temps limité aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et découvertes respectifs<sup>4061</sup> ». Le constituant habilite ainsi l'organe législatif fédéral à accorder aux créateurs et inventeurs des droits exclusifs, dans la mesure où leur garantie contribue à encourager le développement des sciences et des arts.

Afin de bien la mesurer l'importance de cette finalité qui subordonne l'institution de la propriété intellectuelle, soulignons que cette clause constitutionnelle est la seule, parmi toutes celles qui attribuent des compétences au Congrès, qui se voit assortie d'une finalité<sup>4062</sup>. Le constituant ne pouvait être plus clair sur la *causa finalis* de la propriété intellectuelle. On notera également le refus du constituant américain de recourir à une justification de type jusnaturaliste<sup>4063</sup>. L'approche qui a présidé à la rédaction de la clause constitutionnelle se distingue alors de celle adoptée par les législateurs des Etats fédérés quelques années plus tôt<sup>4064</sup>. En effet, certains législateurs avaient en partie justifié l'instauration de droits de propriété intellectuelle par l'équité, la justice naturelle<sup>4065</sup>, ou encore « les droits naturels appartenant à tous les hommes<sup>4066</sup> ». Cette justification de type jusnaturaliste était généralement accompagnée de motifs de type utilitariste : « *l'encouragement des hommes de*

---

<sup>4061</sup> «*The Congress shall have Power (...) 8. To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries* », Constitution des Etats-Unis d'Amérique, article 1, section 8, clause 8, cité par STROWEL A., th. préc., n° 92.

<sup>4062</sup> V. STROWEL A., th. préc., n° 92.

<sup>4063</sup> Le contraire n'aurait absolument pas été surprenant étant donné que la Déclaration d'indépendance faisait déjà allégrement référence au droit naturel : « Chaque homme est investi par son créateur de certains droits *inaliénables (...)* Pour protéger ces droits, des gouvernements sont établis parmi les hommes » (cité par NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », RIDA, n° 194, octobre 2002, p. 61).

<sup>4064</sup> Pour cette période, V. GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, n° 147, janvier 1991, p. 246 et s. ; NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », art. préc., p. 7 et s.

<sup>4065</sup> Par exemple la loi du Connecticut de janvier 1783 (v. GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, n° 147, janvier 1991, p. 246) ou encore la loi du New Jersey (1783) qui se réfère aux « principes de l'équité » (v. STROWEL A., th. préc., n° 91) ou la loi de Georgie (« principes d'équité et justice naturelles) de 1786 (cité par NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », art. préc., p. 11).

<sup>4066</sup> Par exemple les lois des Etats du New Hampshire (novembre 1783) et de Rhode Island (décembre 1783) (v. STROWEL A., th. préc., n° 91).

savoir<sup>4067</sup> », « *l'amélioration des connaissances, le progrès de la civilisation, le bien public de la communauté, et l'avancement du bonheur humain*<sup>4068</sup> ». Le constituant américain a donc préféré écarter un mode mixte de justification au profit de la seule justification utilitariste<sup>4069</sup> dans la lignée du Statute of Anne<sup>4070</sup>.

La clause constitutionnelle fait dire à la doctrine française que « *la protection de l'intérêt individuel de l'auteur ou du propriétaire est alors considérée comme secondaire*<sup>4071</sup> ». Au contraire, pour l'un des rédacteurs de la clause, Madison, « *l'intérêt du public et les revendications individuelles coïncid[ent]*<sup>4072</sup> ». La clause constitutionnelle en effet met moins en lumière une hiérarchie des intérêts que le cumul de leur satisfaction : dès lors que l'intérêt du public trouve satisfaction par la production du créateur, les intérêts de ce dernier méritent protection. Au contraire, si la société n'a aucun intérêt à accéder à la création, rien ne justifie que son auteur reçoive un privilège.

Le législateur américain, dès 1790, ne se départ pas de cette perspective instrumentale adoptée par la Constitution et le Statute of Anne. L'intitulé de la première loi sur le droit d'auteur qu'il adopte est, à cet égard, sans équivoque : « *loi pour l'encouragement du savoir, en prévoyant que les exemplaires de cartes géographiques, de cartes marines et de livres appartiendront*

---

<sup>4067</sup> Loi du Connecticut de janvier 1783 (v. GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », art. préc., p. 246).

<sup>4068</sup> Préambule de la Loi du Massachusetts ( mars 1783) (v. STROWEL A., th. préc., n° 91) ; notons que la Loi de Pennsylvanie (« Loi pour l'encouragement et la promotion du savoir en investissant les auteurs ou acheteurs d'exemplaires d'ouvrages imprimés d'un droit sur ces exemplaires pendant la durée y mentionnée ») comme la Constitution, écartait toute référence au droit naturel (v. NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », art. préc., p. 55).

<sup>4069</sup> Citons par exemple l'un des rédacteurs de la clause constitutionnelle, Pickney qui s'était, à propos de cette dernière, exprimé avec des accents très benthamiens : « *Dans notre souci de l'intérêt du pays dans son ensemble, nous ne devons pas oublier les droits et la protection des individus, car ce sont les efforts des individus, correctement dirigés et protégés, qui contribuent au bien-être du pays* » (cité par NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », art. préc., p. 67 ; V. égal. BENIZRI Y.-A., « Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet », R.D. McGill, n° 53, 2008, p. 380).

<sup>4070</sup> HESSE C., « The rise of intellectual property, 700 B.C.--A.D. 2000 : an idea in the balance », art. préc., p. 38 : « The Statute of Anne, as ratified by the Donaldson v. Beckett decision, became the basis for the relevant clause in the Federal Constitution of 1787 ».

<sup>4071</sup> FRANÇON A., La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, Paris : Arthur Rousseau, 1955, p. 3. V. égal. NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », art. préc., p. 11.

<sup>4072</sup> MADISON J., The federalist, n° 43 in Great Books of the western world, vol. 43, Encyclopaedia britannica, 1952, pp. 139-140, cité par NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », art. préc., p. 145 ; v. aussi en ce sens, GEIGER Ch., th. préc., n° 189 : « cette disposition [la clause constitutionnelle] vient à l'appui des intérêts des auteurs, auxquels est accordé un droit exclusif sur leurs œuvres, mais dans une finalité particulière, afin de garantir le développement collectif par la diffusion des idées et du savoir. De cette manière la clause sur le copyright vient également défendre les intérêts des utilisateurs ».

aux auteurs et aux détenteurs desdits exemplaires pendant les durées mentionnées dans le présent texte<sup>4073</sup> ». La Cour suprême a eu l'occasion de préciser que cette loi adoptée par le Congrès ne sanctionnait pas un droit existant, mais le créait<sup>4074</sup>. Elle est un moyen d'inciter à la création puis à la diffusion du savoir. Plus tard, la même Cour confirmait le caractère instrumental du copyright institué par la Constitution :

« La philosophie économique sous-jacente à la clause habilitant le Congrès à accorder des brevets et des copyrights est la conviction que l'encouragement de l'effort individuel par l'attrait d'un gain personnel est le meilleur moyen de faire progresser le bien-être public grâce aux talents des auteurs et des inventeurs dans le domaine de 'la science et des arts utiles'<sup>4075</sup> ».

Le caractère instrumental du copyright et la finalité qui lui est assignée (servir le bien-être public) déterminent ses limites. La Cour a ainsi précisé que les bornes du monopole des titulaires de droits traduisaient un « équilibre » entre des revendications en conflits<sup>4076</sup>.

## 2) L'exception de fair use

La législation américaine comprend un certain nombre d'exceptions. La plupart sont des exceptions sectorielles : elles sont destinées à soustraire un type d'usage particulier de l'œuvre du monopole légal, comme par exemple la reproduction des œuvres par les bibliothèques et les archives<sup>4077</sup>. A côté de ces exceptions spécifiques qui demeurent analogues à celles que l'on rencontre dans le système continental, se tient l'exception la plus importante, l'exception du fair use<sup>4078</sup>. En tant que manifestation évidente du caractère

---

<sup>4073</sup> Cité par GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, n° 147, janvier 1991, p. 146 : « cette loi laisse supposer que le Congrès entendait utiliser *le droit d'auteur en tant que moyen de favoriser l'instruction publique* ».

<sup>4074</sup> *Wheaton v. Peters*, 33 US, 591 (1834).

<sup>4075</sup> *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954), cité par STROWEL A., th. préc., n° 179.

<sup>4076</sup> *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, (1975), cité par STROWEL A., th. préc., n° 179 : « *the limited scope of the copyright holder's statutory monopoly, like the limited duration required by the Constitution, reflects a balance of competing claims upon the public interest : Creative works is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music, and the holder arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an 'author's' creative labor. But the ultimate aim is to secure is by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good* ».

<sup>4077</sup> Article 108 de la loi de 1976. V. GEIGER Ch., th. préc., n° 287.

<sup>4078</sup> Section 107 du Copyright Act de 1976.

utilitariste du copyright, l'exception de fair use est souvent décrite à l'aide des notions de « balance » ou d'« équilibre ».

**Définition du fair use.** Le fair use désigne l'exception américaine d'« usage loyal », grâce à laquelle les utilisateurs peuvent utiliser publiquement et librement l'œuvre sans solliciter d'autorisation auprès de l'auteur<sup>4079</sup>. La particularité de l'exception de fair use consiste dans son caractère « ouvert » par opposition au système continental dit « fermé » prévoyant par avance et avec précision les usages auxquels le titulaire de droits ne peut s'opposer. Si la norme consacrant le fair use ne prévoit pas les usages autorisés<sup>4080</sup>, elle précise les critères à partir desquels les juges vont apprécier la licéité des usages en cause<sup>4081</sup>. La flexibilité qu'offre cette exception a pour inconvénient de réduire la sécurité juridique des titulaires de droits et des utilisateurs<sup>4082</sup>.

Le choix du législateur américain de consacrer la pratique judiciaire du fair use s'explique par l'approche utilitariste qui préside au copyright<sup>4083</sup>. Le juge est habilité à vérifier, au cas par cas, si l'usage litigieux mis en cause par l'auteur ou ses ayant-droits est justifié par l'intérêt public. A défaut, l'usage constitue une violation du droit de l'auteur. Le but de cette exception est d'empêcher que certains usages de l'œuvre ne soient réprimés par les titulaires de droit alors qu'ils contribuent à diffuser l'œuvre sans diminuer le caractère incitatif du droit.

L'approche utilitariste est encore confirmée par les juges américains : « *lorsqu'une action d' 'usage loyal' est intentée, un équilibre doit parfois être réalisé entre les avantages en faveur du public qui résulteront de l' 'usage loyal' si celui-ci est admis et les bénéfices que le*

---

<sup>4079</sup> On a pu définir le fair use comme « *la faculté pour un autre que le titulaire du droit d'auteur d'utiliser une œuvre protégée sans le consentement du titulaire et nonobstant le monopole qui lui est reconnu* » (BELL, Copyright and Literary Property, 1966, p. 260, cité par EDELMAN B., « Une loi substantiellement internationale – la loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins », Journal de droit international, n° 3, 1987, p. 571).

<sup>4080</sup> La loi se borne à indiqué que « *l'usage loyal d'une œuvre protégée (...) à des fins telles que la critique, le commentaire, le reportage d'actualité, l'enseignement (comprenant les copies multiples destinées à l'utilisation en classe), la recherche et l'étude personnelle ne constitue pas une atteinte au copyright* » (art. 107 de la loi de 1976).

<sup>4081</sup> L'article 107 énonce les éléments à prendre en compte pour l'application du fair use : « *Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent être pris en considération : 1) le but et le caractère de l'usage et notamment la nature commerciale de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives ; 2) la nature de l'œuvre protégée ; 3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; et 4) l'influence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée et sur sa valeur* ».

<sup>4082</sup> V. en ce sens GEIGER Ch., th. préc., n° 286.

<sup>4083</sup> POLLAUD-DULIAN F., op. cit., n° 1136.

titulaires de droit retirera *si l' 'usage loyal' est refusé*<sup>4084</sup> ». De fait la doctrine estime que le juge procède, dans le cadre du fair use, à « une mise en balance des différents intérêts en présence pour juger de la *licéité de l'utilisation*<sup>4085</sup> ». Néanmoins, il faut préciser ici que la « balance des intérêts » dont on parle ne sert pas à désigner le mode d'adjudication des juges tel que celui-ci est employé pour trouver une solution entre deux droits constitutionnels en conflit. La « balance des intérêts » se réfère au type de raisonnement auquel les juges ont recours dans le cadre du fair use. Autrement dit, la « balance des intérêts » ne constitue pas ici le mode de résolution des antinomies développé par la jurisprudence américaine durant le milieu des années 50 mais simplement un outil destiné à autoriser ou non un usage en fonction de ces conséquences.

**Origine du fair use.** Si la philosophie utilitariste présidant au copyright permet d'expliquer le recours au fair use et sa consécration législative, celle-ci n'a pas été expressément revendiquée comme motif pour justifier à l'origine cette exception. A l'époque (au XVIIIe siècle), la balance of interest en tant que mode d'adjudication n'existait pas encore, elle n'avait d'ailleurs pas encore été systématisée dans les œuvres de Bentham. Les juges n'ont donc pas eu recours au discours de l'équilibre moderne (balance of interest) pour résoudre les difficultés soulevées par une application trop stricte des règles du copyright. A cette époque, l'instrument ou la justification disponible, était *l'Equity*. C'est dans la décision de 1740 *Gyles v Wilcox* rendue par la Cour de la Chancellerie que les juges ont introduit une exception (fair abridgement<sup>4086</sup>) grâce à laquelle certains usages de l'œuvre demeuraient protégés contre l'action en contrefaçon des titulaires de droit. Se fondant sur l'« Equity » et le « common sense », les juges anglais ont progressivement employé cette exception afin d'éviter d'appliquer rigoureusement les lois sur le droit d'auteur lorsque les faits attestaient que l'usage litigieux ne lésait pas les intérêts de l'auteur et profitait, dans le même temps, au public. Cette exception, exportée aux Etats-Unis au milieu du XIXe siècle, devint par la suite l'exception de fair use : un instrument grâce auquel les juges se sont prémunis contre le formalisme de la loi ou '*summa ius, sumum injuria*'. Ainsi, dès lors qu'un usage non

---

<sup>4084</sup> *MCA Inc. v. Wilson*, 677 F 2d 180, 211, U.S.P.Q. 577 (2d Cir. 1981), cité par DAVIES G., *Copyright and the public interest*, th. dactyl., Aberystwyth, 1997, p. 82 : « Where a claim of fair use is made, a balance must sometimes be struck between the benefit the public will derive if the use is permitted and the personal gain the copyright owner will receive if the use is denied ».

<sup>4085</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 285.

<sup>4086</sup> V. BARRETT M., *Intellectual Property*, New York : Aspen Publishers Online, 2008, p. 162 ; PARCHOMOVSKY G., WEISER Ph. J., « Beyond fair use », *Cornell law Review*, vol. 96, 2010, pp. 99-100.

autorisé participait d'une part à la finalité du copyright (l'encouragement à la création ou la dissémination des œuvres) et ne constituait pas, d'autre part, un frein à l'incitation à la création du point de vue économique, les juges paralysaient l'action en contrefaçon intentée par l'auteur ou ses ayant-droits<sup>4087</sup>.

La finalité et la mise en œuvre de cette exception ouverte expliquent que la notion d'« équilibre » soit employée par la doctrine pour évoquer celle-ci.

### 3) La doctrine américaine

La doctrine américaine relative à la propriété intellectuelle en général et au copyright en particulier se caractérise par son approche sociologique de la matière (quels intérêts les règles tendent à satisfaire ?<sup>4088</sup>) et par son approche économique (les règles favorisent-elles l'efficacité ? comment l'accroître ?<sup>4089</sup>). L'une comme l'autre tendance découlent des deux versants de la pensée utilitariste et dénotent avec la pensée française, laquelle est davantage tournée vers les questions essentiellement juridique (quelle est la nature du droit d'auteur ?). En raison de ces choix méthodologiques, le discours de la doctrine américaine est grandement alimenté par la notion de « balance » (et non celle d'« equilibrium » qui renvoie à l'idée scientifique d'état stationnaire).

Dans le cadre de l'approche sociologique, la notion de « balance » permet à la fois de décrire le copyright d'hier comme d'aujourd'hui<sup>4090</sup> et de suggérer aux acteurs du droit des moyens de parvenir à un meilleur équilibre des intérêts entre les auteurs, les exploitants et les utilisateurs<sup>4091</sup>. L'approche économique comprend également une double approche, descriptive et normative, et se caractérise par l'emploi des outils de la science économique pour proposer un discours sur le droit. L'analyse économique classique étant, relativement à la notion d'« équilibre », prolix, il est logique de retrouver ce langage dans l'analyse

---

<sup>4087</sup> V. BARRETT M., op. cit., p. 162.

<sup>4088</sup> V. STROWEL A., th. préc., n° 198 et s.

<sup>4089</sup> V. STROWEL A., id., n° 150 et s.

<sup>4090</sup> Par ex. HESSE C., « The rise of intellectual property, 700 B.C.--A.D. 2000 : an idea in the balance », *Daedalus*, 2002, n° 2, pp. 26-45.

<sup>4091</sup> Par ex. AUFDERHEIDE P., JASZI P., *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright*, Chicago : University of Chicago Press, 2011, 199 p. ; Committee For A Study On Promoting Access To Scientific And Technical Data For The Public Interest et alii., *A Question of Balance : Private Rights and the Public Interest in Scientific and Technical Databases*, Washington : National research Council, 1999, 158 p. ; LITMAN J., « Revising Copyright Law for the Information Age », *Oregon Law Review*, 1996, n° 75, p. 19 et s.

économique du droit d'auteur<sup>4092</sup>. On peut d'ailleurs constater que le langage de l'équilibre est également très présent dans l'analyse économique du droit d'auteur en France.

Les fondements utilitaristes du copyright, l'exception de fair use et le langage de la doctrine américaine fortement influencé par l'utilitarisme, constituent les principales raisons qui expliquent pourquoi la doctrine française emploie traditionnellement la notion d'« équilibre » pour évoquer le copyright.

Outre le copyright, la notion d'« équilibre » sert également à désigner le système allemand.

*B) Les causes d'association de l'« équilibre » au droit d'auteur allemand*

Les rapports du droit d'auteur allemand avec la proportionnalité (1) ainsi qu'une doctrine favorable à la conciliation des intérêts (2) expliquent les raisons pour lesquelles l'« équilibre » permet également de désigner le système allemand.

1) Les rapports historiques entre le droit d'auteur et la proportionnalité

Le droit d'auteur allemand entretient des relations étroites avec la proportionnalité car à l'origine, les règles relatives aux œuvres constituaient des règles de police. Or, comme nous l'avons vu en première partie, la norme de la proportionnalité est à l'origine destinée à restreindre la portée de ces dernières règles. C'est à cette occasion que la proportionnalité rencontre pour la première fois le droit d'auteur (a). Lorsque le droit d'auteur sera privatisé, la proportionnalité n'aura plus aucune utilité (b). Toutefois, plus tard, la fondamentalisation du droit d'auteur donne au juge la possibilité d'appliquer le principe de proportionnalité (c).

---

<sup>4092</sup> Le terme est utilisé à quatre reprises dans le célèbre article de Landes et Posner (v. LANDES W. M., POSNER R. A., « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, 1989, n° 18, p. 326 et s.) ; à vingt-et-une reprises dans leur ouvrage LANDES W. M., POSNER R. A., *Journal of Legal Studies, The Economic structure of intellectual property law*, Boston : Harvard University Press, 2009.

a) Attraction : le système publiciste des privilèges

**Origine des privilèges d'édition et d'inventions.** Les premiers privilèges sont octroyés en Allemagne dès le début du XV<sup>e</sup> siècle<sup>4093</sup> et constituent, comme en Italie et en France, un moyen de contrôle et de censure, ainsi qu'un moyen pour les imprimeurs et éditeurs de protéger leurs investissements<sup>4094</sup>. Ils n'étaient, à ce dernier titre, pas différents des lettres patentes ou privilèges décernés aux inventeurs ou aux entrepreneurs.

**Fondement des privilèges.** L'attribution d'un privilège sur l'impression, le débit d'un livre, ou encore sur les inventions, ne constituait pas un droit<sup>4095</sup>. L'on ne pouvait exiger un privilège car celui-ci ne traduisait pas la reconnaissance d'un droit naturel subjectif ; il correspondait à une faveur destinée à compenser les frais engagés par son bénéficiaire. D'ailleurs, si droit naturel il y avait, il était davantage du côté du 'contrefacteur'. Fichte a parfaitement exposé cette tension entre d'un côté *l'intérêt économique* du créateur à obtenir par le monopole, protection de ses efforts et le droit naturel *d'imitation* reconnu aux tiers. Le privilège apparaît comme le moyen de résoudre ce dilemme. Selon lui, le privilège, en tant que loi expresse, a permis de transformer en droit ce qui relève initialement de l'équité<sup>4096</sup>. L'équité en tant que fondement explique également le caractère temporaire du monopole : puisque l'équité exige que les pertes de l'éditeur soient compensées, le privilège ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

---

<sup>4093</sup> STRÖMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, t. 1, Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967, p. 90.

<sup>4094</sup> Parfois, les auteurs se voyaient accordés un ou plusieurs privilèges. Le cas le plus célèbre étant celui de Goethe et ses trente-neuf privilèges (v. BOUCHET-Le MAPPIAN E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préf. LUCAS A., Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, n° 72 et n° 76.

<sup>4095</sup> Il n'existait pas de « droit au privilège », d'une part, un examen préalable vérifiait, plus ou moins consciencieusement, outre la nouveauté de l'invention, son utilité et l'opportunité de la réservation, d'autre part, ces privilèges étaient le plus souvent accordés aux nouvelles entreprises qui exploitent l'invention qu'à l'inventeur lui-même auquel était toutefois versée une récompense (v. BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n° 71).

<sup>4096</sup> FICHTE J. G., « Preuve de l'illégitimité de la reproduction », in, KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?* trad. BENOIST J., Paris : PUF, 1995, p. 158 : « on a le droit d'utiliser sa propriété comme on veut, on a donc sans doute aussi celui d'imiter cette œuvre d'art. Seulement, l'exercice de ce droit n'est pas équitable : il n'est pas équitable que l'homme qui a mis son œuvre en zèle, sa peine, et des frais pendant des années, soit frustré de tout le fruit de ce travail à la première publication du résultat de son travail long de plusieurs années, pour peu que celui-ci soit du genre à pouvoir être récupéré par le premier qui le voit. Mais comme en matière de profit il ne faut pas trop compter sur l'équité des autres, l'Etat s'entremet et, par une loi expresse, nommée privilège, transforme en droit ce qui auparavant n'était affaire que d'équité. Attendu que toutefois par une telle loi le droit naturel d'autrui est assurément limité, et qu'autrui en est lésé, plus particulièrement lésé dans la mesure où on le contraint en ce qui dépendait de sa bonne volonté et pouvait lui donner quelque profit, et par là lui ôte au moins la possibilité de ce profit : l'Etat abolit de nouveau cette loi aussitôt que son intention, qui était de dédommager le premier inventeur, est atteinte, et restituée à l'homme son droit inné ».

**Causes du maintien des privilèges jusqu'au XIXe siècle.** Alors qu'en France, les droits d'auteur sont reconnus par la loi dès la fin du XVIIIe siècle, l'Allemagne conserve le système des privilèges pendant près d'un siècle supplémentaire. Cette relative « lenteur » s'explique notamment<sup>4097</sup> par la structure politique de l'Allemagne qui, jusqu'au XIXe siècle demeure encore morcelée<sup>4098</sup>. Chacun des trois cents Länder composant l'empire allemand à la suite de la guerre de trente ans avait son propre régime et sa propre conception philosophique du droit sur les créations de l'esprit : « *presque tout est fait en France, lorsqu'on a pourvu aux besoins de la littérature parisienne* » notait Renouard, en Allemagne ajoutait-il, « *presque rien n'est fait tant qu'on ne s'est isolément occupé que des intérêts autrichiens, ou prussiens, ou saxons, ou badois*<sup>4099</sup> ». Il faudra attendre le premier tiers du XIXe siècle pour que le processus d'uniformisation législatif sur la propriété intellectuelle ne s'enclenche sérieusement. Enfin, la dernière raison qui explique la lenteur du processus législatif est la prépondérance de l'administration dans la production des normes sociales.

**Privilèges, mesures de police et sciences camérales.** Avec l'essor des sciences camérales et leur rôle dans la réalisation de la Gute Policey de l'Etat, les privilèges d'impression et d'invention, en tant que mesures de droit public<sup>4100</sup>, et plus exactement de police<sup>4101</sup>, sont perçus sous le prisme de leur utilité pour les politiques commerciale, économique, industrielle et culturelle des Etats Allemands<sup>4102</sup>. De la simple faveur royale accordée à un éditeur ou à un inventeur, le privilège devient selon la perspective caméraliste un instrument destiné in fine à

---

<sup>4097</sup> Comme l'écrivait Schmitt, « *l'esprit du peuple allemand a longtemps résisté aux 'idées de 1789' et à la dissolution de la pensée orientée en fonction de l'ordre qu'elles ont provoquée* » (SCHMITT C., *Les trois types de pensée juridique*, Paris : PUF, 1995, p. 96). La période des Lumières en Allemagne ne se traduit pas au plan politique, comme en France, par une Révolution. Symboles de l'Ancien Régime (au même titre que les corporations ou les Parlements), les privilèges ont été supprimés en France, alors que dans les Etats Allemands, ceux-ci ne présentaient pas cette connotation et ne suscitaient pas autant d'hostilités. V. égal. STROWEL A., th. préc., n° 30.

<sup>4098</sup> V. GEIGER Ch., th. préc., n° 76 ; STROWEL, th. préc., n° 30 ; BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n°85.

<sup>4099</sup> RENOUARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, t. 1, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, pp. 251-252.

<sup>4100</sup> BOYTHA G., « *La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique* », RIDA, art. préc., p. 60.

<sup>4101</sup> En 1853, pour Robert Von Mohl le droit des brevets était une « *mesure policière* » (polizeiliche Massregel), (v. BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., p. 75, note 125. V. égal. STRÖMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, t. 1, Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967, p. 101 ; BOYTHA G., « *La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique* », art. préc., p. 84).

<sup>4102</sup> V. STOLLEIS M., *Histoire du droit public en Allemagne*, trad. M. Senellart, Paris : PUF, 1998, p. 592.

satisfaire le bien-être matériel et le bien-être spirituel de tous les sujets du Prince et l'un des objets d'étude de l'économie politique.

Au regard de leur finalité, les privilèges sont diversement appréciés auprès des caméralistes. Si l'on prend en exemple les privilèges sur les inventions, on constate que ceux-ci, en tant qu'instruments (parmi d'autres<sup>4103</sup>) de rationalisation industrielle, sont critiqués<sup>4104</sup>. Ainsi, l'un des plus célèbres caméralistes allemands, Johann Heinrich Von Justi, distinguait les récompenses des privilèges et, s'il était convaincu du rôle incitatif des premiers pour stimuler l'économie, il était plus circonspect quant à l'octroi des seconds en raison de leur effet monopolistique, qui ne peut, estimait-il, être bénéfique au bien-être général<sup>4105</sup>. Johann Friedrich Lotz cultive le même doute : il pourrait être juste et économiquement avantageux pour une nation de compenser l'inventeur pour les efforts et les dépenses potentiellement considérables, mais, selon lui, la question est de savoir si la monopolisation de cette invention est le meilleur moyen pour y parvenir<sup>4106</sup>. Pour d'autres, les privilèges sur les inventions, ne sont pas, en leur principe, condamnables néanmoins leur attribution doit demeurer étroitement encadrée. Ainsi selon Ludwig Heinrich Jacob, autre adepte des sciences camérales, un privilège ne devrait être accordé qu'à la condition que l'invention sur laquelle il porte soit à la fois onéreuse et suffisamment complexe. Octroyer des privilèges des « inventions accidentelles » ou des « artifices insignifiants » serait par contre inique dans la mesure où l'activité industrielle des concurrents s'en trouverait paralysée<sup>4107</sup>. Selon Karl Heinrich Rau, quoique certaines inventions importantes soient le fruit de l'aléa, beaucoup d'autres résultent de l'effort et du travail. Dès lors, il suggère de mettre en perspective le sacrifice des intérêts des tiers avec l'intérêt de l'inventeur de se voir protéger pendant une période limitée « contre le parasitisme de ses autres concurrents sur l'usage de son invention<sup>4108</sup> ».

---

<sup>4103</sup> Par exemple, les primes pour les nouveaux produits et inventions ou les primes d'encouragements aux investissements et à l'installation d'entrepreneurs et innovateurs étrangers etc.

<sup>4104</sup> V. les références citées par BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n° 71.

<sup>4105</sup> V. les références citées par MACHLUP Fr., PENROSE E., « The Patent Controversy in Nineteenth Century », *The Journal of Economic History*, mai 1950, vol. X, n° 1, p. 7.

<sup>4106</sup> LOTZ J. F. E., *Handbuch der Staatswirthschaftslehre* (Erlangen, 1822), II, 118, cité par MACHLUP Fr., PENROSE E., « The Patent Controversy in Nineteenth Century », art. préc., n° 1, p. 8.

<sup>4107</sup> JAKOB L. H., *Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeianstalten*, 2<sup>e</sup> ed.; Halle, 1837, p. 375, cité par MACHLUP Fr., PENROSE E., « The Patent Controversy in Nineteenth Century », art. préc., n° 1, pp. 7-8.

<sup>4108</sup> RAU K. H., *Grundsätze der Volkswirtschaftspolitik, Lehrbuch der politischen Oekonomie*, 3<sup>e</sup> éd., Heidelberg, 1844, II, 362, cité par MACHLUP Fr., PENROSE E., « The Patent Controversy in Nineteenth Century », art. préc., n° 1, p. 8.

b) Répulsion : la privatisation du droit d'auteur

Jusqu'à la moitié du XIXe siècle « la question de la nature publique ou privée du droit touchait en Allemagne tous les biens intellectuels<sup>4109</sup> ». En raison de l'absence d'unité politique en Allemagne, la substitution du système publiciste des privilèges par le système privatiste des droits exclusifs fut un processus relativement long. De fait, les réactions contre les lacunes des privilèges émaneront autant des privatistes que des publicistes. Néanmoins, à mesure du déclin du Polizeistaat, la faveur pour la loi afin de régler la question des biens intellectuels s'avère croissante. En conséquence, les moyens de penser les règles relatives aux créations de l'esprit relèvent de plus en plus des catégories juridiques du droit privé. Le discours mettant en avant les intérêts privés et publics à concilier se réduit corrélativement.

i) *Le dépassement des privilèges*

**Le recours au droit privé pour dépasser les privilèges d'édition.** La question de l'insuffisance des privilèges s'est assez vite posée. Dès le XVIe siècle, les éditeurs ont tenté de renforcer leurs prérogatives en revendiquant une reconnaissance générale de leurs droits. Quelques Etats leur ont donné raison et ont promulgué à leur profit des ordonnances interdisant à quiconque de procéder à des réimpressions<sup>4110</sup>. Progressivement les prérogatives accordées aux éditeurs émanant de ces normes de droit public se sont introduites en droit civil sous la forme d'un « droit d'édition » grâce auquel les éditeurs avaient la faculté exclusive de reproduire l'œuvre dont ils avaient acquis l'original et de mettre en circulation les exemplaires<sup>4111</sup>.

La célèbre théorie de Kant<sup>4112</sup> qui définit le droit d'auteur en droit personnel et analyse le rapport juridique du créateur à l'exploitant sous le prisme du mandat vise, par un autre

---

<sup>4109</sup> BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n° 83.

<sup>4110</sup> BOUCHET-Le MAPPIAN E., id., n° 76.

<sup>4111</sup> BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 84.

<sup>4112</sup> V. KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?* trad. J. BENOIST, Paris : PUF, 1995, p. 119 et s. ; RENOARD A.-C., *Traité des droits des auteurs*, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts, t. 1, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, p. 253 et s. ; STRÖMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, t. 1, Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967, p. 184 et s. ; LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 27 et s. ; HUBNER N., *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France : Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, Montpellier,

procédé, à dépasser le système du privilège qui se révèle vite inefficace en l'absence d'unité politique et juridique. Le motif de Kant est de satisfaire un « besoin pratique urgent<sup>4113</sup> » car à cette époque dite « des contrefaçons<sup>4114</sup> », les reproductions « illégitimes » étaient légion en raison de la politique de certains Etats du Sud<sup>4115</sup>. L'effort de Kant de rationaliser le droit de l'éditeur et le droit de l'auteur d'après les catégories du droit romain des obligations<sup>4116</sup> constitue la tentative de fournir aux plaideurs et aux tribunaux civils les moyens juridiques de condamner les contrefacteurs en dehors du système des privilèges et en dépit de l'absence de loi<sup>4117</sup>.

**Promotion des droits des auteurs, critique du Polizeistaat.** La période des Lumières correspond à la fois aux premières critiques contre l'Etat de police et à la genèse de l'idée de propriété littéraire (Schrif-Eigentum) en Allemagne fondée sur le droit naturel<sup>4118</sup>. Cette dernière est toutefois à l'état de germe car la question du droit d'auteur, souligne M. Strömholm, est en premier lieu une question philosophique avant d'être une question juridique<sup>4119</sup>. Ce sont dans les travaux de Pütter, de Kant et de Fichte<sup>4120</sup> que l'on trouve les

---

2005, n° 93 et s. ; BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 325 et s.

<sup>4113</sup> STRÖMHOLM St., op. cit., p. 184.

<sup>4114</sup> V. BENOIST J., « Qu'est-ce qu'un livre ? Création, droit et histoire », in, KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?*, trad. J. BENOIST, Paris : PUF, 1995, p. 69 et s.

<sup>4115</sup> L'Autriche par exemple faisait dériver le droit de reproduction d'un exemplaire du droit de propriété corporelle sur ce dernier. Le propriétaire d'un exemplaire était donc loisible de reproduire l'œuvre comme il l'entendait.

<sup>4116</sup> Mandatum, furtum usus, prestation operae etc... Raisonner sur le droit réel aurait conduit à une impasse puisqu'il était soutenu dans certains Etats Allemands que le droit réel sur un exemplaire d'une œuvre enfermait le droit pour le propriétaire de reproduire celui-ci, et donc, celle-ci. Kant déplace le débat sur le droit des obligations et utilise le mandat pour appréhender les rapports juridiques entre l'éditeur et l'auteur, V. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 184 et s.

<sup>4117</sup> Le dernier paragraphe de *l'illégitimité de la reproduction des livres* ne cache pas le but poursuivi par le philosophe : « si l'idée que l'édition d'un livre posée ici au fondement pouvait bien être comprise (et je me flatte qu'il le soit possible) élaborée avec l'élégance requise selon la doctrine du droit romain, les plaintes pour contrefaçon pourraient assurément être portées devant les tribunaux sans qu'il soit nécessaire de tout d'abord réclamer une nouvelle loi » (KANT E., « De l'illégitimité de la reproduction des livres », in, *Qu'est-ce qu'un livre ?* trad. J. BENOIST, Paris : PUF, 1995, p. 132).

<sup>4118</sup> V. BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n° 99 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 21 et s. Quant au fondement de cette conception, il s'agit à nouveau du droit naturel de propriété théorisé par John Locke (v. STROWEL A., th. préc., n° 147).

<sup>4119</sup> STRÖMHOLM St., op. cit., p. 101 : « le problème que posait la reconnaissance de droits sur les œuvres de l'esprit était d'abord et surtout une question relevant de la philosophie plutôt que du droit : il fallait opérer la distinction capitale entre l'œuvre en tant que production intellectuelle et l'exemplaire ».

<sup>4120</sup> La contribution essentielle de Fichte consiste à avoir distingué, la propriété corporelle du support de l'œuvre, les idées contenues dans l'œuvre et enfin la forme dans laquelle ces idées sont exprimées. En d'autres termes, Fichte a précisé l'objet de la propriété intellectuelle (v. FICHTE J. G., « Preuve de l'illégitimité de la reproduction », in KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?* trad. J. BENOIST, Paris : PUF, 1995 ; sur Fichte, v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 111 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 25 et s.

premières apologies des droits exclusifs de l'auteur sur son œuvre. Il est d'ailleurs notable que cette plaidoirie en faveur des droits des auteurs émane d'auteurs ayant adressé au Polizeistaat de sérieuses critiques. Johan Stephan Pütter (1725-1807), célèbre publiciste dont l'hostilité contre l'idée d'une police finalisée par d'autres exigences que la seule protection matérielle des administrés (comme la satisfaction du bien-être spirituel des citoyens) était, dans son œuvre, manifeste<sup>4121</sup>. Le même, parallèlement, s'était prononcé en faveur de la reconnaissance à l'auteur de droits exclusifs : sur un ouvrage nouveau, a-t-il pu écrire, « personne ne saurait réclamer le moindre droit sans le consentement de l'auteur<sup>4122</sup> ». Nous pouvons également citer Svarez, le rédacteur libéral du Code prussien dans lequel celui-ci avait introduit une disposition destinée à restreindre les interventions de la police au strict nécessaire. Dans les travaux préparatoires, Svarez s'était également montré favorable aux droits de l'auteur<sup>4123</sup>.

Ces deux phénomènes que sont la critique de l'Etat de police ou du moins la tentative de restreindre la portée de certains de ses effets dans la sphère privée, et la défense des droits de l'auteur, quoique a priori distincts, semblent néanmoins pouvoir être rapprochés non seulement en raison de l'identité de certaines autorités qui se sont prononcées sur les deux thématiques mais également en raison, au fond, de quelques objectifs communs. Il s'agit, en effet, dans chacun des cas d'accentuer la séparation de la société civile et de l'Etat, de substituer la loi aux ordonnances ou aux mesures discrétionnaires de police, de militer à partir d'une rhétorique jusnaturaliste en faveur de la reconnaissance de droits garantis à la place de prérogatives arbitrairement octroyées par l'administration, de favoriser une économie de marché<sup>4124</sup> et corrélativement de poser une stricte démarcation des sphères politiques,

---

<sup>4121</sup> Selon lui, écrit Mme Laborier, « la police n'a pas pour tâche de favoriser le bien-être ("Promovendae salutis cura propria non est Politiae"). Elle doit s'autonomiser de la sphère politique. La sécurité et le bien-être doivent faire l'objet de deux disciplines distinctes », LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », art. préc., p. 23.

<sup>4122</sup> Les ouvrages nouveaux « sont incontestablement, dès l'origine, une propriété véritable de l'auteur, car chacun peut considérer comme sien ce qui doit son existence à son habileté et à son application ; et cela est vrai que l'œuvre soit entièrement nouvelle ou consiste en des notes, ou d'autres résultats d'une application particulière, ajoutées à un ouvrage ancien qui serait autrement dans le domaine public. Sur tous les ouvrages ainsi définis, personne ne saurait réclamer le moindre droit sans le consentement de l'auteur. Il appartient à l'auteur seul...ou, après sa mort, à ses héritiers, de décider souverainement si et comment un tel ouvrage sera publié par la presse » (PÜTTER, *Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechts* (1774), cité par STRÖMHOLM St., op. cit., p. 110. V. égal. BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n° 99, note 76 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 21).

<sup>4123</sup> SVAREZ cité par BOUCHET-Le MAPPIAN E., th. préc., n° 100, note 83 : « la propriété des écrits eux-mêmes, en tant que produits de l'esprit, n'est absolument pas transmise à l'éditeur ; celui-ci n'acquiert que le droit d'exploiter ». V. égal. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 184.

<sup>4124</sup> BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 82 : « le marché du livre se développa dans ces pays grâce au système prédominant des privilèges de reproduction féodaux et ne fut que vers la fin de la première moitié du XIXe siècle qu'il devint indispensable de reconnaître les droits spéciaux des auteurs et de les inclure dans la législation. Ce changement

administratives, économique et culturelles<sup>4125</sup>. De manière générale, il s'agit de réduire la portée du droit public au profit d'une régulation par le droit privé.

**Mesures de police et proportionnalité.** Les adversaires du *Polizeistaat* issus du droit public ont également recherché, sur leur propre terrain et en recourant à leurs propres outils, à pallier l'inadéquation des mesures de police ayant pour objet les créations de l'esprit. L'instrument de la « proportionnalité », qui était utilisé pour réduire le scope de la police administrative était également employé à propos des biens intellectuels par les juristes de droit public tel que Robert Von Mohl. Ainsi le brevet, en tant que mesure de police, était apprécié au regard des catégories du droit public : selon cet auteur, le brevet est une mesure de police, laquelle, en conséquence doit répondre à certaines conditions de durée, de publicité et de proportionnalité<sup>4126</sup>.

Le XIXe siècle marque l'impulsion du mouvement législatif en Allemagne. Les biens intellectuels sont progressivement saisis selon les catégories du droit privé. Le problème de la nature du droit apparaît, comme en France, centrale. Néanmoins la question de la conciliation des intérêts publics et privés, qui demeurait essentielle lorsque les créations de l'esprit faisaient encore l'objet de mesures administratives, disparaît à mesure de la privatisation du droit d'auteur. Il faudra attendre les prémices du mouvement anti-formaliste allemand à la fin du XIXe siècle pour que surgissent quelques lieux communs du discours de l'équilibre.

*ii) Le mouvement législatif*

**Premières législations.** Les premières réglementations générales relatives au domaine littéraire et artistique datent de la fin du XVIe siècle et prennent, avons-nous vu, la forme d'ordonnances et consistent en interdiction générale de reproduction<sup>4127</sup>. C'est à la fin du

---

*s'imposa également à ces pays comme la conséquence nécessaire pour éliminer le féodalisme et accéder à un système socio-économique industrialisé dans lequel le marché culturel devait être également contrôlé par le droit civil, condition du développement de la culture ».*

<sup>4125</sup> LABORIER P., « Conservation ou rénovation ? Transitions de la politique culturelle », *Politix*, vol. 9, n° 33, 1996, pp. 118-119.

<sup>4126</sup> Relevé par BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., p. 75, note 125.

<sup>4127</sup> V. RENOARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, t. 1, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, p. 261 ; BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., p. 216.

XVIII<sup>e</sup> siècle que le législateur se saisit, du moins en partie, de la matière. Les premières règles de nature légale apparaissent dans le Code prussien et ne concernent que le contrat d'édition et la contrefaçon<sup>4128</sup>. Ainsi, et contrairement à ce que laissaient présager les travaux préparatoires<sup>4129</sup>, le Code consacre principalement les droits de l'éditeur, fondés sur le droit naturel<sup>4130</sup>, et néglige relativement ceux de l'auteur<sup>4131</sup>. Ces dispositions, constate M. Strömholm posent le « *statut d'un marché pour le moins autant qu'un système de droit privé*<sup>4132</sup> ».

Ce type de règles encadrant les rapports de l'éditeur et de l'auteur apparaît également dans le Code civil de la Bade (Badisches Landrecht)<sup>4133</sup> de 1809, le Code civil autrichien (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) de 1811<sup>4134</sup>. Des dispositions contre la contrefaçon comparables à celles de la Prusse sont prises notamment par la Bade par ordonnance ou la Bavière qui les intègre dans le Code pénal<sup>4135</sup>. Bien que d'autres Etats suivent ce mouvement<sup>4136</sup>, il manque encore une réelle unité de principe entre ces législations. D'un Länder à l'autre, la législation consacrait tantôt la théorie de la propriété intellectuelle fondée sur le droit naturel<sup>4137</sup>, tantôt la théorie du « droit de l'éditeur » ou encore celle du privilège<sup>4138</sup>. En outre, en son sein, chaque législation, ne présentait pas toujours de cohérence

---

<sup>4128</sup> Les paragraphes 996-1036 de la deuxième partie, titre II sont consacrés au contrat d'édition tandis que les paragraphes 1294-1297 contiennent les dispositions pénales contre les contrefaçons (v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 217 ; RENOARD A.-C., op. cit., pp. 264-275).

<sup>4129</sup> Comme nous l'avons indiqué, Svarez était favorable à la reconnaissance des droits de l'auteur. V. égal. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 218.

<sup>4130</sup> En dépit du fondement jusnaturaliste, il était prévu que l'éditeur acquiert ce droit après la conclusion d'un contrat d'édition avec l'auteur (v. BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 824).

<sup>4131</sup> STRÖMHOLM St., op. cit., p. 219 : « *Le § 1020 paraît exprimer l'idée que les « restrictions...au droit d'édition » (§1021) sont données dans l'intérêt strictement personnel de l'auteur, car en l'absence de stipulations à cet effet ces « restrictions » ne s'appliquent pas en faveur de ses héritiers. S'il ne s'agit donc que d'une reconnaissance implicite du droit au respect, la réglementation du Code prussien a servi, encore vers 1870, d'appui à la thèse que le droit allemand (prussien) protégeait l'auteur contre les éditions modifiées* » ; l'absence de consécration de l'auteur s'explique selon M. Benoist par l'idéologie des Lumières qui veut que « *l'intérêt du 'public' et de la diffusion prime. Les 'idées' de l'auteur ne sont pas sa propriété, mais celle de l'humanité tout entière, et il faut pourvoir d'abord aux intérêts de celle-ci* » (BENOIST J., « Qu'est-ce qu'un livre ? Création, droit et histoire », art. préc., p. 82).

<sup>4132</sup> STRÖMHOLM St., op. cit., p. 218.

<sup>4133</sup> Le Code de la Bade, par rapport à celui de la Prusse et de l'Autriche, était toutefois plus protecteur des intérêts non patrimoniaux de l'auteur puisque l'éditeur n'est pas autorisé à retrancher quoique ce soit du contenu de l'écrit ni de procéder à des ajouts (v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 222 ; RENOARD A.-C., op. cit., pp. 278-280).

<sup>4134</sup> RENOARD A.-C., op. cit., pp. 262-263.

<sup>4135</sup> RENOARD A.-C., id., pp. 275-278.

<sup>4136</sup> Comme le Duché Saxe-Weimar Eisenach et le Duché de Brunswick (v. RENOARD A.-C., op. cit., p. 261 et s.).

<sup>4137</sup> Lois Prusse (1837), de Hambourg (1838), de Bavière (1840) etc. (v. GEIGER Ch., th. préc., n° 76).

<sup>4138</sup> V. BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 83.

interne. Ainsi, l'on trouvait dans le Code Prussien ou la législation saxonne des dispositions relatives au droit de l'éditeur et des dispositions propres aux privilèges.

La volonté politique d'uniformiser les règles s'exprime à partir des années 1810-1820, à la Diète de Francfort (l'Assemblée de la Confédération Germanique), où débent les premières discussions relatives à la réglementation de la contrefaçon. Les premières résolutions sont adoptées en 1835 et sont suivies par quelques autres jusqu'à la dissolution de la Diète avant la proclamation du second Empire allemand<sup>4139</sup>.

**Consécration législative du droit d'auteur au XIXe siècle. Abolition des privilèges.** Ce n'est qu'à partir des années 1830 que le droit de l'auteur, en tant que droit subjectif, est véritablement reconnu. En 1837, « partisane résolue de la propriété littéraire<sup>4140</sup> » (mais adversaire de la propriété industrielle<sup>4141</sup>), la Prusse promulgue la loi sur la protection de la *propriété des œuvres scientifiques et artistiques contre la réimpression et la reproduction* considérée comme la première loi allemande moderne sur le droit d'auteur<sup>4142</sup>. En dépit de son intitulé, la loi dans son contenu reconnaît à l'auteur non pas une propriété mais un « droit exclusif de publier un écrit ou de le mettre en circulation » et consiste en la faculté de le reproduire totalement ou partiellement « par réédition ou tout autre moyen mécanique<sup>4143</sup> ». A nouveau, le mouvement impulsé par la Prusse et prolongé par la Confédération germanique<sup>4144</sup> est suivi par d'autres grands Etats<sup>4145</sup>.

---

<sup>4139</sup> V. RENOARD A.-C., op. cit., p. 252 et s. ; BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 101.

<sup>4140</sup> BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 161.

<sup>4141</sup> BOUCHET-LE MAPPIAN E., id., n° 76 ; STRÖMHOLM St., id., n° 161.

<sup>4142</sup> STROWEL A., th. préc., n° 30. Loi qui serait inspirée par la philosophie française (v. BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 86 ; Savigny aurait pris une part active dans sa rédaction, STRÖMHOLM St., op. cit., p. 219).

<sup>4143</sup> Cité par STRÖMHOLM St., op. cit., p. 219. Parmi les innovations de cette loi, M. Strömholm cite l'extension de la durée de protection à trente ans post mortem auctoris ; l'extension des objets de la protection (œuvres musicales et œuvres d'art) ; l'introduction d'un droit de représentation limité. V. égal. BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76.

<sup>4144</sup> Après l'avortement d'un premier projet d'extension de la durée des droits en 1919, la Confédération, en 1837, adopte une résolution d'après laquelle les œuvres de l'esprit sont protégées par les membres contre la reproduction illicite pendant dix ans au moins à compter de la publication. Puis, en 1841, le droit d'auteur est étendu au droit de représentation publique, en 1845 la durée est fixée à trente ans post mortem auctoris. Ce sont les considérations d'équité qui sont invoqués au profit d'une extension de la durée post mortem des droits. La Prusse fut le plus souvent à l'initiative de cet allongement de la durée (v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 225).

<sup>4145</sup> En 1846, l'Autriche se dote d'un dispositif légal aussi complet que celui de la Prusse. Un an plus tard la Bade renforce, quoique par ordonnance, les droits des auteurs puis en 1840, la Bavière promulgue une loi du même acabit (v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 221 et s.).

En 1864, à l'initiative des éditeurs allemands, la Diète adopte un texte dans lequel la notion de « propriété littéraire » (Eigentum) – critiquée en doctrine<sup>4146</sup> – est substituée par l'expression « *droit d'auteur* » (Urheberrecht). En outre, signe de l'influence de la théorie doctrinale des droits de la personnalité en Allemagne<sup>4147</sup>, les premières manifestations de la prise en compte des intérêts personnels (et non seulement patrimoniaux) apparaissent puisque le caractère insaisissable du droit entre les mains de l'auteur est admis<sup>4148</sup>.

Après que la Constitution du deuxième Reich du 16 avril 1871 eut consacré la compétence législative de l'Empire en matière de propriété intellectuelle<sup>4149</sup>, l'Empire allemand supprime par la loi les privilèges<sup>4150</sup>. Cette loi ainsi que celle de 1876 sur la protection des œuvres artistiques et photographiques, prolongent les dispositions contenues dans le texte précédent : elles adoptent la même conception d'un droit de nature patrimoniale – atténué par certaines manifestations de la conception personnaliste du droit d'auteur notamment en matière de titularité<sup>4151</sup>.

**Les législations du XXe siècle. Consécration du droit moral et de la conception moniste du droit d'auteur allemand.** Ces dernières lois sont partiellement remplacées au siècle nouveau par les lois du 19 juin 1901 et du 9 janvier 1907 respectivement sur la littérature et la musique et les arts graphiques et photographiques<sup>4152</sup>. Ces législations<sup>4153</sup> reflètent l'influence

---

<sup>4146</sup> BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 163 et s. ; BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 88.

<sup>4147</sup> V. LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 58-64 pour la période antérieure à 1864.

<sup>4148</sup> Néanmoins, cette loi reste davantage une législation de lutte contre la contrefaçon au profit des exploitants qu'un dispositif centré sur l'auteur dont les droits ne sont d'ailleurs pas définis (v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 226 ; STROWEL, th. préc., n° 30 ; GEIGER Ch., th. préc., n° 76).

<sup>4149</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 76.

<sup>4150</sup> A l'origine, l'Empire avait repris une loi adoptée par la Confédération germanique concernant le droit *d'auteur sur les compositions, œuvres dramatiques et œuvres des arts appliqués* (v. BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 86 ; BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 197).

<sup>4151</sup> Par exemple au travers de la disposition selon laquelle le droit de reproduction n'appartient qu'à l'auteur, « *excluant clairement l'éditeur de la genèse du droit et la date de publication, du calcul de la durée* », (v. BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 216).

<sup>4152</sup> Désignées respectivement par l'acronyme LUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst) et par l'acronyme KUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie).

<sup>4153</sup> Ces lois renforcent les droits des auteurs notamment en couvrant plus d'objet (œuvres architecturales et arts appliqués) et en étendant les droits (traduction). Elles semblent adopter les conceptions personnaliste et moniste du droit d'auteur selon laquelle les différentes prérogatives en faveur des intérêts patrimoniaux et personnels de l'auteur ne seraient pas, par nature, distinctes. Toutefois, le droit moral n'est pas encore expressément reconnu comme catégorie générique. Il est néanmoins en gestation au regard de la reconnaissance du droit à la première communication publique de l'œuvre (ou droit de divulgation) et de certains droits relatifs opposables au

de l'Union de Berne créée en 1886 et, de la doctrine des droits de la personnalité emmenée notamment par Karl Gareis<sup>4154</sup>, Otto Von Gierke<sup>4155</sup> et Joseph Kohler<sup>4156</sup>.

Le 9 septembre 1965, sous la République fédérale d'Allemagne, est adoptée la loi sur le droit *d'auteur et les droits voisins*. La loi déclare protéger principalement l'auteur dans ses relations spirituelles et personnelles avec son œuvre et, incidemment, dans ses intérêts patrimoniaux<sup>4157</sup>. La tradition personnaliste et moniste allemande est confirmée<sup>4158</sup>. Si les droits sont renforcés (notamment dans leur durée<sup>4159</sup>), ils se voient dans le même temps, assortis d'exceptions et soumis à des licences légales<sup>4160</sup>. Les législations postérieures<sup>4161</sup> ne s'écartent pas du sillon personnaliste et moniste creusé par la loi de 1965.

---

cessionnaire (droit à la paternité et au respect de l'intégrité de l'œuvre). (v. LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 67 et n° 123 ; STRÖMHOLM St., op. cit., p. 332 et s.).

<sup>4154</sup> Il est « *l'inventeur des droits de la personnalité* » affirme Mme Lucas-Schloetter. Gareis voit dans les droits de la personnalité une nouvelle catégorie de droits subjectifs privés et opposables, comme les droits réels, erga omnes. Dans cette catégorie, il range trois séries de prérogatives : *les droits de l'individu* qui concernent le « maintien de son existence » (*droit à la vie, à l'intégrité et à l'activité*) ; les droits propres à la reconnaissance de l'individu (*droit au nom, au nom commercial, droit des marques, protection de l'honneur*) et enfin ceux relatifs à la reconnaissance de l'authenticité de la prestation et la jouissance des résultats de cette prestation (*droit de l'auteur et de l'inventeur, protection des dessins et modèles*). En rapprochant le droit d'auteur et les droits de la personnalité, l'œuvre de Gareis marque « un tournant dans l'histoire du droit d'auteur et des droits de la personnalité : les deux notions auront à partir de ce moment une influence réciproque l'une sur l'autre ; leur destin est désormais lié... » (LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 66). V. égal. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 314 et s.

<sup>4155</sup> Distinctement du « droit général de la personnalité », Gierke intègre les droits de la personnalité dans le cadre d'une classification des droits subjectifs selon leur objet. Aux côtés des droits sur les choses et des droits sur les personnes, il existe des droits sur une partie de sa sphère personnelle (Persönlichkeitsrechte). Ces droits de la personnalité assurent au titulaire, vis-à-vis de tous les tiers, la jouissance d'un bien (ou l'exercice d'une faculté) personnel. Ces droits s'appliquent à l'œuvre de l'esprit, objet du droit d'auteur, dans la mesure où celle-ci appartient à la sphère personnelle de l'auteur. Gierke spécifie ces droits de la personnalité par rapports aux autres droits subjectifs selon trois traits distinctifs. Ces droits sont des droits privés assortis d'une action civile ; ce sont des droits non patrimoniaux bien qu'ils soient susceptibles de développer ou absorber des attributs patrimoniaux et certains d'entre eux –comme les droits de l'auteur– sont en même temps de nature pécuniaire ; enfin ce sont des droits attachés à la personne. (v. ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937, n° 14 ; STRÖMHOLM St., op. cit., pp. 316-317 ; STROWEL A., th. préc., n° 76-77 et n° 402 ; RECHT P., *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris : LGDJ, 1969, pp. 82-87 ; GEIGER Ch., th. préc., n° 77 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 107 et n° 118 et s.

<sup>4156</sup> Pour Joseph Kohler les droits de la personnalité sont l'ensemble des droits d'une personne sur ses biens physiques et moraux. Pour rendre compte du droit d'auteur et de la propriété industrielle, Kohler a développé la théorie des « droits sur les biens immatériels » (Immaterialgüterrechte), ceux-ci sont analogues aux droits réels mais différent de ces derniers en raison de l'objet et de la technique juridique qui participe à leur mise en œuvre. Le droit d'auteur selon lui se compose de deux séries de prérogatives séparées et parallèles : un droit individuel consistant dans la faculté de défendre des intérêts idéaux et un droit sur les biens immatériels (en tant que pouvoir sur une chose de l'esprit) (v. STRÖMHOLM St., op. cit., p. 318 ; STROWEL A., th. préc., n° 76-77 et n° 404 ; RECHT P., th. préc., pp. 75-82 ; GEIGER Ch., th. préc., n° 77 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 106 et n° 120 et s.

<sup>4157</sup> Elle consacre le droit moral, reconnu par les juges dès 1912 (v. BOUCHET-LE MAPPIAN E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préf. A. Lucas, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, n° 275).

<sup>4158</sup> Reichsgericht, 8 juin 1912, RGZ 79, 397, 399, affaire dite « des sirènes » (v. STROWEL A., th. préc., n° 407 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc., n° 124).

<sup>4159</sup> La durée est de 70 ans post mortem auctoris.

<sup>4160</sup> V. GEIGER Ch., th. préc., n° 78.

c) Attraction : la constitutionnalisation du droit d'auteur

La constitutionnalisation du droit d'auteur caractérise, en Europe, le droit allemand<sup>4162</sup>. Si le droit de l'auteur est mentionné dans certaines constitutions comme celle du second Empire de 1871<sup>4163</sup> ou celle de la République de Weimar<sup>4164</sup>, en revanche, il n'apparaît pas dans la Loi fondamentale (Grundgesetz) du 23 mai 1949. Cette absence fut palliée par le juge constitutionnel. Par l'interprétation des dispositions de l'article 14 de la Loi fondamentale relatif au droit de propriété, le juge a admis dans une décision de 1971 que celles-ci étaient applicables au droit d'auteur<sup>4165</sup>.

Appréhendé en tant que droit de propriété, le droit d'auteur jouit des avantages découlant de la protection des droits fondamentaux. Les titulaires des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire sont tenus de respecter l'existence du droit d'auteur et d'en garantir l'exercice. Toute atteinte à son exercice doit être proportionnée au but poursuivi. Si le droit fondamental de l'auteur ne s'impose pas directement dans les rapports entre personnes privées, le juge doit toutefois interpréter les règles en la matière à la lumière des droits fondamentaux, y-compris le droit à la liberté d'expression lorsqu'il s'agit d'interpréter une exception au droit d'auteur<sup>4166</sup>. En cas de conflit de droits mettant en jeu le droit d'auteur, le juge devra procéder à un test de proportionnalité<sup>4167</sup>.

---

<sup>4161</sup> Notamment, la loi du 24 juin 1985 sur la protection des programmes d'ordinateurs et la réglementation de la reproduction, (V. STROWEL A., th. préc., n° 30 ; GEIGER Ch., th. préc., n° 80) ; loi du 7 mars 1990 sur le renforcement des droits de propriété intellectuelle et sur la lutte contre la piraterie (v. STROWEL A., th. préc., n° 30 ; BOUCHET-LE MAPPIAN E. th. préc., n° 286) ; la loi du 10 septembre 2003 transposant la directive européenne sur *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur dans la société de l'information* du 22 mai 2001 ; loi du 7 décembre 2008 (V. BOUCHET-LE MAPPIAN E., id., n° 162).

<sup>4162</sup> V. BOUCHET-LE MAPPIAN E., id., n° 284.

<sup>4163</sup> La Constitution impériale donnant compétence à l'Empire sur la protection de la propriété intellectuelle (v. BOUCHET-LE MAPPIAN E., id., n° 198).

<sup>4164</sup> La constitution de Weimar recommande « le travail intellectuel, le droit des auteurs, des inventeurs et des artistes » à « la protection et l'assistance de l'Etat » (v. BOUCHET-LE MAPPIAN E., id., n° 284).

<sup>4165</sup> V. BOUCHET-LE MAPPIAN E., id., n° 285, note 128, citant pour illustration : BVerfG, 7 juillet 1971, Schulbuchprivilege : « *Le droit d'auteur, en tant que droit d'exploitation, est une propriété au sens de l'article 14, 1° de la Grundgesetz* ». Il faut ici préciser que la jurisprudence constitutionnelle ne vise que les droits patrimoniaux d'exploitation.

<sup>4166</sup> V. GEIGER Ch., th. préc., n° 470 et s.

<sup>4167</sup> GEIGER Ch., id., n° 148.

Appréhendé en droit de propriété, le droit d'auteur se voit également appliquer le principe de l'« ancrage social du droit<sup>4168</sup> ». Le législateur est tenu, constitutionnellement, de procéder à une « mise en balance des intérêts » de l'auteur avec ceux du public<sup>4169</sup>. Autrement dit, « plus l'atteinte au droit de propriété de l'auteur sera grande, plus les intérêts de la collectivité devront être importants<sup>4170</sup> ».

La constitutionnalisation du droit d'auteur et la jurisprudence générée ont donc eu pour effet de replacer le droit d'auteur sur un terrain propice au discours de l'équilibre. En effet, la jurisprudence constitutionnelle donne matière à l'examen par la doctrine des « intérêts sous-jacents au droit d'auteur et [de] leur nécessaire équilibre<sup>4171</sup> ».

## 2) La doctrine allemande

La notion d'« équilibre » intervient régulièrement dans le cadre de la théorie dite de l'« ancrage social du droit d'auteur ».

**La théorie de « l'ancrage social du droit privé ».** La critique du caractère absolu des droits subjectifs au XIXe siècle a toujours suivi ou devancé la critique du formalisme de la science du droit, les deux étant intimement liées. Elles se sont en France manifestées au travers des doctrines du solidarisme et de celles promouvant le droit social, et aux Etats-Unis au sein de la sociological jurisprudence. En Allemagne, ces critiques, apparues dans les travaux du second Ihering, ont progressivement mené à l'Interessenjurisprudenz et plus généralement au mouvement du droit libre. Entre Ihering et l'émergence de l'Interessenjurisprudenz, quelques auteurs considérés comme précurseurs du droit libre, avaient développé une théorie destinée à relativiser l'idée de droit subjectif. En effet von Gierke, puis Kohler, sont considérés comme les géniteurs de la théorie dite du « Sozialbindung des Privatrechts » traduisible par « limite sociale des droits privés » ou encore, en suivant M. Geiger, « ancrage social du droit privé<sup>4172</sup> ». Selon ces auteurs, les droits privés sont nécessairement limités par les contraintes

---

<sup>4168</sup> GEIGER Ch., id., n° 83.

<sup>4169</sup> GEIGER Ch., id., n° 155.

<sup>4170</sup> Ibid.

<sup>4171</sup> GEIGER Ch., id., n° 79.

<sup>4172</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 81.

sociales. Cette idée deviendra un axiome fondamental du droit privé allemand<sup>4173</sup>. Selon M. Geiger :

« Cette théorie insiste sur la nature sociale de l'ordre juridique et sur la fonction du droit privé, qui est de régler les rapports entre les particuliers au sein de la société. L'ordre juridique a l'obligation de trouver un compromis entre les intérêts individuels et les intérêts collectifs. Il doit d'un côté assurer l'octroi de droits subjectifs aux individus mais de l'autre veiller à ce que ceux-ci soient compatibles avec les intérêts du reste de la collectivité. Le droit de l'individu ne se présente pas comme un droit absolu, mais comme un droit 'limité socialement'<sup>4174</sup> »

**La théorie de « l'ancrage social du droit d'auteur ».** La particularité de cette théorie civiliste, contrairement à celles développées en France et aux Etats-Unis, est qu'elle a été transposée, et ce rapidement, au droit d'auteur. Si l'on trouve les prémices de sa transposition chez Kohler<sup>4175</sup>, c'est à la fin des années 20, que Julius Kopsch expose clairement la théorie du « Sozialbindung des Urheberrechts<sup>4176</sup> », c'est-à-dire, la théorie de l'« ancrage social du droit d'auteur<sup>4177</sup> ». Très logiquement, l'idée générale consiste à présenter les droits de l'auteur comme des droits bornés par les intérêts de la société. En raison de la destination publique des œuvres, ils seraient d'ailleurs plus assujettis que les autres droits subjectifs aux contraintes sociales<sup>4178</sup>. Un autre argument tiré du processus créatif milite pour accorder au droit d'auteur une forte dimension sociale : l'auteur est incontestablement influencé par la sphère sociale dans laquelle il s'inscrit : « *il s'inspire des œuvres du passé* » explique M. Geiger, « *d'un patrimoine culturel appartenant à la collectivité de sorte qu'il est normal qu'à*

---

<sup>4173</sup> On peut citer en exemple l'article 14, al.1, 2 de la Loi fondamentale de 1949 qui a, relativement au droit de propriété, posé le principe de la contrainte sociale (Sozialbindung) (v. BOUCHET-LE MAPIAN E., th. préc., n° 76 ; STRÖMHOLM St., op. cit., n° 14) ; cela signifie par exemple que les restrictions au droit de propriété, qui en France constitueraient une expropriation, se comprendraient en Allemagne davantage comme une limitation.

<sup>4174</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 81. Fondamentalement, cette théorie ne dénote pas avec les discours d'un Holmes, d'un Josserand ou d'un Dugué par exemple.

<sup>4175</sup> V. GEIGER Ch., th. préc., n° 81, note 2 ; DUSOLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », Cahiers marxistes, 2005, n° 232, p. 26, note 49.

<sup>4176</sup> KOPSCH J., « Zur Frage der gesetzlichen Lizenz », in, ArchFunkR 1928, 1, p. 201, cité par GEIGER Ch., th. préc., n° 82, note 3. En 1928, rapporte M. Geiger, Kopsch a présenté cette idée à une conférence à Berlin destinée à préparer la conférence de révision de la Convention de Berne. L'auteur ajoute, « son exposé provoqua une grande stupeur tout particulièrement dans les rangs français, surtout quand il proposa que soit introduit un certain nombre de licences légales afin de tenir compte des intérêts du public », GEIGER Ch., th. préc., n° 82, note 3.

<sup>4177</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 82.

<sup>4178</sup> GEIGER Ch., id., n° 82 : « la nature sociale découle donc du *but poursuivi par les auteurs des œuvres de l'esprit* ».

*l'expiration d'un certain délai l'œuvre revient à la collectivité*<sup>4179</sup> ». Les auteurs soutenant, à l'origine, cette théorie tels que Elster et De Boor examinent le droit d'auteur, sous l'angle descriptif et normatif, à partir de la notion *d'équilibre des intérêts*<sup>4180</sup>.

Cette théorie, reposant sur une approche en termes d'intérêts, fait encore l'unanimité dans la doctrine intellectualiste allemande<sup>4181</sup>. Elle se trouve particulièrement soutenue par l'un des juristes allemands spécialistes les plus réputés, à savoir Ulmer<sup>4182</sup>, lequel était rompu à l'*Interessenjurisprudenz*<sup>4183</sup>. « Comme tous les droits privés », dit-il « *les droits d'auteur sont aussi des droits limités par les contraintes sociales : ils sont assujettis aux limitations, qui circonscrivent la sphère juridique des particuliers au regard des exigences du public*<sup>4184</sup> ». Les intérêts collectifs ou publics, correspondant aux contraintes sociales, justifient alors les limitations au droit d'auteur.

La théorie de l'« *ancrage social du droit d'auteur* » constitue traditionnellement dans la doctrine allemande la source privilégiée de justification des limites temporelles aux droits et des exceptions, qualifiées opportunément de « limitations »<sup>4185</sup>. Dans ce cadre, la notion d'« équilibre » apparaît donc logiquement dans le discours des juristes allemands, tels que par exemple, Reh binder, lequel considérait encore « *que la mise en place du droit d'auteur nécessite que soit trouvé un juste équilibre entre les intérêts de l'auteur et les intérêts de la collectivité*<sup>4186</sup> ».

---

<sup>4179</sup> Idée soutenue par GEIGER Ch., th. préc., n° 82 ; on retrouve le même genre d'argument presque un siècle plus tôt chez Renouard, puis Proudhon.

<sup>4180</sup> M. Geiger note que « de Boor [de BOOR H. O., *Urheber- und Verlagsrecht*, Stuttgart, Verlag von W. Kohlhammer, 1917, p. 32 et s.] avait dès 1917 analysé le droit d'auteur sous l'angle de l'équilibre des différents intérêts en présence » (GEIGER Ch., th. préc., n° 82, note 7) ; et selon Elster (ELSTER A., *Der Schutz des Geisteswerkes als Ausgleich zwischen Urheber und Allgemeinheit*, p. 218) « le droit d'auteur doit trouver son équilibre dans le compromis entre les intérêts de l'auteur et les intérêts du public » (v. GEIGER Ch., th. préc., n° 82, note 6). V. égal. DAVIES G., *Copyright and the public interest*, Aberystwyth, 1997, p. 145.

<sup>4181</sup> Par ex., HILTY R., « L'avenir du droit d'auteur dans le "dilemme numérique" », RLDI, janvier 2005, n° 1, p. 50 : « *le droit d'auteur se fonde jusqu'à ce jour sur le principe que l'utilisation d'une œuvre sur le plan privé – comprenant expressément l'usage dans les écoles ou à l'intérieur d'une entreprise – doit être privilégié. Le motif en est « l'ancrage social » de ce droit : davantage encore que pour la propriété corporelle, il suppose naturellement des limites à l'invocation du droit subjectif. Selon le principe qui veut que l'accès à l'information et à la culture reste garanti, le droit d'auteur est en effet soumis, de par sa conception, à de nombreuses limites dont le but est de réaliser un équilibre entre les intérêts divergents des titulaires de droits et des utilisateurs* ».

<sup>4182</sup> V. GEIGER Ch., th. préc., n° 84 ; STROWEL A., th. préc., n° 192.

<sup>4183</sup> STROWEL, th. préc., n° 192 : « *La doctrine allemande a (...) depuis assez longtemps, été sensible aux considérations d'intérêts qui soutiennent la matière du droit d'auteur. (...) L'auteur de doctrine, depuis 60 ans le plus influent en Allemagne dans le domaine du droit d'auteur, E. Ulmer, a été directement formé à l'école de l'Interessenjurisprudenz – au point d'avoir écrit son habilitation Habilitationsschrift sous la direction de P. Heck* »

<sup>4184</sup> ULMER, op. cit., p. 2, cité par STROWEL A., th. préc., n° 193.

<sup>4185</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 84.

<sup>4186</sup> REHBINDER M., *Urheberrecht*, 12<sup>e</sup> éd., n° 85, cité et traduit par GEIGER Ch., th. préc., n° 84, note 2.

**Influence de la théorie « Sozialbindung des Urheberrechts » sur la conception national-socialiste du droit d'auteur.** La théorie de « *l'ancrage social du droit d'auteur* » tend à affaiblir le subjectivisme du droit d'auteur en accordant au public auquel les œuvres se destinent des prérogatives qui se manifestent par les limitations au droit. Toutefois, la plupart des auteurs soutenant cette doctrine estime que l'auteur doit demeurer en priorité l'objet de la protection<sup>4187</sup>. Avec l'avènement du national-socialisme, les droits de propriété intellectuelle firent l'objet de réforme ou de projet de réforme destinés à subordonner la finalité du droit au bien public ou à la Nation<sup>4188</sup>. La théorie de « *l'ancrage social du droit d'auteur* » apparaissait particulièrement propice à servir les desseins de cette conception national-socialiste du droit.

A l'occasion du Congrès international pour la protection de la propriété industrielle de Berlin de juin 1936, Julius Kopsche expose à nouveau ses idées en mettant au diapason son discours emprunt de la théorie de l'« ancrage social du droit » avec l'idéologie dominante. Le droit d'auteur, selon lui, ne doit jamais séparer l'artiste créateur du peuple dans lequel il vit ; selon sa vraie nature, ce n'est pas un droit individualiste et absolu, mais un droit relatif, en liaison avec la société, autrement dit un droit « socialement relatif » (*sozial-gebundenes Recht*)<sup>4189</sup>. Fondée a priori sur l'idée d'« ancrage social du droit », cette relativisation du droit d'auteur, destinée à mettre en échec la doctrine libérale et à légitimer les restrictions aux droits de l'auteur, ne se justifie plus par une stricte analyse en termes d'intérêts conflictuels. Le symbolisme de type organique (« lien organique », « circulation sanguine<sup>4190</sup> ») qui émaille le discours de Kopsche témoigne d'une posture idéaliste incompatible avec l'approche davantage réaliste qui présidait originellement à la théorie de l'« ancrage social du droit d'auteur ». Pour la doctrine française classique, les idées soutenues par Kopsche et par les auteurs allemands – tel qu'Hoffmann qui estimait que « *le but de la loi sur le droit d'auteur*

---

<sup>4187</sup> ULMER écrit que « *le droit d'auteur protège les intérêts de l'auteur* », cité par STROWEL A., th. préc., n° 193. Pour M. Wandtke : « *si l'on considère les résultats du travail intellectuel comme le fondement essentiel de la richesse sociale et du progrès culturel, il est alors logique de protéger juridiquement son créateur tout particulièrement* » (WANDTKE A., *Zur kulturellen und sozialen Dimension des Urheberrecht Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., introduction, p. 7, n° 13, cité par GEIGER Ch., th. préc., n° 84).

<sup>4188</sup> Pour le droit des brevets, une loi fut promulguée en 1936 destinée à décourager l'exercice individualiste du brevet (v. BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 243 et n° 278 ; v. égal. BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 354 et s.).

<sup>4189</sup> KOPSCHE J., in, *Das Recht des schöpferischen Menschen*, Berlin, 1936, p. 222, cité par ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937, n° 22.

<sup>4190</sup> KOPSCHE J., in, *Das Recht des schöpferischen Menschen*, Berlin, 1936, p. 222, cité par ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937, n° 22.

est l'équilibre des intérêts de l'auteur en tant qu'individu, et de ceux de la communauté sur l'œuvre publiée<sup>4191</sup>» – qui se concrétisent juridiquement par la mutation du droit exclusif vers un droit à rémunération<sup>4192</sup> et l'augmentation des limitations aux droits, traduisent une « socialisation » du droit d'auteur<sup>4193</sup>.

L'influence de la théorie de l'« *ancrage social du droit d'auteur* » s'étend aux législations d'après-guerre<sup>4194</sup>. Dans l'un des documents gouvernementaux justifiant la réforme de 1965 intitulé « *Equilibre du droit d'auteur et des intérêts du public* », on peut ainsi lire :

« Comme chaque droit absolu, le droit d'auteur est un droit à ancrage social, qui connaît certaines limitations dans l'intérêt de la collectivité. Un équilibrage entre les droits des auteurs et des intérêts légitimes du public est un des problèmes clefs de cette réforme du droit d'auteur et est au centre de nos préoccupations<sup>4195</sup> ».

## Conclusion de la section deux

Nous avons vu que le terme « équilibre », employé par la doctrine française, sert à désigner le système du copyright et le système allemand du droit d'auteur. Ces deux ordres ont en commun une conception conséquentialiste, pour ne pas dire utilitariste du droit d'auteur. La balance des intérêts individuels et collectifs constitue, dans chacun de ses ordres, une exigence fondamentale. Que ce soit dans le copyright ou dans le système allemand, nous trouvons des mécanismes faisant appel à la *logique de l'utilité* en vue de la conciliation des intérêts, inconnus en France.

---

<sup>4191</sup> HOFFMANN W., Ein deutsches Urheberrechtsgesetz, Berlin, Bahlen, 1933, « Préface », cité par BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 244, note 57.

<sup>4192</sup> V. par exemple les plusieurs projets de loi des années 30 sur le droit d'auteur élaborés conformément à l'idéologie national-socialiste, évoqués par BOUCHET-LE MAPPIAN E., th. préc., n° 244 et n° 273.

<sup>4193</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937, n° 22.

<sup>4194</sup> Les travaux préparatoires des lois de 1965 et de 1985 portent les marques de la théorie (v. GEIGER Ch., th. préc., n° 84).

<sup>4195</sup> Reproduit in, HERTEL K., SCHIELE K., *Urheberrechtsgesetz und Gesetz zur Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten*, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, Heymanns, 1967, p. 106, cité et traduit par GEIGER Ch., th. préc., n° 84.

## Conclusion du chapitre un

Nous avons montré que le discours de l'équilibre dans la doctrine du droit d'auteur français est traditionnellement associé à deux objectifs. D'une part, au XIXe siècle, il servait aux défenseurs de la doctrine sociale pour lutter contre la doctrine de la propriété littéraire et d'autre part, au XXe siècle, il était employé pour désigner le système utilitariste du copyright, et dans une moindre mesure celui du droit d'auteur allemand, afin de souligner par contraste la nature profondément différente du système du droit d'auteur français. En conséquence, le terme d' « équilibre » est traditionnellement marqué, soit, par la doctrine sociale, soit, par le copyright ou le système allemand, et donc, par une forme d'utilitarisme. Même si le terme change quelque peu de fonction, sa signification demeure attachée à la poursuite de l'utilité, au réalisme, au positivisme scientifique. Les usages du terme demeurent conformes aux résultats que nous avons dégagés dans la première partie. Nous pouvons donc encore parler de stabilité sémantique du terme en dépit de son changement d'acception.

Il convient désormais de s'intéresser à la notion juridique d' « équilibre », c'est-à-dire, au terme une fois qu'il appartient au langage des acteurs du droit.

## **Chapitre 2 : Le discours de l'équilibre des acteurs du droit**

Les acteurs du droit sont le législateur (lato sensu<sup>4196</sup>) et les juges. La notion d'« équilibre » est relativement peu employée par les acteurs du droit pour formuler des normes ayant notamment pour objet les relations entre l'auteur et les utilisateurs. Logiquement nous commencerons notre étude par l'analyse de la notion d'équilibre dans les textes (section 1) pour ensuite examiner l'usage de la notion par les juges (section 2). Il s'agira ici de montrer que l'usage de l'« équilibre » par les acteurs du droit est conforme à ce que nous avons pu constater en première partie, à savoir, qu'il s'agit pour le législateur d'un moyen d'habiliter le juge à exercer un pouvoir étendu, et pour le juge, un moyen de créer du droit. La vérification de cette conformité nous permettra de conclure à nouveau à la stabilité des usages du terme « équilibre ».

### **Section 1 : L'équilibre dans les textes**

La mention de l'« équilibre » dans les normes formelles en droit d'auteur est particulièrement rare. A l'heure actuelle, nous la trouvons dans l'accord ADPIC (I), dans les traités OMPI (II) et dans la directive DADVSI (III).

---

<sup>4196</sup> Par législateur, il faut ici comprendre l'organe habilité à produire une norme formelle.

## I) L'équilibre dans l'Accord ADPIC

Rappelons brièvement l'importance de l'Accord pour le droit d'auteur avant d'examiner les raisons de sa formation.

**ADPIC et droit d'auteur.** L'accord a pour double objectif d'intégrer et de prolonger les principales conventions internationales sur la propriété intellectuelle<sup>4197</sup>. De fait, la véritable amélioration de l'Accord du point de vue des titulaires de droit réside principalement dans l'augmentation du nombre d'Etats (125 à l'origine, 160 aujourd'hui) tenus de respecter les obligations contenues dans les différentes conventions auxquels ils n'étaient pas nécessairement signataires. Pour cette raison estime M. Gaubiac, « l'augmentation de la protection est plus de niveau quantitatif que qualitatif<sup>4198</sup> ».

Relativement à la protection des œuvres littéraires et artistique, l'Accord renvoie à la Convention de Berne et à l'Acte de Paris du 24 juillet 1971 révisant celle-ci<sup>4199</sup>. L'Accord énonce qu'aucun article parmi les soixante-deux premiers ne peuvent déroger à la Convention de Berne. Plus précisément, seuls les articles 1 à 21 de la Convention (à l'exception de l'article 6 bis relatif au droit moral, exclu de l'Accord<sup>4200</sup>) et son annexe sont véritablement incorporés à l'Accord<sup>4201</sup> et susceptibles de fonder eux-mêmes une action en règlement des différends devant l'Organe de l'OMC.

L'accord ADPIC adopte, au plan formel, deux principes protecteurs, à savoir, par renvoi à la Convention, celui du traitement national<sup>4202</sup> et celui du traitement de la nation la plus favorisée<sup>4203</sup>. Au plan substantiel, l'Accord prévoit de nouvelles dispositions de nature à

---

<sup>4197</sup> La Convention de Paris sur la propriété industrielle et l'Acte de Stockholm du 14 juillet 1967 révisant celle-ci, la Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de diffusion adoptée le 26 octobre 1961, le Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés adoptée le 26 mai 1989, V. art.2 § 2 de l'Accord ADPIC.

<sup>4198</sup> GAUBIAC Y., De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne, LPA, 11 janvier 1995 n° 5, p. 10 et s., n° 61.

<sup>4199</sup> Art. 2.2 de l'Accord ADPIC.

<sup>4200</sup> V. POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 2239.

<sup>4201</sup> Art. 9 de l'Accord ADPIC.

<sup>4202</sup> Art. 3.1 de l'Accord ADPIC. Cette règle oblige chaque Etat à offrir la même protection aux ressortissants des autres Etats membres que celle qu'il offre à ses propres ressortissants, sous réserve des exceptions prévues par la Convention de Berne.

<sup>4203</sup> Art. 4 de l'Accord ADPIC. Ce principe, issu du droit du commerce international et inédit dans les conventions de droit de la propriété intellectuelle, impose de faire profiter tous les Etats membres des faveurs, privilèges ou immunités qu'un membre accorde à un autre membre. Ce principe est assorti d'exceptions.

étendre la protection des auteurs et ayants-droit. Ces dispositions portent sur l'objet des droits (protection des logiciels et des bases de données<sup>4204</sup>), leur contenu (consécration d'un droit de location des programmes d'ordinateurs et des œuvres cinématographiques au profit des auteurs et de leurs ayants droit<sup>4205</sup>), leurs titulaires (comprenant les personnes morales<sup>4206</sup>), et leur durée<sup>4207</sup>.

L'article 13 est corrélativement consacré aux « limitations et exceptions ». Ici, l'Accord se contente de reproduire le test des trois étapes introduit par la révision de la Convention de Berne en 1967<sup>4208</sup>. Ce test prévoit que le législateur doit avant l'introduction d'une exception au droit d'auteur, vérifier qu'elle répond à une série de trois conditions cumulatives. A la différence de la Convention de Berne, qui destine ce test aux exceptions au seul droit de reproduction, l'Accord l'étend aux exceptions de chacun des droits<sup>4209</sup>. Enfin en dehors de l'article 13, une autre forme de restrictions aux droits est prévue. Afin d'empêcher les pratiques contraires à la concurrence, il est envisager de restreindre la liberté contractuelle des titulaires de droits. L'accord invite ainsi les Etats à prendre des mesures appropriées pour prévenir ou contrôler les pratiques en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle ayant des effets préjudiciables sur les échanges et le transfert de technologie<sup>4210</sup>.

**Une mondialisation, des mondialisations.** L'Accord de Marrakech et son annexe – l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord

---

<sup>4204</sup> Art. 10 de l'Accord ADPIC.

<sup>4205</sup> Art. 11 et 14 de l'Accord ADPIC.

<sup>4206</sup> Art. 1 § 3 de l'Accord ADPIC.

<sup>4207</sup> La durée de protection des œuvres (à l'exclusion des photographies et des œuvres des arts appliqués), est étendue à cinquante ans lorsqu'elle est calculée autrement que sur la base de la vie de l'auteur, v. Art. 13 de l'Accord ADPIC.

<sup>4208</sup> La conférence diplomatique de révision de Stockholm avait notamment pour objet d'introduire au sein de la Convention de Berne le droit de reproduction. Lors des négociations, il était envisagé d'assortir ce droit de diverses exceptions précisément définies. Afin de trouver un compromis entre les différentes conceptions des Etats sur les exceptions, les Etats ont préféré adopter à une norme souple. L'article 9.2 de la Convention stipule alors : Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » (GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, Préf. P. SIRINELLI, Paris : LexisNexis, 2012, n° 68) ; POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 2173 ; COLIN C., *Droits d'utilisation des œuvres*, Préf. P. SIRINELLI, Bruxelles : Larcier, 2012, n° 581 et s.

<sup>4209</sup> « Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. », Art. 13 de l'Accord ADPIC.

<sup>4210</sup> Article 40 de l'Accord ADPIC.

ADPIC ou TRIPS<sup>4211</sup>) – consacrent la mondialisation de la propriété intellectuelle<sup>4212</sup> et partant celle du droit d’auteur<sup>4213</sup>. La mondialisation du droit d’auteur découle, autant qu’elle y participe, de la rencontre de plusieurs phénomènes globaux : la mondialisation de l’économie<sup>4214</sup> et de la finance, la mondialisation de la culture<sup>4215</sup>, la culture de masse<sup>4216</sup>, la mondialisation de la communication<sup>4217</sup>, le rôle désormais essentiel de l’information dans nos sociétés<sup>4218</sup>, et enfin, la mondialisation du droit<sup>4219</sup> qui apparaît comme condition de possibilité aussi bien que conséquence de ces différents phénomènes.

---

<sup>4211</sup> Pour Trade Related Aspects of Intellectual Property.

<sup>4212</sup> Expression qui désigne le phénomène d’accroissement et d’importance de règles de propriété intellectuelle, conventionnellement adoptées, de portée internationale et ayant vocation à rapprocher les législations nationales entre elles (v. VIVANT M. (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l’ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, 185 p. ; DULONG DE ROSNAY M., LE CROSNIER H., *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, Paris : CNRS éditions, 2013, 195 p. ; DAHMEN K. B., *Interactions du droit international et du droit de l’Union européenne : un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle*, Paris : L’Harmattan, 2013, p. 25 et s.).

<sup>4213</sup> V. VIVANT M., « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l’épreuve de la mondialisation », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), *Droit d’auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, p. 25-33 ; CORNU M., MEZGHANI N. (ss la dir.), *Intérêt culturel et mondialisation*, t.2, les aspects internationaux, Paris : L’Harmattan, 2004, 363 p. ; KEREVER A., « Droit d’auteur et mondialisation », *Cahier de la propriété intellectuelle*, vol. 10, n° 1, octobre 1997, pp. 19-41.

<sup>4214</sup> COHEN E., « Mondialisation » in, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l’ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 3-12.

<sup>4215</sup> WARNIER J.-P., *La mondialisation de la culture*, 4<sup>e</sup> ed., Paris : La découverte, 2008, 129 p. ; TARDIF J., FARCHY J., *Les enjeux de la mondialisation culturelle*, Paris : Hors commerce, 365 p. ; FROMAGEAU J., « Mondialisation et culture : les interrogations d’un juriste », in, CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation*, t.1, les protections nationales, Paris : L’Harmattan, 2004, pp. 11-36 ; CORNU M., « Le droit de la culture dans les turbulences du marché mondial », in, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l’ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 69-79.

<sup>4216</sup> HORKHEIMER M., ADORNO T.W., KAUFHOLZ-MESSMER E., *La dialectique de la raison : fragments philosophiques*, Paris : Gallimard, 1974 ; CHANTEPIE P., LE DIBERDER A., *Révolution numérique et industries culturelles*, Paris : La Découverte, 2005. V. égal. « Histoire des industries culturelles en France, XIXe-XXe siècles », Actes du colloque tenu à la Sorbonne en décembre 2001, Paris : Association pour le développement de l’histoire économique, 2002 ; BOUQUILLION P., *Les industries de la culture et de la communication : les stratégies du capitalisme*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2008.

<sup>4217</sup> MATTELART A., *La mondialisation de la communication*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2010.

<sup>4218</sup> MATTELART A., *Histoire de la société de l’information*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2009 ; STRUBEL X., « Société de l’information et droit d’auteur », in, BLANDIN-OBERNESSER A. (dir.), *L’Union Européenne et internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes : travaux de la Commission pour l’étude des Communautés européennes (CEDECE)*, Rennes : Apogée, 2001, pp. 135-148.

<sup>4219</sup> HALPERIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Paris : Dalloz, 2009 ; LOQUIN E., KESSEDJIAN C. (dir.), *La mondialisation du droit*, colloque organisé à Dijon les 13, 14 et 15 septembre 1999, Paris : Litec, *Travaux du Credimi*, vol. 19, 2000 ; v. *Arch. phil. droit.*, n° 47 (« La mondialisation, entre illusion et utopie »), 2003 ; COPPENS Ph., « La fonction du droit dans une économie globalisée », *RIDE*, 2012/3 t. XXVI, pp. 269-294 ; LUFF D., *Le droit de l’Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2004.

**Contexte général.** A l'issue des négociations de l'Uruguay Round entamées dès 1986 à Punta del Este et destinées à réviser l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (c'est-à-dire le GATT - General Agreement on Tariffs and Trade)<sup>4220</sup>, a été signé, le 15 avril 1994, l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Cet accord, formé dans un contexte de crise économique internationale, a abouti, parmi ses plus notables résultats, à l'abaissement des droits de douanes, à la libéralisation du commerce des textiles et des produits agricoles, et enfin, à la création de règles relatives aux services, à la finance et la propriété intellectuelle, thèmes qui avaient été écartés lors de la conclusion du GATT.

Pour comprendre la dynamique des négociations à l'Accord ADPIC et l'opposition entre les pays développés et les pays en voie de développement, lesquelles expliquent l'introduction de la notion d'« équilibre » dans l'Accord, il convient de revenir sur la cause principale de celui-ci, à savoir l'impulsion en provenance des Etats-Unis.

**La pression américaine en faveur de l'introduction de la propriété intellectuelle dans un accord multilatéral.** Du point de vue des Etats-Unis, la signature de l'Accord ADPIC constitue une double victoire : d'une part, elle favorise l'américanisation du droit, d'autre part, elle permet d'élever les standards de protection de la propriété intellectuelle à l'échelle mondiale<sup>4221</sup>. C'est cet objectif que les Etats-Unis poursuivaient dès le départ. Il importe ici

---

<sup>4220</sup> A la suite de la Seconde Guerre mondiale, les Etats ont cherché à corriger les erreurs de politique économique et commerciale internationale commises avant le conflit, et principalement, le protectionnisme et le bilatéralisme. Les négociations menées à Bretton Woods ont conduit à la création du Fonds monétaire international (FMI), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement. Enfin, il était question de former une Organisation internationale du Commerce (OIC), le but étant de créer un organisme de coopération internationale compétent en matière de politique économique (droit du travail, politique commerciale, concurrence, et accords sur les matières premières). Relativement à l'OIC, les négociations ont échouées : l'Union Soviétique, suivie des pays socialistes d'Europe de l'Est, s'est retirée et les Etats-Unis craignant une ingérence dans leur politique commerciale, refusèrent d'approuver la création de l'organe. L'Organisation, censée être créée par la Charte de la Havane, n'a jamais vu le jour. Néanmoins, l'accord provisoire (GATT) contenant des règles commerciales et des concessions tarifaires, signé en 1947 fut maintenu. Son objectif était de promouvoir le commerce international, le libre-échange et de contribuer au développement économique et au bien-être de tout les pays. Jusqu'en 1995, les parties contractantes appliquaient les règles issues du GATT sans cadre institutionnel formel (v. MÖRNER A., « L'Uruguay Round du GATT et le Droit d'auteur », Bull. dr. auteur 1991 vol. XXV, n° 2, p. 8 ; GERVAIS D., *L'accord sur les ADPIC*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 16 et s. ; TRAN WASESCHA Th.-L., *L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle*, in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 136 et s.).

<sup>4221</sup> V. HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 224 ; LEWINSKI S. V., « Américanisation », in, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz,

de revenir sur la genèse de la volonté américaine de renforcer le dispositif mondial de protection de la propriété intellectuelle pour apprécier les rapports de force qui se sont installés au cours des négociations.

Pour endiguer la réduction de leur puissance économique depuis les années 1960, les Etats-Unis avaient opté pour une politique commerciale protectrice et militante. Cette politique s'est traduite en 1962 par l'adoption de la loi sur le développement du commerce (Trade expansion Act), puis en 1974 la loi sur le commerce (Trade Act), laquelle dans son article 301 autorisait les autorités américaines à prononcer des rétorsions ou des menaces de rétorsions contre les Etats qui ne permettaient pas aux produits américains d'accéder de manière équitable à leurs marchés<sup>4222</sup>. Cela n'a pas suffi à restaurer leur balance commerciale. Frappés dans les années 80 par un fort déficit commercial<sup>4223</sup>, les dirigeants américains réalisent, à l'aide des suggestions issues d'économistes et de présidents de grandes firmes nationales, que la commercialisation de biens et de services couverts par des droits de propriété intellectuelle constitue une ressource particulièrement lucrative quoiqu'imparfaitement exploitée sur le marché international<sup>4224</sup>. Le trait d'union entre balance commerciale et propriété intellectuelle venait d'être clairement tracé. Les mauvais élèves qui ne respectent pas les règles tacites de propriété intellectuelle sont vite identifiés. Durant les années 70-80<sup>4225</sup> : les pays en voie de développement tels que l'Inde, le Brésil, la Thaïlande et l'Indonésie sont dans le collimateur des Etats-Unis. La volonté d'imposer à certains Etats l'élévation du degré de protection de la propriété intellectuelle venait de naître. « Le droit » constate Mme Von Lewinski a donc « été instrumentalisé pour améliorer le bilan commercial des Etats-Unis<sup>4226</sup> ».

---

2004, pp. 13-30 ; LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », PI, janvier 2004, pp. 482-491.

<sup>4222</sup> V. LEWINSKI S. V., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international aujourd'hui », RIDA, juillet 1994, n° 161, p. 46.

<sup>4223</sup> La balance commerciale des Etats-Unis atteignait en 1986 un déficit record de 169 milliards de dollars.

<sup>4224</sup> LEWINSKI S. V., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international aujourd'hui », art. préc., p. 40, note 39.

<sup>4225</sup> Ces pays, auxquels avait été promis un « nouvel ordre économique international » bien plus favorable, auraient décidé, après avoir réalisé que les promesses ne seraient pas tenues, d'employer la contrefaçon et la piraterie comme moyens de décollage économique (PEREAU J.-L., « Les relations de l'OMC avec l'Union Européenne et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle après l'entrée en vigueur de la convention de Marrakech », LPA, 11 janvier 1995, n° 5, p. 50).

<sup>4226</sup> LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 483 ou in, Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, p. 14.

A la demande du président de l'entreprise pharmaceutique Pfizer et de celui d'IBM<sup>4227</sup>, les Etats-Unis se dotent via le Trade and Tariff Act de 1984 d'un dispositif légal coercitif permettant aux autorités américaines de prononcer des sanctions commerciales ou des menaces de sanctions contre tout pays accusé de contrefaire des biens protégés par des droits de propriété intellectuelle attribués à des ressortissants américains<sup>4228</sup>. En 1986, les initiateurs du mouvement sont rejoints par les présidents d'autres firmes comme Monsanto et créent l'Intellectual Property Committee (IPC) destiné à influencer les organismes publics (le Congrès, le Département du Commerce et l'organe représentant les Etats-Unis au GATT en priorité). Le lobbying de l'IPC fonctionne. Au plan international, le représentant américain au GATT est convaincu et s'assure le soutien du Japon et de l'Europe, fortement incités par les associations patronales nationales<sup>4229</sup>. Au plan national, les efforts de ce lobby ont porté leurs fruits : le Congrès des Etats-Unis vote en 1988 l'Omnibus Trade and Competitiveness Act, communément baptisé « super 301<sup>4230</sup> ». Cette loi, qui constitue selon Mme Von Lewinski « le fondement de l'instrumentalisation<sup>4231</sup> » du droit au service des intérêts commerciaux américains, renforce le dispositif. La loi autorise le gouvernement à prononcer des sanctions contre tout pays qui n'offrirait pas un niveau de protection de la propriété intellectuelle jugé suffisant. La loi enjoint également les autorités à fixer des standards de protection. Différentes stratégies<sup>4232</sup> sont à cette fin suggérées : la conclusion de traités bilatéraux, l'adoption de mesures unilatérales<sup>4233</sup> et l'introduction d'obligations de protection de droits de propriété intellectuelle dans un cadre international multilatéral comme le GATT. Cette dernière stratégie équivalait à l'envoi d'un signal très clair aux partenaires commerciaux des Etats-Unis note M. Gervais : « en l'absence d'un système multilatéral de protection de la propriété intellectuelle, plusieurs de ces partenaires seraient placés dans le collimateur du United

---

<sup>4227</sup> V. HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », art. préc., p. 224. Le PDG de Pfizer sera ensuite promu conseiller de la délégation officielle américaine lors des négociations de l'Accord ADPIC, illustration de ce que M. Lapousterle appelle l'« infiltration » des instances de décisions par les groupes de pression (v. LAPOUSTERLE J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. GAUTIER P.-Y, Paris : Dalloz, 2009, n° 150).

<sup>4228</sup> MORIN J.-Fr., « L'adhésion des pays en développement au droit de la propriété intellectuelle », in, VIVANT M. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, p. 10.

<sup>4229</sup> HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », art. préc., p. 225.

<sup>4230</sup> V. ZILLER J., « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », *RIDE*, 3/ 2003, t. XVII, pp. 502-503.

<sup>4231</sup> LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 483.

<sup>4232</sup> LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 483. Sur les modèles stratégiques de diffusion de la propriété intellectuelle de manière générale (v. MORIN J.-Fr., « L'adhésion des pays en développement au droit de la propriété intellectuelle », in, VIVANT M (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, pp. 3-22).

<sup>4233</sup> V. LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 483.

States Trade Representative, le ministre du Commerce extérieur des Etats-Unis<sup>4234</sup> ». Dans les négociations de l'Accord ADPIC, nul n'ignorait cette épée de Damoclès...<sup>4235</sup>

On constate que les voies traditionnelles, à savoir, les conventions internationales spécifiques à la propriété intellectuelle et celles offertes par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle ou les Nations-Unis sont négligées par les Etats-Unis<sup>4236</sup>. Plusieurs raisons expliquent que les Etats-Unis comme les Etats Européens du reste, ont préféré se diriger vers le GATT/OMC plutôt que vers l'OMPI ou l'ONU. Les cadres traditionnels tels qu'ils ressortent de la Convention de Berne pour le droit d'auteur et de la Convention de Paris pour la propriété industrielle étaient jugés trop classiques et étroits par rapport aux besoins actuels<sup>4237</sup>. Relativement aux objets, l'insuffisante protection des créations informatiques et des circuits imprimés était par exemple critiquée<sup>4238</sup>. De manière générale, étaient déplorés l'absence de mécanisme d'interprétation des Conventions et de renforcement des droits, de moyens de contraintes souples et accessibles, ainsi que le défaut de liens avec les autres secteurs du commerce. Intégrer la propriété intellectuelle dans le cadre du GATT présentait corrélativement de nombreux avantages<sup>4239</sup>. Le droit de la propriété intellectuelle pourrait ainsi être harmonisé avec les règles du droit de la concurrence, le recours au mécanisme de règlement des conflits de l'OMC serait ouvert<sup>4240</sup>, les règles de chaque pays seraient harmonisées permettant ainsi de pallier chez certains « l'absence d'une protection adéquate »

---

<sup>4234</sup> GERVAIS D., *L'accord sur les ADPIC*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 18.

<sup>4235</sup> Un participant aux négociations « a souligné que les mesures unilatérales prises par les Etats-Unis au titre de l'article dit "Spécial 301" prouvaient que sa délégation était fondée à appréhender ce qu'il adviendrait si les négociations sur les TRIP n'aboutissaient pas à un résultat équilibré » (MTN.GNG/TRIPS/I 2, 9 juillet 1991). V. égal. HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », art. préc., p. 226.

<sup>4236</sup> Les traités et accords bilatéraux négociés dans l'enceinte de l'OMPI fut une voie progressivement abandonnée : « la peur des vieux démons de la réciprocité et des forteresses que pourraient constituer les zones douanières ou de libre-échange contribua sans doute à déplacer le centre de gravité de l'OMPI – et de la Cnuced [Conférence des Nations unies sur le Commerce et le Développement] par ailleurs- vers le GATT » (TRAN WASECHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, p. 139).

<sup>4237</sup> KEREVER A., « Droit d'auteur et mondialisation », *Cahier de la propriété intellectuelle*, vol. 10, n° 1, octobre 1997, pp. 19-41.

<sup>4238</sup> MÖRNER A., « L'Uruguay Round du GATT et le Droit d'auteur », *Bull. dr. auteur* 1991 vol. XXV, n° 2, p. 9.

<sup>4239</sup> V. HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », art. préc., p. 224 et s.

<sup>4240</sup> A l'époque, les conventions de l'OMPI prévoyaient que les différends seraient soumis à la Cour International de Justice. Le système n'était pas utilisé. Au contraire, l'organe de règlement des conflits du GATT/OMC était opérationnel et efficace car disposant de l'autorité de prendre des mesures contraignantes (des autorisations d'imposer des droits de douane ou des annulations de mesures de libération tarifaire pouvaient être prononcées).

et chez les autres « une protection excessive » constitutive de barrières commerciales<sup>4241</sup>. En outre, une raison politique, qu'il faut comprendre dans la perspective du conflit Nord/Sud incitait les Etats du Nord à placer la propriété intellectuelle sous le giron du GATT. Le GATT puis l'OMC offre, comparativement à l'OMPI ou à l'ONU, des procédés « de négociations plus dynamiques et moins transparents », qui offrent « *plus de possibilité d'influence aux pays industrialisés qu'aux pays en développement, et de manière plus efficace qu'aux Nations-Unis*<sup>4242</sup> ».

**Buts de l'Accord ADPIC.** Les obligations contenues dans l'Accord ADPIC annexé à l'Accord de Marrakech visent, d'une part, à promouvoir la protection de la propriété intellectuelle et, d'autre part, à éviter que les mesures prises par les Etats pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle constituent des obstacles illégitimes au commerce<sup>4243</sup>. A cet égard, il a souvent été relevé que l'objectif de l'accord ADPIC est de rechercher un « équilibre » entre les droits de propriété intellectuelle et le maintien d'une concurrence effective en tant que source du développement économique<sup>4244</sup>.

L'un des objectifs de l'Accord est également formulé grâce à la notion d'« équilibre ». Selon l'article 7 de l'ADPIC, la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle « devraient contribuer à (...) assurer un équilibre des droits et obligations ». Avant de nous intéresser plus précisément à cette clause, il importe d'analyser les enjeux induits par l'Accord au regard de la conciliation entre droit du commerce international et droit de la propriété intellectuelle.

---

<sup>4241</sup> GAUBIAC Y., « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce », RIDA, octobre 1995, n° 166, pp. 6-7 ; LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 483.

<sup>4242</sup> LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 484. V. égal. PEREAU J.-L., « Les relations de l'OMC avec l'Union Européenne et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle après l'entrée en vigueur de la convention de Marrakech », LPA, 11 janvier 1995, n° 5, p. 47 et s.

<sup>4243</sup> 1<sup>er</sup> considérant du Préambule de l'ADPIC.

<sup>4244</sup> LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2004, p. 685 : « L'ADPIC vise ainsi à maintenir un équilibre entre la libéralisation du commerce international et une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle ». V. égal. GAUBIAC Y., « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce », RIDA, octobre 1995, n° 166, p. 9 ; ARHEL P., « L'ADPIC : un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence », LPA, 17 novembre 2010, n° 229, p. 3 et s.

**Quand le commerce international et la propriété intellectuelle se rencontrent.** Cet accord commercial multilatéral historique présente, comme nous l'avons évoqué, la particularité de contenir en annexe une convention relative à la propriété intellectuelle<sup>4245</sup>. Il s'agit en effet d'une singularité notoire dans la mesure où, traditionnellement, au sein des accords relatifs au commerce international ou régional, la propriété intellectuelle se voit réserver un régime particulier<sup>4246</sup>. Écartée des conventions multilatérales sur le commerce, la propriété intellectuelle était traitée négativement : ses règles ne devaient, à la marge, avoir pour effet de fausser la concurrence telle qu'elle était promue par les conventions.

L'Accord ADPIC traite au contraire la propriété intellectuelle positivement. Avec cet accord, le droit d'auteur bascule dans l'ordre marchand et devient un instrument de portée universelle au service de l'innovation<sup>4247</sup>. Le changement de perspective adoptée pour l'Accord ADPIC et le contenu de ses obligations auraient conduit à une « transformation conceptuelle du droit d'auteur international<sup>4248</sup> ». Pour exprimer l'impact de l'Accord sur la matière, on parle encore de « mutation profonde<sup>4249</sup> », de « rupture » ou de « révolution<sup>4250</sup> ». L'Accord ADPIC traduirait le nouveau rôle joué par la propriété intellectuelle :

« Le revirement de la conception du rôle de la propriété intellectuelle dans l'entreprise et dans la société tel qu'il apparaît clairement dans l'adoption de l'accord ADPIC montre bien qu'on est passé d'une propriété intellectuelle tolérée dans le commerce international en tant que monopole privé à une propriété intellectuelle perçues par les entreprises contrôlant la majorité de la technologie comme le garant du commerce international<sup>4251</sup> ».

---

<sup>4245</sup> Notons qu'au cours du Tokyo Round (1973-1979) il a été proposé de négocier des règles sur le commerce des marchandises de contrefaçon. Ces négociations ont abouti à un projet d'Accord relatif aux mesures propres à décourager l'importation des marchandises de contrefaçon. Cependant, ces négociateurs ne sont pas parvenus à s'entendre et ce thème n'a pas été inclus dans les résultats du Tokyo Round lors de sa conclusion en 1979.

<sup>4246</sup> Par exemple, elle est soumise, dans le GATT au régime d'exception prévu à l'article XX et, dans le Traité de Rome, au régime dérogatoire prévu à l'article 36. Les règles de propriété intellectuelle demeuraient une exception autorisée aux dispositions posées par ces conventions à la condition que son exercice par les États ne conduise pas à des discriminations arbitraires ou à des restrictions au commerce déguisées. Sur la place de la propriété intellectuelle dans les accords internationaux de commerce international (v. LEWINSKI S. V., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international aujourd'hui », art. préc., pp. 4-96).

<sup>4247</sup> V. VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, n° 35.

<sup>4248</sup> LEWINSKI S. V., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international aujourd'hui », art. préc., p. 36.

<sup>4249</sup> TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », art. préc., p. 136.

<sup>4250</sup> MARINO L., *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : PUF, 2013, n° 22.

<sup>4251</sup> REMICHE B., « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, p. 318.

L'introduction de la propriété intellectuelle dans le système commercial multilatéral a également suscité des interrogations de la part de la doctrine internationaliste. En effet, du point de vue institutionnel, l'introduction de ce droit particulier (en raison de son caractère nationaliste) dans l'enceinte de l'OMC participe à ce que l'on qualifie, sinon de révolution, du moins de « novation fondamentale <sup>4252</sup> » du système commercial international. Si le contenu de l'ancienne Charte de la Havane (censée créer l'Organisation Internationale du Commerce) traduit « l'esprit » des « pères fondateurs » de l'OMC, l'introduction de la propriété intellectuelle révélerait un manque de respect de ce dernier dans la mesure où elle n'avait pas été envisagée comme un objet de futures négociations, contrairement, par exemple, au commerce des services <sup>4253</sup>. Le GATT avait d'ailleurs respecté cette ligne directrice en plaçant la propriété intellectuelle sous un régime d'exception.

Par ailleurs, on a observé entre le GATT et l'Accord de Marrakech, des différences dans les méthodes mises en œuvre et les finalités poursuivies. N'ayant « pas pour objet une libéralisation aveugle et complète des échanges ni la division totale du travail <sup>4254</sup> », le GATT traduisait une méthode dite de « libéralisation progressive <sup>4255</sup> » afin qu'il soit « adapté aux développements et besoins du commerce international <sup>4256</sup> ». Par le truchement du principe de non discrimination, des réductions des tarifs douaniers et de la levée d'obstacles non tarifaires au commerce, le GATT visait au lendemain de la guerre « à promouvoir le libre-échange, à abolir le protectionnisme et les économies de guerre dirigées par l'Etat et à élever les niveaux de vie et le bien-être général, afin de construire, en tant que but final, un monde paisible <sup>4257</sup> ». Le commerce international apparaissait alors, d'un point de vue politique, comme un facteur de pacification et une source de félicité <sup>4258</sup>. L'un des moyens d'atteindre cet objectif tout en respectant les particularismes nationaux était d'offrir aux Etats une certaine souplesse et notamment la possibilité de déroger à certaines règles pour des motifs d'intérêt général <sup>4259</sup>. Relativement à la propriété intellectuelle, l'article XX du GATT

---

<sup>4252</sup> MONNIER P., RUIZ FABRI H., « Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel », J.-Cl. Droit international, fasc. 130-10, 2009, n° 1.

<sup>4253</sup> TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », art. préc., p. 137.

<sup>4254</sup> TRAN WASESCHA Th.-L id., p. 139.

<sup>4255</sup> Ibid.

<sup>4256</sup> Ibid.

<sup>4257</sup> LEWINSKI S. V., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international aujourd'hui », art. préc., p. 10.

<sup>4258</sup> Nous trouvons déjà ces idées chez les penseurs du XVIIIe siècle, et en particulier chez Adam Smith, v. ROSANVALLON P., *Le capitalisme utopique*, Paris : Seuil, 1999.

<sup>4259</sup> Cf. l'art. XX (exceptions générales) du GATT.

autorisait les Etats à prendre certaines mesures pour tenir compte des considérations comme la santé ou l'ordre public à condition qu'elles ne constituent des obstacles déguisés au commerce. L'accord ADPIC, selon le Professeur Siroën, adopte une perspective un peu moins « hédoniste » :

« cet accord a moins pour fonction de favoriser directement la libéralisation des échanges, que de garantir leur loyauté. Il vise à éviter des comportements de free riders de la part de pays qui bénéficieraient des investissements réalisés ailleurs en marques ou en inventions sans en supporter les contraintes. En rompant avec une certaine conception du bien -qui reste celle du GATT (en tant qu'accord)- qui se définit par les besoins qu'il satisfait indépendamment du processus de production, il met d'une certaine manière en relief (...) les lacunes de l'OMC <sup>4260</sup>».

### **La fonction de la propriété intellectuelle sous le prisme du commerce international.**

L'intégration « positive » de la propriété intellectuelle dans cet accord commercial eut pour effet immédiat de rapprocher davantage le droit de la propriété intellectuelle du droit du commerce international dont l'objet est d'encadrer le libre-échange à l'échelle mondiale<sup>4261</sup>. Ce rapprochement s'est opéré sur une base de parité : la propriété intellectuelle n'était plus, comme auparavant, appréhendée en tant qu'exception au commerce international. Toutefois, cette parité n'est pas sans susciter un paradoxe : en effet, comment articuler un droit promouvant la liberté de la production et des échanges et un droit reposant sur l'instauration d'entraves à ces libertés<sup>4262</sup> ? Ce paradoxe peut-être levé au prix d'une lecture orientée de la justification du droit de la propriété intellectuelle. Au lieu d'y voir un droit qui promeut le bien-être général en incitant à la création de biens intellectuels, le droit de la propriété intellectuelle peut être perçu comme un droit qui garantit la juste récompense des créateurs en leur offrant des moyens de protection. Cette question est traduisible en termes de fonction : les

---

<sup>4260</sup> SIROËN J.-M., L'OMC et la mondialisation des économies, Paris : Centre d'Études et de Recherches Économiques et Sociales Appliquées, Université de Paris-Dauphine, 1998, p. 16, disponible sur : <http://www.dauphine.fr/siroen/TexteCGC.pdf>

<sup>4261</sup> V. JOSSELIN-GALL M., « Le commerce international du droit de propriété littéraire et artistique : quelques incertitudes », RTD com, n° 49, juillet-septembre 1996, pp. 427-441.

<sup>4262</sup> SIROËN J.-M., op. cit., p. 16, disponible sur : « certes, les licences et brevets font directement l'objet d'échanges. L'accord ne vise pourtant pas à ouvrir le commerce à ce type très particulier de biens, mais à protéger les droits de propriété et à sanctionner le commerce de contrefaçons. Du point de vue de l'analyse économique, la justification de cette protection est ambiguë : d'une part la protection des droits constitue une incitation à l'invention et à l'innovation, mais, d'autre part, elle crée des situations de monopole incompatibles avec une allocation optimale des ressources ». V. égal. HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », art. préc., p. 224 ; REMICHE B., « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in, L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris : Frison-Roche, 2003, p. 313.

monopoles que la propriété intellectuelle instaure servent-ils à satisfaire les intérêts privés en récompensant les créateurs et les auteurs, ou l'intérêt public dont la sauvegarde implique la subordination des intérêts privés à celui-ci ? Ce n'est qu'en répondant à cette série de questions qu'il est possible d'envisager l'articulation du droit du commerce international avec le droit de la propriété intellectuelle. Or poser ces questions relatives aux fonctions et aux fins de la propriété intellectuelle, dans le cadre de négociations d'un accord destiné à lier des pays dont les ressources, les besoins et les avancées techniques et technologiques sont essentiellement inégaux, conduit à des réponses pour le moins contrastées. Les oppositions quant au rôle de la propriété intellectuelle reflètent les différences de position des Etats, entre ceux qui produisent et exploitent des biens protégés par la propriété intellectuelle<sup>4263</sup> et ceux qui les utilisent : les intérêts sont loin d'être complémentaires. En conséquence, les négociations au sein du groupe de travail ADPIC étaient marquées par une franche opposition entre les pays producteurs de biens objets de propriété intellectuelle, qui défendent une protection de la propriété intellectuelle pour elle-même (mais surtout parce qu'elle constitue dans le jeu de la concurrence « une arme extrêmement utile<sup>4264</sup> »), et les pays qui ont besoin de ces biens et qui soutiennent une conception instrumentale de la propriété intellectuelle.

Ces éléments constituent les enjeux des négociations qui se sont étalées sur près d'une décennie. Les représentants des Etats parties au GATT ont cherché à réunir dans cet accord sur la propriété intellectuelle les conditions d'une série d'équilibres :

« entre la protection de la propriété intellectuelle et le libre-échange (...) ; entre les pays très industrialisés et les pays en développement ; entre les droits (considérés comme « privés ») des détenteurs de propriété intellectuelle et les cas dans lesquels l'intérêt public peut l'emporter sur certains aspects de la protection de la propriété intellectuelle : en contrepartie d'une récompense ou d'une mesure incitative visant à favoriser la créativité et l'inventivité (...), les détenteurs de propriété intellectuelle obtenaient un monopole (dont la portée et la durée étaient limitées). Ils ne peuvent abuser de ces droits<sup>4265</sup> ».

---

<sup>4263</sup> REMICHE B., « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, p. 318 : « *Les pays les plus avancés possédant l'essentiel des entreprises novatrices, ont tout intérêt à renforcer le droit de propriété intellectuelle à travers le monde et à imposer à celui-ci une protection forte et efficace de ces droits. Ainsi leur position dominante dans le domaine de la technologie – facteur essentiel de tout développement- sera confirmée à tout le moins et si possible renforcée* ».

<sup>4264</sup> Ibid.

<sup>4265</sup> GERVAIS D., *L'accord sur les ADPIC*, Bruxelles : Larcier, 2010, p. 180.

Cette recherche d'équilibres est exprimée à l'article 7 de la première partie intitulée « Dispositions générales et principes fondamentaux » de l'Accord de Marrakech consacré aux objectifs poursuivis par l'Accord :

« La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations [a balance of rights and obligations]<sup>4266</sup> ».

L'étude de la signification du terme « équilibre » contenu dans l'article 7 de l'Accord (B) sera précédée de l'examen des négociations de celui-ci (A). Ce détour présente un intérêt majeur puisqu'il permettra de constater la fonction rhétorique du terme lors des discussions mais également de fournir quelques éléments utiles à l'interprétation du terme dans l'Accord.

*A) La rhétorique de l'« équilibre » au cours des négociations*

**Déclaration ministérielle de Punta del Este.** Les négociations multilatérales de « l'Uruguay Round » se sont ouvertes officiellement à la suite de la « Déclaration de Punta del Este » adoptée par les ministres de 92 gouvernements réunis du 15 au 19 septembre 1986. Cette déclaration fixe les objectifs et les principes régissant les négociations, délimite les domaines et les thèmes et prévoit les structures et les mécanismes en vue de leur déroulement.

**Thèmes et groupes de travail.** Les quinze thématiques sur lesquelles les ministres s'étaient accordés comptent notamment le textile, l'agriculture, les droits de douane, le commerce des produits tropicaux, le règlement des différends. La propriété intellectuelle était, avec le commerce des services et les mesures concernant les investissements liés au commerce, l'un des trois nouveaux objets de discussion. A chaque thème était assigné un groupe spécial de

---

<sup>4266</sup> Article 7 de l'Accord ADPIC.

travail. Le thème de la propriété intellectuelle a été confié, par mandat, au groupe de négociations sur les « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ».

**Objectifs généraux des négociations.** La déclaration stipule que les parties contractantes sont résolues « à établir un système commercial multilatéral plus ouvert, plus viable et plus durable », « à arrêter et à repousser le protectionnisme ainsi qu'à éliminer les distorsions des échanges », enfin, « d'assurer une libéralisation accrue et une expansion du commerce mondial au bénéfice de tous les pays, en particulier des parties contractantes peu développées<sup>4267</sup> ». Ces objectifs sont de nature à établir une conformité avec les traditionnels principes de libre-échange consacrés par les déclarations antérieures, tels que la réciprocité, l'avantage mutuel, la transparence<sup>4268</sup> ou encore « l'équilibre des concessions<sup>4269</sup> » qui exprime l'idée que les membres ne doivent se voir imposer plus que ce qu'ils ont accepté.

**Objectifs des négociations relatives à la propriété intellectuelle.** Les objectifs assignés aux négociations de l'accord ADPIC ont été consignés dans la Déclaration de Punta del Este. Celle-ci énonce :

« Afin de réduire les distorsions et les obstacles qui affectent le commerce international, et compte tenu de la nécessité de favoriser une protection effective et adéquate des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et procédures visant à faire appliquer les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime, les négociations viseront à éclaircir les dispositions de l'Accord général et à élaborer, s'il y a lieu, des règles et disciplines nouvelles. Les négociations viseront à établir un cadre multilatéral de principes, de règles et de disciplines relatives au commerce

---

<sup>4267</sup> Préambule de la Partie I de la Déclaration de Punta del Este cité par FLORY Th., « Commerce – Chronique de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, vol. 32, 1986. p. 605.

<sup>4268</sup> FLORY Th., « Commerce – Chronique de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, vol. 32, 1986. p. 606.

<sup>4269</sup> L'équilibre est le résultat auquel est censé parvenir le système de concessions réciproques établi par le principe du traitement de la nation la plus favorisée. Les concessions accordées par un membre à un autre membre de l'accord s'appliquent inconditionnellement et multilatéralement à l'ensemble des Etats Membres (v. RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., *Droit du commerce international*, Paris : Dalloz, 2011, n° 61 ; MONNIER P., RUIZ FABRI H., « Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 130-10, 2009, n° 47).

international des marchandises de contrefaçon compte tenu des travaux déjà entrepris au GATT<sup>4270</sup> ».

Conformément aux décisions du Comité des négociations commerciales (CNC) du 28 janvier 1987, les négociations, dans leur phase initiale, étaient censées se limiter à un travail d'identification des problèmes et de délimitation des compétences par rapport à celles de l'OMPI. Le champ de négociation s'est toutefois progressivement élargi.

**Les débuts des négociations. Première opposition Nord/Sud quant à la portée du mandat.** Débutée en 1986, la première phase de négociations du groupe de travail ADPIC, composé d'hommes politiques et diplomates plus spécialistes des échanges commerciaux que de propriété intellectuelle<sup>4271</sup>, s'est prolongée jusqu'à l'année 1990. Cette phase de « *long travail d'éducation mutuelle pour tous les participants*<sup>4272</sup> », a été l'occasion pour les participants de s'interroger sur la portée du mandat confié à leurs soins : s'agissait-il de négocier des règles sur les droits de propriété intellectuelle en général ou seulement sur leurs aspects liés au commerce<sup>4273</sup> ?

Les pays en voie de développement étaient rétifs à négocier un accord global sur le droit de la propriété intellectuelle et souhaitaient uniquement s'en tenir au nécessaire, à savoir, se donner les moyens de prévenir et de sanctionner la contrefaçon ainsi que de contrôler les ventes de marchandises contrefaites<sup>4274</sup>. Selon eux, le GATT ne constituait pas l'organe approprié pour le règlement de cette problématique, qui relevait en tout état de cause de l'OMPI. Ils redoutaient surtout qu'un accord en la matière les empêche d'accéder aux technologies modernes issues des pays développés et élève le prix de biens protégés par la propriété intellectuelle comme les médicaments et des services attachés à ces biens. Ils craignaient également d'être privés de certaines ressources issues de leurs savoirs traditionnels. Enfin ils appréhendaient l'ouverture des recours devant le système de règlement des conflits du GATT.

---

<sup>4270</sup> Préambule de la Partie I de la Déclaration de Punta del Este cité par FLORY Th., « Commerce – Chronique de droit international économique », Annuaire français de droit international, vol. 32, 1986. p. 611.

<sup>4271</sup> MÖRNER A., « L'Uruguay Round du GATT et le Droit d'auteur », Bull. dr. auteur 1991 vol. XXV, n° 2, p. 10.

<sup>4272</sup> TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », art. préc. p. 139.

<sup>4273</sup> V. Module 1, p. 5, disponible sur : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/ta\\_docs\\_f/modules1\\_f.pdf](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules1_f.pdf)

<sup>4274</sup> Par exemple, la saisie des marchandises portant illégalement une marque ou une appellation d'origine VINCENT Ph., « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », Revue Belge de droit international, 1995/2, p. 507.

On le voit, ce qui préoccupait principalement les pays en développement relevait davantage du champ de la propriété industrielle que de la propriété littéraire et artistique. Toujours est-il qu'ils s'étaient, pour ces raisons, montrés hostiles à l'intégration de règles de fond relatives à la propriété intellectuelle. Précisons néanmoins que les représentants des pays en voie de développement n'étaient pas opposés en soi à la propriété intellectuelle qu'il percevait comme une opportunité et un levier économique à condition qu'elle soit adaptée à leurs besoins en matière de santé et de technologie. Selon eux « la propriété intellectuelle devait être utilisée pour promouvoir leur développement économique, et non pour protéger les intérêts financiers des multinationales occidentales<sup>4275</sup> ». Dès lors, leurs réserves concernaient davantage le but poursuivi par les pays du Nord à l'occasion de la promotion de la propriété intellectuelle par le truchement de l'accord multilatéral.

Au contraire des pays en voie de développement qui désiraient limiter l'ordre du jour aux questions relatives à la contrefaçon, les pays développés défendaient les bienfaits d'une réglementation de fond assortie de procédures idoines. En raison des pertes occasionnées par la contrefaçon et par un niveau insuffisant de protection des législations des pays en développement, ils désiraient véritablement parvenir à un code mondial de la propriété intellectuelle<sup>4276</sup>. A cette fin, la Communauté européenne au travers d'un mémorandum déposé au Comité des négociations commerciales en 1989, a sollicité de celui-ci une extension du mandat du groupe de négociation ADPIC<sup>4277</sup>, lequel fut autorisée en avril 1989<sup>4278</sup>. L'année suivante, inspirés par le mémorandum européen, les Etats-Unis proposèrent à leur tour une proposition détaillée d'accord, laquelle fut suivie par d'autres propositions issues respectivement de la Suisse, du Japon, des Communautés Européennes et de quatorze pays en développement.

Au cours des négociations, le conflit d'intérêts entre les pays du Nord et les pays du Sud s'est traduit non pas en opposition entre les uns favorables à la propriété intellectuelle et les autres opposés à celle-ci, mais en conflit de conceptions de la propriété intellectuelle elle-même. La propriété intellectuelle, selon les pays en développement doit s'intégrer au processus global

---

<sup>4275</sup> VINCENT Ph., « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement, Revue Belge de droit international, 1995/2, p. 506 ; BASOMBRIO I., « L'Uruguay Round et la propriété intellectuelle », Bull. dr. Auteur, 1991 Vol. XXV, n° 2, p. 18.

<sup>4276</sup> VINCENT Ph., « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement, art. préc., p. 507.

<sup>4277</sup> V. Module 1, p. 5, disponible sur : [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/ta\\_docs\\_f/modules1\\_f.pdf](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ta_docs_f/modules1_f.pdf) ; PEREAU J.-L., Les relations de l'OMC avec l'Union Européenne et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle après l'entrée en vigueur de la convention de Marrakech, LPA, 11 janvier 1995, n° 5, p. 51.

<sup>4278</sup> V. *GATT Bulletin d'information*, n° 61, mai 1989, p. 8.

de développement et d'innovation afin de répondre aux besoins économiques, sociaux et technologiques des Etats ; la propriété intellectuelle est un levier contribuant à l'éducation, à la santé et au bien-être. En conséquence, le contenu, l'étendue et le degré de protection de ces droits se mesurent à l'aune de ces objectifs d'intérêt général. En outre, il est impératif que la protection de la propriété intellectuelle soit compensée par un renforcement de la protection des intérêts de la société et par un accès plus large au progrès technique et technologique via les transferts de technologies<sup>4279</sup>.

Pour les pays développés, la protection de la propriété intellectuelle est présentée comme une finalité en soi dans la seule mesure où elle ne compromet pas la concurrence. La rigueur de cette protection se justifie par les effets bénéfiques qu'elle produit sur l'innovation et les échanges. Pour convaincre de ses effets bénéfiques, la protection de la propriété intellectuelle est également présentée comme un moyen d'inciter les investisseurs à mobiliser leurs ressources en direction des pays qui présentent les meilleures garanties<sup>4280</sup>.

Les points de vue différents entre les pays développés et les pays en voie de développement produisent des formules et une rhétorique différente. Comme nous aurons l'occasion de le constater, le terme « équilibre » appartient davantage au discours des pays du Sud (2) qu'à celui des pays du Nord (1).

#### 1) L'emploi marginal de l'« équilibre » par les pays développés

L'« équilibre » auquel il s'agit de parvenir selon les pays développés, concerne la nature du rapport entre les exigences inhérentes à la propriété intellectuelle (protection et incitation) et celles relatives à la libre concurrence. Il est question pour les pays du Nord de trouver des remèdes contre « les problèmes commerciaux découlant de la protection inadéquate ou de la garantie inefficace de tous les droits de propriété intellectuelle » tout en s'assurant « que les mesures visant à protéger ces droits ne créent des obstacles au commerce légitime », ou dit

---

<sup>4279</sup> BASOMBRIO I., « L'Uruguay Round et la propriété intellectuelle », Bull. dr. Auteur, 1991 Vol. XXV, n° 2, p. 17 ; MÖRNER A., « L'Uruguay Round du GATT et le Droit d'auteur », Bull. dr. auteur 1991 vol. XXV, n° 2, p. 10.

<sup>4280</sup> VINCENT Ph., « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », art. préc., p. 506 ; HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », art. préc., p. 225.

autrement de parvenir à établir « un équilibre adéquat entre ces deux aspects parfois antagonistes<sup>4281</sup> ».

Dans le même ordre d'idées, il est souhaité que les résultats escomptés puissent s'accorder avec ceux des négociations de l'Uruguay Round sur le commerce international en général<sup>4282</sup>.

L'emploi de l'« équilibre » par les pays développés révèle leur conception de la finalité de la propriété intellectuelle. En dépit de moyens opposés, la propriété intellectuelle poursuit la même finalité économique que le commerce international.

Les difficultés consistent à dégager les bornes de chaque ordre afin qu'aucun des deux ne compromette l'efficience poursuivie par l'autre. L'équilibre désigne la concordance, économiquement optimale, des règles de libre échange et de celles de la propriété intellectuelle. La notion d'« équilibre » ici employée est comparable à son homonyme dans la théorie des jeux : il s'agit de trouver l'équilibre des normes au travers d'une stratégie de coopération et non d'opposition. Autrement dit, il est préférable – pour les pays producteurs de technologie- que chacune des deux branches du droit (commerce international et propriété intellectuelle) ne poursuivent pas aveuglement leurs objectifs respectifs au risque de compromettre leur efficacité.

Relativement peu employé par les pays du Nord, le terme « équilibre » est en revanche l'un des lieux communs du discours des pays du Sud.

2) L'emploi conséquent de l'« équilibre » par les pays en voie de développement

Deux stratégies peuvent être identifiées relativement à l'équilibre. D'une part, l'idée d'équilibre sert d'argument aux pays en voie de développement afin d'obtenir des conditions plus adaptées à leur situation (a), d'autre part, l'« équilibre » est un mot que les représentants des pays du Sud veulent voir inscrit dans la norme. En ce dernier sens, ils militent pour l'introduction d'une « clause d'équilibre » (b).

a) L'argument de l'équilibre

---

<sup>4281</sup> MTN.GNG/NG11/1, 10 avril 1987, n° 7.

<sup>4282</sup> MTN.GNG/NG11/1, 10 avril 1987, n° 2.

**L'emploi de l'équilibre afin de souligner l'inégalité entre les pays développés et les pays en voie de développement.** « Uniformiser au niveau mondial la protection de la propriété intellectuelle » écrit M. Remiche, « *c'est nier la diversité des situations*<sup>4283</sup> ». La notion d'« équilibre » – et non d'égalité – sert aux pays en voie de développement à souligner l'inégalité des situations et des intérêts des membres de l'Accord, ce qui justifie de suggérer un traitement inégal<sup>4284</sup>. Au contraire d'une protection uniforme pour l'ensemble des pays, génératrice d'une forte asymétrie des coûts et avantages<sup>4285</sup>, il faut, estiment les représentants des pays en développement « reconnaître pleinement les besoins de tous les pays en matière de développement économique, social et technologique et le droit souverain de tous les États *de faire en sorte qu'il y ait un équilibre entre ces besoins et les droits conférés aux titulaires* des différents droits de propriété intellectuelle<sup>4286</sup> ».

Eu égard à l'inégalité de besoins, l'usage de l'« équilibre » suggère que soit préservée une forme d'autonomie de chacun des membres pour l'élaboration et la mise en œuvre des normes en matière de propriété intellectuelle. Lorsque sur un point, « *l'équilibre entre droits et obligations* » ne peut être trouvé, autrement dit, qu'aucune règle positive de protection des droits de propriété intellectuelle à vocation internationale ne semble satisfaire les intérêts des parties, il faut revenir à une protection nationale de ces derniers, les gouvernements étant « seuls en mesure d'évaluer le type de régime de propriété intellectuelle le mieux à même de répondre à leurs besoins spécifiques<sup>4287</sup> ».

Si équilibrer signifie ici, positivement, inclure des considérations de justice distributive dans l'accord (de type « à chacun selon ses besoins »), en prévoyant par exemple des correctifs (abus de droit), il signifie également, et cette fois négativement, d'exclure du champ des négociations les obligations de nature à ne pouvoir être compensées par des droits.

---

<sup>4283</sup> REMICHE B., « L'ordre concurrentiel et l'accord ADPIC », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, p. 320.

<sup>4284</sup> MTN.GNG/NG11/1, 10 avril 1987, n° 12 : « Des participants ont indiqué que dans ses travaux le Groupe devrait établir un équilibre entre les intérêts des importateurs et des exportateurs de technologie et entre ceux des pays avancés et des pays peu développés, particulièrement en ce qui concerne le transfert de technologie. Le Groupe devrait aussi reconnaître l'existence de différences légitimes entre les intérêts et objectifs nationaux dans le domaine des droits de propriété intellectuelle ».

<sup>4285</sup> MTN.GNG/NG11/21, 22 juin 1990, pp. 6-7.

<sup>4286</sup> BASOMBRIO I., « L'Uruguay Round et la propriété intellectuelle », *Bull. dr. Auteur*, 1991 Vol. XXV, n° 2, p. 17.

<sup>4287</sup> MTN.GNG/NG11/21, 22 juin 1990, p. 6.

**L'équilibre comme objectif.** Fin 1989, la délégation du Pérou propose « les lignes directrices pour une négociation assurant l'équilibre entre les droits de propriété intellectuelle et les objectifs de développement<sup>4288</sup> ». Dans cette communication, la notion d'« équilibre » est employée de manière incantatoire, puisque l'un des objectifs d'une « négociation équilibrée » est d'assurer « un équilibre dans les résultats des négociations commerciales multilatérales ». Bref l'équilibre appelle l'équilibre.

Plus substantiellement, quatre objectifs sont fixés par la délégation. Les négociations doivent aboutir à l'accentuation du transfert technologique ; à la levée corrélative des obstacles empêchant la circulation des connaissances scientifiques et technologiques ; au maintien de la souveraineté des Etats à réglementer leur système national de protection conformément aux objectifs de développement ; enfin, à « *l'équilibre entre la promotion de la créativité, la protection adéquate et la réalisation des objectifs de développement, économique et social, ainsi que la prise en compte des besoins en la matière*<sup>4289</sup> ».

**Les moyens d'atteindre les objectifs : l'exemple du brevet.** « Etant donné l'importance que revêtent les brevets pour le développement des pays », il doit exister « un équilibre entre les droits conférés aux titulaires et l'intérêt public<sup>4290</sup> ». Présenté ainsi, l'équilibre permet de fonder les restrictions des droits des titulaires de brevets au profit de l'intérêt public. Ces restrictions prennent la forme, en amont, d'exclusions de certains objets de la brevetabilité comme les médicaments<sup>4291</sup> et en aval de règles posant les conditions d'octroi de licences obligatoires, l'imposition d'obligation d'exploitation du produit breveté<sup>4292</sup>, les conditions d'exercice abusif<sup>4293</sup> ou encore de régime d'épuisement des droits<sup>4294</sup>.

**L'équilibre employé comme argument d'approbation/de désapprobation.** La proposition d'accord des USA présentée comme un accord tout en un (« Berne plus », « Paris plus »,

---

<sup>4288</sup> MTN.GNG/NG11/W/45, 27 octobre 1989.

<sup>4289</sup> Ibid.

<sup>4290</sup> Ibid.

<sup>4291</sup> MTN.GNG/NG11/W/45, 27 octobre 1989 : « inventions dont la publication ou l'exploitation seraient contraires à l'ordre public ou à la morale; variétés végétales ou races animales, procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux; produits pharmaceutiques, médicaments, substances thérapeutiques actives, boissons et aliments destinés aux personnes, animaux ou végétaux; inventions qui affecteraient le développement des pays ou procédés, produits ou groupes de produits dont les gouvernements excluraient la brevetabilité »,

<sup>4292</sup> V. MTN.GNG/NG11/27, 14 novembre 1990 ; MTN.GNG/TRIPS/3, 18 novembre 1991, n° 9.

<sup>4293</sup> MTN.GNG/TRIPS/1 2, 9 juillet 1991, n° 6.

<sup>4294</sup> MTN.GNG/TRIPS/3, 18 novembre 1991, n° 9.

« Gatt plus »), c'est-à-dire incluant un ensemble complet et cohérent de règles de propriété intellectuelle destiné à s'intégrer à l'accord général, fut froidement accueillie par les pays en voie de développement. Il est reproché à l'accord de « privilégier les intérêts des titulaires de droits de propriété intellectuelle par rapport à ceux des utilisateurs » et « l'efficacité par rapport aux garanties en faveur des négociants légitimes<sup>4295</sup> ». On reprochait, entre autres choses<sup>4296</sup>, à la proposition américaine de ne pas faire « de place suffisante à l'équilibre des droits et obligations des titulaires de droits, aux préoccupations en matière de développement et aux objectifs de politique générale publique<sup>4297</sup> ».

Inversement, la proposition de quelques pays en voie de développement présentée par eux-mêmes comme étant de nature à « parvenir à un équilibre entre les droits et obligations des titulaires de droits de propriété intellectuelle<sup>4298</sup> », provoque des effets opposés. Prolixe sur les exclusions de brevetabilité, les exceptions, les moyens de prévenir et sanctionner les abus, et les obligations incombant au titulaire de brevet telle que l'obligation d'exploitation, ce texte, selon les pays développés, semble « insister davantage sur la possibilité qu'ont les gouvernements de restreindre les droits de propriété intellectuelle que sur le fait d'assurer ces droits » et paraît reposer « sur la conviction que le développement socio-économique serait protégé en prévoyant les plus larges exceptions possibles à la protection des droits de propriété intellectuelle, plutôt qu'en assurant à la propriété intellectuelle des niveaux de protection adéquats<sup>4299</sup> ». La proposition fut naturellement approuvée par de nombreux pays du Sud notamment parce qu'elle « reflétait les considérations sociales, économiques, technologiques et de développement sous-jacentes à la protection des droits de propriété intellectuelle, ainsi que l'équilibre entre les droits et obligations des titulaires de ces droits, et qu'elle contenait des dispositions cherchant à prévenir l'exercice abusif des droits de propriété intellectuelle et à éviter le recours à des mesures unilatérales<sup>4300</sup> ».

---

<sup>4295</sup> MTN.GNG/NG11/21 , 22 juin 1990, p. 5.

<sup>4296</sup> Trop détaillée, silencieuse quant aux objectifs fondamentaux, trop protectrice, empiétant sur le domaine de l'OMPI, contraire à la nature traditionnellement territoriale de la protection de la propriété intellectuelle (v. MTN.GNG/NG11/21 , 22 juin 1990, p. 6).

<sup>4297</sup> MTN.GNG/NG11/21 , 22 juin 1990, p. 6 ; même critique à l'encontre de la proposition helvétique : « Un participant a déclaré qu'en elle-même, une protection suffisante des DPI ne favoriserait pas le transfert de technologie. Ceci ne pouvait être obtenu qu'avec un système équilibré en matière de propriété intellectuelle, comportant aussi bien des obligations que des droits, où l'exploitation d'un brevet à l'intérieur du pays hôte serait assurée et où le non-recours à des pratiques commerciales restrictives serait garanti. Tous ces éléments essentiels étaient absents du projet d'accord à l'examen » ( v. MTN.GNG/NG11/21 , 22 juin 1990, p. 24).

<sup>4298</sup> MTN.GNG/NG11/21 , 22 juin 1990, p. 22.

<sup>4299</sup> Id., p. 18.

<sup>4300</sup> Ibid.

b) La volonté d'introduire une « clause d'équilibre »

« **Equilibre** », notion à contenu variable et flexibilité. Les pays en voie de développement souhaitent éviter que des initiatives privées ou publiques, bénéfiques pour leur pays, soient la cible d'actions en justice fondées sur la violation de droits de propriété intellectuelle. A cette fin, l'une des stratégies va consister à négocier l'introduction de clauses comme des exclusions de brevetabilité ou des exceptions aux droits et ce, comme nous l'avons constaté, en invoquant « *l'équilibre des droits et obligations* ».

Un autre moyen est mis en œuvre afin de préserver leur souveraineté en matière de réglementation de la propriété intellectuelle. La stratégie est ici différente de la précédente : il ne s'agit plus d'introduire des clauses précises fondées sur « *l'équilibre des droits et obligations* » mais d'introduire des notions générales au contenu indéterminé afin d'offrir une plus grande flexibilité dans l'élaboration et la mise en œuvre des normes au niveau national. La notion d'« équilibre » est employée à cette fin. En effets les négociateurs vont proposer qu'il soit ainsi fait référence dans l'accord aux « principes fondamentaux tels que l'intérêt public, l'équilibre entre droits et obligations, le traitement spécial et différencié, l'indépendance de la protection et la liberté de déterminer la portée et le niveau de la protection<sup>4301</sup> ». L'idée est d'introduire ces principes fondamentaux, à l'instar de « *l'équilibre entre droits et obligations* », comme finalités générales, afin de donner plus de marge de manœuvres aux Etats dans la protection de la propriété intellectuelle. L'interprétation téléologique d'une norme poursuivant « *l'équilibre entre droits et obligations* » ou « *l'intérêt public* », pourrait conduire par exemple, à étendre, des exceptions au monopole d'exploitation, ou à réduire le champ de celui-ci dès lors que l'on parviendra à justifier l'exception ou l'exclusion au nom de « *l'équilibre* » ou de « *l'intérêt public* ». L'exigence de flexibilité, notamment offerte par l'introduction de ces notions dans les normes encadrant la protection de la propriété intellectuelle est présentée pour les pays en développement comme le moyen de parvenir à « un équilibre entre leurs besoins de développement technologique et industriel et leurs nécessités sociales<sup>4302</sup> ».

---

<sup>4301</sup> Id., p. 25.

<sup>4302</sup> MTN.GNG/TRIPS/3, 18 novembre 1991, n° 9. Le rapprochement entre équilibre et flexibilité apparaît comme un phénomène plus général. Ainsi, note Me. Guèvremont, « *l'objectif d'équilibre semble également orienter le développement d'un nouveau droit mou (soft law) au sein de l'OMC* » (GUEVREMONT V., Valeurs non marchandes et droit de l'OMC, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 153).

L'« équilibre » comme source de flexibilité renvoie à nouveau à l'inégalité des parties et corrélativement à la nécessité que celles-ci soient traitées inégalement. Puisqu'il ne s'agit pas d'une commutation entre deux parties inégales mais de l'établissement de règles communes entre inégaux, l'équilibre se trouvera satisfait, moins par l'équivalence (ou « équilibre de résultat »), que par la flexibilité qui sera laissée aux parties dans l'application des normes<sup>4303</sup>.

Il existe, selon les pays en développement, un lien certain entre la notion d'« équilibre des droits et obligations » et l'idée de flexibilité dans la mise en œuvre des règles de fond. Les normes contenues dans l'accord doivent, selon les pays en voie de développement, présenter un caractère de généralité suffisante (au travers des notions à contenu variable) pour leur permettre de moduler a posteriori le degré de protection des droits de propriété intellectuelle en fonction des nécessités sociales. Pour les pays en voie de développement, l'inscription de la notion d'« équilibre des droits et obligations » constitue un palliatif à l'inégalité entre les parties à l'accord. Les pays du Nord, s'ils ont bien conscience de l'inégalité de situation des pays membres sont plutôt enclins à préciser les clauses de l'Accord plutôt que de les laisser ouvertes à des interprétations trop larges. La réponse à l'inégalité se trouve, selon eux également, dans *l'équilibre des droits et obligations* lequel ne se traduit pas en termes de flexibilité mais plutôt de spécificité<sup>4304</sup>. La spécificité suggère non pas des normes générales au contenu flou, mais bien des normes précises élaborées à partir d'une prise en compte a priori des besoins et nécessités de chaque groupe de pays.

---

<sup>4303</sup> MTN.GNG/TRIPS/3, 18 novembre 1991, n° 16 : « [Un représentant] a dit que sa délégation avait toujours insisté sur la nécessité d'établir un équilibre global dans les négociations. Ce devrait être un équilibre juste et équitable, non seulement entre les coûts et avantages découlant pour chaque partie des négociations dans leur ensemble, c'est-à-dire un équilibre des résultats de tous les Groupes, mais aussi un bon équilibre au sein de chaque Groupe. Pour parvenir à cet équilibre dans le domaine des TRIP, il faudrait aussi tenir compte de la nécessité de ménager une certaine flexibilité pour les pays qui, conformément aux dispositions de l'accord sur les TRIP, devraient apporter des modifications substantielles à leur législation dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, ainsi que des modifications ayant une grande incidence économique et sociale, notamment quant aux perspectives de chômage. Dans le cas des pays en développement, de telles modifications pourraient être très substantielles et peser sur leur processus de développement économique et technologique. La délégation de l'intervenant pensait donc qu'un accord sur les TRIP, pour être équilibré et pour pouvoir être accepté par les pays en développement, devrait comporter les sauvegardes ou la flexibilité nécessaires de manière à ne pas entraver le développement économique, social et technologique de ces pays ».

<sup>4304</sup> MTN.GNG/NG11/W/29, 20 octobre 1988, n° 2 : « *Le niveau de la protection étant au cœur des problèmes commerciaux en matière de droits de propriété intellectuelle, les engagements dans le cadre du GATT ne peuvent pas ne pas tenir compte du fait que ce niveau de protection dépend essentiellement de deux facteurs, à savoir les mécanismes de mise en œuvre et les normes/règles de fond qui doivent être appliquées. On ne peut attendre d'aucun gouvernement qu'il accepte des engagements contractuels multilatéraux s'il n'y a pas un équilibre entre les droits et les obligations qui découlent de ces engagements. Pour atteindre cet équilibre, il faut un certain degré de spécificité, s'agissant non seulement des mécanismes de mise en œuvre mais aussi, ce qui n'est pas moins important, des normes/règles de fond qui doivent être appliquées* ».

Les représentants des pays en voie de développement ont finalement eu gain de cause. Les négociations entre les délégations ont abouti à l'Accord ADPIC au sein duquel l'article 7, intitulé Objectifs, dispose : « la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations ». Il s'agit désormais d'analyser la signification du terme.

*B) La signification de l'« équilibre » dans la norme*

Il importe d'appréhender la notion d'« équilibre » à partir de son acception ordinaire dans le droit de l'OMC (1) avant de l'analyser dans le cadre de l'Accord ADPIC (2).

1) La notion d'équilibre dans le droit de l'OMC

La notion d'« équilibre » contenue à l'article 7 n'est pas une notion étrangère au droit de l'OMC. Au contraire, la formule « *équilibre de droits et d'obligations* » est propre à l'OMC (a) et remplit, dans cet ordre juridique particulier, des fonctions spécifiques (b).

a) Une notion propre au droit de l'OMC

**« L'équilibre des droits et obligations » dans le droit de l'OMC.** Se substituant progressivement à « *l'équilibre des concessions* », la notion d'« équilibre des droits et obligations » est fondamentale dans le droit de l'OMC, tant dans sa composante substantielle que processuelle. Introduite dans le droit de l'OMC comme un objectif parmi d'autres, elle tend, par la multiplicité de ses apparitions, à figurer comme un principe appelé à jouer un rôle structurant<sup>4305</sup> et gouvernant l'avenir du droit du commerce international multilatéral<sup>4306</sup>.

Bien qu'elle n'apparaisse ni dans l'accord du GATT<sup>4307</sup> ni stricto sensu dans l'accord de l'OMC, la notion d'« équilibre des droits et obligations » appartient au droit substantiel de l'OMC par l'entremise d'autres accords issus de l'Uruguay Round tels que l'Accord ADPIC ou le préambule de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS). Ce dernier, en effet, place « *l'équilibre global des droits et des obligations* » des participants en objectif des négociations relatives à la libéralisation du commerce des services<sup>4308</sup>. L'« équilibre des droits et obligations » se trouve encore mentionné à quatre reprises dans l'Accord sur les

---

<sup>4305</sup> GOUTTEFARDE F., « Les communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, n° 17/2, 2004, p. 35 : « Force est de constater que le système juridique actuel de l'OMC est fondé sur la notion d'équilibre des droits et obligations ».

<sup>4306</sup> GUEVREMONT V., *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles : Bruylant, 2013, p. 152 : « la notion d'équilibre est fondamentale pour la pérennisation du système commercial multilatéral ».

<sup>4307</sup> Le terme est seulement employé à propos de la « balance des paiements ».

<sup>4308</sup> « Désireux d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce des services par des séries de négociation multilatérales successives visant à promouvoir les intérêts de tous les participants sur une base d'avantages mutuels et à assurer un équilibre global des droits et des obligations, compte dûment tenu des objectifs de politique nationale » (Préambule de l'AGCS, § 3, disponible sur : [http://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/26-gats\\_01\\_f.htm](http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/26-gats_01_f.htm))

textiles et les vêtements<sup>4309</sup> et une fois dans l'Accord sur les obstacles techniques au commerce<sup>4310</sup>.

Enfin, la notion d'« équilibre » est au cœur même du système de règlement des différends de l'OMC<sup>4311</sup>. L'Organe de règlement des différends (ORD) a pour objet de « préserver les droits et les obligations résultant pour les membres des accords visés<sup>4312</sup> » et se veut, écrit un auteur *gardien de l'équilibre du système*<sup>4313</sup>. En vertu des accords de l'OMC, l'ORD est investi de l'autorité de dire le droit de l'OMC et des pouvoirs de prononcer des sanctions contraignantes. Il dispose, en conséquence, de la faculté d'interpréter la notion d'« équilibre » qu'il refuse par ailleurs d'enfermer dans une définition stricte afin de profiter de la souplesse de l'instrument. Ainsi, dans une décision du 12 octobre 1998, il précisait que « la localisation *du point d'équilibre, tel qu'il est conçu dans le texte introductif, n'est pas fixe ni immuable* ; ce point se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent<sup>4314</sup> ».

Notons que c'est encore au nom de l'équilibre des droits et des obligations que diverses propositions destinées à faire évoluer les procédures et les attributions de l'ORD inscrites dans le Mémoire furent déposées<sup>4315</sup>. L'équilibre, est apparu à ce titre, comme « le *concept au cœur de la logique entourant la mise en œuvre des recommandations*<sup>4316</sup> ».

---

<sup>4309</sup> Aux articles 4 §2 et §3 ; 7 § 3 et 8 § 12 de l'Accord sur les textiles et les vêtements lequel a été abrogé en 2005.

<sup>4310</sup> Article 15.4 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce.

<sup>4311</sup> Art. 3 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends : « le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres ».

<sup>4312</sup> Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, article 3.

<sup>4313</sup> GUEVREMONT V., th. préc., p. 157.

<sup>4314</sup> Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, États-Unis – Crevettes, § 156.

<sup>4315</sup> Les propositions ont notamment concernaient la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages en vue de fixer la valeur de la compensation de la suspension des concessions ; les délais de procédure ; la création de procédure « accélérée » ou « expéditive » en vue de rétablir le plus rapidement possible l'équilibre des concessions menacé par un différent commercial. Enfin, l'équilibre a également pu servir à fonder une demande d'assistance humaine et financière plus importante des pays en développement dans le cadre du règlement des différends (v. GUEVREMONT V., th. préc., pp. 153-154).

<sup>4316</sup> GUEVREMONT V., th. préc., p. 153.

b) Les fonctions de la notion d'équilibre pour le système commercial multilatéral

La notion d'« équilibre des droits et obligations » est employée, comme on le constate, dans des champs divers, néanmoins, une certaine unité sémantique se dégage de la superposition de ces usages<sup>4317</sup>. Cette unité semble irréductible à une double fonction : *l'équilibre* désigne à la fois un objectif à atteindre mais surtout une structure à préserver. En effet, l'« équilibre des droits et obligations » doit être recherché dans les négociations, formalisé dans les accords, maintenu dans les négociations ultérieures, et le cas échéant, rétabli lorsqu'un membre, par des mesures unilatérales, ne se conforme pas aux résultats de ces négociations. La finalité de l'emploi de la notion est le maintien de l'unité du système commercial multilatéral (ii)<sup>4318</sup>. L'un des moyens pour maintenir cette structure est l'exclusion des intérêts non-marchands du système (i).

i) *La fonction d'exclusion des intérêts non-marchands*

La nature des rapports entre le système de l'OMC et des autres systèmes peut se révéler grâce à la notion d'« équilibre ». Rappelons avec M. Drexler que « *le régime de l'OMC, protégeant des intérêts très particuliers, ne répond pas aux exigences d'un système intégral*<sup>4319</sup> ». En effet, l'« *équilibre entre droits et l'obligation* » est mis en œuvre, par exemple par l'ORD, en vue de préserver le système commercial multinational tel qu'il ressort des différents accords de l'OMC. Il faut donc veiller, enjoint Mme Guèvremont à ne pas confondre cet « équilibre entre droits et obligations » avec l'idée d'un « équilibre global » des intérêts de ses membres, dans la mesure où ces derniers intérêts comprennent, à côté des intérêts de nature commerciale, des intérêts de nature non commerciale étrangers aux préoccupations de l'OMC<sup>4320</sup>. L'« équilibre des droits et obligation » n'est ni un idéal d'équilibre universel, ni un équilibre global largement ouvert à l'intégration de considérations non-commerciales

---

<sup>4317</sup> Mme Guèvremont remarque à cet égard que « le discours sur le droit substantiel et procédural en paraît si imprégné [du vocable de l'équilibre] qu'on en vient à constater une certaine superposition des exigences d'équilibre prescrites dans les divers accords commerciaux multilatéraux » (GUEVREMONT V., th. préc., p. 152).

<sup>4318</sup> NOUVEL Y., « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, vol. 46, pp. 654-670.

<sup>4319</sup> DREXLER J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », *RIDE*, 3/ 2003, t. XVII, p. 402.

<sup>4320</sup> GUEVREMONT V., th. préc., p. 152.

comme en témoigne par exemple la faible prise en compte de l'intérêt à la sauvegarde des « biens collectifs mondiaux<sup>4321</sup> ». Les intérêts pris en compte tant dans la formation de la plupart des règles de l'OMC, que lors de leur interprétation, sont, étant donné le rôle de l'Organisation, essentiellement économiques et commerciaux<sup>4322</sup>. Toutefois, un système commercial multilatéral reposant sur la logique de libre circulation des biens et des services et d'accès au marché, n'aurait aucune chance de perdurer sans se doter de la faculté d'autoriser les Etats à se soustraire aux règles commerciales pour des motifs non-commerciaux. Le droit de l'OMC prévoit donc une intégration médiate de ces facteurs de nature non-commerciale en reconnaissant aux Etats la faculté de déroger, sous conditions, à certaines règles générales ou particulières de l'Accord. L'appréhension des intérêts non-marchands se réalise au travers des exceptions générales autorisées dans le droit de l'OMC, comme celles inscrites à l'article XX de l'accord du GATT. Le privilège de ces exceptions est toutefois limité : le texte précise que les mesures dérogatoires prises par un Etat ne doivent pas être « appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international ». L'article XX participe à la réalisation d'un équilibre de concessions réciproques, c'est-à-dire, un équilibre conventionnel qu'il ne faut pas associer « à celui qui pourrait (ou devrait) *prévaloir au sein de la communauté internationale entre l'ensemble des intérêts commerciaux et non commerciaux*<sup>4323</sup> ». En vertu de cet équilibre, la liste d'exceptions prévues dans les différents accords ne saurait être étendue au motif de la poursuite d'un équilibre global de tous les intérêts (marchands et non-marchands) des membres, ce qui nous amène à considérer la fonction la plus importante assignée à la notion d'« équilibre » à savoir, la conservation du système commercial multilatéral.

---

<sup>4321</sup> Biens qui ne peuvent être appropriés et qui présentent un caractère mondial si plus d'un pays en profite et si une certaine génération ou une certaine population n'est pas discriminée, v. DREXL J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », art. préc., p. 394.

<sup>4322</sup> V. DREXL J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », art. préc., pp. 387-409.

<sup>4323</sup> GUEVREMONT V., th. préc., p. 155. Elle ajoute : « *Du strict point de vue d'un défenseur du système commercial multilatéral, cet impératif ne semble causer aucune difficulté et affiche même une certaine logique. Le regard d'un internationaliste permet néanmoins d'outrepasser la dynamique du système que constitue l'OMC et d'envisager globalement les effets systémiques sur l'ordre juridique international d'une approche conservatrice à l'égard de l'exigence du maintien "absolu" de l'«équilibre-OMC»*. Car à partir du moment où le maintien de l'équilibre du système commercial multilatéral pérennise une situation de fait qui, d'un point de vue externe et plus général, traduit un certain déséquilibre entre intérêts commerciaux et non commerciaux, il semble légitime d'examiner la participation du système OMC au maintien d'un équilibre global ».

*ii) La fonction de conservation de système*

L'objectif d'équilibre explique Mme Guèvremont :

« se retrouve non seulement au cœur du système commercial multilatéral, mais constitue l'épicentre de son évolution, que celle-ci se réalise sous l'impulsion du juge ou du diplomate. L'équilibre est donc celui qui se trouve à l' 'intérieur' du système et qui est issu de la négociation de ses membres. Tout vecteur de transformation potentielle, telles la négociation ou l'interprétation, se voit alors soumis à une force pression exercée par l'exigence du maintien de cet équilibre<sup>4324</sup> ».

L'équilibre dont on parle, situé à l'« intérieur » du système, doit être préservé afin de sauvegarder ledit système. L'équilibre désigne ainsi une norme, plus formelle que substantielle, attachée à la seule structure de l'Accord résultant des concessions ou avantages mutuels négociés et destinée à maintenir intacte celle-ci au cours du temps, soit par la préservation de cette structure lors de son extension, soit par la restauration de l'intégrité de celle-ci en cas de perturbations. Maintenir l'équilibre des concessions est la condition de pérennité du système commercial multilatéral. La notion d'« équilibre des droits et obligations » va être employée opportunément à cette fin par l'ORD.

Pour illustration nous pouvons citer la décision USA-Crevettes de 1998 relatif notamment à l'interprétation de l'article XX du GATT lequel autorise les Etats, ainsi que nous l'avons vu, à déroger à certaines clauses de l'accord. Au demeurant, l'article XX se présente sous la forme d'une liste de dix exceptions dont le bénéfice est subordonné à la condition que celles-ci ne soient utilisées ni comme moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ni pour constituer une restriction déguisée au commerce<sup>4325</sup>. L'objectif du maintien d'équilibre a permis à l'Organe d'Appel d'interpréter cet article et d'en dénoncer l'exercice en cas d'abus :

---

<sup>4324</sup> GUEVREMONT V., th. préc., p. 152.

<sup>4325</sup> « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures a) nécessaires à la protection de la moralité publique; b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent [etc.] » (Art. XX, Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce).

« un équilibre doit être établi entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception prévue à l'article XX et le devoir qu'a ce Membre de respecter les droits conventionnels des autres Membres. Laisser un Membre utiliser de façon abusive ou impropre son droit d'invoquer une exception reviendrait en réalité à lui permettre d'amoinrir ses propres obligations conventionnelles et de dévaloriser les droits conventionnels des autres Membres. Si l'usage abusif ou impropre est suffisamment grave ou large, le Membre donne en fait à son obligation conventionnelle un caractère purement facultatif et lui ôte son caractère juridique; ce faisant, il dénie complètement les droits conventionnels des autres Membres<sup>4326</sup> ».

A partir de cette décision, il a été soutenu que l'Organe d'Appel avait substitué sa méthode d'appréhension des exceptions contenues dans l'article XX du GATT. Au demeurant, l'article XX dans son ensemble était traditionnellement considéré comme une exception au principe et répondait à la logique formelle de type principe/exception qui impose de donner préséance au principe en interprétant strictement l'exception et corrélativement de donner à l'exception toute sa force dès lors que les conditions formellement posées sont réunies. Avec cette décision, l'organe de règlement des litiges a préféré mettre sur le même plan le principe (ou le droit) et l'exception défini en « *droit d'invoquer une exception* » et opérer une comparaison des droits en conflit. Cette mise en équilibre a été rapprochée par la doctrine à l'exercice du principe de proportionnalité<sup>4327</sup> et par les membres de l'ORD à la théorie de l'abus de droit<sup>4328</sup>.

Le système de l'OMC, reposant sur l'équilibre des droits et obligations, est un système globalement fermé qui s'est toutefois doté de mécanismes d'absorptions des « chocs » causés par la rencontre avec des systèmes étrangers. L'un de ces mécanismes est l'article XX du GATT. Pour empêcher néanmoins que le bénéfice de cet article XX remette en cause le système multilatéral, les organes juridictionnels ont su utiliser la notion d'« équilibre de droits *et d'obligation* » comme un instrument de fixation de limites à l'exercice des exceptions aux principes de l'OMC. Cette notion offre au juge la faculté d'écarter la logique formelle (principe/exception) au profit de la logique de l'utilité (droit au bénéfice du principe versus

---

<sup>4326</sup> Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Crevettes, préc., § 156.

<sup>4327</sup> BARTENSTEIN K., « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », Les Cahiers de droit, vol. 43, n° 4, 2002, p. 677.

<sup>4328</sup> Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Crevettes, préc., § 158.

*droit au bénéfice de l'exception*) afin d'atteindre, plus efficacement, l'objectif de conservation du système commercial multilatéral.

2) La notion d'équilibre dans l'article 7 de l'Accord

**Un texte de compromis.** L'article 7 fait partie de ces dispositions qui « ne pouvaient rallier » indique Mme Tran Wasescha, « le consensus que par une certaine *'ambiguïté constructive'* ou une formulation générale permettant à chaque membre d'y trouver son compte<sup>4329</sup> ». Nous avons pu le constater dans l'étude des négociations de l'Accord, les pays en voie de développement exigeaient l'introduction de notions larges, afin de pouvoir bénéficier d'une certaine flexibilité dans la mise en œuvre des normes et ne pas prêter le flanc aux plaintes des autres membres de l'Accord. Les articles 31 (relatif aux licences obligatoires, « gouvernement use » et licences de dépendance) ou encore 41 (sur les pratiques anti-concurrentielles) reflètent, également par leur thème et leur formulation générale, des lieux de compromis. L'article 8 sur les principes est à cet égard tout aussi significatif. Les notions d'« intérêt public », d'« usage abusif », et de « transfert international de technologie » révèlent à nouveau des concessions<sup>4330</sup>.

Pour examiner la notion d'« équilibre », nous porterons notre intérêt en premier lieu sur les différentes acceptions possibles de celle-ci (a) pour la valeur de la notion (b) et enfin sa fonction (c).

a) Acceptions possibles

**Acception sous le prisme de la propriété intellectuelle.** « *L'équilibre de droit et d'obligations* » dont il est question dans l'article 7 de l'Accord ADPIC doit sans doute, selon

---

<sup>4329</sup> TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », art. préc., p. 142.

<sup>4330</sup> Cf. art. 8 de l'Accord ADPIC. Comme l'article 8 semble autoriser les Etats à prendre des mesures protectrices d'intérêt non-commerciaux ou destinées à éviter un usage abusif des droits de propriété intellectuelle, on a dit que cette norme était étonnante à plus d'un titre. En réalité, l'article 8 pose un critère de nécessité supplémentaire pour ces mesures qui doivent, du reste, demeurer conforme à l'Accord. Cet article néanmoins, « *qui est censé uniquement traduire la volonté d'équilibre résultant de l'ADPIC entre plusieurs objectifs politiques, peut servir de critère d'interprétation des autres dispositions de l'Accord, lorsque des intérêts non-commerciaux sont en jeu* » (LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2004, p. 695).

M. Gervais, être évalué à partir des objectifs contenus dans le même article à savoir la promotion de l'innovation technologique, le transfert et la diffusion de la technologie à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et ceux qui utilisent les connaissances techniques<sup>4331</sup>. Autrement dit, « *l'équilibre de droits et d'obligations* » renverrait à ce qui est classiquement désigné par le terme « équilibre » par la doctrine intellectualiste, à savoir, la tentative de concilier deux logiques antagonistes : celle qui consiste à récompenser et indemniser le créateur à travers l'attribution d'un monopole exclusif et celle qui consiste à favoriser l'accès à la création au plus grand nombre. Le but étant de favoriser l'innovation et d'accroître le bien-être général par la création de richesses et de connaissances qui nourrissent les domaines de la santé, de l'éducation, ou encore de la culture.

Il faut aussi convenir avec Mme Tran Wasesha que l'article 7, par sa formulation, « reflète le débat sur la fonction et l'intérêt du public dans le domaine des brevets d'invention<sup>4332</sup> » et se comprend, à l'instar du brevet, aisément à travers la fiction du contrat social<sup>4333</sup>. L'on peut encore citer, à ce titre, la déclaration du Secrétariat de l'OMC qui définit l'esprit général de l'accord ADPIC par la volonté « *d'établir un équilibre entre, d'une part, l'objectif social, qui s'inscrit dans la durée et qui consiste à offrir des incitations aux inventions et à la création futures et, d'autre part, l'objectif à court terme qui est de permettre au public d'utiliser les inventions et les créations existantes*<sup>4334</sup> ».

**Acception sous le prisme du droit de l'OMC.** Toutefois, « *l'équilibre des droits et obligations* » mentionné à l'article 7 ne peut se réduire à la notion d'« équilibre » – traditionnellement employée pour rendre compte du droit de propriété intellectuelle partagé entre l'exigence d'encouragement à l'innovation et celle de dissémination du savoir –, dans la mesure où l'article 7 est indéniablement marqué de l'« empreinte de la normativité » du droit de l'OMC. La nature et la fonction du droit de l'OMC ainsi que la signification que ce droit attribue à la notion d'« équilibre » empêchent ici d'amalgamer pleinement l'« équilibre » poursuivi par le droit (légal) de la propriété intellectuelle et *l'équilibre* poursuivi par le droit (conventionnel) de l'OMC. Si en droit de la propriété intellectuelle, ce fameux équilibre n'est pas atteint, le législateur est libre (à condition de respecter les normes supra-légales) de

---

<sup>4331</sup> GERVAIS D., op. cit., p. 222.

<sup>4332</sup> TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », art. préc., p. 156

<sup>4333</sup> Ibid.

<sup>4334</sup> Disponible sur [http://www.wto.org/french/tratop\\_f/trips\\_f/factsheet\\_pharm01\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm01_f.htm)

modifier les clauses de ce « contrat social ». Au contraire, si l'un des membres de l'OMC estime que l'équilibre n'est pas atteint et prend, conformément à l'article 8 des mesures qu'il considère nécessaires et appropriés, il pourrait se voir opposer, outre la violation de cet article si les conditions ne sont pas réunies, une atteinte à « l'équilibre des droits et obligations » de l'Accord en général et de l'article 7 en particulier justifiant le dépôt d'une plainte devant l'ORD. L'équilibre de l'article 7 pourrait donc également renvoyer à l'acception générale de *l'équilibre* dans le droit de l'OMC, c'est-à-dire, à l'équilibre conventionnel.

**Acception sous le prisme du droit de la concurrence.** Enfin, un troisième sens peut encore être attaché à la notion d'« *équilibre de droits et d'obligations* ». Comme l'écrit M. Pollaud-Dulian, l'Accord est manifestement tiraillé entre deux objectifs, deux séries d'intérêts contradictoires entre lesquels il ne parvient pas vraiment à choisir<sup>4335</sup>. En effet, à côté de la protection de la propriété intellectuelle, l'autre objectif de l'accord ADPIC, rappelons-le, est d'empêcher que cette protection desserve l'effectivité de la concurrence<sup>4336</sup>. L'équilibre de l'article 7 correspondrait-il à l'équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence ? On peut l'envisager dès lors que le second paragraphe de l'article suivant relatif aux principes de l'Accord prévoit la possibilité pour un Etat, afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle ou de prévenir les pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce, de recourir à des « mesures appropriées <sup>4337</sup> ». Le droit pour l'Etat de recourir à ces mesures correspondrait au devoir des titulaires de droits de respecter la fonction concurrentielle assignée à l'exercice de ces droits<sup>4338</sup>. En ce sens « *l'équilibre des droits et obligations* » signifie que les droits de propriété intellectuelle ont pour corollaire l'obligation pour leur titulaire de les exercer de manière à ne pas fausser la concurrence<sup>4339</sup>.

En définitive, l'« équilibre » contenu dans l'article 7 semble revêtir trois acceptions dont deux s'avèrent passablement antithétiques. D'une part, il désigne « *l'équilibre* » des intérêts des créateurs et des utilisateurs poursuivi par la propriété intellectuelle, et, en ce sens il constitue

---

<sup>4335</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, n° 2248.

<sup>4336</sup> V. Préambule de l'Accord ADPIC.

<sup>4337</sup> Article 8, § 2, de l'Accord ADPIC.

<sup>4338</sup> V. SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in, BRUGUIERE J.-M., (dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, p. 41.

<sup>4339</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 2249 : « *Quant au but décrit [dans l'article 7], cette recherche d'un équilibre est orientée vers le développement de la concurrence, que les droits de propriété intellectuelle ne doivent pas entraver* ».

une finalité. L'équilibre se veut ici dynamique ou évolutif puisque les intérêts ou le degré des exigences de rétribution et de diffusion du savoir varient en fonction des évolutions sociales, techniques, culturelles, etc. D'autre part, il renvoie, conformément au droit de l'OMC auquel l'accord ADPIC s'intègre pleinement<sup>4340</sup>, à l'« équilibre des droits et obligations » (au sens d'« équilibre des concessions ») qu'il faut maintenir et préserver, notamment en sanctionnant les membres dont les mesures nationales ne seraient pas conformes aux dispositions des accords résultant des négociations entre les membres. Cet équilibre se présente statiquement et sa conservation est le moyen de préserver le système originellement formé. Cette norme énoncée à l'aide du terme « équilibre » est, quant à elle, au service de la prévisibilité et de la sécurité juridiques<sup>4341</sup>.

b) Valeur

**Valeur symbolique.** L'article 7, en plaçant l'équilibre des droits et obligation comme objectif, revêt une fonction symbolique, ce qu'attestent les références à celui-ci faites dans la déclaration de Doha<sup>4342</sup> ou encore dans la communication de la Commission au Parlement au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions le 24 mai 2011<sup>4343</sup>.

L'article 7 « reflète le souci d'équilibre qui a animé les négociateurs du Cycle d'Uruguay, ceux-ci souhaitant prendre en compte non seulement les intérêts des créateurs et inventeurs, mais aussi diverses priorités d'ordre social<sup>4344</sup> ». Il exprime encore selon MM. Remiche et Cassiers, la volonté des parties de l'ADPIC de faire émerger une « communauté de valeurs au

---

<sup>4340</sup> L'accord ADPIC souligne M. Luff n'est pas un accord 'sui generis' ou 'lex specialis' qui dispose d'un monopole absolu dans le système de l'OMC sur les questions relatives à la propriété intellectuelle. Au regard des principes de bases de l'OMC et de la jurisprudence des groupes spéciaux, il convient dit-il « de déduire l'intégration de l'ADPIC dans le système et la logique des accords de l'OMC. Ainsi, les mesures qui affectent la protection des droits de propriété intellectuelle sont également susceptibles de tomber dans le champ d'application des autres accords de l'OMC » (LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2004, pp. 686-687).

<sup>4341</sup> GUEVREMONT V., th. préc., p. 210.

<sup>4342</sup> Déclaration ministérielle, document WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001, n° 19

<sup>4343</sup> Communication de la Commission au Parlement au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions - Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle. Doper la créativité et l'innovation pour permettre à l'Europe de créer de la croissance économique, des emplois de qualité et des produits et services de premier choix COM/2011/0287 final/ note 54.

<sup>4344</sup> ARHEL P., « Propriété intellectuelle (OMC) », Répertoire de droit international Dalloz, 2012, n° 9.

niveau mondial » destinée à servir une seule finalité : « le bien-être socio-économique de chaque Etat <sup>4345</sup> ».

Il s'agit de savoir si cette valeur symbolique se traduit juridiquement.

**Valeur juridique.** Pour dégager une valeur juridique à l'article 7 et à « *l'équilibre* des droits et obligations », il faut s'intéresser en premier lieu à son emplacement. Alors qu'il aurait très bien pu être placé en préambule, l'article 7 contenant les objectifs de l'Accord appartient à la première partie de l'Accord consacrée aux dispositions générales et principes fondamentaux. Cela permet de conférer à celui-ci une relative force juridique. Un autre élément conduit à élever la valeur de l'article 7 est le renvoi auquel procède la Déclaration ministérielle de Doha en 2001. Cet article avec l'article 8 doivent, selon la Déclaration, servir de guide au travail du Conseil des ADPIC<sup>4346</sup>.

**Valeur déclarative.** L'article 7 présentant les objectifs de l'Accord, et notamment, l'équilibre entre les droits et les obligations des producteurs et des utilisateurs des connaissances techniques, est-il accompagné de dispositions à la hauteur des objectifs ? Le reste de l'Accord est-il, autrement dit, dirigé vers la poursuite de cet équilibre ?

Il faut rechercher comment l'équilibre entre droits et obligations est plus précisément poursuivi. On peut dans ce but s'intéresser aux transferts de technologie mentionnés également dans l'article 7 comme un objectif de l'Accord. Ces transferts de technologie constituaient l'une des principales contreparties au profit des pays en développement de l'harmonisation des niveaux de protection souhaitée par les pays industrialisés<sup>4347</sup>. Le transfert international de technologie participe donc à « *l'équilibre entre droits et obligations* » au même titre que les mesures destinées à protéger la propriété intellectuelle, « souffertes » pour ainsi dire, par les pays en développement et profitant aux pays développés. Les bonnes intentions sont donc bien là puisque, comme l'écrivent MM. Remiche et Cassiers à propos de l'article 7, « un équilibre paraît être voulu entre les droits de propriété

---

<sup>4345</sup> REMICHE B., CASSIERS V., Droit des brevets d'invention et du savoir-faire, Bruxelles : Larcier, 2010, n° 56 : « si les intérêts légitimes des entreprises et pays les plus innovants doivent être respectés, ceux des utilisateurs et des pays récepteurs de technologie ne peuvent pas non plus être négligés, le but ultime consistant dans le bien-être socio-économique de chaque Etat ».

<sup>4346</sup> Déclaration ministérielle, document WT/MIN(01)/DEC/1, 20 novembre 2001, n° 19 : « Dans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC sera guidé par les objectifs et principes énoncés aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC et tiendra pleinement compte de la dimension développement ».

<sup>4347</sup> V. REMICHE B., CASSIERS V., Droit des brevets d'invention et du savoir-faire, Bruxelles : Larcier, 2010, n° 55.

intellectuelle forts accompagnés de mesures efficaces pour les faire respecter et *l'encouragement des transferts de technologies*<sup>4348</sup> ». Néanmoins, passé le préambule et la première partie, l'Accord se révèle « léger sur les aspects transferts de technologies<sup>4349</sup> ». En effet, alors qu'il consacre toute la troisième et dernière partie aux « Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle », l'Accord s'avère « discret » dans la mise en œuvre des transferts de technologie<sup>4350</sup> puisqu'il n'est mentionné qu'à deux reprises dans le cœur de l'Accord. La première fois, il est présenté comme une cause légitime, à l'instar de la concurrence, à la relativisation des droits de propriété intellectuelle<sup>4351</sup>. La seconde et principale mention est contenue à l'article 66-2 lequel fait peser sur les pays développés une obligation très évasive de transfert de technologie en faveur des pays les moins avancés<sup>4352</sup>.

L'objectif d'équilibre annoncé dès les premiers articles n'aurait donc plus été poursuivi dans la suite de l'Accord<sup>4353</sup>.

Néanmoins, la notion d'équilibre est suffisamment imprécise pour offrir un contre-argument à opposer aux critiques dénonçant le caractère lésionnaire de l'accord. Un auteur réévalue l'accord ADPIC en soutenant qu'il faut, pour appréhender cet équilibre, non seulement regarder les stipulations contenues dans celui-ci, mais encore celles des autres accords pour les faire peser dans la balance. Ainsi, dans ce « grand tableau », l'équilibre apparaîtrait :

« il y a lieu de garder à l'esprit, lorsqu'on examine l'équilibre existant dans l'Accord sur les ADPIC, en particulier lorsqu'on se demande si cet accord est dans l'intérêt des pays en développement, que si ces derniers ont effectivement fait certaines concessions, telles que celle d'accepter la brevetabilité des produits pharmaceutiques, ils ont en retour obtenu des

---

<sup>4348</sup> REMICHE B., CASSIERS V., « Lutte anti-contrefaçon et transferts de technologies nord-sud : un véritable enjeu », RIDE, 3/ 2009, t. XXIII, p. 235.

<sup>4349</sup> REMICHE B., CASSIERS V., « Lutte anti-contrefaçon et transferts de technologies nord-sud : un véritable enjeu », art. préc. p. 236.

<sup>4350</sup> Ibid.

<sup>4351</sup> Article 40 de l'accord ADPIC : « Les Membres conviennent que certaines pratiques ou conditions en matière de concession de licences touchant aux droits de propriété intellectuelle qui limitent la concurrence peuvent avoir des effets préjudiciables sur les échanges et entraver le transfert et la diffusion de technologie ».

<sup>4352</sup> Article 66-2 de l'Accord ADPIC : « Les pays développés Membres offriront des incitations aux entreprises et institutions sur leur territoire afin de promouvoir et d'encourager le transfert de technologie vers les pays les moins avancés Membres pour leur permettre de se doter d'une base technologique solide et viable ».

<sup>4353</sup> Dans un sens contraire, Mme Tran Wasesha –travaillant à l'OMC- écrit en introduction de son intervention : « Il s'agit de voir, à travers certaine dispositions et ce thème [la propriété intellectuelle], qu'il y a une recherche constante d'un équilibre entre les divers intérêts en présence, que l'accord contient la flexibilité nécessaire pour une interprétation qui respecte cet équilibre, et que la propriété intellectuelle elle-même possède une certaine dynamique, renforcée par le cadre particulier de l'OMC comme forum de négociation et de règlement es litiges » (TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », art. préc., p. 136).

concessions dans d'autres domaines, tels que l'agriculture ou les textiles [facilitant l'accès des produits en provenance des pays en développement] de la part de ceux qui souhaitent un droit de la propriété intellectuelle fort<sup>4354</sup> ».

c) Fonction

**Instrument d'interprétation.** Consacré aux objectifs et formulé au conditionnel (« devraient contribuer ») l'article 7 doit être considéré, selon M. Gervais, davantage comme une norme interprétative que comme une règle de fond susceptible de réduire la portée de dispositions imposant des obligations précises<sup>4355</sup>. Autrement dit, l'article 7 et l'objectif d'équilibre entre droits et obligations pourraient jeter un éclairage sur le sens d'autres normes relativement générales de l'accord ADPIC afin d'en préciser la portée. M. Kerever partage une opinion sensiblement analogue. L'article 7 fait partie d'un ensemble de dispositions (Préambule, articles 1 § 1, 8 § 2 et 40 § 2) qu'il considère rédigées en termes généraux et dépourvues de norme précise de telle sorte qu'il est difficile d'évaluer leur impact. Néanmoins, il estime que la finalité poursuivie par ces normes générales, une fois celles-ci interprétées, permettrait d'infléchir dans un certain sens les dispositions précises des textes<sup>4356</sup>.

Plus précisément, pour M. Gaubiac, l'article 7 pourrait servir à organiser la mise en place internationale de certaines exceptions au droit d'auteur et notamment être employé pour fonder des mesures favorables aux bibliothèques publiques et aux centres de recherche pour un accès aux œuvres notamment numérisées à un coût réduit<sup>4357</sup>. En outre, note-t-il, le renvoi opéré par la Déclaration ministérielle à l'article 7 renforce sa valeur juridique, non seulement dans le cadre de négociations, mais aussi en ce qui concerne l'interprétation de l'Accord, notamment dans le contexte des procédures de règlement des différends. Eu égard à l'importance accordée par la Déclaration aux articles 7 et 8, un groupe spécial, estime-t-il, pourrait être conduit à se pencher plus longuement sur la façon dont ces dispositions devraient

---

<sup>4354</sup> KRAUS, Les importations parallèles des produits brevets, préf. PETERSMANN E.-U., Centre d'études juridiques européennes : Schulthess, 2004, p. 106, cité par ARHEL P., « Propriété intellectuelle (OMC) », Répertoire de droit international Dalloz, 2012, n° 2.

<sup>4355</sup> GERVAIS D., op. cit., p. 221 ; GAUBIAC Y., « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », LPA, 11 janvier 1995 n° 5, p. 10 et s., n° 62 : « les articles 7 et 8 énoncent des critères d'interprétation, qui indiquent les buts de la protection de la propriété intellectuelle » ; POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 2247.

<sup>4356</sup> KEREVER A., « Le GATT et le droit d'auteur international », RTD com., 1994, p. 642.

<sup>4357</sup> GAUBIAC Y., « L'épuisement des droits dans l'environnement analogique et numérique », Bull. dr. Auteur, vol. XXXVI, n° 4, 2002, p. 16.

être interprétées dans le cadre de l'ensemble de l'accord, notamment en ce qui a trait à la nécessité d'un « équilibre »<sup>4358</sup>.

## II) L'équilibre dans le préambule du traité OMPI

Le 20 décembre 1996 à l'initiative de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ont été conclus à Genève deux traités intéressant la propriété littéraire et artistique. L'un s'intitule « Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur » et l'autre « Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes ». Ceux-ci constituent, avec l'Accord ADPIC et les directives communautaires, l'une « des grandes sources récentes du droit de la propriété intellectuelle<sup>4359</sup> » et participent autant que l'Accord à la mondialisation du droit d'auteur<sup>4360</sup>.

La notion d'« équilibre » est utilisée dans le préambule du traité OMPI. En France, certains auteurs y ont vu la manifestation de la balance des intérêts<sup>4361</sup>, ce qui n'a pas manqué de générer une certaine inquiétude. D'une part, parce que la balance des intérêts, et partant la notion d'« équilibre » étaient appréhendées comme des formules utilitaristes typiquement anglo-saxonnes<sup>4362</sup>, d'autre part et corrélativement, en raison des risques de remise en cause que la conception utilitariste fait peser sur la traditionnelle hiérarchie des intérêts entre auteur et utilisateurs<sup>4363</sup>.

---

<sup>4358</sup> GERVAIS D., op. cit., p. 225.

<sup>4359</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », art. préc., p. 67.

<sup>4360</sup> V. BARRE M., « L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle », in, La mondialisation du droit, colloque organisé par le CREDIMI du 13 au 15 septembre 1999 à Dijon, Paris : Litec, 2000, pp. 277-295.

<sup>4361</sup> SIRINELLI P., Propriété littéraire et artistique, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2003, p. 161 ; GEIGER Ch., th. préc., p. 188.

<sup>4362</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, n° 187, p. 103 : « Certains juristes de Common Law explique en revanche que la recherche d'un équilibre est normal dans les systèmes de copyright, plus utilitaristes, qui cherchent à développer la connaissance, les progrès de la science, le développement économique et social, et se livrent ainsi à une « arithmétique » des intérêts publics et de ceux, privés, des auteurs. Que le traité de l'OMPI place l'ensemble de ses dispositions sous l'égide d'un tel équilibre, socialement légitime, mais qui procède d'une analyse qui n'est pas la nôtre, montre assez son inspiration générale ».

<sup>4363</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », art. préc., p. 99-103 : « Les intérêts des lecteurs, des auditeurs, des spectateurs, des chercheurs sont sans aucun doute très légitimes, mais ce n'est pas en termes d'équilibre avec les droits des auteurs que l'on discute en droit d'auteur français ; on parlera plutôt des bons usages (à propos de la parodie), mais on n'évoquera pas la recherche d'un équilibre parce que la question se débat en termes de propriété des auteurs et de protection de leurs œuvres et au-delà, de leurs personnes. Evoquer la recherche d'un "équilibre" avec les droits des auteurs laisse entendre

**Objectifs du traité sur le droit d'auteur.** Le préambule présente les enjeux auquel le Traité OMPI est censé faire face :

« Les parties contractantes, désireuses de développer et d'assurer la protection des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques d'une manière aussi efficace et uniforme que possible, Reconnaissant la nécessité d'instituer de nouvelles règles internationales et de préciser l'interprétation de certaines règles existantes pour apporter des réponses appropriées aux questions soulevées par l'évolution constatée dans les domaines économique, social, culturel et technique,

Reconnaissant que l'évolution et la convergence des techniques de l'information et de la communication ont une incidence considérable sur la création et l'utilisation des œuvres littéraires et artistiques,

Soulignant l'importance exceptionnelle que revêt la protection au titre du droit d'auteur pour l'encouragement de la création littéraire et artistique,

Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne ».

Ce texte offre un remarquable condensé des problèmes qui se posent à tout législateur dans le champ du droit d'auteur : le constat de l'évolution de la société et de la nécessité d'adapter les règles aux nouvelles conditions sociales, le constat de l'évolution technique qui affecte les conditions à la fois de création et de réception des œuvres ; le rappel que le régime légal vise à encourager la création d'œuvre ; enfin, la reconnaissance que cette protection peut entrer en conflit avec d'autres intérêts publics<sup>4364</sup> et notamment l'accès à l'information<sup>4365</sup>.

---

que les lecteurs, chercheurs...auraient eux aussi des droits. (...) Il n'y a donc pas, dans notre conception du droit d'auteur, d'équilibre à rechercher entre les droits des auteurs et les droits du public ». [En note infrapaginale : « nous sommes biens persuadés qu'il faut des éléments de souplesse ; mais ceux-ci résultent en cette matière, d'exception qui ne confèrent pas des droits à ceux qui en bénéficient »].

<sup>4364</sup> Sur ce dernier point, v. STROWEL A., « Droit d'auteur et accès à l'information - De quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », Cahier de la propriété intellectuelle, vol. 12, n° 1, octobre 1999, pp. 185-186, disponible sur <http://cpi.robic.ca/>

<sup>4365</sup> L'accès à l'information se voyait ici reconnu pour l'une de ses premières fois dans un texte officiel relatif au droit d'auteur.

**Historique.** En 1991, l'OMPI mandate un comité d'experts afin de préparer un éventuel protocole à la Convention de Berne destiné, entre autres, à adapter le dispositif juridique aux évolutions techniques et technologiques. Aux questions traditionnelles relatives aux objets à protéger, au contenu, à la durée et à la mise en œuvre de la protection, se sont jointes celles propres aux droits voisins ce qui a nécessité la réunion d'un comité idoine.

Interrompus par les négociations de l'ADPIC et quelque peu pris de court, les participants aux discussions de l'OMPI adoptent un rythme soutenu afin de dégager dans un « Digital Agenda » les points critiques soulevés par la rencontre du droit et du numérique. Il s'agit principalement de formaliser les questions relatives aux droits applicables au stockage numérique, aux actes de reproduction provisoire, aux actes de transmission digitale des œuvres, à la mise en œuvre des droits par la technique et aux exceptions<sup>4366</sup>. Les travaux préparatoires, conduits quelque peu précipitamment<sup>4367</sup>, ont abouti à trois propositions de bases qui ont été soumises aux cent vingt Etats invités à la Conférence diplomatique de Genève en décembre 1996. Les débats à Genève ont été animés et les deux traités sur le droit d'auteur et les droits voisins n'ont pu être adoptés qu'assortis de « déclarations communes ».

De manière générale et en dépit de leur similitude, le Traité OMPI se distingue de l'Accord ADPIC sur deux aspects. En premier lieu, le Traité, contrairement à l'Accord, n'est pas envisagé sous le prisme des exigences inhérentes aux échanges commerciaux internationaux. Aucune mention par exemple n'est faite aux pratiques anti-concurrentielles par le truchement des droits de propriété intellectuelle et la question de l'épuisement du droit de distribution, si elle est évoquée, n'est pas tranchée<sup>4368</sup>. En second lieu, le Traité, davantage que l'Accord, se présente comme une réponse globale à la série de problématiques que suscite la rencontre du droit d'auteur et des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Ces différences entre l'Accord et le Traité se comprennent grâce aux objectifs assignés à chacune des deux conventions : la première tend à l'extension de la protection des droits à travers le monde et à leur articulation avec les principes du libre-échange et de la libre concurrence, tandis que la seconde figure comme une actualisation de la Convention de Berne aux nouvelles formes de création, de communication et d'atteintes aux œuvres.

---

<sup>4366</sup> DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. Lucas A., avt-propos Pouillet Y., Bruxelles : Larcier, 2005, n° 60 ; VINJE V. T., « Droit d'auteur et digitalisation : un résultat favorable à Genève, les nouveaux traités de l'OMPI », *Droit informatique et telecoms*, 1996/4, p. 53 et s.

<sup>4367</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », *RIDA*, janvier 2001, n° 187, p. 69 ; FRANÇON A., « La conférence diplomatique sur certaines questions du droit d'auteur et de droits voisins (Genève, 2-20 décembre 1996) », *RIDA*, n° 172, avril 1997, p. 3 et s.

<sup>4368</sup> Notons que l'Accord ADPIC sur ce dernier point n'apporte pas de réponse, v. art. 6 de l'Accord ADPIC.

**Rapports avec la Convention de Berne.** Globalement le traité réaffirme l'application de la Convention de Berne et complète celle-ci en vue de l'adapter au nouvel environnement technologique. Cependant le Traité n'a pas vocation à réviser la Convention. Comme le précise son premier article, il constitue un « arrangement particulier » au sens de l'article 20 de la Convention. Cela signifie que le Traité n'engage que les pays de l'Union de Berne qui acceptent de le ratifier<sup>4369</sup>. Cette option a été préférée à la révision de la Convention en raison de la lourdeur de la procédure de révision (nécessité d'obtenir un consensus unanime).

L'article 4 du Traité oblige les parties à se conformer aux articles 1 à 21 de la Convention ainsi qu'à son annexe, sans exclusion. Comme l'Accord ADPIC, le traité OMPI présente l'avantage de rendre opposables les dispositions substantielles de la Convention de Berne aux Etats qui ne l'auraient pas signée<sup>4370</sup>.

**Rapports avec l'accord ADPIC.** Le Traité OMPI sur le droit d'auteur précise dans son premier article in fine qu'« *il n'a aucun lien avec d'autres traités que la Convention de Berne et s'applique sans préjudice des droits et obligations découlant de tout autre traité* ». Le cœur du Traité ne fait donc aucun renvoi ni aucune référence à l'Accord ADPIC. Seules les déclarations communes<sup>4371</sup> précisent à trois reprises la compatibilité d'une disposition du Traité à celle de l'Accord<sup>4372</sup>. Le Traité OMPI et l'Accord ADPIC sont donc réciproquement indépendants même si l'article 1<sup>er</sup> alinéa 4 prévoit leur complémentarité<sup>4373</sup>.

Dans l'esprit, ces textes sont toutefois très proches. Ils se réfèrent copieusement à la Convention de Berne, leur structure est comparable<sup>4374</sup> et certaines dispositions du Traité OMPI sont largement inspirées de celles de l'Accord ADPIC. Ainsi, l'article 2 du Traité relatif à l'objet de la protection (les expressions) et aux exclusions (idées, procédures,

---

<sup>4369</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 2213 : « *le Traité de l'OMPI n'apporte et ne peut être interprété comme apportant aucune dérogation aux obligations qui découlent de la Convention de Berne (dans sa version révisée à Paris en 1971) pour les Etats unionistes* ».

<sup>4370</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, n° 187, p. 71.

<sup>4371</sup> Déclarations à vocation interprétative grâce auxquelles des compromis ont pu être trouvés à la majorité à défaut d'unanimité des participants (v. GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, n° 187, pp. 69-71).

<sup>4372</sup> Ces déclarations de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'Accord concernent l'étendue de la protection prévue pour les programmes d'ordinateurs (article 4 du Traité), pour les bases de données (article 5), et enfin, le droit de location (article 7).

<sup>4373</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », art. préc., p. 67.

<sup>4374</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., Traité de la propriété littéraire et artistique, n° 1582.

méthodes de fonctionnement ou concept mathématiques) est quasiment identique à l'article 9.2 de l'Accord<sup>4375</sup>. Pareillement, l'article 4 du Traité, comme l'article 10§1 de l'Accord, protègent les programmes d'ordinateurs « *en tant qu'œuvre littéraires* » de manière identique. Citons encore l'article 5 du Traité lequel stipule, comme l'article 10§2 de l'Accord, que les compilations de données, « par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles qui sont [seront] protégées comme telles ».

**Les principaux apports du Traité au profit des titulaires de droits.** Outre l'extension des objets de la protection déjà évoquée et une maigre disposition sur la durée, le contenu des droits se trouve renforcé par le Traité. Celui-ci consacre, par rapport à la Convention de Berne, deux nouveaux droits<sup>4376</sup>. L'article 6§1 instaure le droit de distribution, défini comme le droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et d'exemplaires de leurs œuvres par la vente ou tout autre transfert de propriété<sup>4377</sup>. En outre, l'article 7 reconnaît aux auteurs de logiciels, d'œuvres cinématographiques et d'œuvres incorporées dans les phonogrammes le droit exclusif d'autoriser la location commerciale au public de l'original ou d'exemplaire de leurs œuvres. En outre le Traité étend, en son article 8, le droit de communication au public reconnu par la Convention de Berne à toutes les catégories d'œuvres<sup>4378</sup>.

Enfin, toujours au profit des intérêts des auteurs, le Traité, prévoit un nouveau mode médiat de protection des créations de l'esprit, lequel fut fortement suggéré par les Etats-Unis et leurs lobbies au moment des négociations<sup>4379</sup>. Il s'agit de l'article 11, lequel impose aux Etats membres de se doter d'un dispositif juridique approprié et efficace destiné à protéger, contre leur contournement, les mesures techniques de protection mises en œuvre par les titulaires de droits destinés à empêcher pratiquement des actes non autorisés<sup>4380</sup>. L'article 12 impose la même obligation relative cette fois aux mesures techniques d'information.

---

<sup>4375</sup> Seul change le temps auquel le verbe est conjugué (présent pour le Traité, futur pour l'Accord).

<sup>4376</sup> Le seul article sur la durée (art.9) ne concerne que les œuvres photographiques dont la durée de protection doit se calquer sur le droit commun.

<sup>4377</sup> V. POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 2223.

<sup>4378</sup> Article 8 du Traité OMPI : « Sans préjudice des dispositions des articles 11-1), 2°, 11bis-1), 1° et 2°, 11 ter-1), 2), 14-1), 2° et 14 bis-1) de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée ». V. LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 265 et s.

<sup>4379</sup> V. DUSOLLIER S., th. préc., n°81.

<sup>4380</sup> V. DUSOLLIER S., id., n°61.

Enfin, l'article 10 (« Limitations et exceptions ») prévoit, comme l'article 13 de l'Accord ADPIC, le triple test tel qu'il est énoncé dans l'article 9 § 2 de la Convention de Berne, à la différence que ce procédé de limitation des exceptions s'étend à l'ensemble des droits patrimoniaux (et non seulement le droit de reproduction). Ce dernier texte dispose qu'est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des œuvres protégées « dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur<sup>4381</sup> ».

L'examen de la notion d'« équilibre » dans le Traité se déroulera en deux temps. D'une part nous étudierons les modalités d'introduction de la notion dans le corps du traité au cours des négociations (A), d'autre part, nous détaillerons sa signification (B).

#### A) *L'introduction de la notion d'équilibre*

**Rôle du lobby des bibliothèques.** L'introduction de la formule « reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre... » dans le préambule de l'OMPI est principalement le résultat de l'influence d'un groupe de pression appartenant à la catégorie des « utilisateurs ». C'est, en effet, le Bureau Européen des Associations de Bibliothécaires, de Professionnels de l'Information, de Documentalistes et d'Archivistes<sup>4382</sup> (le « Bureau »), militant principalement en faveur d'un élargissement des exceptions aux droits des auteurs<sup>4383</sup>, qui serait à l'origine de la rédaction de cet énoncé. La nature des intérêts défendus par ce groupe de pression explique la précision d'après laquelle, selon le préambule du Traité, *l'équilibre* entre droits des auteurs

---

<sup>4381</sup> Art. 9 § 2 de la Convention de Berne.

<sup>4382</sup> The European Bureau of Library, Information and Documentation Associations (EBLIDA). Créé en 1992 à La Haye, le Bureau accueille des associations et des organismes de toute l'Europe. En France, la Bibliothèque Nationale de France (BNF), l'Association des Directeurs et personnels de direction des Bibliothèques Universitaires et de la documentation (ADBU), la Bibliothèque Publique d'Information (BPI), l'Association Française des Libraires (AFL) et l'Université Paris Descartes sont membres.

<sup>4383</sup> Ce groupe de pression a notamment soutenu la mention figurant parmi les déclarations communes du traité suivante : « *il est entendu que les dispositions de l'article 10* [« Limitations et exceptions »] permettent aux parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leur législation nationale qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne » (v. LAPOUSTERLE J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, préf. GAUTIER P.-Y., Paris : Dalloz, 2009, n° 2).

et l'intérêt général doit être maintenu « *notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information* ».

A l'origine, le préambule du projet de traité ne contenait que trois paragraphes. Ils étaient relatifs respectivement au désir partagé par les parties contractantes de protéger efficacement les œuvres littéraires et artistiques (§1), à la reconnaissance de la nécessité de faire évoluer le dispositif juridique international (§2), à la prise en compte de l'impact des nouvelles techniques de l'information et de la communication sur la création (§3)<sup>4384</sup>. Le Bureau propose le 12 mars 1996 l'inscription de la phrase suivante :

« Reconnaissant la nécessité d'équilibrer cette protection avec d'autres valeurs importantes de la société, telles que les intérêts de l'éducation, de la recherche scientifique, et de la nécessité pour le grand public d'avoir accès à l'information<sup>4385</sup> ».

La formule, comme nous pouvons le constater, est très proche du paragraphe introduit par le préambule dans la version définitive du Traité<sup>4386</sup>. L'origine de cette formule ne semble pas faire de doute, d'autant plus que la directrice du Bureau de l'époque revendique celle-ci et présente son inscription dans le traité comme une victoire contre un projet qu'elle qualifie de dangereux pour l'avenir de l'accès à l'information<sup>4387</sup>.

**Rôle de la délégation indienne.** Jusqu'au mois de décembre, la formule est absente des projets de traités. Cependant, à l'occasion de la discussion plénière du 5 décembre 1996, plusieurs délégations auraient insisté sur la nécessité d'équilibrer les droits auteurs et les droits des tiers. La proposition du Bureau semble avoir été relayée par la délégation indienne, laquelle, le 11 décembre propose d'ajouter la déclaration suivante dans le préambule :

---

<sup>4384</sup> V.CRNR/DC/4, 30 août 1996, pp. 8-9.

<sup>4385</sup> (nous traduisons) « Recognizing the need to balance such protection against other important values in society, such as the interests of education, scientific research, and the need of the general public for access to information » (EBLIDA and WIPO: workshop and position paper, 12 mars 1996). V. égal., LAPOUSTERLE J., th. préc., n° 254.

<sup>4386</sup> LAPOUSTERLE J., th. préc., n° 254.

<sup>4387</sup> SCHLEIHAGEN B., « Les directives de l'Union européenne en matière de copyright et les actions de lobbying d'EBLIDA », *Bulletin d'informations de l'Association des Bibliothécaires Français*, n° 182, p. 80 : « Grâce au lobbying constructif de la communauté internationale des bibliothèques, ce traité est moins dangereux pour l'avenir de l'accès à l'information que ne l'étaient les projets : le lobby a amené des changements significatifs dans le Traité OMPI sur le copyright. Sous la pression des bibliothèques, la formule suivante fut introduite dans le préambule du Traité : "les parties contractantes, conscientes de la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et les intérêts du grand public, particulièrement en matière d'éducation, de recherche et d'accès à l'information, tel que mentionné dans la Convention de Berne..." »

« Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux du public en général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information<sup>4388</sup> ».

Sur le principe, cette proposition fut acceptée à la condition de substituer « les intérêts des auteurs » par « les droits des auteurs<sup>4389</sup> ». Le but de cette suggestion était de poser très clairement la différence du statut des auteurs qui leur permet d'être attributaires de droits, avec le statut d'utilisateurs dont on reconnaît l'existence d'intérêts mais non de droits<sup>4390</sup>.

#### *B) Signification de la notion d'équilibre*

**Différences entre les propositions des représentants des bibliothécaires et indienne et la formule adoptée.** Entre les propositions du Bureau et de l'Inde et la formule du préambule, nous pouvons constater plusieurs différences significatives, la plus apparente étant la référence à la Convention de Berne dans la formule du Traité, absente des propositions. Plus précisément, nous pouvons relever trois différences notoires ayant trait, d'une part, à la position du « reconnaissant » dans le préambule, d'autre part, à l'objet de *l'équilibre*, enfin, au statut de *l'équilibre*. Indiquer celles-ci nous permettra d'éclairer la signification de la notion d' « équilibre » tel qu'elle ressort du préambule.

En premier lieu, la formule définitive a été reléguée au sein du Préambule en dernière position alors que le Bureau souhaitait l'introduire consécutivement au premier paragraphe consacré à l'objectif de protection de la propriété intellectuelle afin d'exprimer l'idée que cette protection devait immédiatement être limitée en raison de sa contradiction avec les autres valeurs importantes de la société relatives à l'éducation, la recherche et à l'accès à l'information.

En second lieu, le statut de l'équilibre n'est pas identique entre la proposition du Bureau des bibliothécaires et le Traité. La proposition énonce « Reconnaissant la nécessité d'équilibrer

---

<sup>4388</sup> CRNR/DC/33, 11 décembre 1996.

<sup>4389</sup> LEVINSKI S. V., REINBOTHE J., *The WIPO Treaties 1996*, London : Butterworths, 2002, p. 12, cité par GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, p. 188 note 3.

<sup>4390</sup> Ibid.

[Recognizing the need to balance such protection] alors que le Traité stipule : « Reconnaissant la nécessité de maintenir un équilibre [Recognizing the need to maintain a balance] ». Cette différence suggère que l'équilibre de protection des droits de l'auteur avec les autres valeurs de la société dans la proposition du Bureau constitue un objectif à atteindre, sous-entendu que, n'étant pas acquis dans le nouvel environnement, cet équilibre doit être recherché et atteint en mobilisant les moyens nécessaires. Dans la rédaction définitive du Traité, la nécessité n'est plus *d'équilibrer*, mais de maintenir un équilibre. On peut donc envisager que l'équilibre en question n'a pas tant besoin d'être découvert que conservé. Cette interprétation expliquerait la fonction de la référence à la Convention de Berne : le préambule précise que « la nécessité de maintenir un équilibre » est également celle qui « ressort de la Convention de Berne ». Cela pourrait signifier que l'équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, autrement dit, la répartition des prérogatives entre les auteurs et les utilisateurs (intermédiaires ou finaux) ordonnée par la Convention, n'aurait nul besoin d'être réexaminé, à la lumière des potentialités offertes par le nouvel environnement numérique offre, mais nécessite d'être transposée à celui-ci.

Interprétée ainsi, la clause liminaire semblerait adopter une perspective relativement distincte de la proposition issue du lobby des bibliothécaires. Toutefois, il pourrait être objecté qu'il n'est pas ici fait mention de « *l'équilibre* » mais d'« un équilibre ». Autrement dit, la stipulation du Traité reviendrait à dire qu'il faut maintenir un équilibre, quel qu'il soit, entre les droits des auteurs et l'intérêt public général en dépit de l'évolution des moyens de diffusion des œuvres.

En dernier lieu, l'objet de *l'équilibre* n'est pas exactement le même dans la proposition et le Préambule. Dans la proposition, il s'agit d'équilibrer des valeurs sociales : la protection des droits de l'auteur doit ainsi être équilibrée avec d'autres valeurs telles que l'éducation, la recherche scientifique et l'accès à l'information. La protection des droits et l'éducation, la recherche scientifique et l'accès à l'information ont donc en commun d'être de même nature. Si l'on ne peut affirmer que la protection des droits et les autres valeurs sont placées sur un pied d'égalité, à l'inverse, nous ne pouvons non plus affirmer que les intérêts de l'auteur jouissent d'une prééminence sur ceux de la collectivité.

Dans le préambule du Traité, *l'équilibre* à maintenir est celui entre, d'une part, les droits de l'auteur, et, d'autre part, l'intérêt public général, qui peut, au regard de la précision subséquente, être certainement assimilé aux intérêts collectifs. Sont, en conséquence,

équilibrées, deux choses de nature distincte : des droits d'un côté, des intérêts de l'autre. En reprenant le raisonnement de M. Lucas appliqué à la proposition de directive DADVSI dont il ressortait également un équilibre entre droits et intérêts, il est possible d'induire à partir de l'énoncé du préambule du Traité, étant donné la prévalence traditionnelle du « droit » sur l'« intérêt », une « discrète hiérarchie<sup>4391</sup> ».

Après l'Accord ADPIC et le Traité OMPI, il s'agit désormais de traiter de la directive européenne du 22 mai 2001.

### III) L'équilibre dans la directive Dadvsi

**La directive 2001 et le processus d'harmonisation du droit d'auteur.** La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (directive DADVSI)<sup>4392</sup> constitue, encore aujourd'hui, la plus grande étape dans le processus d'harmonisation du droit d'auteur à l'échelle de l'Union Européenne<sup>4393</sup>. Avant celle-ci, l'harmonisation ne touchait que des points relativement précis de la matière ce qui révélait une méthode des « petits pas<sup>4394</sup> ». Le processus a débuté en 1991

---

<sup>4391</sup> LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 333.

<sup>4392</sup> Directive 2001/29 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 relative à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information 2001/29, JO L 167/10, 22 juin 2001. Une directive européenne est une norme européenne de droit dérivé définie par l'article 288 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) : « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

<sup>4393</sup> Sur l'harmonisation communautaire du droit d'auteur, v. BENABOU V.-L., « Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1840, 2003 ; LUCAS A., « L'harmonisation du droit d'auteur », in, *Harmonisation of European IP law, contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruxelles : Bruylant, Larcier, 2012, pp. 19-28 ; HILTY R. M., GEIGER Ch. (dir.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Paris : LexisNexis, 2007 ; ZOLYNSKI C., « Les limites de l'harmonisation communautaire », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 18-2

<sup>4394</sup> LUCAS A., « L'harmonisation du droit d'auteur », in, *Harmonisation of European IP law, contributions in honour of Frank Gotzen*, Bruxelles : Bruylant, Larcier, 2012, p. 22. Comme l'explique M. Lucas, cette méthode était destinée à éviter de « mettre sur la table des sujets trop conceptuels, sur lesquels les Etats membres divergent souvent beaucoup, certaines oppositions prenant même parfois, comme avec la question du droit moral, l'allure d'une guerre de religion. D'où l'idée de commencer par ce qui était supposé fâcher le moins et, en tout cas, était tenu par les décideurs comme le plus important sur le plan pratique, par exemple les logiciels et les bases de données (hiérarchie d'ailleurs révélatrice...), pour faire émerger petit à petit les grandes lignes de l'harmonisation » (Ibid).

avec la directive sur les programmes d'ordinateurs<sup>4395</sup>. Il s'est poursuivi en 1992 avec la directive sur les droits de location, de prêt, et de certains droits voisins<sup>4396</sup> ; en 1993, l'harmonisation a visé les droits de diffusion par satellite ou câble<sup>4397</sup>, puis la durée des droits<sup>4398</sup> ; en 1996, est adoptée une directive relative à la protection juridique des bases de données<sup>4399</sup>. Ces directives antérieures à la directive DADVSI témoignent d'une approche sectorielle de l'harmonisation : chacune d'entre elles (exceptée celle harmonisant la durée) visait soit une catégorie d'œuvre, soit une catégorie d'actes d'exploitation des œuvres. Sans remettre en cause les acquis, la directive DADVSI, quant à elle, embrasse l'ensemble des œuvres de l'esprit et l'ensemble des droits d'auteur et des droits voisins. En dépit des résultats qualifiés de décevants, la directive marque, par sa seule vocation, une étape inédite et fondamentale dans le processus censé logiquement aboutir à un droit d'auteur européen. La jurisprudence communautaire d'ailleurs confère à la directive le statut de droit commun<sup>4400</sup>. Précisons qu'une réforme de la directive est actuellement en cours.

**Une harmonisation 'douce' du droit d'auteur.** L'harmonisation du droit d'auteur, écrit Mme Benabou, se « fait pas à pas<sup>4401</sup> ». La raison qui peut expliquer la prudence avec laquelle le législateur européen harmonise les différentes législations des Etats membres est le caractère foncièrement national d'un corpus de règles ayant pour objet les créations de l'esprit. L'art et la culture de chaque nation étant spécifiques, la législation s'y attendant, laquelle reflète les valeurs, les idéaux et l'histoire de la nation, possède les mêmes particularismes. L'harmonisation de ces règles peut se traduire comme le renoncement par les Etats d'une fraction d'un des éléments, sinon constitutifs, du moins révélateurs de leur identité.

---

<sup>4395</sup> Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs, JOCE L 122/42, 17 mai 1991, version codifiée par la directive 2009/24, JOCE L111/16, 5 mai 2009.

<sup>4396</sup> Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992 sur les droits de location et de prêt et sur certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JOCE L 346/61, 27 novembre 1992), version codifiée par la Dir. 2006/115, JOCE L 376/28, 27 décembre 2006).

<sup>4397</sup> Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 sur la coordination de certaines règles concernant le droit d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, JOCE L 248/15, 6 octobre 1993.

<sup>4398</sup> Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 harmonisant la durée de la protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOCE L 290/9, 24 nov. 1993, version codifiée par la directive 2006/116, JOCE L 372/12, 27 déc. 2006, amendée par la directive du 27 septembre 2011 sur l'harmonisation de la durée de protection des artistes interprètes ou exécutants, JOCE L 265/1, 11 oct. 2011).

<sup>4399</sup> Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données, JOCE L 77/20, 27 mars 1996.

<sup>4400</sup> CJCE, 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* dit BSA, aff. C-393/09, Rec. I-13971, point 44.

<sup>4401</sup> BENABOU V.-L., « Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur », art. préc., n° 1.

Un autre facteur explique également le caractère progressif de l'harmonisation en droit d'auteur. Conformément aux objectifs de l'Union Européenne, cette harmonisation participe à l'élaboration et à l'amélioration d'un marché unique. Cette finalité conduit à assujettir la dimension culturelle de la législation sur le droit d'auteur à sa dimension économique. L'hostilité qui peut naturellement se concevoir contre cette forme de subordination de la culture aux lois du marché<sup>4402</sup>, peut aussi expliquer le choix du législateur européen pour la manière douce.

**Droit d'auteur et droit communautaire.** Initialement, le droit communautaire accordait une faible place à la propriété intellectuelle en général et au droit d'auteur en particulier. A l'instar de son traitement par le GATT, le droit d'auteur était traité selon un régime dérogatoire. Le droit d'auteur est soumis aux dispositions des articles 28 et 29 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) relatifs à la libre circulation des marchandises. L'interdiction de principe des restrictions quantitatives entre Etats membres (art. 34 et 35 TFUE) est atténuée pour des motifs de protection de la propriété intellectuelle (art. 36 TFUE) sous réserve de ne pas masquer une politique anti-concurrentielle. Les droits exclusifs conférés par la propriété littéraire et artistique sont soumis aux dispositions du traité relatives à la concurrence (art. 101 TFUE, sur les ententes et art. 102 TFUE, sur les abus de position dominante).

L'action communautaire en droit de la propriété intellectuelle trouve un fondement procédural en l'article 114 du TFUE sur la construction du marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur<sup>4403</sup>.

Enfin, l'article 118 du TFUE donne un fondement particulièrement fort aux droits de propriété intellectuelle : « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative

---

<sup>4402</sup> Le Professeur belge Frank Gotzen avait contesté la compétence de la Communauté européenne en matière de droit d'auteur et avait défendu l'idée qu'il était impossible conceptuellement de soumettre le d'auteur au droit communautaire. Selon lui, « le Traité de Rome, dominé par des préoccupations d'ordre économique, est étranger au domaine culturel » et concluait que « le droit européen, tenu de respecter l'autonomie culturelle des États membres, n'est pas en mesure d'imposer en cette matière des règles de libre importation ou autres qui seraient contraires aux droits nationaux de la propriété artistique », GOTZEN F., *Le droit de destination de l'auteur*, Bruxelles : Larcier, 1975, cité par BENABOU V.-L., in, « Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur », art. préc., n° 1.

<sup>4403</sup> Art. 114 TFUE : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

ordinaire, établissant les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union ». Autrement dit, suivant la procédure de la co-décision, des titres européens de propriété intellectuelle pourraient être créés, à l'instar de la marque communautaire et désormais du brevet unitaire. L'article 118 du TFUE pourrait donc devenir le fondement privilégié du droit européen de la propriété intellectuelle<sup>4404</sup>.

Afin d'étudier la notion d'« équilibre », nous allons examiner la notion, d'une part, dans l'environnement de la directive (A) puis d'autre part, dans l'énoncé de la directive (B).

*A) La notion d'équilibre dans l'environnement de la directive DADVSI*

La notion intervient dans des textes antérieurs (1) et postérieurs (2) à la directive. Il s'agira de les évoquer pour en tirer quelques enseignements.

1) La notion d'équilibre dans les textes antérieurs à la directive

Nous allons établir brièvement l'historique de l'harmonisation du droit d'auteur à l'échelle communautaire (A) afin de relever dans un second temps la mention de l'équilibre dans les textes et projets de textes communautaires (B)

*A) Historique de l'harmonisation globale du droit d'auteur consacrée par la directive DADVSI*

La directive DADVSI résulte de la volonté, d'une part, d'harmoniser le droit d'auteur à l'échelle communautaire en vue de parfaire le Marché unique et, d'autre part, d'adapter les droits nationaux aux nouvelles technologies et d'élever leur niveau de protection

---

<sup>4404</sup> La Cour de justice a précisé que les compétences attribuées par l'article 118 TFUE relèvent d'un domaine de compétences partagées au sens de l'article 4, paragraphe 2, TFUE et ont, par conséquent, un caractère non exclusif au sens de l'article 20, paragraphe 1, premier alinéa, TUE.

conformément aux engagements internationaux. Ce texte est le résultat d'un processus enclenché dès les années 70.

**Une première approche « sociale » de l'harmonisation globale du droit d'auteur.** Le projet d'harmoniser les règles de droit d'auteur à l'échelle communautaire a été principalement envisagé par le Parlement à l'occasion de la résolution du 13 mai 1974<sup>4405</sup>. Les droits d'auteur et les droits voisins étant inclus dans les exceptions aux principes de libre circulation et de libre concurrence<sup>4406</sup>, l'harmonisation des législations nationales était envisagé comme un moyen pour lever les obstacles au marché intérieur et pour défendre les produits originaires de la Communauté contre les imitations en provenance des pays tiers<sup>4407</sup>.

Peu de temps après cette résolution, Alain Dietz publiait une étude, à la demande de la Commission, relative aux difficultés inhérentes à l'application du droit d'auteur au sein des différents membres de la communauté européenne<sup>4408</sup> et dans laquelle étaient mentionnés les domaines spécifiques sur lesquels il était impérieux d'adopter une approche globale (notamment l'harmonisation de la durée des droits, le droit de location, la pratique contractuelle ou le domaine public)<sup>4409</sup>.

A la fin des années 70, la Commission publiait une communication à destination du Conseil européen à propos des actions à mener au sein de la communauté dans le secteur culturel<sup>4410</sup> défini comme « l'ensemble socio-économique que forment les personnes et les entreprises qui se consacrent à la production et à la distribution des biens culturels et des prestations culturelles<sup>4411</sup> ». En plus de l'harmonisation des droits d'auteur et des droits voisins, il était notamment question du libre échange et de la lutte contre les vols de biens culturels, d'harmonisation de la fiscalité du secteur culturel ou encore des contributions à la conservation du patrimoine architectural et au développement des échanges culturels. Comme le note le Professeur Benabou, un large traitement était accordé au volet social du secteur

---

<sup>4405</sup> Résolution, 13 mai 1974, JOCE, n° C 62 du 30 mai 1974, p. 5.

<sup>4406</sup> Ancien article 30 CE.

<sup>4407</sup> BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, n° 101.41.

<sup>4408</sup> DIETZ A., *Le droit d'auteur dans la C.E.E.*, Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la Communauté Economique Européenne, Etude réalisée à la demande de la Commission des Communautés Européennes, 1976.

<sup>4409</sup> V. BENABOU V.-L., *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. FRANÇON A., Bruxelles : Bruylant, 1997, n° 379.

<sup>4410</sup> L'action communautaire dans le secteur culturel - Communication de la Commission au Conseil du 22 novembre 1977, Bulletin des Communautés européennes Supplément, n° 6/77, 28 p.

<sup>4411</sup> L'action communautaire dans le secteur culturel - Communication de la Commission au Conseil du 22 novembre 1977, Bulletin des Communautés européennes Supplément, n° 6/77, p. 13, n° 24, p. 5, n° 3.

culturel et du droit d'auteur et plus particulièrement à la défense des droits des « travailleurs culturels<sup>4412</sup> ». Il était ainsi question de la liberté de circulation et de l'établissement des « travailleurs culturels<sup>4413</sup> » ou encore des stages professionnels des « jeunes travailleurs culturels<sup>4414</sup> ». Cette tendance à vocation sociale et culturelle de la protection de la création au travers des travailleurs intellectuels n'a finalement pas été prolongée par la suite<sup>4415</sup>.

**Choix d'une approche sectorielle.** Au début des années 80, l'harmonisation du droit d'auteur ne semble plus faire l'objet d'intérêt au sein des organes de la Communauté. Elle est seulement évoquée dans le Livre Vert sur la télévision sans frontières publié en mai 1984<sup>4416</sup>, dans lequel, la Commission conçoit l'harmonisation des législations nationales comme un facteur favorable à la diffusion des émissions transfrontalières.

Le projet d'harmonisation revient sérieusement sur l'établi suite à la publication par la Commission du *Livre vert sur le droit d'auteur et le Défi technologique*<sup>4417</sup> en 1988. Ce livre vise, dans un premier temps, au regard de l'achèvement du Marché intérieur, à identifier une série de questions prioritaires (piraterie, copie privée, droit de location...) que soulève le développement des technologies de communication et d'information. Les nouveaux moyens de diffusion et de reproduction des contenus exposent certains secteurs aux risques de la contrefaçon massive ou du contournement de leur monopole d'exploitation. Dans un second temps, le Livre Vert envisage des remèdes à partir d'une logique de rapprochement des législations nationales. En dépit d'une vision communautaire, les résultats des travaux ne visent cependant pas à fixer les bases d'un droit d'auteur communautaire mais davantage à répondre de manière pragmatique, avec un traitement localisé, aux risques pesant sur les industries culturelles<sup>4418</sup>. Cette approche sectorielle à destination des secteurs considérés comme fragiles vis-à-vis des risques induits par les nouvelles technologies reflète la finalité

---

<sup>4412</sup> BENABOU V.-L., th. préc., n° 379.

<sup>4413</sup> L'action communautaire dans le secteur culturel - Communication de la Commission au Conseil du 22 novembre 1977, préc., p. 13, n° 24, p. 10.

<sup>4414</sup> Ibid.

<sup>4415</sup> V. BENABOU V.-L., th. préc., n° 379 ; l'auteure parle de « conception très humaniste de la protection de la création ».

<sup>4416</sup> Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble, COM(84) 300, mai 1984.

<sup>4417</sup> Green Paper on copyright and the challenge of technology – Copyright issues requiring immediate action, COM (88), 172, 7 juin 1988.

<sup>4418</sup> La copie privée, par exemple, n'était traitée que dans la mesure où elle est susceptible d'impacter le marché des phonogrammes, des vidéogrammes et des logiciels. La copie privée des ouvrages papier n'était pas l'objet de développements particuliers. De même, le droit de location s'avérait étudié que du point de vue du vidéogramme, V. BENABOU V.-L., th. préc., n° 381.

mercantiliste assignée à la propriété intellectuelle par le Livre Vert. Cette vision révèle, selon certains auteurs, l'influence de « la philosophie du copyright<sup>4419</sup> ».

**Restauration d'une approche holiste.** Trois ans plus tard, cette approche était abandonnée au profit d'une vision plus élargie de la question du droit d'auteur<sup>4420</sup>. Dans les Suites à donner au Livre Vert<sup>4421</sup>, la Commission assigne à l'action communautaire un objectif : renforcer la protection du droit d'auteur et des droits voisins ; et prescrit une méthode : régler, de manière globale, les problèmes<sup>4422</sup>. Cette volonté de protéger davantage le droit d'auteur ne s'explique plus simplement par le projet d'harmoniser les législations en vue d'un marché commun. Cette protection est en effet conçue, de manière autonome, comme une fin subordonnée à la satisfaction de « *l'intérêt des auteurs, des industries culturelles, des consommateurs et, en dernier ressort, de la collectivité toute entière*<sup>4423</sup> ». L'institution du droit d'auteur est appréhendée comme le moyen d'empêcher « une richesse non seulement économique, mais aussi culturelle des Etats membres » de se tarir<sup>4424</sup>. La satisfaction de l'intérêt de la communauté européenne dépend alors d'un niveau de protection élevé et harmonisé sur l'ensemble de son territoire mais également de l'habilitation à négocier au sein des instances internationales comme le GATT et l'OMPI<sup>4425</sup>.

En 1993, est publié un livre blanc de la Commission, Croissance, compétitivité et emploi: les défis et les voies pour entrer dans le XXI<sup>e</sup> siècle<sup>4426</sup>, dans lequel sont mis en corrélation la mise en place d'une infrastructure d'information, la compétitivité et l'emploi en Europe. Le document, faisant usage de l'expression de *société de l'information*, attire l'attention sur la nécessité « de rassembler les forces européennes et de renforcer les synergies afin d'atteindre aussi vite que possible les objectifs visant à construire une infrastructure européenne

---

<sup>4419</sup> V. BENABOU V.-L., th. préc., n° 381 ; MOLLER M., « A propos du Livre Vert », RIDA, n° 141, 1989, p. 31.

<sup>4420</sup> BENABOU V.-L., th. préc., n° 382.

<sup>4421</sup> Suites à donner au Livre Vert, COM (90) 584 final, 17 janvier 1991 ; Follow-up to the Green Paper, COM (90) 584 final, 17 janvier 1991.

<sup>4422</sup> Suites à donner au Livre Vert, COM (90) 584 final du 17 janvier 1991, n° 1.4., p. 3, cité par BENABOU V.-L., th. préc., n° 382.

<sup>4423</sup> Suites à donner au Livre Vert, COM (90) 584 final du 17 janvier 1991, n° 1.3., p. 2, cité par BENABOU V.-L., th. préc., n° 382 : « *protéger le droit d'auteur c'est assurer le maintien et le développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des industries culturelles, des consommateurs et, en dernier ressort, de la collectivité toute entière* ».

<sup>4424</sup> Suites à donner au Livre Vert, COM (90) 584 final du 17 janvier 1991, n° 1.5., p. 3, cité par BENABOU V.-L., th. préc., n° 382.

<sup>4425</sup> V. BENABOU V.-L., th. préc., n° 382.

<sup>4426</sup> Croissance, compétitivité, emploi - Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI<sup>e</sup> siècle - Livre blanc COM(93) 700, décembre 1993.

d'information<sup>4427</sup> ». Il préconise la formation d'une « task force » afin de traiter plus en profondeur les moyens de préparer la Communauté européenne à la *société de l'information*.

Cette task force, présidée par le commissaire européen M. Bangemann, rend l'année suivante à la demande du Conseil européen, le rapport *L'Europe et la société de l'information* planétaire encore appelé rapport Bangemann<sup>4428</sup> dans lequel il est déclaré que la question de la propriété intellectuelle s'avère « *hautement prioritaire tant au niveau européen qu'au niveau international*<sup>4429</sup> ». Le rapport souligne la nécessité pour l'Europe de renforcer la protection de la propriété intellectuelle<sup>4430</sup>. Radicale et volontariste, l'approche se veut en rupture avec l'attitude adoptée jusqu'alors. Le rapport insiste sur la nécessaire prise de conscience de la nature profondément singulière de la « *Société de l'information* » :

« le progrès technologique et l'évolution du marché signifient, pour l'Europe, l'obligation de rompre avec les politiques basées sur des principes qui appartiennent à une époque antérieure à la révolution e l'information. L'émergence des nouveaux marchés exige avant tout un nouvel environnement réglementaire, qui permette à la concurrence de jouer pleinement. Il s'agira là d'une condition essentielle pour mobiliser les capitaux privés indispensables à l'innovation, la croissance et le développement<sup>4431</sup> ».

Ce constat et ces prédictions induisent un réexamen de tout le dispositif juridique applicable aux nouveaux produits et services multimédias<sup>4432</sup>.

---

<sup>4427</sup> Croissance, compétitivité, emploi - Les défis et les pistes pour entrer dans le XXIème siècle - Livre blanc COM(93) 700, décembre 1993, p. 115.

<sup>4428</sup> BANGEMANN M. (dir.), *Europe and the global information society*, 26 mai 1994. Ce rapport traite aussi bien de la propriété intellectuelle que des télécommunications, de la politique de la concurrence, du marché unique, de la cohésion régionale, des aspects sociaux et des aspects liés à l'emploi, ainsi que des dimensions culturelles et linguistiques.

Au même moment, aux Etats-Unis était publié le rapport Lehman intitulé « *Intellectual property and the national information infrastructure* ». Ces deux rapports reflètent la prise de conscience de part et d'autre de l'Atlantique du rôle de la propriété intellectuelle dans l'économie du XXIe siècle (v. CARON Ch., « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *Comm. com. électr.*, mai 2001, n° 5, p. 20 n° 2).

<sup>4429</sup> BANGEMANN M. (dir.), *Europe and the global information society*, rapp. préc., p. 16.

<sup>4430</sup> BANGEMANN M. (dir.), id. : « la protection de la propriété intellectuelle doit être à la hauteur des nouveaux défis liés à la mondialisation et au multimédia (...). Il est de l'intérêt fondamental de l'Europe de veiller à ce que la protection de la propriété intellectuelle reçoive toute l'attention nécessaire et que le niveau de protection reste élevé ».

<sup>4431</sup> BANGEMANN M. (dir.), *Europe and the global information society*, rapp. préc., p. 12, cité par BERTRAND A. R., *op. cit.*, n° 101.41.

<sup>4432</sup> BANGEMANN M. (dir.), *Europe and the global information society*, rapp. préc., p. 18, cité par BERTRAND A. R., *loc. cit.* : « Pour favoriser la mise au point de nouveaux produits et services multimédias, les dispositions

**Les thématiques de l'harmonisation.** Suite à l'adoption du rapport Bangemann, la Commission rend auprès de différents organes des communautés une communication dite *Vers la Société de l'Information en Europe: un Plan d'Action*<sup>4433</sup>. Ce document définit le cadre des actions que la Commission souhaite entreprendre sur le thème de la Société de l'information et ouvre la voie à la préparation de documents de réflexion sur des sujets plus spécifiques comme la protection de la propriété intellectuelle. A ce titre, il est prévu de réexaminer les mesures déjà adoptées en matière de droit d'auteur et de droits voisins, et, le cas échéant, d'évaluer le besoin de mesures additionnelles.

L'un de ces documents est le Livre vert sur le droit *d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*<sup>4434</sup> publié par la Commission au cours de l'année 1995. Ce livre se fixe pour objectif d'apporter des réponses « aux questions de droit d'auteur et les droits voisins relatives au contenu des nouveaux services et produits de la Société de l'Information<sup>4435</sup> ». Le Livre Vert met en lumière l'importance du rôle de la société de l'information et explore son développement dans le cadre juridique du Marché intérieur afin d'en dégager les principaux enjeux<sup>4436</sup>, à savoir concurrentiel, culturel, économique et social. Sous ces prismes, le droit d'auteur revêt tour à tour des fonctions spécifiques. Dans le cadre concurrentiel, le droit d'auteur doit être pensé en cohérence avec les réglementations applicables aux prestations de service en raison de l'augmentation de la circulation des œuvres sous forme immatérielle. Une harmonisation des règles nationales encadrant les prestations de services dans le nouvel environnement numérique est préconisée afin d'empêcher les distorsions de concurrence<sup>4437</sup>. Du point de vue culturel, le droit d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur sont appréhendés « comme un instrument fondamental de la politique culturelle de la Communauté Européenne<sup>4438</sup> ». L'aspect culturel est toutefois rapidement abordé au profit de l'enjeu économique : « la culture présente, à côté de sa valeur

---

juridiques en vigueur – au niveau des Etats membres et de l'Union- devront être réexaminées afin de déterminer si elles conviennent à la nouvelle société de l'information. Si nécessaire, elles devront être adaptées ».

<sup>4433</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions, COM (94)347 final, Bruxelles, le 19 juillet 1994.

<sup>4434</sup> *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, COM (95) 382 final, 19 juillet 1995. V. CROELLA C., « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », Legicom, 2/1995, n° 8, pp. 99-104.

<sup>4435</sup> *Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information*, préc., § 7.

<sup>4436</sup> Id., § 8.

<sup>4437</sup> Id., § 12.

<sup>4438</sup> Id., § 13.

intrinsèque, une valeur économique qui la fait participer à une logique de marché<sup>4439</sup> ». De ce point de vue, la protection du droit d'auteur est considérée comme l'un des leviers de la compétitivité des industries culturelles ; elle constitue explicitement un encouragement à l'investissement<sup>4440</sup>. Enfin, corrélativement à l'enjeu économique, la propriété intellectuelle en tant que moyen d'incitation à l'investissement et au développement de nouveaux produits et services est un des facteurs de création d'emplois. L'adaptation des dispositifs juridiques à la société de l'information répond donc à un enjeu social<sup>4441</sup>.

Le Livre vert dresse ensuite un état des lieux des principaux aspects du droit d'auteur et des droits voisins susceptibles d'être l'objet de normes communautaires. Sont ainsi concernés les droits spécifiques (droit de reproduction, communication au public, droit moral etc.), *l'exploitation des droits* (acquisition et gestion des droits, systèmes techniques d'identification et de protection) et les questions dites horizontales relatives au droit applicable et à l'épuisement des droits. L'approche globale est donc belle et bien adoptée.

**Projet de texte.** Le 20 novembre 1996, la Commission publie le Suivi du Livre Vert<sup>4442</sup>. Sont présentés les domaines exigeant des mesures immédiates de manière à éliminer les obstacles majeurs aux échanges de biens et services protégés par le droit d'auteur ou à réduire les facteurs qui faussent la concurrence entre les Etats membres. Un texte est donc envisagé afin de traiter prioritairement des quatre points suivants : il s'agit de définir l'étendue des actes protégés par le droit d'auteur et fixer leurs limites ; de protéger les transmissions numériques "à la demande" sur la base d'un droit de communication au public davantage harmonisé ; d'harmoniser les règles de protection des systèmes techniques d'identification et de protection et enfin d'harmoniser le dispositif relatif au droit de distribution des auteurs en consacrant la règle de l'épuisement du droit.

---

<sup>4439</sup> Id., § 14.

<sup>4440</sup> Id., § 16 : « Seule une protection effective de ces droits peut encourager l'investissement nécessaire au développement des activités de création et d'innovation, qui sont une des clés de la plus value et de la compétitivité de l'industrie européenne. Il est en effet devenu clair que l'industrie n'investit dans les différentes activités de création que dans la mesure où elle sait pouvoir à la fois, empêcher l'appropriation illicite de celles-ci, et recueillir par la suite les fruits de cet investissement durant le temps de protection conféré par les droits d'auteur et les droits voisins ».

<sup>4441</sup> Id., § 18.

<sup>4442</sup> Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, COM (96) 568, final, 20 novembre 1996.

Le 10 janvier 1997, est présentée la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>4443</sup>, modifiée le 25 mai 1999<sup>4444</sup>.

Outre l'harmonisation du droit d'auteur en conformité avec les traités OMPI<sup>4445</sup>, la directive tente de répondre aux enjeux de la société de l'information.

Il s'agit désormais de relever les mentions de la notion d'« équilibre » dans les différents textes cités.

#### B) Les usages de la notion d'équilibre

Dans la communication de la Commission de 1977, la notion d'« équilibre » est employée dans la section relative aux conséquences du développement technique et sert à suggérer la difficulté future de concilier les intérêts des auteurs et des utilisateurs lesquels s'appêtent à jouir de nouveaux moyens de reproduction des œuvres<sup>4446</sup>.

Dans le *Livre vert sur le droit d'auteur* de 1988<sup>4447</sup>, la notion n'est utilisée qu'à une seule reprise et concerne un point précis, à savoir les cas où l'adaptation des logiciels par les utilisateurs sert à améliorer le programme<sup>4448</sup>. D'un côté, le droit d'autoriser les adaptations, est-il précisé, entre normalement dans le champ du monopole d'exploitation de l'auteur, mais

---

<sup>4443</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (97) 628 final, JOCE, n° C 108, 7 avril 1998.

<sup>4444</sup> Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (99) 250 final, JOCE, n° C 180/6, 25 juin 1999.

<sup>4445</sup> Précisons que la Communauté européenne a adhéré (décision n° 2000/278 du Conseil, 16 mars 2000, non publiée au JOCE) aux deux Traités de l'OMPI du 20 décembre 1996 relatifs au droit d'auteur (et aux interprétations et exécutions et aux phonogrammes). Le 14 décembre 2009, l'Union européenne et ses États membres ont ratifié ces traités, entrés en vigueur le 14 mars 2010.

<sup>4446</sup> L'action communautaire dans le secteur culturel - Communication de la Commission au Conseil du 22 novembre 1977, Bulletin des Communautés européennes Supplément, n° 6/77, p. 13, n° 24 : « L'usage extensif de la reprographie (photocopie, microcopie) dans les bibliothèques, écoles, universités, instituts de recherches, centres de documentation, etc. — en attendant que les particuliers disposent, ce qui ne tardera guère, de photocopieuses comme ils possèdent à présent des magnétophones — pose la question difficile de l'équilibre à établir entre les intérêts des utilisateurs et les exigences d'une exploitation normale des œuvres par leurs auteurs et leurs éditeurs ».

<sup>4447</sup> Green Paper on copyright and the challenge of technology – Copyright issues requiring immediate action, COM (88), 172, 7 juin 1988.

<sup>4448</sup> Id., 5.6.15, p. 192.

de l'autre, dès lors qu'aucune exploitation commerciale n'est réalisée par l'utilisateur, l'adaptation d'un logiciel par l'utilisateur dans le cadre de la licence d'utilisation en vue de l'améliorer devrait être considérée comme un aspect légitime et même nécessaire du droit d'usage du logiciel de l'utilisateur. Ainsi, une solution équilibrée, prenant en compte les intérêts des utilisateurs et des exploitants, doit être recherchée pour concilier ces deux intérêts opposés<sup>4449</sup>.

Dans la Suite à donner au Livre vert de 1991, le terme apparaît à trois reprises. Il se réfère systématiquement aux négociations dans le cadre des accords ADPIC et plus spécifiquement aux désaccords entre les pays industrialisés et les pays en voie de développement<sup>4450</sup>. En ce sens l'«équilibre» tend à exprimer l'idée de limite à la protection du droit d'auteur en considération des intérêts des pays en développement à l'accès aux ressources. Il est par exemple précisé que «*la poursuite d'une protection efficace et appropriée des droits de propriété intellectuelle, qui doit selon la nature des choses rechercher un équilibre entre les pays industrialisés et les pays en développement, ne doit pas obscurcir le besoin d'une protection accrue en Europe*<sup>4451</sup>».

Relativement à la propriété intellectuelle, le rapport Bangemann utilise le mot «équilibre» afin de qualifier les solutions à trouver pour ménager d'un côté les deux plus importants atouts de l'Union européenne que sont l'innovation et la créativité, et de l'autre, les forces du marché<sup>4452</sup>. Autrement dit, l'«équilibre» désigne l'état optimal dans lequel les leviers de la créativité et de l'innovation n'entravent pas le marché. Cet emploi du terme renvoie à l'objectif assigné à l'Accord ADPIC de promotion de la propriété intellectuelle dans la mesure du bon fonctionnement de la concurrence.

---

<sup>4449</sup> « A balanced solution is required which takes proper account of the interests of both users and suppliers », Green Paper on copyright and the challenge of technology – Copyright issues requiring immediate action, COM (88), 172, 7 juin 1988, 5.6.15, p. 192.

<sup>4450</sup> Follow-up to the Green Paper, COM (90) 584 final, 17 janvier 1991, § 7.2.2 et 7.2.7.

<sup>4451</sup> Id., § 7. 4. Nous traduisons.

<sup>4452</sup> BANGEMANN M. (dir.), Europe and the global information society, 26 mai 1994, p. 16 : « Creativity and innovation are two of the Union's most important assets. Their protection must continue to be a high priority, on the basis of balanced solutions which do not impede the operation of market forces ».

Dans le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information de 1995<sup>4453</sup>, le terme est employé à huit reprises. Parfois, il s'agit, comme dans la directive, de « maintenir l'équilibre<sup>4454</sup> » entre les intérêts concurrents, de le « ménager<sup>4455</sup> », de « veiller » à sa sauvegarde<sup>4456</sup>, et parfois de le « trouver<sup>4457</sup> » ou de l'« assurer » par la mise en œuvre de différents moyens<sup>4458</sup>. L'idée générale se trouve exprimée dans l'introduction du Livre vert : « pour que le potentiel de la Société de l'Information soit pleinement réalisé, il faudra maintenir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties concernées (ayants droits, fabricants de matériels, distributeurs et utilisateurs de services ainsi que les opérateurs de réseaux)<sup>4459</sup> ».

La notion d'« équilibre » sert globalement à exprimer l'idée que l'évolution des technologies – source de nouveaux produits et services et de menaces contre les contenus protégés – conduit nécessairement à revoir les dispositifs juridiques de promotion et de protection de la propriété intellectuelle. Le nouvel environnement technologique implique une adaptation des règles de droit. La manière dont cette adaptation doit se réaliser est suggérée par l'idée d'équilibre « à maintenir ». Il s'agit globalement de conserver l'« équilibre » qui présidait aux rapports juridiques entre les différentes parties intéressées dans l'environnement analogique, à savoir entre les producteurs et distributeurs de contenus et les utilisateurs.

Dans le Suivi du Livre Vert du 20 novembre 1996<sup>4460</sup>, la notion est employée à quatre reprises<sup>4461</sup> et notamment de la manière qui sera adoptée dans la directive. Il est ainsi indiqué

---

<sup>4453</sup> COM (1995) 382 final ; Livre vert de la Commission européenne du sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information, 27 juillet 1995, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:51995DC0382&from=FR>

<sup>4454</sup> Id., § 6.

<sup>4455</sup> Id., § 28 : « Au cours des dernières décennies, les mutations technologiques qui sont intervenues au niveau mondial ont conduit à des réexamens continus des différentes législations en vigueur, en vue d'apporter les adaptations structurelles qui pouvaient permettre de ménager l'équilibre entre les impératifs de la protection des créateurs et de la dissémination des oeuvres ».

<sup>4456</sup> Id., § 34 : « il a été reconnu qu'il conviendrait de veiller à la sauvegarde d'un équilibre global entre les droits reconnus aux titulaires, parmi lesquels certaines catégories d'ayants droit pourraient se voir reconnaître des droits renforcés, et les intérêts des utilisateurs comme, notamment les bibliothèques publiques dont la mission ne saurait être entravée ».

<sup>4457</sup> Id., § 15 : « il est impérativement nécessaire de trouver un juste équilibre entre la protection du patrimoine culturel de l'Europe et la propriété intellectuelle et son exploitation dans des conditions économiquement viables, pour un développement harmonieux\* et de la Société de l'Information, et de la culture européenne ».

<sup>4458</sup> Id., § 87 : « La future directive prévoit également d'autres dispositions en vue d'assurer un équilibre des intérêts des fabricants de base de données, des PME, des utilisateurs et des droits de l'auteur et d'autres ayants droit ».

<sup>4459</sup> Id., § 6.

<sup>4460</sup> Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, COM (96) 568, final, 20 novembre 1996.

que le « niveau élevé de la protection du *droit d'auteur doit être maintenu et développé*. Dans le même temps, un juste équilibre de droit et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits et entre ces titulaires et utilisateurs doit être assuré<sup>4462</sup> ».

Dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil *sur le Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* du 10 décembre 1997<sup>4463</sup>, le terme est employé une seule fois et de la même manière que dans le Suivi du Livre vert<sup>4464</sup>. Cet usage est conservé dans la proposition suivante datant du 25 mai 1999<sup>4465</sup>.

Enfin dans la directive adoptée du 22 mai 2001, la notion d'« équilibre » apparaît dans le 31<sup>e</sup> considérant :

« Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s'accroître avec le développement de l'exploitation des œuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse. Le degré d'harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur ».

---

<sup>4461</sup> V. Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, préc., p. 21 et p. 22.

<sup>4462</sup> Id., p. 2. V. égal. p. 8. Nous traduisons.

<sup>4463</sup> Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (1997) 628 final : JOCE n° C108. 7 avril 1998.

<sup>4464</sup> Considérant 21 : « considérant qu'il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés ».

<sup>4465</sup> Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, COM (99) 250 final, JOCE n° C 180/6, 25 juin 1999. Notons qu'au considérant n° 28, le terme apparaissait en faveur de la diffusion de la recherche et du savoir : « considérant que les États membres peuvent prévoir une exception au bénéfice d'établissements accessibles au public, tels que les bibliothèques sans but lucratif et autres institutions analogues, cette exception devant toutefois être limitée à certains cas particuliers couverts par le droit de reproduction; qu'une telle exception ne devrait pas s'appliquer à des utilisations faites dans le contexte de la fourniture en ligne d'œuvres ou objets similaires protégés; que la présente directive devrait s'appliquer sans préjudice de la faculté donnée aux États membres de déroger au droit exclusif de prêt public en vertu de l'article 5 de la directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, modifiée par la directive 93/98/CEE; qu'il est donc opportun d'encourager l'octroi de contrats ou de licences spécifiques favorisant de façon équilibrée de tels organismes et la réalisation de leurs objectifs dans le domaine de la diffusion. »

2) La notion d'équilibre dans les textes postérieurs à la directive

**Absence de mention dans les directives postérieures.** La directive de 2001 a été suivie par d'autres directives regardant le droit d'auteur : la directive de 2001 sur le droit de suite<sup>4466</sup>, celle de 2004 relative à la lutte contre la contrefaçon<sup>4467</sup> et enfin la directive de 2012 sur les œuvres orphelines<sup>4468</sup>. Aucune d'entre elles toutefois ne mentionne le terme « équilibre<sup>4469</sup> ».

**Emploi du terme dans des documents des institutions européennes.** A la suite de la directive DADVSI, divers documents touchant le droit d'auteur issus des instances de l'Union et principalement de la Commission ont été publiés. La plupart font régulièrement référence à l'« équilibre » ou au « juste équilibre entre droits et exceptions ». De manière générale, son emploi sert à informer autant qu'à préparer les différents Etats ainsi que les autres institutions de l'Union européenne impliquées dans le processus d'harmonisation aux futures évolutions de la réglementation communautaire, plutôt orientées vers la réduction de l'exclusivité des droits de l'auteur. Le sens du terme n'étant toutefois pas défini, la notion est exploitée comme un terme eulogistique ou approbatif.

En 2008, la Commission a publié un *Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* dans lequel le terme « équilibre » est mentionné à sept reprises. Le mot désigne tour à tour la méthode des rédacteurs du livre<sup>4470</sup> attachée aux nombreux points de vue des

---

<sup>4466</sup> Directive 2001/84 du Parlement européen et du Conseil, du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une oeuvre d'art originale JOCE, n° L 272, 13 octobre 2001.

<sup>4467</sup> Directive n° 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur le respect des droits de propriété intellectuelle JOUE, n° L 157, 30 avril 2004 ; rectifiée JOUE, n° L 195, 2 juin 2004.

<sup>4468</sup> Directive 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des oeuvres orphelines tend encore à régir une certaine catégorie d'oeuvres, en raison de leur nature et de leur statut d'oeuvres dont l'auteur est inconnu, JOUE, n° L 299, 27 octobre 2014.

<sup>4469</sup> Citons toutefois le considérant 24 de la directive sur le droit de suite de 2001 : « Il est souhaitable d'établir, dans un souci de concilier les divers intérêts en jeu sur le marché des oeuvres d'art originales, un système de taux dégressifs par tranches de prix. Il importe de réduire le risque de délocalisation de ventes et de contournements de la législation communautaire en matière de droit de suite ». Pour M. Pollaud-Dulian, ce considérant est un écho de la « balance des intérêts » allemande (Interessenabwägung), POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 77, note 2.

<sup>4470</sup> *Livre vert Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM (2008), 466/3, p. 3 : « Le Livre vert abordera tous les problèmes dans un souci d'équilibre en ayant soin de prendre en considération le point de vue des éditeurs, des bibliothèques, des établissements d'enseignement, des musées, des services d'archives, des chercheurs, des personnes handicapées et du grand public ».

intéressés (éditeurs, bibliothèques, établissements d'enseignement, musées, services d'archives, chercheurs, personnes handicapées et grand public) et l'objectif de la législation en la matière à savoir rechercher « *un juste équilibre entre la garantie d'une protection suffisante des droits exclusifs et le renforcement concomitant de la compétitivité de l'enseignement et de la recherche européens*<sup>4471</sup> ». En tant qu'objectif de la directive DADVSI, l'« équilibre » des droits des titulaires et des intérêts des utilisateurs, constatent les rédacteurs, n'est pas parfaitement traduit par les législateurs nationaux en raison d'une part, du caractère facultatif des exceptions, d'autre part, de la tendance des législateurs nationaux à restreindre la portée des exceptions<sup>4472</sup>.

L'année suivante, la Commission publie un « document de réflexion » où l'équilibre est mentionné à trois reprises et ce, notamment pour justifier l'idée d'harmoniser, de manière moins laxiste, le régime des exceptions par la voie du règlement européen et d'imposer leur caractère obligatoire :

« L'unification du droit d'auteur dans l'Union européenne par la voie du règlement pourrait aussi restaurer l'équilibre entre les droits et les exceptions – un équilibre actuellement faussé par le fait que les directives (...) se bornent à autoriser des exceptions et des limitations. Le règlement pourrait prévoir que les droits et exceptions bénéficient du même degré d'harmonisation<sup>4473</sup> ».

---

<sup>4471</sup> *Livre vert Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM (2008), 466/3, p. 17.

<sup>4472</sup> Id., p. 4 : « La législation en matière de droit d'auteur cherche traditionnellement à établir un équilibre entre la rémunération des créations et des investissements passés et la diffusion future des produits de la connaissance, en prévoyant une liste d'exceptions et de limitations pour certaines activités précises en rapport avec la recherche scientifique, les activités des bibliothèques et les personnes handicapées. À cet effet, la directive a dressé une liste complète d'exceptions et de limitations du droit d'auteur. Toutefois, ces exceptions ne sont pas contraignantes pour les États membres et, lorsqu'elles sont adoptées à l'échelon national, elles sont souvent plus limitées que celles que prévoit la directive ».

<sup>4473</sup> « Unification of EU copyright by regulation could also restore the balance between rights and exceptions – a balance that is currently skewed by the fact that the harmonisation directives (mandate basic economic rights, but) merely permit certain exceptions and limitations. A regulation could provide that rights and exceptions are afforded the same degree of harmonisation » (Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A reflection Document of DG INFSO and DG MARKT, 22 octobre 2009, p. 18, disponible sur : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/content\\_online/reflection\\_paper%20web\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/content_online/reflection_paper%20web_en.pdf)). Le terme apparaît une dernière fois de manière promotionnelle et relativement au marché des produits et des services numériques : « The Commission will strive to put in place balanced and durable foundations for an innovative and competitive market place across Europe, upon which market players can construct sustainable online service offerings » (id. p. 20).

En 2010, dans sa communication intitulée Une stratégie numérique pour l'Europe<sup>4474</sup>, la Commission s'est engagée à ouvrir l'accès aux contenus dans le cadre de sa stratégie visant à réaliser un marché unique numérique dynamique. Elle suggère la mise en place, sur la base contractuelle, de « modèles commerciaux novateurs », afin que le grand public puisse avoir accès à la plus grande offre possible en matière de contenu culturel, journalistique et créatif. Ces nouveaux modèles de distribution numérique doivent garantir « un juste équilibre entre le revenu des détenteurs de droits et l'accès du grand public au contenu et aux connaissances<sup>4475</sup> ». Elle enjoint, à ce titre, les acteurs à préférer la voie contractuelle et donc, en un sens, à trouver par eux-mêmes ce « juste équilibre ». Cet équilibre, qui relève du compromis entre les représentants des différentes catégories d'intérêts, se traduirait par la « disponibilité d'une offre en ligne en ligne légale, vaste et attrayante », laquelle constituerait « une réponse efficace au piratage<sup>4476</sup> ».

Dans la communication de la Commission Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, du 24 mai 2011<sup>4477</sup>, le terme « équilibre » est mentionné à quatre reprises. Globalement il s'agit, à travers la notion, de modérer l'exigence de protection de la propriété intellectuelle, ou autrement dit, de favoriser l'exigence de diffusion et d'accès à la connaissance. Ainsi, dans le paragraphe opportunément intitulé « préparer le changement selon des objectifs clairs », il est annoncé qu'

« il faudrait veiller à trouver le juste équilibre entre protection des droits et possibilité d'accès. Autrement dit, il faudrait mettre en place des régimes équitables récompensant et encourageant les inventeurs et les créateurs, tout en garantissant la circulation et la diffusion des produits et des services, le respect des droits fondamentaux et la promotion et la préservation de la diversité culturelle et linguistique. La consolidation et l'harmonisation du

---

<sup>4474</sup> Une stratégie numérique pour l'Europe, COM (2010) 245 final, 19 mai 2010.

<sup>4475</sup> Une stratégie numérique pour l'Europe, COM (2010) 245 final, 19 mai 2010, § 2.1.1 : « La distribution numérique de contenu culturel, journalistique et créatif, de par son moindre coût et sa rapidité accrue, permet aux auteurs et aux fournisseurs de contenu d'atteindre des publics nouveaux et plus larges. L'Europe doit donc promouvoir la création, la production et la distribution (sur tous supports) de contenu numérique. Par exemple, l'Europe compte des éditeurs puissants mais des plateformes en ligne plus compétitives sont nécessaires. Cela exige des modèles commerciaux novateurs – permettant d'accéder à du contenu, contre paiement, de plusieurs façons – qui garantissent un juste équilibre entre le revenu des détenteurs de droits et l'accès du grand public au contenu et aux connaissances. Pour que de tels modèles commerciaux se développent, il n'est pas forcément nécessaire de légiférer si tous les acteurs concernés coopèrent sur une base contractuelle. La disponibilité d'une offre en ligne légale, vaste et attrayante, apporterait aussi une réponse efficace au piratage ».

<sup>4476</sup> Ibid.

<sup>4477</sup> Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle, COM (2011) 287, 24 mai 2011, 29 p.

cadre de gouvernance des DPI devraient aller de pair avec le renforcement des outils visant à assurer leur protection, tant au niveau de l'UE qu'au niveau international<sup>4478</sup> ».

Les « régimes équitables récompensant et encourageant les inventeurs et les créateurs » correspondent davantage aux droits à rémunération lesquels facilitent l'accès aux œuvres, qu'aux traditionnels droits exclusifs sur les œuvres dont la diffusion, par définition, dépend de la volonté des titulaires de droits. Ce régime est également envisagé pour solutionner le problème relevant des contenus générés par les utilisateurs. Là encore, l'« équilibre » est employé pour justifier ce système de rémunération dans lequel le droit d'auteur est réduit au rôle d'intermédiaire :

« le constat s'impose de plus en plus qu'il faut trouver des solutions pour permettre aux utilisateurs finaux d'utiliser plus aisément et à moindre coût le travail de tiers protégé par le droit d'auteur dans leurs propres créations (...) L'heure est donc venue de s'appuyer, de manière responsable, sur la capacité du droit d'auteur à faire office d'intermédiaire équitable entre les titulaires de droits et les utilisateurs de contenus. La Commission étudiera la question plus avant, (...) afin de trouver un juste équilibre entre les droits des créateurs de contenus et la nécessité de tenir compte de nouvelles formes d'expression<sup>4479</sup> ».

Puis, le terme « équilibre » est encore mentionné dans le cadre des accords multilatéraux et de la protection de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale. Cette fois il s'agit de l'« équilibre entre droits et obligations » tel qu'il est formalisé dans l'article 7 de l'Accord ADPIC et que la Commission entend respecter, au même titre que les autres objectifs contenus dans l'Accord. Le renvoi au concept de l'OMC indique que la politique internationale en matière de protection du droit d'auteur est subordonnée au respect de la réglementation internationale et à ses divers objectifs<sup>4480</sup>.

---

<sup>4478</sup> Id., p. 9.

<sup>4479</sup> Id., p. 15.

<sup>4480</sup> La Commission « La Commission poursuivra ses efforts en faveur d'un meilleur respect des DPI à l'échelon international en approfondissant sa coopération et son engagement avec les pays tiers dans les enceintes internationales, et notamment dans le cadre des travaux de l'OMPI, de l'OMC et de l'UPOV visant à améliorer la protection et le respect des DPI au niveau international. Elle entend contribuer ainsi à la promotion de l'innovation technologique ainsi qu'au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations [article 7 de l'accord ADPIC de 1994]» (Id., COM (2011) 287, 24 mai 2011, p. 23).

Enfin l'« équilibre » est mentionné une dernière fois, en tant qu'objectif à atteindre dans le cadre des rapports bilatéraux entre l'Union européenne et les pays tiers. La Commission précise que les clauses dans les accords de libre-échange avec les pays tiers devraient, dans la mesure du possible, prévoir le même niveau de protection des droits de propriété intellectuelle que celui qui existe dans l'Union européenne, mais modère cet idéal notamment en raison du « juste équilibre » à trouver « entre protection des droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers et accès à la connaissance<sup>4481</sup> ». Ainsi employée, la notion renvoie à l'une des significations qui se dégagent de l'article 7 de l'Accord ADPIC.

**Le projet de révision de la directive.** A l'heure actuelle, la réforme du droit d'auteur initiée par la Commission européenne et soutenue par le commissaire au numérique Günther Oettinger est en marche. Sans surprise, le commissaire estime que cette réforme, prévue pour 2016, sera ...« équilibrée<sup>4482</sup> ». Quelques documents utiles à la préparation de cette réforme sont disponibles tels que le rapport de synthèse des réponses reçues suite à la consultation publique effectuée entre 2013 et 2014. Dans ce document d'une centaine de pages synthétisant plus de 9500 réponses, le terme d'équilibre (« balance ») est employé pas moins de 35 fois<sup>4483</sup>.

Le terme est encore employé dans le projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive de 2001 transmis le 15 janvier 2015<sup>4484</sup> par la Commission des affaires juridiques au Parlement. Dans ce projet –très critiqué en France–, la députée européenne Julia Reda estime que la directive DADVSI, destinée à adapter le droit d'auteur à l'ère numérique, bloque en réalité les échanges de savoirs et de culture transfrontaliers et qu'il est désormais nécessaire de procéder à une réforme du droit d'auteur à l'échelle communautaire. Dans ce document, le terme est employé à deux reprises et dans deux sens différents. Le premier usage se réfère au considérant 31 de la directive DADVSI : il est déclaré que le Parlement « demande au législateur européen de rester fidèle à l'objectif formulé dans la directive 2001/29/CE de

---

<sup>4481</sup> Id., p. 25.

<sup>4482</sup> Citation disponible sur : <http://www.euractiv.fr/sections/innovation-entreprises/gunther-oettinger-promet-une-reforme-du-droit-dauteur-dici-deux-ans>

<sup>4483</sup> Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, D1 Copyright, Juillet 2014, 101 p.

<sup>4484</sup> *Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, 2014/2256 (INI), 15 janvier 2015.

maintenir un juste équilibre entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés<sup>4485</sup> ».

Ensuite, l'équilibre est employé de manière, pour ainsi dire, traditionnelle. Il s'agit de souligner l'évolution de l'environnement technologique pour convaincre de la nécessité de modifier le droit existant<sup>4486</sup>.

### *B) Signification de la notion d'équilibre dans la directive*

Rappelons les premières phrases du considérant 31 :

« Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique ».

Avant de proposer une exégèse de la première phrase du considérant 31, examinons quelques réactions émises par la doctrine française.

**Réactions doctrinales de l'époque. La relative indifférence à l'égard du considérant 31 par rapport au triple test.** Avant et après l'adoption de la directive Dadvsi, la doctrine française ne s'était pas particulièrement intéressée au considérant 31 de la directive. Elle s'était davantage focalisée, avec quelque inquiétude et beaucoup de perplexité, sur l'article 5 paragraphe 5 consacrant le triple test. A propos de cet article, Mme Benabou avait écrit : « il en résulte, ce qui est totalement inédit, un mécanisme de contrôle de la légitimité de *l'exception au profit de la Cour de justice, via une clé d'interprétation praticable. Désormais la balance des intérêts respectifs des utilisateurs et des créateurs d'œuvres protégées n'est plus de la seule compétence des Etats membres mais passe également par la Cour de*

---

<sup>4485</sup> Id., p. 6.

<sup>4486</sup> Id., p. 12 : « L'utilisation généralisée de l'internet dans toute l'Union a créé une situation où pratiquement tout le monde s'engage dans des activités pertinentes pour la législation relative au droit d'auteur. Cette dernière joue dès lors un rôle central dans la vie quotidienne de la majorité des citoyens européens et devrait, en tant que tel, être mise à jour pour refléter les besoins de tous les groupes d'utilisateurs. Un nouvel équilibre doit être trouvé entre les intérêts des titulaires de droits et la capacité des personnes ordinaires à s'engager dans des activités qui sont déterminantes pour leur vie sociale, culturelle et économique, mais qui ne relevaient pas du champ d'application de la législation sur le droit d'auteur dans le contexte technologique passé ».

Luxembourg<sup>4487</sup> ». On craignait que le test en trois étapes, d'une part, s'apparente à la tant redoutée balance des intérêts judiciaire et d'autre part, soit exercé brutalement par le juge européen. Nous pouvons dire a posteriori, au vu de la jurisprudence, que si la crainte à l'encontre des juges du Luxembourg pouvait se comprendre, l'objet de cette appréhension n'était pas le bon. En effet, moins de quinze ans après l'adoption de la directive, et à la satisfaction de Mme Benabou<sup>4488</sup>, le triple test n'a pas causé les ravages redoutés car la Cour du Luxembourg l'a quantitativement peu employé, et, qualitativement ne l'a pas exercé comme « balance des intérêts ». Ironiquement, les juges ont même décidé de réduire sa portée et de se priver de son usage (pour le laisser aux Etats membres) : le triple test, ont-ils déclaré, n'a pas pour vocation « *d'affecter le contenu matériel des dispositions relevant de l'article 5, paragraphe 2* » relatif aux exceptions, ni, « *notamment d'élargir la portée des différentes exceptions et restrictions y prévues* »<sup>4489</sup>. En réalité, il n'intervient indiquent-ils « *qu'au moment de l'application de celles-ci par les États membres* »<sup>4490</sup>.

Finalement pour les juges européens, le triple test s'avère un instrument relativement pauvre dans la mesure où il est unilatéral (il n'affecte que les exceptions pour en réduire le champ) et ne concerne que *l'application* de l'exception<sup>4491</sup>. Cela signifie que pour la CJUE, le triple test n'est ni une clé d'interprétation praticable grâce à laquelle elle contrôle la légitimité des exceptions ni a fortiori un instrument analogue à la « balance des intérêts ». Par contre, comme nous le verrons plus loin, les juges européens ont trouvé dans le considérant 31 et la notion de « juste équilibre » les moyens de se doter d'un instrument du type « balance des intérêts ».

**Réactions doctrinales. Rapprochement avec la « balance des intérêts ».** Toujours est-il qu'au lendemain de l'adoption de la directive DADVSI, ce fameux considérant n'avait pas fait, contrairement au triple test, couler beaucoup d'encre. Néanmoins, il avait suscité

---

<sup>4487</sup> BENABOU V.-L., « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Comm. com. électr.*, octobre 2001, p. 10.

<sup>4488</sup> BENABOU V.-L., « Un contre-exemple : bref aperçu sur le rôle créateur de la jurisprudence », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, n° 94, juin 2013, supplément, p. 25 : « *la Cour de justice peut à son tour s'appuyer sur le triple test, en tant que variable d'ajustement de l'exception. Jusqu'à présent – et personnellement, je me réjouis de cette position jurisprudentielle –, la Cour de justice n'a pas vraiment utilisé cet outil pour créer des restrictions ou des élargissements du champ de l'exception* ».

<sup>4489</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 26.

<sup>4490</sup> CJUE, 10 avril 2014, préc., point 25.

<sup>4491</sup> CJUE, 10 avril 2014, préc., point 25.

quelques réactions hétéroclites. La plupart des auteurs ont assimilé ou assimilent le « juste équilibre » du considérant 31 à la « balance des intérêts<sup>4492</sup> ». Certains y ont vu l'influence (suspecte) de la philosophie du copyright<sup>4493</sup>. Le « juste équilibre », qu'il soit d'origine étrangère ou simplement l'expression d'une volonté égalitariste<sup>4494</sup>, provoquait la même inquiétude : que les intérêts de l'auteur soient rabaissés au niveau de ceux du public remettant ainsi en cause la tradition nationale du droit d'auteur<sup>4495</sup>. La formule du « juste équilibre » était donc communément interprétée comme une concession faite aux utilisateurs, même si, comme le notait M. Lucas, les défenseurs de la propriété littéraire pouvaient encore se consoler par la discrète hiérarchie qui semble se dessiner du considérant 31 à partir de la distinction entre droits (des titulaires de droits) et intérêts (des utilisateurs)<sup>4496</sup>.

Selon Mme Dusollier si le « juste équilibre » du considérant 31 renvoie, au même titre que le préambule de l'OMPI, à la « balance des intérêts<sup>4497</sup> » d'origine anglo-saxonne – et reflèterait, selon l'auteure, la promotion du nouveau modèle juridique de la « gestion des

---

<sup>4492</sup> Par ex., CARON Ch., « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », *Comm. com. électr.*, mai 2001, n° 5, p. 20 ; LATREILLE A., « La protection des dispositifs techniques, entre suspicion et sacralisation, in *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives*, colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, PI, Janvier 2002, p. 51 ; plus tard : ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », *RIDC*, 2010, n° 2, p. 423.

<sup>4493</sup> M. Goutal (à nouveau) parlait de « la philosophie 'équilibriste' de la directive, inspirée d'un système qui n'est pas le nôtre » (GOUTAL J.-L., « L'environnement de la directive 'droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information' en droit international et comparé », *Comm. com. électr.*, février 2002, p. 10). V égal. PASSA J., « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G.*, 2001, I, 331, n° 27 (note 41) et n° 33 ; LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 24 et n° 333 ; BERNAULT C., CLAVIER J.-P., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Paris : Ellipses, 2008, p. 41 ; LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 85 ; GAUDRAT Ph., « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition », *RTD com.*, octobre/décembre 2006, p. 821.

<sup>4494</sup> LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », art. préc., p. 86 : « *La 'balance', surtout celle de Themis, évoque le trébuchet, autrefois utilisé par les orfèvres, et donc l'idée d'une stricte égalité entre les intérêts qu'il s'agit de peser* ».

<sup>4495</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., « Les droits exclusifs consacrés par la directive », in, *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives*, colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, PI, janvier 2002, p. 8 : « *un autre élément d'inquiétude sous-jacent à cette directive apparemment peu novatrice tient aux considérants qui la précèdent : on y voit, d'une manière beaucoup plus marquée que dans les textes précédents, combien le législateur communautaire aborde les questions de droit d'auteur et de droits voisins, en partant de l'idée que l'intérêt des auteurs et des titulaires de droits voisins est un intérêt parmi d'autres et, selon toute apparence, qu'il ne le considère pas comme le plus important* » ; GOUTAL J.-L., « L'environnement de la directive 'droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information' en droit international et comparé », art. préc., p. 10.

<sup>4496</sup> LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 333 ; pour M. Geiger par contre, le considérant 31 « *ne précise pas qui, du public ou des auteurs, est titulaire de 'droits' ou 'd'intérêts'* » (GEIGER Ch., th. préc., n° 217, p. 189).

<sup>4497</sup> DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », *Cahiers marxistes*, 2005, n° 232, p. 28.

intérêts<sup>4498</sup> » – il constitue également une formule rhétorique qui remet au goût du jour l'ancienne formule du XIXe siècle de « *l'intérêt public*<sup>4499</sup> ». En ce sens, le « juste équilibre » ne serait pas aussi étranger à notre tradition qu'on le prétend.

Enfin, d'autres auteurs se sont félicités de la mention du « juste équilibre », dans le considérant 31 tels que MM. Vivant et Geiger. « *Le fait que soit mise en avant l'idée d'équilibre, de 'balance', entre les intérêts de toutes les parties prenantes, y compris du public* », écrivait M. Vivant, « *paraît d'une particulière importance et d'une particulière richesse*<sup>4500</sup> ». Pour M. Geiger, ce considérant témoigne que le champ de la protection du droit ainsi que ses limites sont le résultat d'une balance des intérêts en présence du législateur<sup>4501</sup>.

**Les « bénéficiaires » de l'équilibre.** L'équilibre dont il est question se rapporte à deux types de relations. D'une part, l'équilibre doit être maintenu entre les titulaires de droits. De nombreux rapports peuvent ici être visés, par exemple, les rapports entre l'auteur et l'exploitant, les rapports entre le titulaire d'un droit d'auteur et le titulaire d'un droit voisin, ou encore entre l'auteur d'une œuvre originale et l'auteur d'une œuvre dérivée. D'autre part, il s'agit de maintenir un équilibre entre les différentes catégories de titulaires de droits et les utilisateurs d'objets protégés. Au vu du considérant, c'est principalement ces rapports qui intéressent le législateur. Les utilisateurs en question désignent l'ensemble des personnes qui exercent des actes sur l'œuvre compris dans la catégorie d'exception ou de limitation aux droits d'auteur ou droits voisins. Il s'agit donc d'utilisateurs intermédiaires, tels qu'un établissement d'enseignement, une bibliothèque, une société commerciale ou d'utilisateurs finaux comme un internaute qui consulte une page web de chez lui ou l'utilisateur d'une bibliothèque.

**Les moyens de l'équilibre.** L'équilibre à maintenir entre les titulaires de droits et les utilisateurs se module exclusivement sur le terrain des prérogatives des titulaires. Autrement dit, cet équilibre ne résulte pas de la détermination de l'objet protégé, de la nature des

---

<sup>4498</sup> Me Dusollier cite les travaux de M. Ost, OST Fr., « Droit et intérêt », in GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990.

<sup>4499</sup> DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », art. préc., p. 28.

<sup>4500</sup> VIVANT M., « Rapport de synthèse », in, *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives*, colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, PI, Janvier 2002, p. 74.

<sup>4501</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 217 p. 188.

conditions d'accès à la protection, ni de la durée des droits. Les moyens de maintenir cet équilibre se résument à la fixation des limitations et des exceptions<sup>4502</sup> aux prérogatives reconnues à l'auteur par la directive, à savoir, le droit de communication au public, le droit de reproduction et le droit de distribution.

Afin de poursuivre l'objectif du « *maintien de l'équilibre entre droits et intérêts* », la directive prévoit, dans son article 5, une liste de vingt trois exceptions parmi lesquelles une seule doit obligatoirement être transposée dans l'ordre interne par les Etats membres. Cela signifie que chacune d'entre elles, à sa manière, participe à l'objectif du maintien de l'équilibre. A contrario, puisque la création d'exceptions en dehors de cette liste, et sous réserve de celles autorisées par les précédentes directives<sup>4503</sup>, n'est pas autorisée, il faut en déduire que toute nouvelle exception aurait pour effet de déséquilibrer les rapports entre les titulaires et les utilisateurs.

Un premier constat permet d'établir que l'équilibre en question s'entend très largement, puisqu'un Etat qui introduirait l'ensemble des exceptions facultatives atteindrait, a priori, aussi bien l'objectif qu'un Etat qui ne transposerait aucune d'entre elles. Le « juste équilibre » est une notion floue<sup>4504</sup> qui, à l'instar de la liste étendue d'exceptions facultatives, est destinée à « faire plaisir à presque tout le monde<sup>4505</sup> »; elle permet de « préserver tous les intérêts en cause et donc de répondre en apparence aux attentes des différents Etats membres et/ou des groupes de pression<sup>4506</sup> ».

L'équilibre à maintenir doit également se comprendre à l'aune du régime des mesures techniques de protection prévu au chapitre III de la directive. Ces mesures définies comme « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés,

---

<sup>4502</sup> Notons qu'il n'y aucune différence, dans le langage de la directive, entre une exception et une limitation. Le législateur européen a seulement souhaité exprimer une seule et même idée qui est, selon les traditions juridiques, tantôt désignée par le mot exception (comme en France –du moins dans la jurisprudence et la doctrine) ou par le terme limitation (comme en Angleterre) (v. DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. Lucas A., Avt-propos Pouillet Y., Bruxelles : Larcier, 2005, n° 545-546).

<sup>4503</sup> Art. 1<sup>er</sup>. 2 de la directive DADVSI.

<sup>4504</sup> CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris : Harmattan, 2003, n° 150.

<sup>4505</sup> SIRINELLI P., « La directive 'société de l'information' : apport réel ou fictif du droit d'auteur ? », in, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, actes du colloque organisé à Paris le 7 novembre 2000 par l'IRPI, Paris : Litec, p. 88.

<sup>4506</sup> ZOLYNSKI C., *Méthode de transposition des directives communautaires*, préf. GAUTIER P. Y., Paris : Dalloz, 2007, n° 306 (ce qui est la cause de l'échec de l'harmonisation, de la même auteure, op. cit., n° 309) ; constat unanimement partagé par la doctrine, v. notamment BENABOU V.-L., « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », *Comm. com. électr.*, octobre 2001, p. 10 ; DUSOLLIER S., th. préc., n° 554.

les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur<sup>4507</sup>». Ces mesures sont susceptibles d'empêcher les utilisateurs d'accomplir certains actes sur les œuvres alors qu'ils sont couverts par des exceptions. Les conditions de mises en œuvres des mesures techniques et les modalités de leur articulation avec le bénéfice des exceptions participent également au « juste équilibre ».

Enfin, « le juste équilibre » concerne également le régime de la compensation équitable. Ce mécanisme qui permet de réparer le préjudice des titulaires de droit du fait de l'exercice de certaines exceptions par les utilisateurs concourt également au juste équilibre entre les droits et les intérêts par ses effets réparateurs. Autrement dit, sans ce régime (imposé pour certaines exceptions, facultatif pour les autres) les exceptions concernées auraient pour effet de créer un déséquilibre entre les intérêts.

**Les fonctions du « juste équilibre ».** On considère ordinairement que le considérant 31 en énonçant qu'il convient de maintenir un juste équilibre entre les droits et intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs fournit d'une part un objectif commun à atteindre par les législateurs des Etats membres<sup>4508</sup> et un moyen de l'action législative<sup>4509</sup>. En tant qu'objectif assigné au législateur, « *l'équilibre entre droits des titulaires de droits et utilisateurs* » s'avère aussi large que flou. Cet objectif se comprend légèrement mieux a contrario : le législateur, au moment de la transposition des aspects de la directive qui touchent aux rapports entre auteurs et utilisateurs, ne doit sacrifier de manière disproportionnée les intérêts des uns au détriment des autres. Corrélativement, dans le processus de production de la norme transposant la directive, chacun des intérêts des titulaires de droits et ceux des utilisateurs doivent être considérés.

Quand bien même, le « juste équilibre » est inscrit dans un considérant (et non dans un article comme dans l'Accord ADPIC), celui-ci va également servir au juge, en tant qu'outil d'interprétation, pour compléter (voire suppléer) le dispositif de la directive.

---

<sup>4507</sup> Chap. III, art. 6, paragraphe 3 de la directive Dadvsi.

<sup>4508</sup> ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 2, p. 424.

<sup>4509</sup> DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », Cahiers marxistes, 2005, n° 232, p. 29 ; ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », art. préc., p. 425.

## Conclusion de la section une

L'introduction de la notion d'équilibre est souvent un combat difficile à mener dans le cadre des négociations. Elle n'est pas appréciée de ceux qui souhaitent une protection élevée, efficace et prévisible. Elle est au contraire revendiquée par ceux qui souhaitent une protection adaptée à leur besoins.

Employée par le législateur (lato sensu) la notion d' « équilibre » vise a priori à conférer une certaine souplesse à l'interprète des textes afin de faciliter leur adaptation et leur application. Elle sert également à prévenir les disproportions dans la répartition des prérogatives que les législateurs nationaux pourraient tenter d'établir en faveur des titulaires de droits et au détriment des utilisateurs.

Il s'agit désormais d'étudier la manière dont la notion est interprétée par les juges.

## Section 2 : L'équilibre dans la jurisprudence

Nous allons ici étudier deux types de décisions. D'une part, celles dans lesquelles l'instrument de l'« équilibre » (« proportionnalité », « mise en balance des intérêts ») est employé en dehors d'un texte (I), et d'autre part, celles dans lesquelles la notion d'« équilibre », mentionnée dans un texte, est interprétée (II).

### I) L'exercice de la balance des intérêts en dehors d'un texte

Lorsque les juges mettent en balance les intérêts sans interpréter de norme contenant la notion d'équilibre, ils exercent une méthode d'adjudication distincte du syllogisme et reposant sur la logique de l'utilité. Cet instrument existe en droit d'auteur (A) mais il n'est pas employé dans les rapports entre l'auteur et les utilisateurs (B)

### *A) L'existence de l'instrument*

Il s'agira simplement ici de constater l'existence de l'instrument pour régler des conflits mettant en jeu l'auteur et des tiers (en dehors des utilisateurs). La balance des intérêts est exercée dans les ordres internes et internationaux. Dans ce dernier cadre, nous nous contenterons de donner l'exemple de la CJUE. La Cour européenne des droits de l'homme fait également largement usage de la balance des intérêts toutefois il n'est pas nécessaire ici d'étudier les décisions dans la mesure où elle n'interprète aucun texte mentionnant l'« équilibre » et où ses décisions n'ont pas, pour l'instant, porté sur les rapports entre l'auteur et l'utilisateur.

#### 1) Dans les ordres juridiques internes

L'exemple allemand (a) précédera l'exemple français (b).

##### a) L'Interessenabwägung en droit allemand

La méthode de l'Interessenabwägung est occasionnellement employée par les juges lors du contrôle de l'exercice du droit moral par l'auteur. Par exemple lorsque ce dernier exerce à l'encontre de son cocontractant son droit de révocation<sup>4510</sup>, et surtout lorsqu'il exerce son droit à l'intégrité en cas de prétendue atteinte à ses intérêts. Nous reviendrons brièvement sur le droit moral dans la conception allemande en général puis le droit à l'intégrité en particulier avant de présenter comment les juges exercent la balance des intérêts lorsqu'il s'agit de qualifier une atteinte illégitime à l'intégrité de l'œuvre.

---

<sup>4510</sup> Dans les rapports entre l'auteur et le cessionnaire, l'appréciation de la validité de la révocation de l'autorisation de l'auteur à la concession de son droit est soumise dans chaque cas à une pesée des intérêts en présence, LUCAS-SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, t. 2, n° 491 et n° 506.

**Présentation du droit moral allemand.** En droit allemand, l'œuvre étant considérée comme la manifestation de la personnalité de son créateur, ce dernier se voit reconnaître des prérogatives destinées à protéger, outre ses intérêts économiques, ses intérêts moraux<sup>4511</sup>. Comme indiqué précédemment, le droit moral (Urheberpersönlichkeitsrecht), fut reconnu par la jurisprudence au début du XXe siècle, avant d'être consacré par la loi fédérale sur le droit d'auteur (UrheberrechtGesetz -UrhG) du 9 septembre 1965<sup>4512</sup>.

De manière générale, le droit moral dans la conception allemande vise à préserver les intérêts « idéaux » ou extrapatrimoniaux (ideelle Interessen) lesquels comprennent à leur tour deux séries d'intérêts : les intérêts de nature « spirituelle » (geistige Interessen) et ceux de nature « personnelle » (persönliche Interessen). Les premiers, explique Mme Lucas-Schloetter, sont directement liés à l'œuvre considérée comme « *l'enfant spirituel* » (geistiges Kind) de l'auteur et, à ce titre, il s'agit de protéger celle-ci, pour elle-même, contre les attaques dont elle pourrait faire l'objet<sup>4513</sup> ; les seconds, quant à eux, sont en jeu lorsqu'à travers l'usage ou la publication de l'œuvre, la personne de l'auteur est médiatement atteinte<sup>4514</sup>.

Comme en France, le droit moral se compose de plusieurs prérogatives distinctes. Au sens strict<sup>4515</sup>, le droit moral comprend le droit de divulgation (Veröffentlichungsrecht), le droit à la paternité (Recht auf Anerkennung der Urheberschaft) et le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre (Schutz gegen Entstellung und Beeinträchtigung). En plus de ces prérogatives, le droit moral, au sens large<sup>4516</sup>, contient également un droit d'accès (Zugangsrecht) grâce auquel l'auteur peut exiger du possesseur de l'original ou d'un exemplaire de son œuvre de lui autoriser l'accès à l'un ou l'autre pour procéder à des reproductions ou à des adaptations de son œuvre. Il dispose enfin d'un droit de révocation (Rückrufsrechte) opposable au cessionnaire de l'auteur ; d'un droit de retrait lorsque le licencié exclusif n'exploite pas, ou

---

<sup>4511</sup> Sur le droit moral en droit d'auteur allemand, V. STROMHOLM S., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, 3 t., Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967 ; LUCAS-SCHLOETTER A., th. préc. ; LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », Cahier de la propriété intellectuelle, vol. 25, n° 1, janvier 2013, pp. 35-59 ; STROWEL A., th. préc., n° 401 et s.

<sup>4512</sup> § 11 de l'UrhG : « Le droit d'auteur protège l'auteur dans ses rapports intellectuels et personnels à l'œuvre ainsi que dans l'utilisation de l'œuvre », cité par STROWEL A., th. préc., n° 411.

<sup>4513</sup> LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », art. préc., p. 39.

<sup>4514</sup> STROWEL A., th. préc., n° 411.

<sup>4515</sup> C'est-à-dire si l'on s'en tient aux droits mentionnés à la seconde section (Urheberpersönlichkeitsrecht) de la quatrième partie de la Loi sur le droit d'auteur de 1965.

<sup>4516</sup> Par extension aux droits disséminés dans la Loi et rattachés par la doctrine et la jurisprudence au droit moral.

pas suffisamment, son œuvre et qu'il porte ainsi atteinte à ses intérêts légitimes ; et, enfin, d'un droit de repentir.

Si le droit moral allemand présente beaucoup de similitudes avec le droit moral tel qu'il est conçu en France, ceux-ci se distinguent en raison de la différence de structure du droit d'auteur : le droit d'auteur allemand est moniste alors que le droit d'auteur français est dualiste. Les droits moraux de l'auteur sont alors en Allemagne moins séparés qu'en France des droits patrimoniaux. La conception moniste consiste à « *concevoir le droit d'auteur, non* comme la somme des éléments patrimoniaux et personnels, mais comme un droit unique, ni purement patrimonial ni purement personnel, qui occupe, pour cette raison, une place à part dans la systématique juridique<sup>4517</sup> ». L'une des manifestations les plus notoires de ce monisme apparaît dans les rapports conventionnels entre l'auteur et l'exploitant : les droits moraux n'étant pas transmissibles, ce dernier ne peut jamais bénéficier d'une cession des droits d'auteur, mais seulement d'une concession simple ou exclusive des droits. Une autre traduction du monisme intervient à l'échéance des droits patrimoniaux. Ceux-ci étant unis aux droits moraux, le terme de la durée de protection produit les mêmes effets sur les droits moraux, c'est-à-dire, leur extinction. En France, la conception dualisme permet de dépasser le paradoxe résultant de la temporalité distincte des droits moraux et des droits patrimoniaux.

**Le droit à l'intégrité (ou au respect).** Première prérogative du droit moral reconnue par la jurisprudence allemande, le droit à l'intégrité de l'œuvre fut consacré par la Loi sur le droit d'auteur de 1965 dont l'article 14 dispose que « *l'auteur a le droit d'interdire toute déformation ou toute autre atteinte à son œuvre, qui est de nature à compromettre ses intérêts légitimes d'ordre intellectuel ou personnel liés à son œuvre*<sup>4518</sup> ». En vertu de cet article, le droit à l'intégrité de l'œuvre ne protège pas l'œuvre elle-même mais l'intérêt moral de l'auteur à la conservation de son œuvre telle qu'il l'a conçue. En d'autres termes, la seule déformation ou l'atteinte à l'œuvre n'est pas suffisante, encore faut-il que les intérêts de l'auteur soient touchés<sup>4519</sup>. Il en résulte que le droit au respect de l'œuvre n'est pas un droit

---

<sup>4517</sup> STROWEL A., th. préc., n° 412.

<sup>4518</sup> Cité par STROWEL A., th. préc., p. 534.

<sup>4519</sup> RIESENKAMPFF J., « La garantie des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire », in, 37ème séminaire commun des Facultés de Droit des Universités de Montpellier et Heidelberg, 2005, p. 4, disponible sur <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/md/jura/ipr/montpellier/vortraege/37riesenkampff.pdf>

absolu<sup>4520</sup>. Toutefois, les intérêts de l'auteur auxquels il doit être porté atteinte pour justifier l'action, se conçoivent largement. En effet, l'article 14 de la Loi sur le droit d'auteur, souligné M. Strowel, est encore plus protecteur que l'article 6bis de la Convention de Berne dans la mesure où ce dernier ne protège l'auteur que contre les atteintes à l'œuvre génératrices d'un préjudice à son honneur ou à sa réputation, alors que la disposition allemande vise en plus de ces derniers intérêts dits personnels, les intérêts intellectuels à la préservation de l'œuvre elle-même<sup>4521</sup>.

*ii) L'Interessentabwägung et le droit moral à l'intégrité*

### **Habilitation légale de mettre en balance les intérêts de l'auteur et ceux du cessionnaire.**

Le droit à l'intégrité est opposable à tous : l'interdiction prononcée par l'auteur de modifier la forme sous laquelle l'œuvre est divulguée au public s'impose, tant à l'égard de l'exploitant, qu'au propriétaire d'un exemplaire ou de l'original ou encore à l'encontre de l'utilisateur d'une œuvre qui se prévaut d'une exception au droit d'auteur<sup>4522</sup>. Relativement au premier cas de figure (conflit entre auteur et cessionnaire), le législateur inviterait les juges à résoudre le litige opposant d'une part l'auteur qui revendique l'intégrité de son œuvre et, d'autre part, l'exploitant qui souhaite la modifier, au travers d'une mise en balance des intérêts. C'est ce que suggère M. Strowel au regard du qualificatif « légitimes » (*berechtigten*) qui se rapporte aux « intérêts » et à la référence à la « bonne foi » (*nach Treu und Glauben*), respectivement aux articles 14 et 39 de la Loi sur le droit d'auteur. L'usage de ces notions signifierait que le « législateur estime justifié un contrôle des motivations de l'auteur et qu'il préconise une méthode de mise en balance des intérêts, dans laquelle les nécessités concrètes et les pratiques du commerce entrent en compte<sup>4523</sup> ».

**Mise en balance des intérêts entre l'auteur et le propriétaire du corpus de l'œuvre.** C'est surtout à l'occasion des conflits entre l'auteur et le propriétaire de l'original ou d'un exemplaire de l'œuvre que l'usage de la mise en balance des intérêts est fécond, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'une œuvre architecturale. En effet, en raison de la fonction utilitaire

---

<sup>4520</sup> En conséquence, il ne peut y avoir, comme en France, d'abus dans l'exercice du droit à l'intégrité. Le contrôle de son exercice par les juges au travers de la balance des intérêts filtre de fait toute tentative d'abus.

<sup>4521</sup> STROWEL A., th. préc., p. 534.

<sup>4522</sup> LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », art. préc., p. 49.

<sup>4523</sup> STROWEL A., th. préc., p. 534.

de ce type d'œuvre, les intérêts de l'auteur à voir son œuvre conserver son intégrité entrent nécessairement en conflit avec les intérêts du propriétaire lorsque celui-ci désire, pour quelque raison que ce soit, modifier le bien corporel dont il est propriétaire. Ce conflit d'intérêts auquel le législateur n'a pas apporté de réponse, est cependant considéré par la doctrine et la jurisprudence comme étant de nature à priver l'auteur de la prétention à l'intangibilité absolue de sa création. Dès lors, la source de résolution de ce conflit d'intérêts se trouve dans la tentative d'articulation du droit au respect de l'œuvre de l'auteur et du droit corporel du propriétaire de l'œuvre.

Pour résoudre ces types de conflits, la doctrine a recommandé d'exercer in fine la méthode de mise en balance des intérêts<sup>4524</sup>. Au préalable, les juges doivent, conformément à l'article 14, constater l'existence d'une atteinte (*Beeinträchtigung*) à l'œuvre<sup>4525</sup>, et, le cas échéant, vérifier que celle-ci soit de nature à porter préjudice aux intérêts de l'auteur<sup>4526</sup>. Lorsque ces deux conditions sont réunies, les juges sont censés déterminer, à partir d'une pondération des intérêts, si les intérêts menacés de l'auteur sont « légitimes » au regard des intérêts concurrents et justifient l'intolérance de l'auteur à la modification de sa création<sup>4527</sup>. Cette dernière étape s'est progressivement traduite en exigence de proportionnalité. Les intérêts de l'auteur sont « légitimes » et le refus de la modification de l'œuvre justifié, si l'atteinte à ses intérêts, consécutive à la modification, est disproportionnée<sup>4528</sup>.

---

<sup>4524</sup> Comme Ulmer ou A. Dietz, V. STROWEL A., th. préc., p. 535.

<sup>4525</sup> L'atteinte se comprend comme « toute modification de l'impression esthétique d'ensemble de l'œuvre » et peut prendre plusieurs formes : elle peut affecter la substance de l'œuvre (suppression, adjonction, substitution quand bien même il s'agirait d'une amélioration), elle peut résulter de l'intégration d'une œuvre d'art dans une autre, de la présentation dans un cadre qui la ridiculise, du détournement de sa fonction première, ou encore de son déplacement (v. LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », art. préc., pp. 50-51. ; l'appréciation de l'atteinte est objective ; RIESENKAMPFF J., « La garantie des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire », art. préc., pp. 5-6).

<sup>4526</sup> A nouveau, déterminer si l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre affecte les intérêts de l'auteur constitue une opération objective. Les juges prennent en compte le degré d'originalité et le statut artistique de l'œuvre : « plus le rang artistique de l'œuvre est élevé, plus la menace, est vraisemblable. À l'inverse, s'agissant des œuvres de la « petite monnaie » du droit d'auteur, dont le degré d'originalité est faible, les intérêts moraux de l'auteur sont rarement menacés » (v. LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », art. préc. pp. 51-52).

<sup>4527</sup> LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », art. préc., p. 52 : « Seuls les intérêts moraux "légitimes" de l'auteur sont protégés. D'où la nécessité de procéder dans chaque cas à une balance des intérêts, c'est-à-dire de confronter l'intérêt de l'auteur à l'intégrité de son œuvre à celui du titulaire d'un droit d'exploitation, notamment celui de l'employeur ou du commanditaire, ou à l'intérêt du propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre d'utiliser son bien comme bon lui semble, conformément à l'article 903 du Code civil ». V. aussi : STROWEL A., th. préc., p. 535 ;

<sup>4528</sup> RIESENKAMPFF J., « La garantie des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire », art. préc., p. 5.

Plusieurs critères sont utilisés par la jurisprudence pour apprécier les intérêts respectifs de l'auteur et de l'exploitant ou du propriétaire. Les juges examinent ainsi le degré de créativité (schöpferische Eigenart) et la finalité fonctionnelle (Gebrauchszweck) de l'œuvre ; l'intensité, le caractère irréversible et les motifs de l'atteinte ; le degré de publicité ; l'étendue et la nécessité des modifications ou la circonstance dans laquelle l'œuvre a été créée en exécution d'un contrat de travail ou d'une commande<sup>4529</sup> et même la durée durant laquelle le droit moral est encore protégé (lorsque les héritiers intentent l'action).

Lorsqu'il s'agit des intérêts concurrents de l'architecte et du propriétaire du bâtiment, tiennent compte notamment, en outre des critères classiques du degré d'originalité de l'œuvre et de la nature de l'atteinte, de l'éventuelle unicité de l'œuvre, du caractère irréversible de l'atteinte.

Du point de vue des motifs du propriétaire, M. Riesenkampff note que la jurisprudence a opéré une distinction entre les motifs esthétiques et les motifs utilitaires. Si le propriétaire a modifié l'œuvre pour des raisons esthétiques, ces motifs ne seront pas considérés comme de nature à poursuivre des motifs légitimes et le refus de l'auteur à la modification apparaîtra justifiée. Par contre, lorsque le propriétaire était mû par des motifs d'ordre utilitaire, les juges non seulement les prennent en considération mais leur confèrent en outre une valeur supérieure à celle du motif du refus de l'auteur à la modification<sup>4530</sup>. Le cas échéant, en effet, la balance des intérêts est généralement en faveur du propriétaire, car, explique M. Riesenkampff, la situation de fait au moment du jugement se présente à l'avantage du propriétaire de l'immeuble : la modification litigieuse étant accomplie, le prononcé d'une annulation équivaldrait à pénaliser financièrement le propriétaire de manière très conséquente. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence de la Cour fédérale dans les années 70 a été modifiée en faveur du propriétaire<sup>4531</sup>. Une fois la modification terminée, il ne s'agit plus, disent les juges, de savoir si le propriétaire avait choisi le moyen le moins violent pour

---

<sup>4529</sup> LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », art. préc., p. 52.

<sup>4530</sup> RIESENKAMPFF J., « La garantie des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire », art. préc., p. 6.

<sup>4531</sup> M. Riesenkampff cite l'arrêt du 31 mai 1974 de la Cour fédérale. Cette décision a ensuite été suivie par les juridictions de fond : « *D'après cette jurisprudence on peut constater qu'en Allemagne les intérêts utilitaires du propriétaire sont évalués de manière plus importante que l'intérêt de l'intégrité de l'auteur. Toutes les décisions en Allemagne étaient en faveur du propriétaire et de ses intérêts utilitaires, sauf une exception du Landgericht Hambourg qui a décidé que l'intégration de fenêtres contre la pollution sonore dans un bâtiment était une atteinte injustifiée car le propriétaire n'avait pas installé des fenêtres qui ressemblaient aux anciennes fenêtres de bois* » (RIESENKAMPFF J., « La garantie des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire », art. préc., p. 6).

atteindre son but légitime mais de savoir si cette atteinte était proportionnée au but poursuivi et, en conséquence, si elle était supportable pour l'auteur<sup>4532</sup>.

b) L'équilibre en droit français

En raison de la tradition légaliste et de la tradition personaliste françaises, la question des conflits d'intérêts et des conflits de droits relative au droit d'auteur n'a pas vraiment été examinée par le passé<sup>4533</sup>. L'influence du droit communautaire, l'application directe de la Convention européenne des droits de l'homme et la constitutionnalisation du droit privé ont contribué à l'émergence de ce type de conflits. Néanmoins, il existait déjà des conflits pour lesquels les juges faisaient usage d'une technique innommée de résolutions des antinomies formulée grâce à la notion d'« équilibre ». En effet, c'est à partir de l'« équilibre » que les juges ont tenté de résoudre les conflits entre le droit moral de l'auteur et le droit du propriétaire du support (i). Récemment les juges ont également mentionné l'« équilibre » dans le cadre d'un conflit entre deux auteurs (ii).

i) *Mode de résolution du conflit entre l'auteur et le propriétaire*

**Propriété du support de l'œuvre et propriété de l'œuvre incorporée : de vieilles querelles.** Comme l'a relevé M. Caron<sup>4534</sup>, Hérodote était déjà le témoin de l'existence de conflits opposant les propriétaires de la matière et les possesseurs de l'œuvre produite à partir de celle-ci<sup>4535</sup>. Ce type de conflits fut également bien connu des romains. La querelle entre les juristes qui considéraient la peinture comme l'accessoire du support matériel (la toile)<sup>4536</sup> et ceux qui, au contraire, trouvant cette opinion « ridicule » et défendaient l'idée inverse<sup>4537</sup>, demeure célèbre. Toutefois, en dehors de cette controverse, aucune recherche systématique n'avait été entreprise par les romains pour dégager une solution au conflit du propriétaire de la

---

<sup>4532</sup> RIESENKAMPFF J., « La garantie des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire », art. préc., p. 6.

<sup>4533</sup> En ce sens, GEIGER Ch., th. préc., n° 103.

<sup>4534</sup> CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 229.

<sup>4535</sup> V. HERODOTE, *L'enquête*, trad. BARGUET A., Paris : Folio Classique, 1990, livre V, n° 82 et s.

<sup>4536</sup> Comme Paul (Digeste, 6,1,23,3) ou Gaius (Digeste 41, 1, 9, 1).

<sup>4537</sup> Institutes de Justinien, Livre II, titre 1, § 34.

matière avec l'auteur de l'œuvre. Ainsi, paradoxalement, les défenseurs de la théorie de l'accession en faveur du peintre estimaient que l'auteur d'un poème rédigé sur le papier d'autrui ne pouvait, quant à lui, agir contre le propriétaire du support qu'en vu d'obtenir répétition « des frais de son écriture<sup>4538</sup> ». Autrement dit, le poème devait être ici considéré comme l'accessoire du papier. Sans réelle justification, les Romains opéraient alors une distinction en fonction du genre de l'œuvre<sup>4539</sup> pour résoudre la question de savoir à qui appartenait, de l'auteur ou du propriétaire originel de la matière, la chose corporelle dans laquelle était incorporée l'œuvre. M. Lucas souligne qu'il n'est pas encore question, à cette époque, de propriété intellectuelle en tant que telle. Le problème soulevé par la question de l'accession concerne principalement la difficulté de déterminer la valeur de l'œuvre par rapport à celle du support et ne débouche sur aucune solution en termes de *droit d'auteur*<sup>4540</sup>.

Les glossateurs poursuivent l'étude du conflit entre l'auteur et le propriétaire du support à partir de leur compréhension des catégories romaines relatives aux choses<sup>4541</sup>. La révolution nominaliste ici produit ses effets car les juristes estiment, sans changer les termes du débat, que l'auteur doit être considéré comme le propriétaire du support. Grotius s'étonnait de la distinction romaine entre l'œuvre peinte et l'œuvre écrite<sup>4542</sup> et Burlamaqui affirmait sans ambages « les écrits doivent demeurer à celui qui les a faits, et non au propriétaire du papier ; le tableau au peintre, et non au maître de la toile<sup>4543</sup> ». Cette conclusion, que Burlamaqui déduit à partir des principes *d'équité*<sup>4544</sup>, demeure à vrai dire essentiellement motivée par des considérations d'utilité<sup>4545</sup>. Ces auteurs se placent encore sur le terrain du droit des biens et examinent la question des œuvres du point de vue de l'appropriation. A la

---

<sup>4538</sup> Institutes de Justinien, Livre II, titre 1, § 33.

<sup>4539</sup> En ce sens, CARON Ch., op. cit., n° 229.

<sup>4540</sup> V. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 5 ; v. égal., BUYDENS M., La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 48 et s.

<sup>4541</sup> V. MADERO M., « Tabula picta. L'écriture, la peinture et leur support dans le droit médiéval », Annales. Histoire, Sciences Sociales, 2001, n° 4-5, 2001, pp. 831-847.

<sup>4542</sup> GROTIUS H., Le droit de la guerre et de la paix, t. 2, trad. De Courtin, La Haye, p. 205 cité par CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 229.

<sup>4543</sup> BURLAMAQUI J. J., *Eléments du droit naturel*, Paris : Delestre-Boulage, 1821, p. 205.

<sup>4544</sup> BURLAMAQUI J. J., id., 1821, p. 202-203 : « lorsque l'accessoire est en tout ou en partie à une autre personne, et qu'il survient ou par le travail et l'industrie d'autrui, ou par quelque accident naturel, alors il résulte de là ou une espèce de communauté, ou une occasion d'acquérir le bien d'autrui ou le produit de son industrie, soit en conséquence de quelques principe d'équité, soit par un accord des parties, ou en vertu de quelque loi positive ».

<sup>4545</sup> BURLAMAQUI J. J., id., p. 202-203 : « il faut encore remarquer que si la peine de l'un d'eux est aisément susceptible de remplacement, et que celle de l'autre ne le soit pas (...), le premier doit se contenter d'un équivalent ou d'un dédommagement convenable, puisque dans ces circonstances il ne perd rien, au lieu que l'autre y perdrait beaucoup ».

suite de la création des droits intellectuels au XVIIIe, le débat va en revanche se situer au milieu des terrains contigus du droit des biens et du droit de la propriété intellectuelle.

**Controverse au XIXe siècle.** La reconnaissance des droits d'auteur ne résout pas le problème relatif au conflit entre l'auteur de l'œuvre et le propriétaire du support. Celui-ci se traduit simplement autrement. D'emblée la question de savoir qui revêt en vertu de l'appropriation par accession la qualité de propriétaire du corpus mechanicum est écartée. Le fait créatif n'est plus admis comme un mode d'appropriation de la matière. La question concerne plutôt la titularité des prérogatives reconnues initialement à l'auteur lorsque la chose corporelle dans laquelle l'œuvre d'art – graphique ou plastique – est incorporée, constitue la propriété d'autrui. Autrement dit, il s'agit de déterminer si l'auteur conserve ses prérogatives sur l'œuvre dont il a aliéné le support matériel ou si le propriétaire du bien corporel se voit conférer la qualité d'exercer les droits de l'auteur. Si le XIXe siècle voit fleurir la propriété intellectuelle, il demeure également celui qui voit la propriété ordinaire être consacrée en droit absolu par le Code civil. En dépit de certaines incertitudes, la jurisprudence s'est prononcée dans un célèbre arrêt rendu en 1842 en faveur de la dépendance des propriétés corporelle et incorporelle. Les juges ont ainsi déclaré que « le droit de reproduire le tableau par la gravure doit être compris au nombre des droits et facultés que transmet l'acquéreur d'une vente faite sans réserve<sup>4546</sup> ». Seule la volonté exprimée de l'auteur dans la convention de ne pas transmettre ses droits à l'acquéreur du support était susceptible de le protéger contre la dépendance des propriétés<sup>4547</sup>.

**Consécration légale du principe d'indépendance.** A rebours de cette jurisprudence et incitée par la doctrine, le législateur, par la loi du 9 avril 1910, est intervenu pour imposer le principe de l'indépendance des droits sur la chose corporelle (le support) et sur la chose incorporelle (l'œuvre de l'esprit)<sup>4548</sup>. Le principe est rappelé dans la loi du 11 mars 1957 et inscrit à l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle : « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel<sup>4549</sup> ».

---

<sup>4546</sup> Cass. ch. réunies, 27 mai 1842, DP 1842. 1. 297 et S. 1842.1.385, concl. Dupin. Sur cette controverse, v. PRASSOLOFF A., « Le droit de graver et les progrès du droit d'auteur », *Romantisme*, 1996, n° 93, pp. 21-26.

<sup>4547</sup> V. par ex. CA Besançon, 21 mai 1902, DP 1904, jurisprudence, p. 9, note POUILLET.

<sup>4548</sup> « L'aliénation d'une oeuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction » (Loi du 9 avril 1910 art. unique ; DP 1911, légis. p. 32).

<sup>4549</sup> Art. L. 113-3 du CPI.

Autrement dit, l'auteur d'une œuvre de l'esprit, du seul fait de la création, n'acquiert aucune prérogative sur le support de l'œuvre qui demeure la propriété – au sens du Code civil – de son acquéreur<sup>4550</sup>, tandis que le propriétaire du support n'obtient aucun droit sur l'œuvre de l'esprit<sup>4551</sup>. Les droits que chacun d'entre eux tire de la loi reposent sur des fondements différents<sup>4552</sup>. Leur objet, leur mode d'acquisition ainsi que leur finalité demeurent, dans le même sens, fondamentalement distincts<sup>4553</sup>.

En conséquence, l'aliénation du support de l'œuvre (vente, don, legs, location etc.) ne vaut pas cession des droits d'exploitation sur l'œuvre<sup>4554</sup>. Réciproquement, l'exercice des droits d'auteur (cession de droits) n'emporte aucune conséquence sur la propriété matérielle de l'œuvre et notamment son transfert<sup>4555</sup>. Ce « juste retour des choses<sup>4556</sup> » signifie également que la propriété du support de l'œuvre est totalement indépendante de la titularité du droit d'auteur<sup>4557</sup>.

Ce principe, aussi riche soit-il, n'est pas capable de régler l'ensemble des conflits soulevés par la coexistence de la propriété corporelle et de la propriété incorporelle. Conscient de cette réalité et en vue de la résolution d'une première série d'entre eux, le législateur a entendu habiliter le juge, au profit de l'auteur ou de ses ayants droit, à « prendre toute mesure appropriée » lorsque le propriétaire empêche, de manière abusive, l'exercice du droit de divulgation par l'auteur ou par ses ayants droit<sup>4558</sup>. Cette prévoyance du législateur ne répond cependant qu'à une fraction des problèmes susceptibles de se poser dans les rapports entre titulaire des droits d'auteur et propriétaire.

---

<sup>4550</sup> Art. L. 113-3 al. 2 du CPI.

<sup>4551</sup> V. art. L. 113-3 al. 2 du CPI. V. toutefois le régime particulier des œuvres posthumes (art. L. 132-4 al. 3 du CPI) ; BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. n° 1130, 2001, n° 17 et s.

<sup>4552</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 décembre 1966, D. 1967, p. 159.

<sup>4553</sup> BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. n° 1130, 2001, n° 7 : « Alors que le droit de propriété vise à assurer l'emprise privative absolue d'un sujet sur un objet, le droit d'auteur s'attache, quand l'auteur y a consenti, à garantir les modalités de l'utilisation publique d'une œuvre. On est en présence d'un droit introverti et d'un droit extraverti. Le point principal d'achoppement entre la fonction de ces deux droits réside, en définitive, dans la reconnaissance au propriétaire d'un droit *d'appropriation de la chose, et à l'auteur d'un droit d'exploitation publique de l'œuvre* ». Cette hétérogénéité des règles conduit, pour la résolution des conflits entre auteur et propriétaire corporel, à la génération d'un « système hybride » (PIERROUX E., *La propriété des œuvres d'art corporelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, n° 389).

<sup>4554</sup> Pour de nombreuses références jurisprudentielles, v. BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. n° 1130, 2001, n° 21 ; Lucasx, n° 244.

<sup>4555</sup> Ibid.

<sup>4556</sup> BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », art. préc., n° 27.

<sup>4557</sup> Ibid.

<sup>4558</sup> Art. L. 113-3 al. 2 du CPI ; v. PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, préf. GAUDRAT Ph., Bruxelles : Larcier, 2013, n° 739 et s.

**multiples conflits. Insuffisance de la loi.** « Les termes retenus par l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle » indiquent M. Bergé « sont manifestement insuffisants pour décrire la réalité très complexe des rapports entre le droit d'auteur et le droit de propriété<sup>4559</sup> » lesquels « sont illimitées<sup>4560</sup> ». De cette multitude se dégagent trois séries d'hypothèses où la coexistence des prérogatives du titulaire de droits d'auteur et du propriétaire s'avère délicate. En premier lieu, des conflits peuvent naître dans les cas où l'exercice des droits d'auteur implique l'exercice d'un droit de propriété, comme par exemple l'exercice du droit de suite<sup>4561</sup>. En second lieu, ces conflits peuvent être générés dans les cas où l'exercice du droit d'auteur est perturbé par l'exercice du droit de propriété<sup>4562</sup>. Enfin, la dernière hypothèse concerne les cas où l'exercice du droit de propriété sera perturbé par l'une des prérogatives de droit d'auteur, qu'elles soient de nature morale comme le droit à l'intégrité de l'œuvre ou de nature patrimoniale comme le droit d'exposition<sup>4563</sup>.

**Exercice d'une technique de conciliation des antinomies.** Dans cette dernière hypothèse, pour trancher le litige entre l'auteur et le propriétaire du support de l'œuvre, les juges ont écarté la technique du syllogisme, inapplicable en raison de l'absence de norme appropriée au type de litige, au profit d'une technique propre à la « *logique de l'utilité* ». Ils procèdent selon Desbois à une « pesée des intérêts engagés » et statuent « *ex aequo et bono*<sup>4564</sup> ».

En dehors de tout texte et sur la base d'aucun fondement les juges ont recherché l'équilibre entre les prérogatives de l'auteur et celle du propriétaire.

**Droit à l'intégrité de l'œuvre versus droit de propriété corporelle.** La question classique qui se pose au juge est de savoir si le propriétaire du support peut modifier ou supprimer celui-ci au nom de son droit de propriété ou si le droit au respect de l'œuvre prévaut sur l'exercice du droit de propriété<sup>4565</sup>. En 1934, les juges tranchaient dans le vif en faveur du

---

<sup>4559</sup> BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », art. préc., n° 3.

<sup>4560</sup> BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », art. préc., n° 31.

<sup>4561</sup> Art. L. 122-8 du CPI ; V. LUCASx, n° 247 et n° 474 et s.

<sup>4562</sup> Par exemple, dans le cas où le propriétaire exerce son droit de rétention sur le support de l'œuvre, v. BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », art. préc., n° 47 et s.

<sup>4563</sup> V. BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », art. préc., n° 31.

<sup>4564</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, n° 316.

<sup>4565</sup> V. POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 854 et s. ; CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 246 et s. ; PIERROUX E., *La propriété des*

propriétaire<sup>4566</sup>. Par la suite, les juges ont tempéré leur jurisprudence en fonction de certains éléments de faits favorables à l'auteur comme la vocation essentiellement artistique de l'œuvre<sup>4567</sup> ou lorsqu'elle se situe dans un lieu public. Dans l'affaire Scrive du 10 juillet 1975, les juges de la Cour d'Appel de Paris ont été saisi par l'auteur d'une fontaine monumentale construite dans le hall d'un centre commercial. Le directeur du centre avait décidé de détruite l'œuvre sans solliciter l'auteur, lequel arguait de son droit moral. Selon les juges :

« Le conflit de ces droits essentiellement moraux avec celui du propriétaire de l'œuvre artistique impose (...) l'aménagement d'un modus vivendi qui consacre un juste et raisonnable équilibre entre la prétention à la pérennité d'une idée née du génie créateur de l'homme et le droit à la protection légitime d'un élément objectif du patrimoine<sup>4568</sup> ».

Le problème s'est, à vrai dire, surtout posé en présence d'œuvres architecturales<sup>4569</sup>. Ces œuvres présentent une particularité en ce qu'elles sont des immeubles à vocation utilitaires qui subissent les outrages du temps. Ils doivent répondre à des impératifs de rénovation ou d'adaptation. En cas de conflit entre le propriétaire et l'architecte, les juges au demeurant faisaient prévaloir le droit du propriétaire<sup>4570</sup>. Puis progressivement, ils ont tenté de départager les prérogatives du propriétaire de l'immeuble de celles de l'architecte, en mettant en avant (ou en « s'abritant derrière<sup>4571</sup> ») la *recherche d'équilibre*. De nombreuses décisions de justice mettent ainsi en exergue l'« équilibre » du droit du propriétaire et du droit moral de

---

*œuvres d'art corporelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, n° 238 et s. ; ZOLLINGER A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, préf. GAUDRAT Ph., Poitiers : LGDJ, 2008, n° 817 et s. ; PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, préf. GAUDRAT Ph., Bruxelles : Larcier, 2013, n° 758 et s.

<sup>4566</sup> CA Paris, 27 avril 1934, DH, 1934, p. 385.

<sup>4567</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 juillet 1965, JCP, 1965, II, 14339, conclusions LINDON.

<sup>4568</sup> CA Paris, 10 juillet 1975, Scrive / SCI Centre commercial Rennes Alma, RIDA, janvier 1977, note FRANÇON p. 114 ; v. égal. un an plus tôt, TGI Paris, 14 mai 1974, RIDA 1975, n° LXXXIV, p. 219.

<sup>4569</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 553 et s. ; POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 861 et s. ; CORNU M., « Droits de l'architecte et aménagement de l'espace public », AJDA, 2004, p. 2114 et s. ; HUET M., *Droit de l'architecture*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2001, p. 220 et s.

<sup>4570</sup> Cass. 6 juillet 1965, GP., 1965, 2, p. 126. – Cass. 2<sup>e</sup> Civ. 16 mars 1983, RIDA, juillet 1983, p. 80.

<sup>4571</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 862 : « certaines décisions donnent raison à des architectes, tandis que d'autres, s'abritant derrière la recherche d'un équilibre entre les droits du propriétaire et ceux de l'architecte, font, en réalité, nettement prévaloir les premiers, même dans des cas où, non seulement les dénaturations sont *patentes*, mais où, de surcroît, les immeubles concernés constituent des œuvres de premier plan » ; Françon émettait également des doutes quant à la réalité de cet équilibre, v. FRANÇON A., note sous Cass 1<sup>re</sup> civ., 7 janvier 1992, Bonnier c/ Bull, Bull. civ. I, n° 7, RTD com., 1992 p. 376.

l'auteur pour parvenir à dégager une solution<sup>4572</sup>. Toutefois, l'équilibre est souvent favorable au propriétaire étant donné le principe selon lequel, l'auteur, s'il « jouit d'un droit à l'intégrité de son œuvre, (...) ne saurait prétendre imposer au propriétaire une intangibilité absolue<sup>4573</sup> ». Pour M. Pollaud-Dulian, ces décisions favorables aux intérêts de l'auteur, justifiées par la poursuite de l'équilibre, révèlent « l'intrusion en droit français de la théorie germanique de la balance des intérêts (Interessenabwägungstheorie)<sup>4574</sup> ». Pour M. Goutal, qui récuse toute idée d'équilibre entre auteur et utilisateurs, cet équilibre est légitime dans la mesure où les intérêts en cause sont protégés par des droits<sup>4575</sup>.

Comme tout raisonnement du type utilitariste, les décisions sont marquées par une forte attention consacrée aux circonstances de l'espèce, notamment les mobiles du propriétaire<sup>4576</sup>, la nécessité d'adapter l'immeuble aux besoins nouveaux, la nature et l'importance des atteintes<sup>4577</sup>, le caractère soudain des modifications apportées, etc. Cette précision relativement aux faits permet de mesurer avec acuité les intérêts en jeu. Notons enfin qu'au fur et à mesure, les décisions de justice témoignent du recours à un langage plus moderne. Les juges font désormais peser sur le propriétaire une exigence de proportionnalité<sup>4578</sup>. La préservation de l'équilibre entre les prérogatives du propriétaire et celles de l'auteur suppose que les modifications apportées à l'œuvre par le propriétaire du support « n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire et ne soient pas disproportionnées au but poursuivi<sup>4579</sup> ».

---

<sup>4572</sup> TGI Paris, 29 mars 1989, Bull. , D. 1990, somm. 54, obs COLOMBET. – CA Paris, 15 mai 1990, RIDA, janv. 1991, n° 147, p. 311, obs. KEREVER. – TGI Paris, 4 avril 1990, RIDA, juillet 1990, n° 145, p. 386. – CA Paris, 11 juillet 1990, RIDA, octobre 1990, p. 299. – CA Paris, 24 juin 1994, D. 1995, p. 56. – Cass 1<sup>re</sup> civ., 24 janvier 2001, n° pourvoi 98-19969.

<sup>4573</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 7 janvier 1992, Bonnier c/ Bull, préc.

<sup>4574</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 865.

<sup>4575</sup> GOUTAL J.-L., « L'environnement de la directive 'droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information' en droit international et comparé, Comm. com. élect., février 2002, p. 10 : « le public n'a pas de droit à opposer. Parler d'un "équilibre", comme le fait la directive après les traités de l'OMPI, suppose qu'il existe des droits concurrents, face à ceux de l'auteur. Certes, il en existe bien sur certains points. Par exemple dans la célèbre jurisprudence relative aux oeuvres architecturales. En face du droit moral de l'auteur-architecte, il y a le droit du propriétaire de l'immeuble de faire évoluer celui-ci pour en maintenir ses utilités. Il est donc légitime que le juge recherche l'équilibre permettant de concilier ces deux droits ».

<sup>4576</sup> TGI Paris 25 mars 1993, RIDA, n° 157, p. 354.

<sup>4577</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 7 janvier 1992, Bonnier c/ Bull, préc.

<sup>4578</sup> V. égal. CORNU M., « Droits de l'architecte et aménagement de l'espace public », AJDA, 2004, p. 2114 et s.

<sup>4579</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 11 juin 2009, LPA, 15 mars 2010, p. 6, note DAVERAT ; v. égal. CA Paris, 16 octobre 2013, PI, 2014, n° 50, p. 70, note BRUGUIERE.

ii) *Mode de résolution du conflit entre auteurs*

Les droits subjectifs de l'auteur peuvent naturellement entrer en conflit avec d'autres droits subjectifs ou d'autres intérêts. En principe, le mode de résolution de ces conflits consiste dans le rappel de la hiérarchie des droits et des intérêts et l'application du syllogisme avec la majeure idoine<sup>4580</sup>. Pourtant certains conflits ne peuvent se résoudre de la sorte lorsque les droits en cause sont équivalents. Ainsi en cas de conflits de droits subjectifs ou de droits fondamentaux, il est nécessaire de recourir à la logique de l'utilité, c'est-à-dire, aux instruments de type balance des intérêts ou technique de proportionnalité.

Dans ces derniers cas, il s'agit de manière générale de conflits entre la liberté d'expression artistique (ou liberté de création<sup>4581</sup>) avec les droits de la personnalité (droit à la vie privée<sup>4582</sup>, droit à l'honneur<sup>4583</sup>, droit à l'image<sup>4584</sup>) ou la liberté d'expression<sup>4585</sup>. Ainsi, en cas d'opposition entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée, les juges recherchent l'équilibre entre ces deux droits fondamentaux : « les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtant eu égard aux art. 8 et 10 de la Conv. EDH, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime<sup>4586</sup> ».

**Conflits entre le droit de l'auteur et la liberté artistique d'autrui.** Le conflit entre le droit d'un auteur et la liberté artistique d'un autre auteur est marginal<sup>4587</sup>. Il se produit lorsque le

---

<sup>4580</sup> Mode de résolution qualifié *d'imposition* dans la classification de M. Leonard (v. LEONARD T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles : Larcier, 2005).

<sup>4581</sup> V. ZOLLINGER A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, préf. GAUDRAT Ph., Poitiers : LGDJ, 2008, n° 519 et s. ; COHEN D., « La liberté de créer », in, CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 511-531 ; TREPPOZ E., « Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires », D. 2011, p. 2487 et s.

<sup>4582</sup> V. BENABOU V.-L., « Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa) », PI, juillet 2005, pp. 269-276 ; FOREST D., « Droit d'auteur et données personnelles, un mariage morganatique ? », RLDI, mars 2011, n° 69, pp. 80-89.

<sup>4583</sup> V. DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, n° 319 et s. ; LUCAS -SCHLOETTER A., th. préc., n° 28 et s. ; Lucasx, n° 554 ; LUCAS -SCHLOETTER A., « Nature du droit d'auteur – Droit d'auteur et droits de la personnalité », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1118, 2008 ; LEFRANC D., « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », D. 2002, p. 1926 et s.

<sup>4584</sup> ANTIPPAS J., « Le droit de la personne sur son image face à la liberté artistique : plaidoyer pour une résistance », RLDI, avril 2010, n° 59, pp. 76-84.

<sup>4585</sup> V. GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 441 et s. ; LESUEUR J., *Conflits de droits – illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2009.

<sup>4586</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, JCP, 2003 II 10 139, note J. Ravanas.

<sup>4587</sup> ZOLLINGER A., th. préc., n° 729 et s.

second a utilisé, sans autorisation<sup>4588</sup>, l'œuvre du premier pour produire une création originale. Lorsque le second auteur n'est pas protégé par le bénéfice d'une exception ou lorsque son œuvre n'est pas qualifiable d'adaptation<sup>4589</sup>, l'auteur s'expose à une condamnation en contrefaçon. Peut-il pour échapper à cette condamnation ériger sa liberté de création et arguer que cette condamnation porterait atteinte à son droit fondamental (article 10 CEDH) ? Pour M. Gaudrat, « aucun créateur subséquent, ayant créé *sans l'autorisation adéquate à partir de la création d'autrui (...)* ne saurait invoquer sa liberté d'expression, sa liberté d'expression ou son propre droit moral pour faire échec à l'action du créateur antécédent visant soit à interdire l'exploitation, soit à restituer à sa création sa forme originaire<sup>4590</sup> ». Pourtant, la Cour de cassation a, par un arrêt récent du 15 mai 2015<sup>4591</sup>, remis en cause cette opinion traditionnelle et introduit l'instrument de l'équilibre dans les conflits opposant l'auteur à son contrefacteur.

L'arrêt attaqué de la Cour d'appel avait condamné un artiste-peintre à réparer le préjudice causé à l'auteur de photographies protégées qu'il avait utilisées sans autorisation pour ses peintures. Le préjudice résultait des atteintes portées aux droits patrimoniaux et au droit moral de l'auteur des photographies. Pour sa défense, l'artiste-peintre avait excipé d'une atteinte à sa liberté d'expression au sens de l'article 10 § 2 de la Conv. EDH et plus précisément à sa liberté d'expression artistique. La Cour d'appel a écarté le moyen et l'a condamné pour contrefaçon. La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir justifié leur décision au regard de l'article 10 § 2 relatif aux limites que l'Etat peut fixer à la liberté d'expression. Selon les juges, la cour d'appel n'a pas « expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait ». Autrement dit, les juges du fond n'auraient pas dû simplement se contenter de constater une atteinte au droit subjectif de l'auteur pour le condamner à verser 50 000€ de dommages-intérêts mais justifier du caractère approprié de cette condamnation au regard du juste équilibre à maintenir entre les droits fondamentaux concurrents (droit de propriété contre liberté d'expression artistique).

---

<sup>4588</sup> Lorsque l'auteur de l'œuvre seconde obtient l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première, la seconde est une œuvre composite, v. art. L. 113-2 al. 2 du CPI.

<sup>4589</sup> V. art. L. 112-3 du CPI.

<sup>4590</sup> GAUDRAT PH., « Propriété littéraire et artistique (1<sup>o</sup> Propriété des créateurs) », Rép. civ. Dalloz, 2007, n<sup>o</sup> 79.

<sup>4591</sup> Cass, civ. 1re, 15 mai 2015 : D. Actualités, 2 juin 2015, obs. DALEAU J.

## 2) Dans l'ordre juridique communautaire

Pour illustrer l'usage de la « balance des intérêts », nous nous contenterons ici d'étudier l'arrêt *Promusicae*.

Dans l'arrêt *Promusicae* du 29 janvier 2008<sup>4592</sup>, les juges communautaires étaient confrontés à une question préjudicielle relative à l'interprétation de la charte des droits fondamentaux et de trois directives, (sur le commerce électronique de 2000<sup>4593</sup>, DADVSI, et relative respect des droits de propriété intellectuelle<sup>4594</sup>). La juridiction nationale redoutait une contradiction entre ces mesures communautaires et une loi concernant le devoir de conservation des données relatives au trafic dans le domaine des communications électroniques. Elle a requis l'interprétation de la Cour afin de pouvoir résoudre un litige entre une association regroupant des producteurs et des éditeurs d'enregistrement (*Promusicae*), et une société ayant notamment pour activité la fourniture d'accès à l'Internet (*Telefonica*). L'association souhaitait que les autorités espagnoles ordonnent à la société de lui communiquer l'identité de certaines personnes auxquelles elle fournit un service d'accès à internet. Selon l'association, en effet, ces personnes violaient les droits de propriété intellectuelle de ses associés. La société refusait de communiquer l'identité de ces personnes, alors qu'une telle communication permettrait à l'association d'engager des procédures civiles contre elles.

**Question préjudicielle.** L'une des questions de la juridiction nationale concernait la conformité, ou non, de la loi nationale aux droits fondamentaux. La juridiction cherchait à savoir si, conformément aux directives précitées, l'absence d'obligation pour les Etats de prévoir, en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur, une obligation de communiquer des données à caractère personnel dans le cadre d'une procédure civile, ne conduit pas à méconnaître le droit fondamental de propriété (article 17 de la Charte des droits fondamentaux) et le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective (article 47 de la Charte).

---

<sup>4592</sup> CJCE, 29 janv. 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, D. 2008, AJ. 480, obs. DALEAU ; PI, avril 2008 p. 239, obs. BENABOU ; RTD com., 2008, p. 302, obs. POLLAUD-DULIAN Fr. ; GP, 25 octobre 2008, n° 299, p. 50, obs. BALLETT et COLLIN ; GP, 15 mars 2008, n° 75, p. 21, obs. ZARKA ; Europe, n° 3, mars 2008, comm. 98, note BERNARD ; LPA, 25 septembre 2008, n° 193, p. 5, note CRAPONE.

<sup>4593</sup> Directive du Parlement et du Conseil 2000/31/CE du 8 juin 2000.

<sup>4594</sup> Directive du Parlement et du Conseil 2004/48/CE du 29 avril 2004.

**Réponse de la Cour.** Les juges constatent que trois droits fondamentaux sont en jeu. Du côté des titulaires de droits, il s'agit du droit de propriété dont font partie les droits de propriété intellectuelle tel que le droit d'auteur<sup>4595</sup>, ainsi que le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, lesquels constituent des principes généraux du droit communautaire<sup>4596</sup> ; du côté des clients du fournisseur d'accès à internet, il s'agit du droit à la vie privée<sup>4597</sup>. En conséquence, ils reconnaissent que la juridiction nationale soulève la « question de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif<sup>4598</sup> ».

Selon les juges, le « juste équilibre » entre ces « différents droits et intérêts<sup>4599</sup> » doit résulter des mécanismes prévus par les différentes directives<sup>4600</sup> et de leur transposition par les Etats membres<sup>4601</sup>, étant entendu, que la généralité de l'énoncé des directives laisse aux Etats une nécessaire mesure d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui puissent être adaptées aux différentes situations envisageables<sup>4602</sup>. En conséquence, il incombe aux Etats « lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une *interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire* ». Les juges précisent enfin que la mise en œuvre des mesures issues de la transposition des directives, c'est-à-dire, l'interprétation de celles-ci par les juges nationaux, doit se conformer notamment au principe de proportionnalité. Autrement dit, la poursuite du « juste équilibre » entre les droits et les intérêts des titulaires de droits et des usagers des fournisseurs d'accès à internet, menée par les

---

<sup>4595</sup> CJCE, 12 septembre 2006, Laserdisken, aff. C-479/04, Rec. p. I-8089, point 65.

<sup>4596</sup> CJCE, 12 juillet 2005, Alliance for Natural Health e.a., aff. C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451, point 126 et CJCE, 13 mars 2007, Unibet, aff. C-432/05, Rec. p. I-2271, point 37.

<sup>4597</sup> Le considérant 2 de la directive 2002/58 souligne que la directive vise à respecter les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte. Elle tend à garantir, en particulier, le plein respect des droits exposés aux articles 7 et 8 de celle-ci. Ledit article 7 reproduit en substance l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit le droit au respect de la vie privée, et l'article 8 de la charte proclame expressément le droit à la protection des données à caractère personnel. V. CJCE, Promusicae, point 64.

<sup>4598</sup> CJCE, Promusicae, point 65.

<sup>4599</sup> Id., point 66.

<sup>4600</sup> La directive 2002/58 « prévoit des règles qui déterminent dans quelles situations et dans quelle mesure le traitement des données à caractère personnel est licite et quelles sauvegardes doivent être prévues » et les trois directives (2000/31 ; 2001/29 ; 2004/48) « réservent le cas où les mesures adoptées pour protéger les droits qu'elles régissent affecteraient la protection des données à caractère personnel » (id., point 66).

<sup>4601</sup> CJCE, Promusicae, point 66 : « Ces mécanismes doivent résulter de l'adoption, par les États membres, de dispositions nationales assurant la transposition de ces directives et de l'application de celle-ci par les autorités nationales.

<sup>4602</sup> Id., point 67.

autorités nationales implique que les mesures adoptées n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire et approprié pour atteindre le résultat escompté.

Si la méthode existe, elle n'a, pour l'instant été exercée dans les rapports entre auteur et utilisateurs.

*B) Le refus d'exercer l'instrument par les juridictions nationales dans les rapports auteur/utilisateurs*

Notons qu'aux Etats-Unis, les juges refusent d'utiliser le balancing test pour trancher les litiges entre auteur et utilisateurs car, selon eux, le copyright ne peut pas entrer en conflit avec le seul droit constitutionnel susceptible d'être invoqué et de s'y opposer, à savoir la liberté d'expression<sup>4603</sup>. Ce refus se justifie, d'une part, en raison des exceptions légales qui prennent en compte la liberté d'expression, et d'autre part, par l'exception spécifique de fair use dont la souplesse permet de s'adapter aux nouveaux conflits mettant en jeu les intérêts de l'auteur et ceux des utilisateurs. On peut d'ailleurs souligner que, dans la doctrine et les ouvrages de vulgarisation juridique américains, le fair use est souvent défini à l'aide de l'idée de balancing test<sup>4604</sup>.

A nouveau le cas allemand (a) sera étudié avant le cas français (b).

a) En Allemagne

**Exceptions au droit d'auteur. Généralités.** Le droit allemand assortit les droits exclusifs de l'auteur d'un nombre conséquent d'exceptions<sup>4605</sup> : celles-ci sont définies par la loi et font l'objet d'une interprétation stricte par le juge judiciaire. Il n'est donc pas question pour le juge d'opérer une mise en balance des intérêts lorsqu'il s'agit de retenir en l'espèce une exception

---

<sup>4603</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 485 et s. ; LUCAS A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles : Larcier, 2006, n° 13.

<sup>4604</sup> LUNNEY G. S. Jr, « Fair Use and Market Failure: Sony Revisited », *Boston University Law Review*, 2002, vol. 82, p. 975 et s. V. égal. HALT G. B., DONCH J. C., STILES A. R., et alii, *Intellectual Property in Consumer Electronics, Software and Technology Startups*, New York : Springer, 2013, p. 59.

<sup>4605</sup> Pour un aperçu, v. GEIGER Ch., th. préc., n° 262.

ou au contraire d'en écarter le bénéfice à celui qui l'invoque<sup>4606</sup>. Pour reconnaître si un acte de reproduction ou de représentation d'une œuvre commis sans consentement de l'auteur est couvert par une exception, le juge judiciaire doit seulement rechercher, en mettant en œuvre la logique formelle, si les conditions d'existence de ladite exception fixées par le législateur s'avèrent réunies en l'espèce. A défaut, l'acte en question est constitutif de contrefaçon. En principe et comme le juge français, le juge allemand ne raisonne pas selon la logique de l'utilité dans les rapports entre auteur et utilisateurs, du moins explicitement.

**L'exception de « libre utilisation ».** Contrairement au législateur français, le législateur allemand a créé une exception ouverte au contenu particulièrement variable. Il s'agit de l'exception de « libre utilisation » (Freie Benutzung) qui permet à un créateur subséquent d'utiliser librement en vue de sa propre création une œuvre antérieure. Selon l'article 24 de la Loi sur le droit d'auteur de 1965 : « *une œuvre indépendante, qui a été créée par la libre utilisation de l'œuvre d'autrui, peut être divulguée et exploitée sans le consentement de l'auteur de l'œuvre utilisée*<sup>4607</sup> ». Par cette exception, le législateur autorise « *l'emprunt d'éléments protégés si cette reproduction est justifiée par un intérêt particulièrement digne de protection*<sup>4608</sup> ». Pour un auteur, cette exception pose un principe de proportionnalité<sup>4609</sup>, réduit ici au principe de nécessité, car la légitimité de l'emprunt est subordonnée à la quantité de celui-ci et au but poursuivi par l'emprunteur. L'exception est, de manière générale, admise dès lors qu'une création autonome résulte de la libre utilisation d'une œuvre préexistante, comme par exemple une parodie<sup>4610</sup> ou l'analyse d'un écrit scientifique, à condition que les emprunts se limitent au nécessaire. Il est également convenu que l'emprunt doit passer à l'arrière-plan de l'œuvre nouvelle, et que l'individualité des traits copiés s'efface devant

---

<sup>4606</sup> Contra : POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, n° 77 : « La loi s'interprète [en France] donc en fonction des intérêts des auteurs et non par la recherche d'une balance de ces intérêts avec les intérêts de tiers, comme le prône plutôt la doctrine allemande, notamment ». L'auteur ajoute en note infrapaginale : « La 'balance des intérêts' ('Interessenabwegung') outre ce qu'elle a de subjectif et d'imprévisible, postule que les intérêts des auteurs puissent être mis sur le même plan que ceux d'autres catégories, comme les exploitants ou le public ».

<sup>4607</sup> Cette exception est inconnue du droit français. En Suisse, à défaut de consécration légale, la jurisprudence a jugé que la libre utilisation était un principe non écrit (v. TAMARO N., *Le droit d'auteur : fondements et principes*, Montréal : Presses de l'université de Montréal, 1994, n° 237 ; DE WERRA, J., « L'art et la propriété intellectuelle », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2011, vol. 23, n° 3, p. 1327 et s.).

<sup>4608</sup> TAMARO N., *Le droit d'auteur : fondements et principes*, Montréal : Presses de l'université de Montréal, 1994, n° 243.

<sup>4609</sup> TAMARO N., *op. cit.*, n° 247.

<sup>4610</sup> Le droit allemand n'ayant pas prévu d'exception spécifique relatives aux actes de parodie, de pastiche ou de caricature, l'exception pour libre utilisation permet d'appréhender ces derniers cas de figure.

l'originalité de la seconde réalisation<sup>4611</sup>. Notons que l'œuvre autonome issue d'une libre « utilisation » d'une œuvre existante est distincte d'une adaptation<sup>4612</sup>, laquelle demeure toujours attachée à l'œuvre première. Au contraire, l'œuvre librement utilisée doit simplement demeurer une source d'inspiration pour l'auteur de l'emprunt<sup>4613</sup>.

**Libre utilisation et « balance des intérêts ».** La doctrine a constaté que l'exception de libre utilisation « comporte un élément de souplesse favorable aux utilisateurs<sup>4614</sup> ». Il est encore soutenu par M. Tamaro que « *la notion de libre utilisation est marquée par l'idée sous-jacente d'une balance d'intérêts : entre celui de la collectivité au progrès culturel et scientifique, d'une part, et celui de l'auteur à l'exploitation exclusive de son œuvre d'autre part*<sup>4615</sup> ». Dire que la balance des intérêts est sous-jacente à la notion de libre utilisation, signifie que la balance des intérêts est réalisée par le législateur. Au travers de la notion de « libre utilisation », caractérisée par son contenu indéterminé, les juges sont habilités par le législateur à veiller à ce que la protection du droit d'auteur ne constitue pas une limite excessive à liberté artistique. Toutefois les juges refusent clairement d'exercer explicitement une balance des intérêts<sup>4616</sup> et interprètent restrictivement l'exception en appliquant les critères évoqués précédemment<sup>4617</sup>. Dans la jurisprudence, l'exception est donc peu admise, et lorsqu'elle l'est, c'est en général lorsque l'œuvre en cause appartient à un genre différent de l'œuvre librement utilisée<sup>4618</sup>.

---

<sup>4611</sup> TAMARO N., op. cit., n° 243.

<sup>4612</sup> § 23 UrhG

<sup>4613</sup> Pour déterminer si l'œuvre litigieuse constitue une adaptation d'une œuvre préexistante ou une œuvre indépendante résultant d'une « libre utilisation » de celle-ci, les juges ont dégagé plusieurs critères cumulatifs de qualification. Ils examinent les similitudes entre l'œuvre première et l'œuvre seconde, ainsi que l'originalité de cette dernière, et enfin la prise de distance opérée par la seconde par rapport à la première.

<sup>4614</sup> GENDREAU Y., « La civilisation du droit d'auteur au Canada », RIDC, vol. 52, n° 1, janvier-mars 2000, p. 111.

<sup>4615</sup> TAMARO N., op. cit., n° 243 et n° 246.

<sup>4616</sup> BGH, 20 mars 2003, Az. I ZR 117/00 : « Das Urheberrechtsgesetz regelt die aus dem Urheberrecht fließenden Befugnisse und ihre Beschränkungen grundsätzlich abschließend. Das Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst unbeschränkten Zugang und einer möglichst umfassenden Nutzung des geschützten Werkes kann bei der Bestimmung des Umfangs der dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte und bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen herangezogen werden. Eine der urheberrechtlichen Prüfung nachgeschaltete Güter- und Interessenabwägung kommt nicht in Betracht ».

<sup>4617</sup> TAMARO N., op. cit., n° 243 ; GEIGER Ch., « Les exceptions au droit d'auteur en faveur de la création dérivée », in, *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des journées d'études de l'ALAI, Barcelone 2006, p. 342.

<sup>4618</sup> GEIGER Ch., « Les exceptions au droit d'auteur en faveur de la création dérivée », art. préc., p. 342.

Les seuls cas où la balance des intérêts est appliquée et où, corrélativement, l'article 24 de la loi sur le droit d'auteur est interprété, surviennent lorsque l'œuvre litigieuse est une parodie et qu'il s'élève un conflit entre le droit moral de l'auteur parodié et la liberté artistique de l'auteur de la parodie. Il s'agit plus précisément du conflit entre, d'une part, le respect de l'intégrité de l'œuvre parodiée et, d'autre part, la liberté de l'art de l'auteur de la parodie. Pour régler ce conflit, les juges emploient la mise en balance des intérêts. Toutefois, celle-ci ne résulte pas de l'article 24 sur la « libre utilisation » mais de l'article 14 sur le droit à l'intégrité de l'œuvre auquel elle est inhérente<sup>4619</sup>.

b) En France

**Conception fermée des exceptions.** Le système français des exceptions aux droits de l'auteur est un système dit fermé. Les exceptions sont définies avec une précision relative et la liste de celles-ci est réputée close. Les exceptions seraient en outre d'interprétation stricte. Dans ce système qui privilégie la sécurité juridique à l'adaptabilité, seul le législateur est censé offrir aux utilisateurs de nouvelles exceptions. La doctrine majoritaire considère que toute intervention du juge en faveur de l'extension des exceptions (à travers son pouvoir d'interprétation) emporterait le risque de remettre en cause le système des exceptions et les choix du législateur. En principe, il n'y a donc pour le juge, aucun équilibre ou balance à réaliser, puisque le législateur a déjà prévu les exceptions aux droits de l'auteur. Il lui suffit de vérifier, à la demande des justiciables poursuivis en contrefaçon, si les conditions d'existence d'une exception légale sont réunies pour résoudre le litige entre l'auteur et l'utilisateur.

**Cas de conflits externes.** La question est de savoir si les juges peuvent rechercher un « juste équilibre » entre les intérêts de l'auteur et ceux de l'utilisateur à l'instar du « juste équilibre » qu'ils poursuivent entre l'auteur et le propriétaire du support, c'est-à-dire, lorsque le législateur n'a prévu aucune règle précise pour la situation en cause ou en cas de conflit de normes (ce qu'on désigne par la formule de « conflit externe »). Au préalable, il s'agit de savoir si l'on peut opposer au titulaire de droit agissant en contrefaçon, des moyens de défense étrangers aux exceptions au droit d'auteur. Selon M. Lucas, la réponse serait positive

---

<sup>4619</sup> LUCAS-SCHLOETTER A., SCHULZE G., « Questionnaire Allemagne », in, Le droit moral au 21ème siècle - Le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante, Congrès de l'ALAI, Bruxelles, 2014, p. 16 disponible sur [http://alai2014.org/IMG/pdf/alai\\_2014\\_-\\_questionnaire\\_-\\_germany.pdf](http://alai2014.org/IMG/pdf/alai_2014_-_questionnaire_-_germany.pdf).

pour les conflits mettant en jeu des intérêts dont la conciliation n'aurait pas été opérée par le législateur<sup>4620</sup>. Ainsi les conflits entre les droits de l'auteur et le droit de la concurrence ou le droit de la consommation, pourraient se résoudre dans une limitation de l'exercice des premiers au profit de l'un des seconds<sup>4621</sup>. En revanche estime M. Lucas, les types de conflits déjà résolus par le législateur ne méritent pas, sauf cas exceptionnel, d'être à nouveau examinés par le juge. La question est donc de déterminer si l'usage en cause appartient aux usages réservés au titulaire de droits, aux exceptions prévues par le législateur, ou ni aux uns ni aux autres. Dans ce dernier cas, si l'usage n'est pas couvert par le monopole de l'auteur et n'est pas désigné par une exception, cela signifie qu'il est au cœur d'un conflit d'intérêts non résolu par le législateur. Lorsque une situation analogue s'était présentée (cas de représentation accessoire), les juges d'une cour d'appel avaient érigé l'équilibre ainsi que l'abus de droit en normes de départage des intérêts :

« le monopole des droits d'auteur ne constitue pas une exception aux libertés fondamentales étant tout autant que le droit à la liberté du commerce et de l'industrie et les autres libertés (d'information et d'expression) inscrit dans les droits fondamentaux, qu'il est néanmoins nécessaire de trouver un équilibre entre ces différents droits et d'éviter les abus liés à l'exercice d'un de ces droits ; que, par ailleurs, un usage qui n'entre pas dans le champ d'application du monopole des droits d'auteur ne saurait en conséquence être défini par des règles internes à ce monopole<sup>4622</sup> »

En cassation, ce raisonnement n'avait toutefois pas été repris par les juges. De manière traditionnelle, les juges de la Cour de cassation suggèrent que le législateur a pourvu à toutes les éventualités. Ainsi dans l'arrêt de la Cour de cassation de la même affaire, les juges, au lieu d'admettre qu'il s'agit de déterminer si l'usage avait été ou non prévu par le législateur, ont préféré, grâce à un « tour de passe-passe<sup>4623</sup> » qui n'est pas sans faire penser à l'école de l'exégèse, rattacher l'usage en cause à la volonté du législateur. Ainsi l'usage en question « devait être regardé *comme l'inclusion fortuite d'une œuvre, constitutive d'une limitation au*

---

<sup>4620</sup> LUCAS A., « Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1248, 2010, n° 18.

<sup>4621</sup> D'autres conflits peuvent intervenir, par exemple entre les droits d'auteur et les droits de la personnalité, v. LUCAS-SCHLOETTER A., « Nature du droit d'auteur – Droit d'auteur et droits de la personnalité », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1118, 2008.

<sup>4622</sup> CA Paris, 12 septembre 2008, n° de RG: 07/00860.

<sup>4623</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, n° 572.

monopole, au sens de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2011, telle que le législateur a selon les travaux préparatoires, entendu la transposer en considération du droit positif<sup>4624</sup>». Autrement dit, l'usage litigieux de l'œuvre n'est pas couvert par une exception légale mais comme le législateur a pensé<sup>4625</sup> à cette exception (qu'il a renoncé à consacrer au vu de la jurisprudence), cela suffit pour les juges à considérer que l'usage en cause est couvert par une exception. C'est comme si cette exception légale existait. Grâce à cette fiction, les juges concluent que le conflit d'intérêts soulevé par l'usage en cause a été tranché par le législateur et qu'il n'appartient donc pas aux juges de rechercher à équilibrer en dehors de la loi les prérogatives des uns et des autres. Comme on le constate, les efforts déployés par les juges de la Cour de cassation pour éviter de laisser aux juges le soin d'équilibrer les intérêts entre les auteurs et les utilisateurs, sont aussi conséquents que peu discrets.

**Déférence des juges suprêmes.** Les juges de la Cour de cassation sont de manière générale déférents à l'égard du législateur. On peut encore le constater dans l'affaire Utrillo<sup>4626</sup> dans laquelle les juges, refusant l'admission d'un moyen tiré de la violation du droit du public à l'information fondé sur l'article 10 de la Convention EDH, déclarent :

« Le monopole de l'auteur est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne morale ou physique au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code »

Rappelons que la « proportionnalité », à l'instar de la notion d'« équilibre », ou de « mise en balance des intérêts » ou encore, si l'on remonte plus loin, celle d'« équité », lorsqu'elle est employée par le juge sert généralement à justifier une plus large appréciation des faits et une forme d'affranchissement à l'égard de la norme légale afin de répondre de manière plus appropriée à l'espèce. Autrement dit, ces notions potentiellement subversives employées par les juridictions ont pour effet d'accroître leur pouvoir au détriment de celui du législateur, ce qui se manifeste, notamment, par la mise en œuvre d'un raisonnement de type utilitariste

---

<sup>4624</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2011, D. 2011, Actu. 1409, obs. DALEAU ; PI., 2011, n° 40, p. 298, obs. LUCAS ; JCP 2011, 28, n° 814, note VIVANT.

<sup>4625</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., loc. cit.

<sup>4626</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 novembre 2003, PI, 2004, p. 549, note LUCAS ; JCP G, 2004, II, 10080, note GEIGER ; Comm. com. électr., 2004, comm. n° 2, note CARON ; D. 2004, p. 200, note BOUCHE ; RIDA, 2004, n° 2, p. 291.

(logique de l'utilité) pour générer une norme d'espèce en lieu et place de la logique formelle (syllogisme), et par l'usage des notions telle que celle d'« intérêt ».

Dans la solution rendue par la Cour de cassation, les juges renoncent à ce pouvoir<sup>4627</sup> et font preuve de déférence à l'égard du législateur. En déclarant que le législateur a apporté des « limites proportionnées » aux droits de l'auteur, les juges se privent (et surtout privent les juges du fond) du recours à la notion de « proportionnalité » ou d'« équilibre » qui aurait pu être employée pour élargir le champ d'une exception ou condamner l'exercice déraisonnable d'un droit d'auteur. En outre, il importe de souligner le caractère péremptoire et général de l'affirmation des juges. Lorsqu'ils disent que les limites au droit d'auteur (les exceptions et l'instrument de l'abus notoire commis par les ayants droit) sont « proportionnées », ils signifient, a contrario, que toute autre limite apportée au droit qui n'aurait pas été voulue par le législateur, ne présenterait pas ce caractère proportionné. Les juges auraient pu s'exprimer autrement et admettre qu'en l'espèce l'atteinte portée par le droit d'auteur à la liberté protégée par l'article 10 de la Convention n'était pas disproportionnée. Toutefois, une telle formule aurait ouvert la porte à la « balance des intérêts » judiciaire ou au test de proportionnalité ce que les juges et la doctrine<sup>4628</sup>, pour l'instant, ne tolèrent pas.

La méthode d'adjudication du type « balance des intérêts » indépendante de tout texte existe, toutefois les juges n'ont pas, pour l'instant, décidé de l'utiliser dans le cadre des rapports entre auteur et utilisateurs. Désormais nous allons étudier l'interprétation des juges du terme « équilibre » lorsque ce dernier est contenu dans une norme.

---

<sup>4627</sup> A mettre en parallèle avec le constat de Mme Marino, selon laquelle, les juges, relativement aux droits fondamentaux nient leur propre pouvoir (v. MARINO L., « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », JCP, n° 30, p. 829 et s., n° 2).

<sup>4628</sup> V. par ex., LUCAS A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression* : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 125-141, n° 10.

## II) L'interprétation des textes mentionnant l'« équilibre »

Nous avons relevé trois mentions de la notion d'« équilibre » dans les textes de droit (Accord ADPIC, Traité OMPI, directive DADVSI). Il s'agit désormais de savoir comment les juges exploitent celles-ci. Dans la première partie, il a été vu que l'introduction de ce genre de notion dans une norme (comme celle d'« équité » ou de « proportionnalité ») est une manière pour le législateur (ou le producteur de la norme) de conférer au juge un large pouvoir d'interprétation et donc un important pouvoir créateur de droit. En l'occurrence, ce pouvoir a été inégalement exercé. En effet, l'article 7 de l'Accord ADPIC (A) n'a, à notre connaissance, été utilisé qu'à une seule reprise par l'ORD tandis que l'alinéa 5 du préambule de l'OMPI (B) n'a jamais été mentionné dans une décision de justice (communautaire ou française). Au contraire, le considérant 31 de la directive DADVSI a servi à de multiples reprises aux juges communautaires pour interpréter le contenu de la directive et partant, préciser des règles et en créer de nouvelles (C).

### *A) L'article 7 de l'Accord ADPIC*

A notre connaissance, l'article 7 de l'Accord ADPIC n'a jamais été appliqué ou interprété dans un conflit entre le titulaire de droits et l'utilisateur des œuvres de l'esprit dans le cadre de l'ORD ou de la CJUE<sup>4629</sup>. Toutefois nous pouvons citer, à titre d'illustration, deux espèces

---

<sup>4629</sup> Rappelons que selon la CJUE, l'Accord ADPIC est applicable dans l'ordre juridique de l'Union et prime sur le droit dérivé au titre de l'article 216 alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (CJUE, 12 mars 2012, aff. C-135/10, Marco del Corso ; V. LAGET-ANNAMAYER A., « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », RTD eur., 2006, p. 249 et s.). Toutefois, elle déniait dans l'ordre juridique de l'Union, tout effet direct de l'Accord (CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso, § 46). La Cour applique ici le même critère que dans sa jurisprudence Portugal contre Conseil de 1974 dans laquelle elle refusait de reconnaître un effet direct à l'Accord OMC (CJCE, 23 novembre 1999, aff. C-149/96, Portugal c. Conseil). Enfin, dans l'arrêt Daiichi Sankyo du 18 juillet 2013 (CJUE, 18 juillet 2013, aff. C-414/11, Daiichi Sankyo contre DEMO Anonymos, comm., Europe, n° 10, Octobre 2013, comm. 421 note SIMON D., RTD Eur., 2014, p. 195 note THILLIER A., RLDA 2013/87, n° 4838, note PELLIGRINI C.), la CJUE, prenant acte de la modification significative apportée au droit primaire, admet que l'Accord ADPIC, relatif aux échanges internationaux, relève en vertu de l'article l'article 207 §4, du TFUE du « domaine de la politique commerciale commune et non du domaine du marché intérieur » (§ 60). Or conformément à l'article 3 du traité, la politique commerciale commune est une compétence exclusive de l'Union. La Cour se fait ainsi l'interprète exclusif de l'Accord ADPIC, privant les juridictions des Etats membres de leur compétence pour interpréter celui-ci et de leur faculté de lui reconnaître un effet direct.

dans lesquelles l'article 7 a été mentionné. La première concerne l'article 30 de l'Accord ADPIC (sur les exceptions au brevet) et a été tranchée par l'ORD. Dans la seconde espèce, l'article est mentionné par l'avocat général de la CJCE afin de justifier le refus de reconnaissance de l'existence d'une marque. Bien que ces affaires soient étrangères à la propriété littéraire, le raisonnement utilisé pourrait être transposé en droit d'auteur.

1) L'interprétation par l'Organe de Règlement des différends

**Les trois acceptions de l'« équilibre » dans l'article 7 ADPIC (rappel).** Lorsque nous avons analysé l'article 7 de l'Accord ADPIC, nous sommes arrivés à la conclusion que la notion d'« équilibre » pouvait revêtir trois acceptions. Il pouvait s'agir, de manière classique en propriété intellectuelle, de l'équilibre entre les intérêts des titulaires de droits et les intérêts des utilisateurs ou entre les intérêts privés et les intérêts publics (culture, éducation, santé etc.) ; en second lieu, il pouvait s'agir, de manière classique en droit de l'OMC, de l'équilibre conventionnel ou de l'« équilibre des droits et obligations » convenus par les membres de l'Accord ; enfin, il pouvait s'agir, de manière classique en droit de la régulation, de l'équilibre à trouver entre les exigences de la propriété intellectuelle et celles du droit de la concurrence. Bien que conceptuellement distincts, ces trois « équilibres » en réalité se recoupent. Toutefois, les arguments dans les débats vont dépendre de la nature de l'« équilibre ». Dans le cadre de la première hypothèse, les arguments seront de type (par exemple) propriété contre culture, dans le cadre de la seconde, le débat prendra la forme de la sécurité juridique contre la *nécessité d'adapter* les clauses de l'Accord ; et enfin, dans la troisième hypothèse, les arguments en faveur du monopole se confronteront aux arguments en faveur de la libre concurrence.

C'est dans la décision Canada-Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, que le groupe spécial a précisé la signification de l'article 7 et la nature (conventionnelle – hypothèse n° 2) de l'« équilibre ». Dans cette affaire, il était question de la conformité de la loi canadienne aux dispositions de l'Accord et en particulierité l'article 30 qui autorise les Etats signataires à apporter des exceptions aux droits de propriété industrielle à condition de respecter le triple test<sup>4630</sup>. Le Canada soutenait au regard de l'article 7 qu'un des

---

<sup>4630</sup> Art. 30, ADPIC : « Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ».

objectifs essentiels de l'Accord ADPIC était « d'assurer un équilibre entre les droits de propriété intellectuelle créés par l'Accord et d'autres politiques socio-économiques importantes des gouvernements membres de l'OMC<sup>4631</sup> » dont la santé publique et la nutrition. Le Canada interprétait donc l'« équilibre » sous l'angle de la propriété intellectuelle. En conséquence, le Canada prétendait que « ces buts appellent une interprétation libérale des trois conditions énoncées à l'article 30 de l'Accord, afin que les gouvernements aient la flexibilité nécessaire pour ajuster les droits de brevet en vue de maintenir l'équilibre souhaité avec d'autres politiques nationales importantes<sup>4632</sup> ». Les Communautés européennes soutenaient au contraire que « *l'équilibrage des objectifs (...) a déjà été effectué lors de la négociation du texte final de l'Accord sur les ADPIC*<sup>4633</sup> » ; en outre, « considérer l'article 30 comme une autorisation donnée aux gouvernements de "renégocier" l'équilibre global de l'Accord reviendrait à prendre doublement en compte ces politiques socio-économiques<sup>4634</sup> ». Nous retrouvons ici les termes du débat classique lorsqu'il est question de l'interprétation de l'« équilibre<sup>4635</sup> », à savoir, la conception statique ou conventionnelle selon laquelle l'équilibre a déjà été opéré par les parties à l'Accord et n'est plus à (re)faire, et la conception dynamique selon laquelle l'équilibre doit évoluer avec la société et les problématiques nouvelles.

Après avoir constaté que les parties à l'Accord étaient parvenues à un « équilibre fondamental » dans celui-ci, le groupe spécial a admis que les droits de brevet puissent nécessiter certains ajustements, sans aller jusqu'à « renégocier » l'équilibre fondamental exprimé dans l'Accord<sup>4636</sup>. Le groupe spécial, après avoir examiné les deux points de vue, a affirmé que « *les négociateurs de l'Accord ne voulaient pas que l'article 30 entraîne ce qui serait l'équivalent d'une renégociation de l'équilibre fondamental de l'Accord*<sup>4637</sup> ».

Un tel raisonnement pourrait être employé en droit d'auteur. Les juges communautaires ou nationaux pourraient exercer le triple test prévu notamment par l'Accord ADPIC et la

---

<sup>4631</sup> Rapport du Groupe spécial, Canada - protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, 17 mars 2000, (WT/DS114/R), § 7. 24.

<sup>4632</sup> Ibidem

<sup>4633</sup> Id., § 7. 25.

<sup>4634</sup> Id., § 7. 25.

<sup>4635</sup> Ce débat avait déjà opposé les juges Black et Frankfurter. La question était de savoir si le balancing avait déjà été réalisé par les constituants ou s'il devait être effectué pour adapter les droits constitutionnelles aux nouvelles conditions sociales.

<sup>4636</sup> Rapport du Groupe spécial, Canada - protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques, 17 mars 2000, (WT/DS114/R), § 7. 26.

<sup>4637</sup> Ibid.

directive DADVSI à la lumière de l'article 7 de l'Accord ADPIC afin de renforcer sa capacité de filtre à l'égard des exceptions aux droits d'auteur.

2) L'interprétation par l'avocat général de la CJUE

A notre connaissance, la CJUE n'a jamais interprété l'article 7 de l'accord ADPIC. Celui-ci est mentionné à une seule occasion dans les conclusions de l'avocat général relatives à une question préjudicielle posée à la Cour de justice par une juridiction britannique. Dans l'affaire *Dyson Ltd contre Registrar of Trade Marks*<sup>4638</sup>, il s'agissait de savoir concrètement si la caractéristique fonctionnelle apparente d'un produit (le compartiment de collecte transparent faisant partie de la surface externe d'un aspirateur) pouvait constituer une marque au sens de la première directive 89/104/CEE du Conseil et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

Pour dénier cette possibilité, l'avocat général refuse, dans un premier temps, de reconnaître l'existence d'un signe susceptible d'une représentation graphique, ce qui est exigé selon l'article 2 de la directive pour l'enregistrement d'une marque<sup>4639</sup>. Au cas où cet argument ne serait pas retenu et l'existence d'un « signe » reconnue, l'avocat, dans un second temps, estime qu'il existe un motif absolu de refus d'enregistrement de la marque<sup>4640</sup> au nom de l'article 3 de la directive, lequel prohibe notamment l'enregistrement des signes constitués exclusivement par la forme du produit lorsqu'elle est nécessaire à l'obtention d'un résultat technique<sup>4641</sup>. Puisque l'article 3 vise, selon l'avocat général, à protéger la libre concurrence<sup>4642</sup>, l'enregistrement d'une telle fonctionnalité serait de nature à remettre en question « le système de concurrence non faussé que le traité CE entend établir<sup>4643</sup> ». L'avocat général trouve dans l'article 7 de l'accord ADPIC et l'objectif *d'équilibre*, compris comme un équilibre concurrentiel, une justification à l'exclusion posée par l'article 3 de la directive :

---

<sup>4638</sup> CJCE, 25 janvier 2007, aff. C-321/03, *Dyson Ltd contre Registrar of Trade Marks*.

<sup>4639</sup> Conclusions de l'avocat général, 14 septembre 2006, aff. C-321/03, *Dyson Ltd contre Registrar of Trade Marks*, §§ 40-75.

<sup>4640</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>4641</sup> l'article 3, paragraphe 1, sous e), deuxième tiret, de la Première directive du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques (89/104/CEE)

<sup>4642</sup> Conclusions de l'avocat général, préc., § 92.

<sup>4643</sup> *Ibid.*, § 93.

« Un tel enregistrement contreviendrait également à l'objectif fixé par l'article 7 de l'accord ADPIC selon lequel la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle doivent non seulement contribuer à la promotion technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, mais également assurer un équilibre de droits et des obligations entre les différents opérateurs économiques présents sur le marché. Dans la mesure où tant les États membres que la Communauté, pour ce qui entre dans ses compétences, ont adhéré à cet accord, l'article 3, paragraphe 1, sous e), deuxième tiret, de la directive doit être interprété, dans la mesure du possible, à la lumière de ce texte et de la finalité dudit accord<sup>4644</sup> ».

Les juges suivront les conclusions de l'avocat général relativement à l'interprétation de l'article 2 de la directive du 21 décembre 1988<sup>4645</sup> et admettront que la forme envisagée ne constitue pas un « signe » pouvant être enregistré en tant que marque. Il n'était donc pas nécessaire d'envisager l'argument de l'avocat général destiné à empêcher l'enregistrement de cette marque dans le cas où les juges admettraient que la forme de compartiment en question constituerait un signe au sens de l'article 2 de la directive. Les juges n'ont donc pas eu l'occasion d'interpréter l'article 7 de l'Accord ADPIC.

Néanmoins, nous pouvons constater que l'objectif d'équilibre prévu par l'Accord est appréhendé par l'avocat général comme la poursuite de l'intérêt général et plus précisément de la conservation de la libre concurrence. A cet égard, il justifie l'exclusion de certains objets de la protection par la propriété intellectuelle. L'interprétation de l'article 7 pourrait donc très bien servir à fixer des limites à l'appropriation des choses incorporelles, voire à limiter l'exercice de certains droits dont les droits d'auteur à l'instar de la théorie des facilités essentielles consacrée dans la jurisprudence Magill.

#### *B) Le préambule du Traité OMPI*

A notre connaissance, l'exigence « de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général » mentionnée dans le préambule du traité OMPI n'a jamais servi pour interpréter d'autres normes. La formule précitée et le préambule de l'OMPI ont toutefois été

---

<sup>4644</sup> Conclusions de l'avocat général, 14 septembre 2006, aff. C-321/03, Dyson Ltd contre Registrar of Trade Marks, § 94.

<sup>4645</sup> L'article 2 de la directive doit être interprété en ce sens que l'objet d'une demande d'enregistrement de marque qui porte une forme de compartiment de collecte transparent faisant partie de la surface externe d'un aspirateur, ne constitue pas un « signe » au sens de cette disposition et, partant, qu'il n'est pas susceptible de constituer une marque au sens de celle-ci.

mobilisés par l'avocat général Mme Trstenjak dans ses conclusions<sup>4646</sup> pour la célèbre affaire Padawan que nous étudierons dans le cadre de l'analyse de l'interprétation du « juste équilibre » de la directive DADVSI.

L'avocat général présente la directive DADVSI comme une

« réaction du législateur communautaire à l'évolution technologique dans le domaine de la technologie de l'information qui, d'une part, a offert aux titulaires des droits de nouvelles formes de production et d'exploitation et, d'autre part, soumet la protection de la propriété intellectuelle à de nouveaux défis, eu égard au risque de contrefaçon, de piratage et de reproduction illégale d'œuvres et d'autres objets protégés. En même temps, elle vise à répondre à l'intérêt légitime du public à pouvoir accéder à de tels objets protégés. La directive 2001/29 se caractérise ainsi par les efforts déployés par le législateur communautaire afin d'assurer un équilibre entre les intérêts des titulaires des droits et ceux du public<sup>4647</sup> ».

Au renfort de cette dernière assertion, l'avocat rappelle le préambule du traité OMPI qui dans son cinquième alinéa fait état de la « nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne<sup>4648</sup> ». Cela signifie que l'objectif d'équilibre poursuivi par la directive est analogue à celui recherché par le préambule du traité OMPI. Cela ne doit guère étonner dans la mesure où la directive avait également pour objet de conformer le droit européen aux traités OMPI.

*C) Le considérant 31 de la directive DADVSI*

**Jurisprudence communautaire et harmonisation du droit d'auteur.** La Cour de Justice de l'Union européenne est classiquement présentée comme la gardienne de l'interprétation des textes communautaires<sup>4649</sup>. Si à ses débuts, elle s'est contentée dans le domaine du droit

---

<sup>4646</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak, 11 mai 2010, CJCE, Padawan, aff. C-467/08.

<sup>4647</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak, *ibid*, § 41.

<sup>4648</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Verica Trstenjak, *ibid*, § 41, note 11.

<sup>4649</sup> Par exemple, GOTZEN Fr., « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, Actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, p. 48.

d'auteur de préciser occasionnellement la portée des traités européens<sup>4650</sup> (droit primaire), depuis quelques années, l'importance de son rôle s'est véritablement révélée lorsqu'il lui a été donné d'interpréter les différentes directives (droit dérivé) qui s'accumulent depuis plus de deux décennies et parmi lesquelles, la directive DADVSI, socle du droit d'auteur communautaire. La jurisprudence communautaire est devenue, surtout depuis les arrêts préjudiciels<sup>4651</sup> rendus à propos de cette dernière directive<sup>4652</sup>, une source particulièrement déterminante et active du droit d'auteur, au point qu'il est désormais affirmé que le droit d'auteur français est « *largement modelé par la Cour de justice de l'Union européenne*<sup>4653</sup> », ce qui n'est assurément pas du goût de tout le monde. Suggérant un parallèle significatif entre la CJUE et les anciens Parlements, M. Caron estime que les décisions de la Cour sont « de véritables arrêts de règlements<sup>4654</sup> ». Pour M. Gotzen, l'impact des arrêts préjudiciels de la CJUE, principalement ceux développant les « notions autonomes du droit de l'Union », est comparable à celui résultant d'un « séisme sous-marin, peut être non encore tout à fait visible *sur nos côtes nationales, mais suivi inéluctablement par le tsunami qu'il déclenche*<sup>4655</sup> ».

---

<sup>4650</sup> CJCE, 20 janvier 1980, Musik Vertrieb, RIDA, juillet 1981, p. 174, note JOUBERT. Décision qui reconnaît au droit d'auteur le bénéfice de l'article 36 TFUE, c'est-à-dire le bénéfice du régime dérogatoire aux principes de liberté de circulation des marchandises et de libre concurrence.

<sup>4651</sup> BENABOU V.-L., note sous CJCE 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, aff. C-5/08, Rec. I-6569, in, VIVANT M. (dir.), Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, Paris : Dalloz, 2015, p. 221 : « La plupart des apports de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de propriété littéraire et artistique s'opèrent par le truchement d'arrêts préjudiciels en interprétation ».

<sup>4652</sup> La recrudescence d'arrêts préjudiciels à partir de ces années s'explique concrètement par le besoin pour les juridictions nationales d'obtenir des précisions quant à l'interprétation d'un texte datant de 2001 au regard des évolutions des objets protégés, des technologies et des modèles économiques d'exploitation des oeuvres. Ces décisions concernent en effet de nouveaux services tels que la radiodiffusion par satellite et au codage (CJCE 4 octobre 2011, Football association Premier League, aff. C-403/08 et C-429/08, Rec. I-9083 et 13 octobre 2011, Airfield, aff. jtes C431/09 et C432/09, Rec. I-9363), l'agrégation des contenus (CJCE 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, aff. C-5/08, Rec. I-6569 ; ord., 17 janvier 2012, aff. C-302/10, non publié ; 5 juin 2014, Public Relations Consultant association, dit Meltwater, aff. C-360/13, non publié.), la fourniture d'accès (CJCE, 24 novembre 2011, Scarlet Extended, aff. C-70/10, Rec. I-11959) et la fourniture d'hébergement (CJUE, 16 février 2012, SABAM c/ Netlog, aff. C-360, non publié), les moyens de mettre en œuvre la redevance pour copie privée (CJCE, 21 octobre 2010, Padawan, aff. C-467/08, Rec. I-10055. – CJUE 16 juin 2011, dit Opus, aff. C-462/09, Rec. I-5331. – CJUE, 27 juin 2013, VG Wort, aff. C-457/11 à 460/11 et 11 juill. 2013, dit Amazon, aff. C-521/11, non publiés. – CJUE 5 mars 2015, Copydan Båndkopi, aff. C-463/12 non publié) et les liens hypertextes (CJUE, 13 février 2014, Svensson, aff. C-466/12, non publié). Elles concernent également de nouveaux objets comme les interfaces graphiques utilisateurs (CJCE, 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace* dit BSA, aff. C-393/09, Rec. I-13971) et les linkers intégrés dans les consoles de jeux vidéo (CJUE, 23 janvier 2014, Nintendo, aff. C-355/12, non publié). Enfin, quelques décisions concernent les mesures de protection du droit d'auteur (CJCE, 29 janv. 2008, Promusicae, aff. C275/06, Rec. I-271. – CJCE 27 mars 2014, Telekabel Wien GmbH, aff. C-314/12, non publié).

<sup>4653</sup> CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 38 ; dans une perspective critique, V. POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, n° 84.

<sup>4654</sup> CARON Ch., op. cit., n° 38.

<sup>4655</sup> GOTZEN Fr., « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 51 ; v. égal. LUCAS A., « L'harmonisation du droit d'auteur », in, Harmonisation of European IP law, contributions in honour of Frank Gotzen, Bruxelles : Bruylant, Larcier, 2012, p. 25 et s.

**Défiance d'une doctrine française contre l'interprétation communautaire.** Parmi les critiques adressées à la CJUE<sup>4656</sup>, l'une concerne l'usage de la « balance des intérêts ». M. Pollaud-Dulian estime qu'en France, la législation sur le droit d'auteur, finalisée par la protection de l'auteur, doit s'interpréter « en fonction des intérêts des auteurs et non par la recherche d'une balance de ces intérêts avec les intérêts de tiers<sup>4657</sup> ». Or il redoute l'impact des décisions de justice des juges européens sur les juges français, lorsque ces derniers devront interpréter des textes transposant les normes européennes. Plus précisément, c'est la balance des intérêts qui est l'objet de la crainte de M. Pollaud-Dulian :

« il n'est pas certain que, même si les directives prennent pour objectif un haut degré de protection des titulaires de droits de propriété littéraire et artistique, les autorités de l'Union européenne partagent entièrement la conception protectrice de l'individu créateur que mettent traditionnellement en avant la législation et la jurisprudence françaises, au titre de la ratio legis. (...) Il y a beaucoup à craindre, même si la référence tient parfois de la simple incantation, de l'idée de balance des intérêts, qui vient mettre sur un même plan les intérêts des auteurs et titulaires de droits voisins et un fourre-tout d'intérêts catégoriels prétendant à l'utilisation libre et gratuite des œuvres et des interprétations<sup>4658</sup> ».

**Les instruments d'interprétation des textes et d'harmonisation du droit d'auteur.** L'une des fonctions de la CJUE, au travers de ses décisions, est d'harmoniser le droit d'auteur en garantissant une interprétation et une application uniformes des textes dans chacun des Etats membres. Ces arrêts sont l'occasion pour la CJUE de déployer « l'arsenal des outils d'interprétation à sa disposition<sup>4659</sup> ». Elle utilise plusieurs moyens pour apaiser sa « faim<sup>4660</sup> » mais de manière générale comme le note M. Sirinelli, elle « privilégie une

---

<sup>4656</sup> Par ex. SIRINELLI P. (dir.), « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, décembre 2014, p. 31 : « il est à craindre que nombre de nos principes soient remis en cause. En effet, si l'interventionnisme de la Cour est marqué, il est aussi désordonné et incohérent. La Cour donne une réponse, qu'elle veut pragmatique, à une question qui lui est posée. Mais elle n'exprime aucune volonté politique ».

<sup>4657</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 77.

<sup>4658</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 80.

<sup>4659</sup> BENABOU V.-L., note sous CJCE 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, préc., p. 221.

<sup>4660</sup> Etant donné « l'appétit expansionniste » dont la Cour ferait preuve (v. BENABOU V.-L., « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », PI, avril 2012, n° 43, p. 148).

*interprétation 'dynamique', constructive, fondée sur une méthode téléologique, guidée par l'objectif de la norme, ses finalités. La démarche, qui lui permet d'avoir une certaine liberté par rapport au texte, vise à la réalisation de son but premier, le marché unique*<sup>4661</sup> ».

L'un des principaux instruments est le concept de « notion autonome de droit de l'Union » grâce auquel, les juges décident de se réserver exclusivement l'interprétation d'une notion employée par le législateur européen. Ainsi, l'originalité<sup>4662</sup>, la reproduction partielle<sup>4663</sup>, le public<sup>4664</sup>, la compensation équitable de copie privée<sup>4665</sup>, la rémunération équitable<sup>4666</sup> relative au droit de location et de prêt sont, parmi d'autres, des notions autonomes du droit de l'Union. Ce concept a pour effet d'étendre la compétence de la CJUE au détriment de celle des juridictions nationales.

Relativement à l'interprétation du droit dérivé<sup>4667</sup>, la Cour, comme indiqué plus tôt, fait largement usage d'une interprétation téléologique des textes<sup>4668</sup>. A l'aide des considérants des directives<sup>4669</sup>, la finalité des dispositions communautaires est généralement recherchée afin de

---

<sup>4661</sup> SIRINELLI P. (dir.), « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, décembre 2014, p. 29.

<sup>4662</sup> CJUE, 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, aff. C-5/08

<sup>4663</sup> CJUE, 16 juillet 2009, préc.

<sup>4664</sup> CJCE, 7 décembre 2006, SGAE c. Rafaël Hoteles SA, aff. C-306/05.

<sup>4665</sup> CJUE, 21 octobre 2010, Padawan, aff. C-467/08.

<sup>4666</sup> CJUE, 11 juin 2011, Stichting de Thuiskopie, aff. C-462/09.

<sup>4667</sup> Quand il s'agit d'interpréter le droit primaire et notamment lorsqu'il est question de définir le champ d'application du droit communautaire, la Cour a recours à des distinctions telle que celle entre l'existence du droit et l'exercice du droit. En principe, relativement au droit d'auteur, chaque Etat membre bénéficie de la dérogation au principe de primauté du droit de l'Union prévue à l'article 36 TFUE sauf si les interdictions ou restrictions constitutives autorisées par le régime d'exception ne servent à discriminer les tiers ou les Etats membres ou à masquer des restrictions nationales au libre-échange au sein de l'Union. En distinguant, par le truchement de l'interprétation de l'article 36, ce qui relève de l'existence du droit (compétence nationale) et de l'exercice du droit (compétence partagée), la Cour fonde son habilitation à contrôler l'exercice des droits d'auteur (v. CJCE, 6 avril 1995, Magill, RTD eur., 1995, p. 835, obs. BONET ; RTD com. 1995, p. 606, obs. FRANÇON). La Cour fait encore usage de catégories, par le truchement desquelles le droit de l'Union in fine prime sur les réglementations nationales comme l'objet spécifique du droit et sa fonction essentielle. Ainsi, La Cour recherche la fonction essentielle de chaque droit et détermine les règles qui participent à l'atteinte de la finalité du droit concerné. Relativement au droit d'auteur, la Cour dans l'arrêt Phil Collins a affirmé que « l'objet spécifique de ces droits [voisins], tels qu'ils sont régis par les législations nationales, est d'assurer la protection des droits moraux et économiques de leurs titulaires » (CJCE, 20 octobre 1993, RTD eur., 1995, p. 845, obs. BONET.

<sup>4668</sup> V. égal. BENABOU V.-L., « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., p. 147 et s.

<sup>4669</sup> GOTZEN Fr., « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, p. 48 : « Ceux qui consultent la jurisprudence générale de la Cour de justice ne pourront manquer d'être frappés par l'importance qu'elle attache au préambule des directives qui contient des considérants » ; relativement à la valeur des considérants, la Cour a précisé : « le préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante et ne saurait être invoqué ni pour déroger aux dispositions mêmes de l'acte concerné ni pour

donner un sens plus précis aux normes applicables, voire de créer du droit tout court<sup>4670</sup>. À côté de cette interprétation finaliste, d'autres techniques plus précises sont mis en œuvres par les juges<sup>4671</sup>. Ils ont ainsi recours au principe de l'effet utile grâce auquel le juge privilégie l'interprétation qui donne tout son sens à la disposition au regard de sa ratio legis ; au principe d'interprétation stricte des dérogations aux règles générales ; au principe d'interprétation favorable à la sécurité juridique ; au principe de lecture cohérente et systémique de l'acquis<sup>4672</sup> et au principe de proportionnalité ou de « juste équilibre »<sup>4673</sup>.

Le « juste équilibre », la « balance des intérêts » ou le « principe de proportionnalité » est un des instruments privilégiés de l'interprétation des exceptions en raison de sa souplesse (ou de son caractère flou<sup>4674</sup>) et de son champ d'application. En tant qu'objectif « distributif » (en ce sens où chacune des exceptions se voit assigner l'objectif d'atteindre un « juste équilibre »), il permet de préciser et de compléter potentiellement chacune des dispositions relatives aux rapports entre auteur et utilisateurs. En raison de son caractère « bipolaire », la formule du « juste équilibre » peut servir aussi bien les intérêts des auteurs que ceux des utilisateurs.

L'interprétation du considérant 31 remplit à la fois une fonction complétive (1), à la fois, une fonction supplétive (2). Dans le premier cas, il s'agit de préciser le champ des exceptions, et dans le second, d'établir presque ex nihilo le régime de la compensation équitable pour copier privée. Nous allons ici procéder à l'étude exhaustive des arrêts de la CJUE dans lesquels le considérant 31 de la directive DADVSI est mentionné. Cette étude mettra en avant la production du droit par les juges européens à partir de la notion d'« équilibre ».

---

interpréter ces dispositions dans un sens manifestement contraire à leur libellé » (CJCE, 19 novembre 1998, C-162/97, Nilsson, § 54. – CJCE, 25 novembre 1998, C-308/97, Manfredi, § 30. – CJCE 24 novembre 2005, C-136/04, Milch-Kontor, § 32).

<sup>4670</sup> Comme le constate M. Gautier, « dans la directive de 2001, citée dans un bon nombre d'arrêts de la Cour de justice, y compris sur des sujets qui n'ont rien à voir avec ce texte, il sera possible de créer du droit à partir de deux lignes dans un considérant. » (GAUTIER P.-Y., « Les nouvelles forces créatrices du droit », in, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?, Paris : LexisNexis, 2014, p. 135).

<sup>4671</sup> V. POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, n° 1129.

<sup>4672</sup> Elle emploie les mêmes outils que dans d'autres arrêts étrangers à la matière. Elle a recours par exemple à une lecture « syncrétique » de l'acquis grâce à laquelle le contenu d'une notion du droit européen se nourrit de l'ensemble des textes la mentionnant (v. BENABOU V.-L., note sous CJCE 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, p. 227). Par exemple, pour la notion de « rémunération », la Cour a estimé que « compte tenu des exigences découlant de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, cette notion de rémunération doit être interprétée à la lumière des règles et des principes établis par l'ensemble des directives relatives à la propriété intellectuelle, tels qu'interprétés par la Cour » (CJUE, 30 juin 2011, VEWA, aff. C-271/10, Rec. I-8515).

<sup>4673</sup> BENABOU V.-L., « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., p. 147.

<sup>4674</sup> GOTZEN Fr., « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », art. préc., p. 48.

- 1) La fonction complétive destinée à préciser le champ des exceptions

La « balance des intérêts » dans le cadre du droit d'auteur est généralement appréhendée comme étant favorable aux intérêts des utilisateurs au détriment de ceux des titulaires de droits<sup>4675</sup>. Cette remarque mérite, dans une certaine mesure seulement, approbation. En effet, la finalité de l'usage de la « balance des intérêts » dépend des acteurs qui l'emploient. Son usage par la doctrine est, sans aucun doute, dirigé en faveur des intérêts des utilisateurs. Comme nous l'avons constaté, en amont de la norme, lors des négociations ou lors des prises de position de la doctrine, les expressions de « balance des intérêts » ou d'« équilibre des intérêts » sont, pour les producteurs de la règle, des instruments rhétoriques destinés à convaincre de la nécessité de restreindre la portée des droits exclusifs de l'auteur. En conséquence, lorsque l'expression apparaît dans une norme formelle, on peut légitimement supposer que le producteur de celle-ci exprime sa volonté de sauvegarder les intérêts des utilisateurs. Toutefois, pour le juge, comme nous allons le voir, la formule du « juste équilibre » n'est pas un outil rhétorique marqué par le sceau des intérêts des utilisateurs. Il s'agit d'un instrument utile pour interpréter les normes, et, le cas échéant les compléter lorsque leur énoncé est insuffisamment précis pour que les acteurs nationaux puissent déterminer, avec certitude, si leur régime juridique est conforme à la directive. En conséquence, l'interprétation du considérant 31 de la directive DADVSI par les juges européens a tantôt pour effet de réduire, en faveur des titulaires de droits, le champ des exceptions aux droits, tantôt de l'étendre, en faveur des utilisateurs.

L'interprétation du considérant peut avoir pour effet de circonscrire le champ des exceptions (a) mais également de l'élargir (b).

---

<sup>4675</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 1127 : « sous prétexte d'une recherche d'équilibre, [la balance des intérêts en présence] est un moyen de déformer les objectifs poursuivis par le législateur et d'élargir le champ des exceptions ».

a) Circonscription du champ des exceptions

Le champ des exceptions peut être délimité avec davantage de précision (i) voire restreint (ii).

i) *La délimitation du champ des exceptions : l'arrêt Infopaq*

Dans le célèbre arrêt Infopaq rendu le 16 juillet 2009<sup>4676</sup>, les juges interprètent discrètement le considérant 31 de la directive DADVSI ce qui a pour effet de restreindre le champ de l'exception de reproduction provisoire.

a. *L'interprétation stricte de l'article 5 § 1 de la directive*

**Faits.** Le litige concerne l'activité d'un agrégateur de presse, la société infopaq utilisant des techniques de numérisation afin de scanner les articles de presse pour ensuite les envoyer à ses clients<sup>4677</sup>. Plus exactement, la question concernait le « clipping », technique à partir de laquelle l'agrégateur opère un repérage d'articles intéressant leur clientèle grâce aux mots clés fournis par elle. Les clients peuvent se faire ensuite communiquer les articles sélectionnés à l'aide de ce procédé. La société Infopaq verse aux titulaires de droit une rémunération au titre des droits d'auteur à chaque communication. Pour les actes de reproductions antérieurs à cette communication, la société Infopaq ne sollicitait aucune autorisation préalable auprès des titulaires de droits et se prévalait, pour s'y soustraire, de l'exception de copie provisoire et transitoire énoncée à l'article 5 § 1 de la directive DADVSI, laquelle n'était pas, selon le syndicat professionnel des quotidiens danois, applicable. Devant la cour d'appel (Haute Cour du Danemark oriental, 14 février 2007), les juges danois ont été convaincus par les représentants du syndicat et estimaient que l'opération de scannage des articles et de retraitement visée dans le contentieux n'était pas couverte par l'exception de copie transitoire et provisoire. Le litige a donc été porté devant la Cour suprême danoise, laquelle a décidé de

---

<sup>4676</sup> CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, Comm. com. électr., 2009, comm. 97, note CARON ; JCP éd. G. 2009, 272, note MARINO ; PI, 2009, p. 379, obs. BENABOU ; JCP éd. E 2010, 1691, n° 12, obs. SARDAIN.

<sup>4677</sup> Le procédé utilisé comporte cinq étapes : enregistrement manuel dans une base de données des publications concernées, numérisation par balayage qui vise à la création de fichiers TIFF (Tag Image File Format) transférés sur un serveur OCR (Optical Character Recognition), conversion par le serveur OCR du fichier TIFF en fichier textes, analyse du fichier texte pour rechercher les mots clés, la mise en mémoire portant sur un extrait constitué d'un mot clé, des cinq mots qui le suivent et des cinq mots qui le précèdent, enfin, édition d'une fiche de suivi.

surseoir à statuer afin d'obtenir de la CJCE, à titre préjudiciel, des éclaircissements, d'une part, sur l'interprétation de l'article 2, sous a), de la directive relatif au droit de reproduction conféré à l'auteur, et, d'autre part, sur les conditions d'exemption des actes de reproduction provisoire au sens de l'article 5, § 1 de la directive.

**Questions préjudicielles générales.** Les juges danois demandaient, dans un premier temps, si les opérations techniques réalisées par la société Infopaq avant la communication de l'article à leurs clients sont susceptibles de constituer des actes de reproduction au sens de l'article 2, et dans un second temps, si l'interprétation de l'exception de copie provisoire contenue à l'article 5 peut conduire à exempter la société de solliciter l'autorisation des auteurs des articles.

**Interprétation extensive de la notion de « reproduction ».** La réponse de la CJUE aux différentes questions relatives au premier point, à savoir, la définition de la notion de « reproduction en partie », quoique fondamentale, ne nous intéresse guère ici. Précisons simplement que la Cour, à la lumière des textes en vigueur (Convention de Berne – par le truchement de l'accord ADPIC, les directives antérieures et la présente directive) interprète l'article 2 de telle sorte que les actes analogues à ceux effectués par la société Infopaq apparaissent constitutifs d'actes de reproduction de parties d'œuvres protégées. Pour ce faire, elle admet qu'il faut concevoir le droit de reproduction au sens large. Cette interprétation in favor auctoris est justifiée à double titre. D'une part, en raison des objectifs de la directive d'élever la protection en faveur des auteurs afin de permettre à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres<sup>4678</sup>, d'autre part, au regard du 21<sup>e</sup> considérant, qui précise expressément qu'il convient de donner aux actes de reproduction « une définition large » pour des raisons de sécurité juridique<sup>4679</sup>. Ainsi, au regard de ces deux objectifs de la directive (la protection des intérêts économiques des auteurs d'une part, la sécurité juridique – indispensable pour le marché unique d'autre part), une interprétation extensive des normes énonçant les droits de l'auteur s'impose. Cette faveur à l'égard de l'auteur découle donc d'une interprétation téléologique de la directive.

---

<sup>4678</sup> Point 40.

<sup>4679</sup> Considérant 21 : « La présente directive doit définir le champ des actes couverts par le droit de reproduction en ce qui concerne les différents bénéficiaires, et ce conformément à l'acquis communautaire. Il convient de donner à ces actes une définition large pour assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur ».

**Question préjudicielle relative à l'exception de copie provisoire.** La partie qui nous intéresse concerne la seconde série de questions. La juridiction danoise :

« demande en substance si les actes de reproduction effectués au cours d'un procédé d'acquisition de données, tel que celui en cause au principal, remplissent les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et, partant, si ce procédé peut être réalisé sans le consentement des titulaires des droits d'auteur concernés, dès lors qu'il vise à permettre la rédaction d'une synthèse d'articles de presse et consiste en la numérisation par balayage de l'intégralité de ces articles, la mise en mémoire d'un extrait de onze mots et l'impression de cet extrait<sup>4680</sup> ».

**Les conditions d'application de l'exception au droit de reproduction.** Pour que l'utilisateur soit exempté de solliciter l'autorisation du titulaire du droit de reproduction, cinq conditions cumulatives<sup>4681</sup> énoncées à l'article 5 § 1 de la directive, doivent être réunies. La reproduction doit : être provisoire, transitoire (ou accessoire), constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, avoir pour unique finalité de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et être enfin dépourvue de signification économique indépendante<sup>4682</sup>.

La Cour vérifie si des actes analogues aux actes litigieux sont qualifiables, ainsi que le prétend la société Infopaq, d'actes « transitoires », au sens de la directive. Pour ce faire, elle rappelle le mode d'interprétation des exceptions et précise la notion de reproduction transitoire à l'aune d'une approche fonctionnelle de l'exception.

**Interprétation restrictive de l'exception.** Plusieurs motifs expliquent que les juges adoptent une interprétation restrictive de cette exception. En premier lieu, la Cour rappelle, d'après une jurisprudence constante<sup>4683</sup>, que « *les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte*<sup>4684</sup> ». Cela signifie que la présence de chaque condition énoncée à l'article 5 § 1 doit être vérifiée

---

<sup>4680</sup> Point 53.

<sup>4681</sup> Point 55.

<sup>4682</sup> Point 54.

<sup>4683</sup> V. notamment : CJCE, 29 avril 2004, Kapper, C-476/01, Rec. p. I-5205, point 72. – CJCE, 26 octobre 2006, Commission/Espagne, C-36/05, Rec. p. I-10313, point 31

<sup>4684</sup> Point 54.

rigoureusement et successivement. En second lieu, l'interprétation doit d'autant plus être stricte que la directive ajoute, en son article 5 § 5, des conditions générales à la validité de chaque exception (test des 3 étapes) : l'« *exemption n'est applicable que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou de l'autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit*<sup>4685</sup> ». Enfin l'objectif de préservation de la sécurité juridique des auteurs en ce qui concerne la protection de leurs œuvres énoncé, de manière générale dans les considérants 4 (la sécurité juridique incite à l'investissement) et 6 (la sécurité juridique favorise les économies d'échelle pour les nouveaux produits et services), ainsi que de manière particulière dans le considérant 21 (la sécurité juridique justifie l'interprétation large du droit de reproduction de l'auteur), militent à nouveau pour une interprétation restrictive de l'exception<sup>4686</sup>.

L'exigence d'une interprétation restrictive des exceptions au droit de reproduction répond encore à un enjeu logique. Elle constitue en effet la réciproque de l'énoncé du considérant 21 de la directive selon lequel « il convient de donner à ces actes [de reproduction] une définition large pour assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur ».

**Interprétation du caractère « transitoire » (2<sup>e</sup> condition) de la reproduction à partir de la fonction technique de la reproduction (3<sup>e</sup> condition).** La condition qu'il s'agit ici d'interpréter pour déterminer précisément si les actes de reproduction en cause relèvent de l'exception de copie provisoire est la seconde, à savoir, celle qui subordonne le bénéfice de l'exception au caractère transitoire (ou accessoire) de la reproduction<sup>4687</sup>. C'est sur cette condition que les opinions des parties achoppaient devant les juridictions du fond. L'argument principal de la société Infopaq afin de convaincre les juges que ces actes de reproduction sont transitoires est de souligner que les reproductions sont effacées à l'issue du processus de recherche électronique.

Pour éclairer le contenu de la notion de « reproduction transitoire » grâce à laquelle il sera possible de répondre à cette question, les juges communautaires recourent à l'examen de la condition suivante, à savoir, celle qui exige que l'acte de reproduction constitue « une partie *intégrante et essentielle d'un procédé technique* ». Cette condition, qui semble correspondre soit à un critère de nature structurelle (la reproduction fait partie du procédé), soit un critère

---

<sup>4685</sup> Point 58.

<sup>4686</sup> Point 59.

<sup>4687</sup> La reproduction provisoire peut être transitoire comme en l'espèce ou accessoire. Sur ce dernier caractère, v. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 369.

de nature finaliste (la reproduction est destinée à la communication ou à l'usage licite de l'œuvre), apparaît, au regard des autres conditions, a priori superfétatoire<sup>4688</sup>. Pour lui donner une signification propre, les juges appréhendent cette condition sous l'angle fonctionnel. En ce sens, la reproduction présente exclusivement une fonction technique : elle constitue l'acte sans lequel le procédé technique ne pourrait fonctionner. Pour étayer cette conception, ils estiment que cette condition doit être regardée et précisée à la lumière, d'une part, du principe d'interprétation stricte des dérogations et, d'autre part, du triple test imposant notamment que l'exception ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. En application du principe d'interprétation restrictive des exceptions et du triple test, les juges estiment que les actes de reproduction provisoire « ne sauraient excéder ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de ce procédé technique<sup>4689</sup> ».

Les juges ajoutent alors à la troisième condition, un critère supplémentaire : l'acte de reproduction transitoire doit non seulement constituer « une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » c'est-à-dire assurer le bon fonctionnement du procédé, mais encore être strictement nécessaire aux besoins de ce procédé pour que celui-ci puisse remplir sa fonction propre ( à savoir, permettre la transmission d'une œuvre dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé)<sup>4690</sup>. L'acte de reproduction provisoire visé n'est qu'un moyen technique en vue d'une fin technique. Il ne saurait servir d'autres fins ou excéder ce qui est nécessaire pour remplir cette fonction sans méconnaître le champ d'application auquel le législateur l'a circonscrit.

**Le caractère « transitoire » découle d'exigences techniques.** Logiquement, une reproduction « transitoire » devrait-être de courte durée. Toutefois, à partir de quelle durée la reproduction n'est plus « transitoire » ? A l'aune de la troisième condition regardée sous l'angle fonctionnel et à l'aune du principe de nécessité, les juges sont en mesure de préciser le contenu de la notion de « reproduction provisoire ».

---

<sup>4688</sup> Du point de vue structurel, elle est superflue dans la mesure où elle sera systématiquement remplie dès lors qu'elle s'effectue par voie informatique, ce qu'implique notamment la seconde condition ; du point de vue finaliste, cette condition fait double emploi avec la suivante comme le note M. Lucas : « la formule ["partie intégrante et essentielle d'un procédé technique"] veut, de toute évidence, mettre l'accent sur le fait que les copies ne sont pas réalisées pour elles-mêmes, mais comme une étape dans un processus technique de communication. Il semble cependant qu'il n'y ait pas grand-chose à en tirer pour délimiter la portée de l'exception, la condition étant incluse dans la suivante, concernant l'objet de la reproduction » (LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 370) ; cette troisième condition n'est finalement utile, comme nous allons le voir, que pour interpréter la seconde relative au caractère « transitoire ».

<sup>4689</sup> Point 61.

<sup>4690</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 808.

Le caractère transitoire de l'acte de reproduction dépend de la conformité de la durée effective de la reproduction par rapport à la durée techniquement nécessaire. « Un acte » affirment les juges « ne peut être qualifié de "transitoire" au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné<sup>4691</sup> ». La durée de vie de la reproduction ne saurait excéder ce que la technique exige, et a fortiori, la reproduction transitoire ne saurait exister « en dehors de la sphère informatique<sup>4692</sup> » puisqu'elle ne répondrait à aucun besoin technique. En l'occurrence, certains actes de reproduction effectués par Infopaq consistaient en reproductions sur support papier<sup>4693</sup>. La « durée de vie » de la reproduction, dépendante de la volonté humaine, excédait donc la durée de vie nécessaire au fonctionnement du procédé. Ce type de reproduction ne remplit en conséquence pas la seconde condition et ne peut être qualifié de « transitoire », ni a fortiori de « reproduction provisoire » au sens de l'article 5 § 1.

*b. La condition de nécessité fondée sur le « juste équilibre »  
du considérant 31*

Il convient de revenir sur l'adjonction du critère de nécessité à la troisième condition et corrélativement à la seconde. Celle-ci manifeste, selon M. Pollaud-Dulian, un des principes d'interprétation des exceptions de la CJUE et, plus exactement, le principe de proportionnalité. Selon cet auteur, « l'interprétation doit respecter une exigence de proportionnalité par rapport à la finalité de l'exception, c'est-à-dire ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cette finalité<sup>4694</sup> ». Dans l'arrêt, cependant, la Cour n'explicite pas le recours au principe de proportionnalité pour interpréter la norme et se borne à présenter des arguments qui enjoignent d'interpréter strictement les exceptions sans que ceux-ci ne justifient, par ailleurs, l'ajout du critère de nécessité qui, rappelons-le, n'apparaît pas dans l'énoncé de la directive. Une interprétation strictement littérale de la troisième condition ne permet logiquement pas de conclure que la reproduction doit être nécessaire et

---

<sup>4691</sup> Point 64.

<sup>4692</sup> Point 67.

<sup>4693</sup> Point 69 : « comme le procédé d'acquisition de données n'est pas, à l'évidence, susceptible de détruire lui-même un tel support, la suppression de ladite reproduction dépend de la seule volonté de l'utilisateur d'un tel procédé, dont il n'est nullement certain qu'il veuille s'en défaire, ce qui a pour conséquence que ladite reproduction risque de subsister pendant une période prolongée en fonction des besoins de l'utilisateur ».

<sup>4694</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 1129.

exclusivement destinée au bon fonctionnement du procédé technique. Ce fut d'ailleurs l'opinion de l'avocat général, lequel estimait que le simple caractère technique de la reproduction était suffisant pour répondre à la troisième condition<sup>4695</sup>. Les juges ont donc à nouveau recours à une interprétation téléologique puisqu'ils recherchent la finalité pour laquelle l'exception a été instituée, en l'occurrence ne pas freiner le développement technique en imposant aux acteurs, et notamment, les fournisseurs d'accès aux réseaux de solliciter les autorisations aux auteurs<sup>4696</sup>. Le droit de reproduction de l'auteur ne doit, en ce sens, figurer comme un obstacle au développement des technologies. En tant qu'exception au droit, l'exception de copie provisoire participe au « juste équilibre » entre les droits des auteurs et les intérêts des utilisateurs, c'est-à-dire, ceux qui exploitent et utilisent les services informatiques de communication ou d'accès aux œuvres. L'ensemble des conditions de l'exception provisoire participe à la poursuite de ce juste équilibre entre les droits des titulaires et les intérêts des exploitants des services informatiques et de leurs utilisateurs finaux. Or permettre à ces exploitants de réaliser des actes de reproduction qui ne serviraient pas exclusivement des fins techniques conduirait à privilégier les intérêts des exploitants bénéficiaires de l'exception au détriment de ceux des titulaires de droits, et ce, en contradiction avec la finalité de l'exception.

Il est à envisager que les juges ont interprété l'article de la directive à la lumière du principe de proportionnalité en se fondant implicitement sur le 31<sup>e</sup> considérant de la directive, lequel, s'il n'apparaît pas expressément au sein du raisonnement, demeure cité parmi les règles de droit applicables<sup>4697</sup>. Le maintien du « juste équilibre » en matière de droits et d'intérêts entre titulaires de droits et les utilisateurs est de nature à justifier le principe de proportionnalité – réduit au principe de nécessité – employé pour interpréter l'exception de reproduction provisoire. Il serait, en d'autres termes, contraire à l'objectif du « juste équilibre » entre les

---

<sup>4695</sup> « Selon nous – et l'opinion majoritaire en doctrine – il n'est pas nécessaire que l'acte de reproduction soit un élément indispensable d'un processus technique déterminé pour qu'il en constitue sa partie intégrante et essentielle. Ce fait découle déjà de l'exposé des motifs de la proposition de directive 2001/29 dans lequel la Commission affirme que l'article 5, paragraphe 1, a pour objet d'exclure les actes de reproduction provisoires que «lui dicte la technologie». On peut également en déduire qu'il est sans importance de savoir à quelle étape du processus technique l'acte de reproduction provisoire intervient », Conclusions de l'avocat général V. Trstenjak, 12 février 2009, point 94.

<sup>4696</sup> Conclusions de l'avocat général, v. Trstenjak, 12 février 2009, point 49, « Du fait que la reproduction est *plus simple et plus rapide*, il faut, d'une part, assurer une protection adéquate du droit d'auteur; cette protection doit cependant et d'autre part, être assez flexible pour ne pas gêner le développement ou le fonctionnement normal des nouvelles technologies. Pour répondre aux questions préjudicielles en cause dans la présente affaire, nous devons nous fonder sur un équilibre adéquat entre une protection suffisamment élevée et dans le même temps suffisamment flexible des droits d'auteur ». V. égal. le point n° 1.

<sup>4697</sup> Point 8. Les juges se bornent à citer le début du considérant : « Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés ».

titulaires de droits et les utilisateurs, auquel l'institution de l'exception de copie provisoire participe, que celle-ci soit détournée de la finalité subordonnée pour laquelle elle a été instituée, à savoir promouvoir le développement technique, ou, du moins éviter de le freiner.

En conclusion, les juges, pour s'assurer que l'exception poursuive sa finalité propre et réponde à l'objectif de juste équilibre entre titulaires de droit et utilisateurs conformément au considérant 31, ont ajouté une exigence de nécessité à la troisième condition de l'exception de copie provisoire afin d'empêcher les actes de reproductions réalisés pour d'autres motifs que la seule efficacité du procédé technique.

Le principe de nécessité appliqué pour interpréter l'exception de copie provisoire découlerait donc du considérant 31 et de l'objectif du « juste équilibre » entre les droits des titulaires de droits et les intérêts des opérateurs techniques.

*c. Confirmation par la jurisprudence ultérieure*

**Arrêt Football Association Premier league.** Dans l'arrêt Football Association Premier League du 4 octobre 2011<sup>4698</sup> relatif à nouveau à l'exception de reproduction provisoire, les juges reprennent le raisonnement de la décision Infopaq en explicitant toutefois la fonction du 31<sup>e</sup> considérant de la directive et l'objectif de « juste équilibre » pour l'interprétation de l'exception.

En effet, après avoir rappelé les deux principes d'interprétation concurrents en matière d'exception, à savoir, d'une part, l'interprétation stricte des dérogations aux règles générales, et d'autre part, le respect de l'effet utile de l'exception et de sa finalité telle qu'elle ressort du 31<sup>e</sup> considérant<sup>4699</sup>, les juges affirment :

« conformément à son objectif, cette exception doit donc rendre possible et assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies, ainsi que maintenir un juste

---

<sup>4698</sup> CJUE, 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, Football Association Premier League Ltd c/ QC Leisure et Murphy c/ Media Protection Services Ltd, D. 2011, p. 2474, et 2012, p. 704, spéc. p. 709, obs. ALAPHILIPPE N. ; AJDA, 2011, p. 2339, chron. AUBERT M., BROUSSY E. et DONNAT F. ; RTD com., 2011, p. 744, obs. POLLAUD-DULIAN Fr.; RTD eur., 2011, p. 855, obs. TREPPOZ E., 2012, p. 229, obs. SIBONY A.-L. et p. 446, obs. BLAISE J.-B.

<sup>4699</sup> Points 20, 162 et 163.

équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires de droits, d'une part, et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent bénéficier de ces nouvelles technologies, d'autre part<sup>4700</sup> ».

Autrement dit, l'objectif de l'exception de copie provisoire est double : premièrement, contribuer à l'innovation et, deuxièmement, maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires et les intérêts toujours plus importants des utilisateurs étant donné le double statut d'utilisateur de ces derniers (utilisateurs d'œuvres et de nouvelles technologies).

L'objectif de « juste équilibre », quoiqu'a priori distinct de l'objectif d'innovation, est conçu par les juges de manière tellement générale qu'il appréhende à lui seul ce premier objectif. En effet, pour justifier l'interprétation des deux dernières conditions de l'exception de reproduction provisoire en faveur des utilisateurs, les juges arguent que, si l'exception n'avait en l'espèce pas été retenue, « cela gênerait, voire paralyserait, une propagation ainsi qu'une contribution effective de nouvelles technologies au mépris de la volonté du législateur de l'Union telle qu'exprimée au trente et unième considérant de la directive sur le droit d'auteur<sup>4701</sup> ». Cela suppose, d'une part, que l'objectif du « juste équilibre » entre intérêts concurrents et l'objectif d'innovation technique ne sont pas distincts, mais, qu'au surplus, ils relèvent tous les deux du 31<sup>e</sup> considérant. Or comme ce considérant ne vise que le « juste équilibre » entre les droits et les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs, sans jamais évoquer la question de l'innovation, il faut admettre que l'exigence de promouvoir ou du moins de ne pas freiner l'innovation technique est comprise dans l'objectif du « juste équilibre » des intérêts.

Cela permet de confirmer l'analyse précédente selon laquelle le fondement textuel employé par les juges pour préciser l'exception de copie provisoire en lui ajoutant un critère de nécessité afin de conformer l'énoncé de l'article à sa finalité (promouvoir l'innovation technologique) est le considérant 31 de la directive. En outre, cet arrêt confirme également le caractère neutre de la fonction de la notion de « juste équilibre » qui peut être employée dans le sens des intérêts des titulaires de droit (Infopaq), tantôt, comme dans cet arrêt, dans le sens des intérêts des utilisateurs des œuvres et des technologies. Cette analyse est encore confirmée par l'arrêt *Public Relations Consultants Association* du 5 juin 2014<sup>4702</sup> dans lequel les juges reprennent les mêmes termes que dans l'arrêt *Football Association Premier League*.

---

<sup>4700</sup> Point 164.

<sup>4701</sup> Point 179.

<sup>4702</sup> CJUE, 5 juin 2014, *Public Relations Consultants Association Ltd c/ Newspaper Licensing Agency Ltd e.a.*, aff. C-360/13, point 21 et s.

ii) *La restriction du champ des exceptions : L'arrêt Deckmyn*

Dans l'arrêt Deckmyn du 3 septembre 2014<sup>4703</sup>, la CJUE est venue préciser les circonstances dans lesquelles l'exception de parodie, en dépit de la réunion de ses conditions d'application, pourrait ne pas produire ses effets. Au nom du « juste équilibre » entre les intérêts des parties, les juges restreignent le champ d'application de l'exception de parodie.

**Faits.** Au demeurant, était opposé un membre du parti politique d'extrême droite et nationaliste Vlaams Belang, M. Deckmyn aux ayants-droit de l'œuvre de bande dessinée pour enfants « Bob et Bobette » (« Suske en Wiske ») d'un célèbre auteur belge aujourd'hui décédé, Willy Vandersteen. Le premier, à l'occasion d'une réunion à la mairie de Gand, avait distribué des calendriers sur la couverture desquels apparaissait un dessin ressemblant à la couverture d'un vieil album de la série mentionnée. Dans le dessin original de 1961, le personnage principal, vêtu d'une tunique blanche, jetait des pièces de monnaie à un parterre de personnes ; dans la prétendue parodie, le personnage principal est remplacé par le bourgmestre de Gand et les personnes ramassant les pièces, par des hommes barbus de couleur et ainsi que par des femmes revêtues de burqa.

**Procédure.** Les ayants-droit ont saisi le Tribunal de première instance de Bruxelles afin que cesse la diffusion du dessin litigieux, estimant que celle-ci porte atteinte aux droits qu'ils détiennent sur l'œuvre initiale. Le jugement fait droit à cette demande et l'association du parti et son président interjettent appel. Pour leur défense, ceux-ci affirment que le dessin constitue une caricature politique, relevant de l'exception de parodie. Ils invoquaient ainsi l'article 22 de la loi du 30 juin 1994 de la loi belge relative au droit d'auteur, qui dispose : « lorsque *l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire (...) la caricature, la parodie ou le pastiche, compte tenu des usages honnêtes* ».

---

<sup>4703</sup> CJUE, 3 septembre 2014, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c/ Helena Vandersteen a., Dalloz actualité, 10 septembre 2014, note DALEAU ; RLDI, octobre 2014, pp. 20-21, note COSTES ; RLDI, octobre 2014, p. 29, note CASTETS-RENARD ; LPA, 5 décembre 2014, n° 243, p. 3 et s., note TRICOT-CHAMARD ; Legipresse, novembre 2004, n° 321, pp. 604-610, note BLANC ; Europe, novembre 2014, n° 11, p. 46, note SIMON ; RLDI, novembre 2014, n° 109, pp. 8-16, note MOURON ; Comm. com. électr., novembre 2014, n° 11, pp. 33-34, note CARON ; D., 2014. 2097, note Galopin ; RTD com., 2014. 815, note POLLAUD-DULIAN ; PI, octobre 2004, n° 53, pp. 393-396, note BRUGUIERE.

**Questions préjudicielles.** La cour d'appel de Bruxelles sollicite la CJUE afin de savoir si, en premier lieu, la notion de parodie est une notion autonome du droit de l'Union. Elle demande, en second lieu, s'il est nécessaire que toutes les conditions traditionnellement prévues par le droit belge devaient être réunies pour qualifier une œuvre de parodie (conditions d'originalité, d'attribution, d'humour et de citation) et si d'autres conditions devaient encore être remplies pour que l'œuvre soit qualifiée de parodie.

**La parodie est une notion autonome.** Concernant la notion de parodie, la Cour sans grande surprise lui reconnaît, malgré le caractère facultatif de l'exception<sup>4704</sup>, la qualité de notion autonome du droit de l'Union en reprenant le raisonnement de la jurisprudence Padawan : « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause<sup>4705</sup> ». Puisque la notion de parodie est contenue dans la directive DADVSI et ne fait l'objet d'aucun renvoi aux droits nationaux, les juges du Luxembourg considèrent qu'il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union, laquelle doit en conséquence « être interprétée de manière uniforme sur le territoire de cette dernière<sup>4706</sup> ».

---

<sup>4704</sup> Point 16. Le fait que la plupart des exceptions et limitations figurant dans la directive Dadvsi soient facultatives, laissait aux États membres une marge de liberté importante dans la transposition de celles-ci. Cette technique législative, dite d'harmonisation minimale ou optionnelle, grâce à laquelle les États disposent d'une latitude importante, pouvait s'interpréter logiquement, quoique implicitement, comme la volonté de renvoyer aux droit des États membres et comme « un obstacle à la reconnaissance de notions autonomes en la matière », ( GALOPIN B., note sous CJUE, 3 sept. 2014, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c/ Helena Vandersteen a., préc., n° 3). Force est pourtant de constater que depuis l'arrêt Infopaq cet obstacle a été franchi. Comme le note d'ailleurs M. Galopin, si l'on s'en tient à l'objectif d'harmonisation poursuivi par l'établissement de « notions autonomes du droit de l'Union », il y a une forme de paradoxe à vouloir imposer une interprétation uniforme d'une exception dont la transposition est facultative. Disons, que le juge harmonise ce qu'il est capable d'harmoniser en attendant un sursaut législatif : « de manière générale, l'inefficacité de l'harmonisation d'un système où la transposition de chaque exception est facultative surgira tôt ou tard. Par ses silences, la solution de la Cour semble ainsi suggérer au législateur européen, à l'approche de la réforme de la directive n° 2001/29/C, que soit imposée cette fois une liste d'exceptions obligatoire, seule à même de créer les conditions de l'harmonisation visée », (GALOPIN B., note sous CJUE 3 sept. 2014, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c/ Helena Vandersteen a., D., 2014. 2097, n° 4).

<sup>4705</sup> Point 14.

<sup>4706</sup> Point 15.

**Éléments de définition de la notion de parodie.** Avant de définir la notion de parodie, les juges rappellent la méthode à adopter. Conformément à la jurisprudence communautaire, il faut, pour définir une notion dont la signification et la portée n'ont pas été établies par le législateur, avoir recours au sens du terme tel qu'il se dégage du langage ordinaire, « tout en tenant compte du contexte dans lequel il est utilisé et des objectifs poursuivis par la réglementation dont il fait partie ». Le cas échéant notent les juges, la notion de parodie présente selon le langage courant deux caractères, d'une part, un caractère référentiel, puisque la parodie évoque nécessairement une œuvre existante (1<sup>e</sup> condition), tout en présentant des différences perceptibles par rapport à celle-ci (2<sup>e</sup> condition), et, d'autre part, un caractère humoristique car elle constitue une manifestation d'humour ou une raillerie (3<sup>e</sup> condition)<sup>4707</sup>.

Ces éléments de définition, relativement larges, conduisent les juges à exclure trois des quatre critères posés par la législation belge subordonnant le bénéfice de l'exception de parodie. Le fait que la parodie doive présenter un caractère original, qu'elle puisse raisonnablement être attribuée à une personne autre que l'auteur de l'œuvre originale lui-même et qu'elle doive porter sur l'œuvre originale elle-même ou devrait mentionner la source de l'œuvre parodiée ne ressortent pas, selon les juges communautaires, du sens ordinaire de la notion de parodie. A cela s'ajoute le fait que ni l'interprétation littérale de l'énoncé de l'article 5, paragraphe 3, sous k) ni le « contexte » de cet article – à savoir qu'il s'agit d'une exception devant être interprétée strictement – ne supposent que les conditions d'originalité, d'attribution et de citation soient suggérées par la notion de « parodie » employée par le législateur européen ou par l'article dans lequel elle apparaît.

Pour déterminer la portée de l'exception de parodie, les juges vont interpréter la notion selon les modes d'interprétation traditionnels des exceptions.

**Les modes d'interprétation des exceptions en conflit. Faveur pour l'interprétation téléologique.** Les juges rappellent les deux modes d'interprétation qui gouvernent la découverte de la signification de l'énoncé d'une exception : le principe d'interprétation stricte d'une part, le principe de l'effet utile couplé à l'interprétation téléologique d'autre part<sup>4708</sup>. Pour départager ces modes d'interprétation qui conduisent à des résultats antagonistes, les juges soulignent deux facteurs significatifs ayant pour conséquence de réduire la portée du premier mode au profit du second.

---

<sup>4707</sup> Point 20.

<sup>4708</sup> Point 22.

Les juges soulignent, en effet, que l'interprétation stricte ne signifie pas interpréter restrictivement. Ils circonscrivent la portée du principe de l'interprétation stricte en affirmant que le caractère dérogoire de l'exception de parodie, justifiant l'interprétation stricte, n'a pas « *pas pour conséquence de réduire le champ d'application de cette disposition par des conditions* » telles que celles de la législation belge, « qui ne ressortent ni du sens habituel du terme 'parodie' dans le langage courant, ni du libellé de cette disposition<sup>4709</sup> ». Cela signifie, selon les juges, que l'interprétation stricte d'un texte ne peut avoir d'effet restrictif que si cela se justifie d'un point de vue lexical (selon la définition ordinaire des termes employés dans l'énoncé) ou d'un point de vue littéral (selon le contenu de l'énoncé lui-même). Finalement, le mode d'interprétation stricte est strictement circonscrit.

Les juges communautaires auraient pu se borner, afin de fournir précisément des réponses aux questions préjudicielles, à indiquer que l'interprétation stricte des exceptions conduit à écarter les critères traditionnels de la législation belge ou tout autre critère supplémentaire. Ils vont pourtant approfondir leur analyse sur le terrain finaliste afin de préciser la portée de l'exception de parodie. Pour ce faire, il rappelle l'autre mode d'interprétation applicable en matière d'exception.

Le second mode d'interprétation des exceptions se compose d'une part du principe de sauvegarde de l'effet utile de l'exception et, d'autre part, du respect de la finalité de l'exception<sup>4710</sup>. Généralement, le principe de sauvegarde de l'effet utile s'avère, de par sa logique même, favorable aux intérêts des utilisateurs. Nous pourrions penser de même du second, pourtant, force est de constater que le respect de la finalité de l'exception peut conduire à délimiter celle-ci (Infopaq). Dans notre arrêt, le principe d'effet utile est écarté au profit de l'interprétation téléologique. A cet égard, les juges se réfèrent à l'arrêt Football Association et plus spécifiquement à la mention dans cet arrêt relatif à l'exception de copie provisoire, selon laquelle la finalité d'une exception correspond à la poursuite du « juste équilibre » exprimé dans le considérant 31 de la directive<sup>4711</sup>. C'est à partir de cet objectif distributif de « juste équilibre » que les juges précisent la portée de l'exception de parodie.

---

<sup>4709</sup> Point 24.

<sup>4710</sup> Point 23.

<sup>4711</sup> V. CJCE Football Association Premier League e.a., aff. C-403/08 et C-429/08, point 163.

**Approche téléologique : recherche de l'objectif général de la directive (respect de la liberté d'expression) et de l'objectif particulier des exceptions au droit d'auteur (juste équilibre entre droits et intérêts).** Ayant opté, afin de donner sens à l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive DADVSI relatif à l'exception de parodie, pour une interprétation de type téléologique, les juges examinent les objectifs poursuivis par cet article. Or comme ceux-ci s'inscrivent logiquement parmi les objectifs généraux poursuivis par la directive, les juges commencent par rechercher parmi ces derniers celui qui faciliterait l'appréhension de l'article 5 relatif aux exceptions avant de s'intéresser ensuite à l'objectif particulier du texte en question.

Selon le 3<sup>e</sup> considérant, rappellent les juges, l'un des objectifs de la directive est de procéder « à une harmonisation qui contribue à l'application des quatre libertés du marché intérieur et qui porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général<sup>4712</sup> ». Dans ce cadre général, la parodie constitue « un moyen approprié pour exprimer une opinion<sup>4713</sup> » et relève donc de l'exercice de la liberté d'expression en tant que droit fondamental.

Concernant l'objectif des exceptions aux droits de l'auteur en particulier, les juges se réfèrent au considérant 31, d'après lequel, et conformément aux arrêts Padawan et Painer<sup>4714</sup>, les exceptions « visent à maintenir un 'juste équilibre' entre, notamment, les droits et les intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part<sup>4715</sup> ».

Appliqué à l'exception de parodie, cela signifie que, de par son existence même, celle-ci constitue l'une des normes par laquelle se résout le conflit entre les droits de l'auteur et des ayants-droit d'une part et la liberté d'expression des utilisateurs de l'œuvre protégée d'autre part.

**Restriction du champ d'application de l'exception de parodie au nom du « juste équilibre » des intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs.** A l'aune de l'objectif général de la directive selon lequel la liberté d'expression, en tant que droit fondamental, doit être respectée (considérant 3) et de l'objectif particulier attribué à l'article 5 selon lequel un équilibre doit être maintenu entre les droits et intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs (considérant 31), les juges en déduisent que :

---

<sup>4712</sup> Point 25.

<sup>4713</sup> Point 25.

<sup>4714</sup> Les juges se réfèrent respectivement aux points 43 et 132 des arrêts Padawan et Painer.

<sup>4715</sup> Point 26.

« l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, doit respecter un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts et les droits des personnes visées aux articles 2 et 3 de cette directive et, d'autre part, la liberté d'expression de l'utilisateur d'une œuvre protégée se prévalant de l'exception pour parodie, au sens de cet article 5, paragraphe 3, sous k) <sup>4716</sup>».

Les juges précisent que l'application de cette exception doit respecter le juste équilibre entre les droits et les intérêts<sup>4717</sup> des titulaires de droit et des utilisateurs, « dans une situation concrète », ce qui suggère qu'une déduction rigoureuse de la règle relative à l'exception de parodie ne permet pas de résoudre de manière systématique et univoque le conflit entre ces deux droits fondamentaux et qu'il est nécessaire, pour les juges nationaux, de résoudre ce type de conflits au cas par cas en attachant un soin particulier à l'ensemble des « circonstances de l'espèce<sup>4718</sup> ». En l'occurrence, les juges communautaires invitent les juges belges à constater si effectivement le dessin en cause transmet un « message discriminatoire ayant pour effet d'associer l'œuvre protégée à un tel message<sup>4719</sup> », sachant qu'un tel propos serait manifestement incompatible avec le droit communautaire et notamment le principe de non-discrimination<sup>4720</sup>. Cette incompatibilité serait de nature à ce qu'il soit reconnu aux titulaires des droits sur le dessin original un « intérêt légitime à ce que l'œuvre protégée ne soit pas associée à un tel message<sup>4721</sup> ».

Cela signifie que, d'un côté, les titulaires de droits sur l'œuvre protégée n'ont pas ici de droit stricto sensu à revendiquer mais simplement un « intérêt légitime » indépendant des droits reconnus par la directive *Dadvisi*<sup>4722</sup>, et de l'autre, que le parodiste « utilisateur » de l'œuvre

---

<sup>4716</sup> Point 27.

<sup>4717</sup> Soulignons que la directive ne vise en principe que les droits des titulaires de droits et non leurs intérêts. L'idée est que les droits sont hiérarchiquement supérieurs aux intérêts. Néanmoins, à défaut de droits appropriés pour l'espèce, les juges ont recours à la notion d'« intérêt ».

<sup>4718</sup> Point 28.

<sup>4719</sup> Point 29.

<sup>4720</sup> Les juges rappellent que ce principe a été concrétisé par la directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180, p. 22), et confirmé, notamment, à l'article 21, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (v. point 30).

<sup>4721</sup> Point 31.

<sup>4722</sup> Pour M. Caron, auquel nous nous joignons, il ne s'agit aucunement d'une reconnaissance implicite d'un droit moral : « l'arrêt indique que le titulaire du droit d'auteur a un 'intérêt légitime' à ce que l'œuvre protégée ne soit pas associée à un tel message ». On pourrait y voir une manifestation du droit moral au respect de l'esprit de l'œuvre. En réalité, il n'en est rien. La Cour souligne implicitement que, si la parodie se nourrit à la sève de la liberté d'expression, elle est également bridée par les limites apportées à cette liberté fondamentale. Mais la

parodiée a également, si les conditions de qualification de la parodie sont réunies, un intérêt à opposer, lequel s'avère expressément protégé par l'exception de parodie, fondée sur la liberté d'expression. En principe, dès lors que les conditions de l'exception au droit de l'auteur sont réunies, le monopole légal d'exploitation de l'auteur doit normalement céder. Or en l'espèce, il ne s'agit pas d'un conflit entre l'un des droits d'exploitation de l'auteur et l'intérêt juridiquement protégé par l'une des exceptions à celui-ci, mais, d'un conflit entre un « intérêt légitime » de nature morale, non prévu par la directive, et le droit à la liberté d'expression consacré par l'exception de parodie. Ce conflit, parce qu'il introduit un élément nouveau (l'intérêt légitime des titulaires de droits) ne saurait se résoudre en donnant raison au bénéficiaire de l'exception de parodie, laquelle ne peut faire automatiquement échec qu'à l'égard du seul droit auquel elle déroge, c'est-à-dire, le droit de reproduction. C'est la raison pour laquelle les juges précisent que la qualification de l'œuvre litigieuse en parodie ne saurait suffire à rendre licite la parodie litigieuse au nom du juste équilibre des intérêts des titulaires de droits et de l'« utilisateur » de l'œuvre protégée. Les juges invitent ainsi les juges nationaux à vérifier, « *en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire au principal, si l'application de l'exception pour parodie, (...) à supposer que le dessin en cause au principal réponde auxdites caractéristiques essentielles de la parodie, respecte ce juste équilibre*<sup>4723</sup> ».

Cela signifie qu'en dépit de la réunion des conditions d'application de l'exception pour parodie, celle-ci pourrait ne pas produire ses effets (lever l'exclusivité du droit) au nom du « juste équilibre » à maintenir entre les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs. Le « juste équilibre » peut donc être employé pour priver d'effet une exception au droit de l'auteur et, partant, pour restreindre le champ des exceptions.

La particularité de cet arrêt est qu'il souligne la vocation hégémonique du rôle du « juste équilibre » en cas de conflit externe au droit d'auteur. Précisons, d'ailleurs, que ce conflit externe est singulier. En effet, généralement, ce que l'on entend par conflit externe désigne le cas où les prérogatives de l'auteur pourraient être tempérées par des normes externes à la législation du droit d'auteur comme les droits fondamentaux. Dans notre espèce, au contraire,

---

limitation, propre à paralyser la parodie, est toutefois étrangère à un droit d'auteur qui n'est pas autonome car aucun droit ne vit sur une île déserte juridique qui lui permettrait d'ignorer les autres règles de droit » (CJUE ,3 sept. 2014, Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW c/ Helena Vandersteen a., Comm. com. électr., novembre 2014, n° 11, pp. 33-34, note CARON).

<sup>4723</sup> Point 35.

c'est l'exception au droit de l'auteur qui se voit potentiellement limitée par un élément relativement externe – par rapport à la dichotomie droits d'exploitation/exception de l'article 5 de la directive – à savoir l'« *intérêt légitime à ce que l'œuvre protégée ne soit pas associée* » à un message discriminatoire. Pour un auteur, la notion d'« intérêt légitime » ferait référence au triple test de l'article 5, 5°, de la directive *Dadvisi*, dont la dernière étape pose comme condition de validité de l'exception l'absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits<sup>4724</sup>. En effet, selon M. Galopin, quoique la Cour ne s'y réfère pas expressément, « il est difficile d'interpréter la paralysie d'une exception sur le fondement *de l'intérêt légitime du titulaire de droit autrement que comme la mise en œuvre de cet instrument*<sup>4725</sup> ». A notre avis, au regard des références des juges au considérant 31 et au « juste équilibre », c'est davantage du côté de ce dernier que du côté du triple test qu'il faut rechercher le fondement de la paralysie de l'exception. En outre, comme nous le voyons au travers de ces arrêts, la méthode de la balance des intérêts<sup>4726</sup>, rendue opératoire par l'intermédiaire de l'interprétation du considérant 31, tend à constituer l'instrument privilégié des juges communautaires, au détriment du triple test, pour la définition des rapports entre les titulaires de droits et les utilisateurs des objets protégés.

En outre, l'objectif de « juste équilibre » contenu dans le considérant 31, quand bien même il demeure exploité dans le cadre de l'interprétation téléologique des exceptions, figure ici comme une méthode d'adjudication. Sa fonction, outre celle de préciser la portée de l'exception de parodie, est d'habiliter le juge national à priver celle-ci d'effet dans la mesure de l'atteinte effective à l'« intérêt légitime » des titulaires des droits.

Cela montre que le « juste équilibre » du considérant 31 n'a pas simplement vocation à servir au juge pour préciser le champ des relations entre d'un côté les « droits » des auteurs et de leurs ayants-droit et de l'autre les « intérêts » des utilisateurs. Le « juste équilibre » du 31<sup>e</sup> considérant peut être employé par les juges pour mettre en balance potentiellement tous les droits et intérêts qui peuvent se trouver impliqués dans un conflit entre d'un côté un titulaire de droits d'auteur et de l'autre un utilisateur d'une œuvre protégée. Le « juste équilibre » du considérant 31 constitue donc potentiellement l'instrument de résolution de tous les conflits internes comme externes entre le titulaire de droits et les utilisateurs des œuvres protégées.

---

<sup>4724</sup> GALOPIN B., note sous CJUE, 3 sept. 2014, préc., n° 10.

<sup>4725</sup> Ibid.

<sup>4726</sup> Ibid. V. aussi : TRICOT-CHAMARD I., « La parodie d'une œuvre selon la CJUE », LPA, 5 décembre 2014, n° 243, p. 3 et s.

Quant aux effets, on constate à nouveau que l'interprétation du « juste équilibre » du considérant 31 peut être employée à l'encontre des intérêts des utilisateurs puisqu'elle conduit ici à réduire l'effectivité d'une exception dont les conditions, en l'espèce, semblent pourtant réunies.

b) L'extension du champ des exceptions

La CJUE a pour l'instant étendu le champ de deux exceptions : l'exception de citation (i) et l'une des exceptions en faveur des bibliothèques (ii)

i) *L'exception de citation : L'arrêt Painer*

Dans l'arrêt Maria Painer du 1 décembre 2011<sup>4727</sup>, les juges optent pour une interprétation de l'exception de citation offrant au champ d'application de celle-ci une large étendue. Cette interprétation est justifiée par l'objectif de « juste équilibre » poursuivi par le législateur entre les droits des titulaires de droits et la liberté d'expression des utilisateurs.

**Faits.** Dans le cadre de sa profession, Mme Painer a pris plusieurs photographies de Natascha Kampusch avant son enlèvement, lesquelles ont ensuite été utilisées par les autorités de police pour faciliter les recherches de l'enfant. Après la fuite de la jeune fille et avant sa première apparition publique, des éditeurs de presse ont publié les photographies litigieuses dans les journaux et sur les sites Internet susmentionnés, sans, toutefois, indiquer le nom de l'auteur de ces photographies ou avec l'indication d'un nom autre que celui de Mme Painer en tant qu'auteur. Plusieurs de ces journaux ont, en outre, publié un portrait, élaboré par traitement informatique à partir d'une des photographies litigieuses.

**Procédures.** Par assignation devant le Handelsgericht Wien, le 10 avril 2007, Mme Painer a demandé au juge d'ordonner aux éditeurs de cesser immédiatement de reproduire et/ou de distribuer, sans son consentement et sans indication de son nom en tant qu'auteur, les

---

<sup>4727</sup> CJUE, 1 décembre 2011, aff. C-145/10, Painer, D. 2011. 2930, obs. DALEAU, 2012, p. 471, note MARTIAL-BRAZ et 1228, spéc. 1235, obs. JAULT-SESEKE ; RTD com., 2012 p. 109, 118 et 120, obs. POLLAUD-DULIAN ; RIDA, avril 2012, p. 479, obs. SIRINELLI ; PI, janvier 2012, p. 30, obs. LUCAS.

photographies ainsi que le portrait-robot litigieux. En même temps, la photographe a introduit une procédure de référé tranchée en dernière instance par un arrêt du 26 août 2009 de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême). Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, cette juridiction a décidé, en application des dispositions nationales applicables, que les éditeurs n'avaient pas besoin du consentement de M<sup>me</sup> Painer pour publier le portrait-robot litigieux. Selon cette juridiction, la photographie litigieuse, qui avait servi de modèle lors de la réalisation du portrait-robot litigieux, était, certes, une œuvre photographique protégée par le droit d'auteur, toutefois, la réalisation et la publication du portrait-robot constituaient non pas une adaptation, qui aurait requis le consentement de Mme Painer en tant qu'auteur de l'œuvre photographique, mais une libre utilisation de l'œuvre.

**Questions préjudicielles.** Dans ces conditions, le Handelsgericht Wien décide de surseoir à statuer et de poser à la Cour quatre questions préjudicielles, dont deux portent sur l'exception de citation prévue à l'article 5, paragraphe 3 sous d) de la directive. Cet article précise que tout Etat membre peut prévoir une exception « lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une *œuvre* ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ».

La question préjudicielle à laquelle nous nous intéressons est précisément la seconde. La cour de justice allemande demande si ledit article, lu à la lumière du triple test doit être interprété en ce sens que l'œuvre citante doit nécessairement être une œuvre protégée par le droit d'auteur<sup>4728</sup>.

**Approche liminaire : interprétation littérale de l'exception.** Pour apporter une réponse à cette question, les juges relèvent, à titre liminaire, l'absence de condition subordonnant le bénéfice de l'exception à la nature de l'œuvre citante. En effet, parmi les conditions prévues par le texte de la directive, « *ne figure pas l'exigence selon laquelle une œuvre ou un autre objet protégé doivent être cités dans le cadre d'une œuvre littéraire protégée par le droit d'auteur*<sup>4729</sup> ». Les juges suggèrent ainsi que cette absence relève de la volonté du législateur.

---

<sup>4728</sup> Point 129.

<sup>4729</sup> Point 130.

**Refus d'employer le triple test.** Afin d'interpréter le texte, les juges européens, contrairement à ce qui leur est demandé par la juridiction nationale, n'emploient pas les ressources offertes par le triple test, ce qui est, d'emblée, significatif puisque le triple test est un filtre dont les effets ne sont, en toute logique, que restrictifs<sup>4730</sup>. Une fois encore, cela suggère que la source de lumière qui éclairera l'interprétation du texte n'est pas externe (le triple test ne porte que sur *l'application* de l'exception<sup>4731</sup>) mais interne puisque c'est à partir du contenu de la disposition et du but qu'elle poursuit que les juges préciseront son sens et sa portée. Les juges s'évertuent donc de restaurer le sens de l'exception de citation, à partir de sa finalité, afin de la définir.

**Emploi des modes d'interprétation classiques.** Pour interpréter ce texte, les juges commencent par rappeler ce qu'ils nomment « le contexte » de l'article 5, paragraphe 3, sous d). Ils précisent ainsi qu'« en appliquant ladite directive il convient de *maintenir un 'juste équilibre'* entre les droits et les *intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part*<sup>4732</sup> ». L'intérêt de citer le considérant 31, sous le prétexte de « rappeler le contexte », est d'ériger pour ce cas d'espèce le « juste équilibre » en norme en vertu de laquelle seront départagés les modes d'interprétation concurrents.

Puisque le texte constitue une règle particulière dérogeant à une règle générale, les juges rappellent classiquement les principes d'interprétation concurrents qui doivent être mis en œuvre pour interpréter de telles normes<sup>4733</sup> : d'un côté, le principe selon lequel les règles dérogatoires aux règles générales telle que l'exception de citation, doivent être, selon une jurisprudence constante, interprétée strictement<sup>4734</sup> ; de l'autre, le principe selon lequel l'interprétation des conditions prévues par cette norme « doit également permettre de *sauvegarder l'effet utile de l'exception ainsi établie et de respecter sa finalité*<sup>4735</sup> ». En

---

<sup>4730</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 26 : « *l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29 n'a pour vocation ni d'affecter le contenu matériel des dispositions relevant de l'article 5, paragraphe 2, de cette directive ni, notamment, d'élargir la portée des différentes exceptions et restrictions* ».

<sup>4731</sup> Les juges ont d'ailleurs eu l'occasion de rappeler que le triple test est un instrument à destination des Etats membres et qu'il sert non pas à définir les exceptions, mais à tempérer leur application : « *L'article 5, paragraphe 5, de cette directive ne définit dès lors pas le contenu matériel des différentes exceptions et limitations énoncées au paragraphe 2 de cet article, mais n'intervient qu'au moment de l'application de celles-ci par les États membres* » (CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 25).

<sup>4732</sup> Point 132.

<sup>4733</sup> Point 133.

<sup>4734</sup> CJCE 29 avril 2004, Kapper, préc., point 72 ; CJCE 26 octobre 2006, Commission/Espagne, C-36/05, Rec. p. I-10313, point 31.

<sup>4735</sup> Point 133.

définitive, si l'on harmonise ces deux principes interprétatifs, les exceptions doivent être interprétées restrictivement dans la mesure de la préservation de leur effet utile d'une part, et du respect de leur finalité d'autre part. L'interprétation stricte est donc conditionnée à la sauvegarde de la ratio legis de l'exception.

Ecartant la question de savoir si l'effet utile était sauvegardé, les juges se focalisent exclusivement sur la finalité de l'exception de citation afin d'interpréter le contenu de celle-ci. La finalité est à nouveau de réaliser un « juste équilibre<sup>4736</sup> ». En l'occurrence, il s'agit de l'équilibre entre, d'une part, le droit à la liberté d'expression des utilisateurs d'une œuvre – et non simplement la liberté de création – ou d'un autre objet protégé et, d'autre part, le droit de reproduction conféré aux auteurs.

**Interprétation téléologique. Liberté d'expression vs droit d'auteur.** Les juges précisent :

« Ce juste équilibre est assuré, en l'occurrence, en privilégiant l'exercice du droit à la liberté d'expression des utilisateurs par rapport à l'intérêt de l'auteur à pouvoir s'opposer à la reproduction d'extraits de son œuvre qui a déjà été licitement rendue accessible au public, tout en assurant à cet auteur le droit de voir, en principe, son nom indiqué<sup>4737</sup> ».

Cela signifie que l'exception, de par son existence même, exprime la volonté d'assurer un juste équilibre nécessairement au profit des utilisateurs et au détriment des auteurs. En conséquence, le contenu de l'exception, c'est-à-dire, les conditions à réunir pour en bénéficier, participent toutes à la réalisation de ce juste équilibre qui révèle, en définitive, une hiérarchie entre la liberté d'expression et le droit d'auteur.

Sans plus de précision, les juges estiment que « dans cette perspective bipolaire, le point de savoir si la citation est faite dans le cadre d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou, au contraire, d'un objet non protégé par un tel droit, est dépourvu de pertinence<sup>4738</sup> ». Autrement dit, que l'exercice de la liberté se fasse sous une forme originale et donnant prise au droit d'auteur ou sous une forme commune, n'a aucune espèce d'incidence sur la nature du rapport entre liberté d'expression et droit d'auteur. La position des juges s'explique simplement : selon eux, l'exception de citation ne vise pas principalement à favoriser la

---

<sup>4736</sup> Point 134.

<sup>4737</sup> Point 135.

<sup>4738</sup> Point 136.

création de nouvelles œuvres ou du moins, à ne pas freiner la création artistique, comme dans la plupart des législations nationales, mais à empêcher que le droit d'auteur constitue une atteinte à la liberté d'expression, indépendamment de la forme d'expression employée – originale ou non. La finalité de l'exception étant de faire prévaloir, sous conditions, la liberté d'expression sur le droit d'auteur, la règle ne saurait être interprétée en un sens qui ferait prévaloir, à l'encontre de la volonté du législateur, le droit d'auteur sur la liberté d'expression alors que l'ensemble des conditions exigées par le législateur, sont, en l'espèce, réunies.

Selon les juges, au nom du juste équilibre entre les droits des titulaires et les intérêts des utilisateurs, l'exception de citation doit être interprétée en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que l'œuvre citante soit une œuvre protégée par le droit d'auteur. Les juges refusent ainsi de réduire le champ des exceptions en se fondant sur l'exigence de « juste équilibre » du considérant 31.

*ii) L'exception en faveur des bibliothèques : l'arrêt Technische Universität Darmstadt*

Nous évoquerons brièvement l'arrêt Technische Universität Darmstadt<sup>4739</sup> rendu le 11 septembre 2014, dans lequel, le « juste équilibre » du considérant 31 est employé pour écarter une interprétation trop favorable aux titulaires de droits de l'exception destinée à favoriser la conservation et la consultation de certaines œuvres du fonds des bibliothèques accessibles au public (article 5, paragraphe 3, n) de la directive DADVSI).

**Faits.** Au fond, étaient opposés d'une part la Technische Universität Darmstadt (TU Darmstadt), gestionnaire d'une bibliothèque régionale et universitaire, d'autre part, l'éditeur Ulmer. La TU Darmstadt propose des postes de lecture électronique permettant au public de consulter des ouvrages faisant partie du fonds de la bibliothèque et notamment un ouvrage publié par Ulmer. En 2009, Ulmer avait proposé à la bibliothèque d'acquérir et d'utiliser, sous forme de livres électroniques, les manuels qu'elle édite. Ayant refusé l'offre, La TU Darmstadt a numérisé le manuel édité par Ulmer dont elle possédait l'exemplaire afin de le mettre à la disposition des usagers. Les usagers des postes de lecture pouvaient imprimer sur

---

<sup>4739</sup> CJUE, 11 septembre 2014, Technische Universität Darmstadt c/ Eugen Ulmer KG aff. C-117/13, Comm. com. électr., 2014, comm. 83, note CARON ; Documentaliste, décembre 2014, vol. 51, n° 4, p. 27, note MARINO ; RTD com., 2014, p. 810, note POLLAUD-DULIAN ; RTD Eur., 2014, p. 965, note TREPPOZ.

papier ou stocker sur une clé USB tout ou partie de l'œuvre et l'emporter sous cette forme hors de la bibliothèque.

**Procédure et arguments des parties.** L'éditeur saisit le tribunal régional afin d'obtenir contre la TU Darmstadt l'interdiction de numériser ou de faire numériser le manuel en cause. En opposition, la TU Darmstadt, se prévaut de l'exception énoncé à l'article 52b de la loi allemande (Urheberrechtsgesetz) selon lequel :

« La mise à disposition d'ouvrages publiés provenant du fonds des bibliothèques, des musées ou des archives accessibles au public, qui ne poursuivent aucun but directement ou indirectement économique ou lucratif, et prévue exclusivement dans les locaux de l'établissement concerné aux postes de lecture électronique spécialement prévus à cet effet à des fins de recherche et d'études privées, est autorisée pour autant qu'aucune disposition contractuelle ne s'y oppose. Le nombre d'exemplaires d'un ouvrage rendus accessibles aux postes de lecture électronique ne doit pas en principe être supérieur à ce que contient le fonds de l'établissement. La mise à disposition donne lieu au paiement d'une rémunération appropriée. Seule une société de gestion collective peut faire valoir le droit à une telle rémunération<sup>4740</sup> ».

Cet article transpose l'exception au droit de reproduction prévue à l'article 5, paragraphe 30, n) de la directive DADVSI lequel dispose :

« lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence<sup>4741</sup> ».

Selon l'éditeur, l'exception ne peut être applicable au bénéfice de la TU Darmstadt car cette dernière a refusé l'offre de l'éditeur destinée à organiser conventionnellement la mise à disposition des ouvrages de l'éditeur. Le tribunal ayant donné partiellement raison à ce

---

<sup>4740</sup> Nous soulignons.

<sup>4741</sup> Nous soulignons.

dernier en interdisant à la TU Darmstadt de permettre la reproduction ou le stockage de l'ouvrage par les usagers à partir des postes de consultation, celle-ci a exercé un recours direct en révision et a saisi la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof).

**Question préjudicielle.** Parmi les questions préjudicielles posées à la Cour du Luxembourg, seule la première nous intéresse. Il est demandé aux juges si une œuvre est « soumise à des conditions en matière d'achat ou de licence, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, lorsque le titulaire du droit offre aux établissements visés à cette disposition de conclure à des conditions adéquates des contrats de licence d'utilisation de cette œuvre ?<sup>4742</sup> » Autrement dit, il s'agit de déterminer si l'exception au droit de reproduction est toujours applicable en faveur d'un établissement, telle qu'une bibliothèque accessible au public, malgré la proposition faite par le titulaire de droit de conclure un contrat de licence ou d'utilisation de l'œuvre concernée aux termes duquel auraient été précisées les conditions d'utilisation de celle-ci ?

**Réponse de la Cour.** Selon l'éditeur, le seul fait pour le titulaire du droit de proposer à une bibliothèque accessible au public de conclure un contrat de licence ou d'utilisation, pourvu que cette proposition soit « adéquate », est suffisant pour priver l'utilisateur du bénéfice de l'exception de l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive.

Les juges de la Cour du Luxembourg écartent cette interprétation. Parmi les arguments opposés<sup>4743</sup>, deux d'entre eux sont de type téléologique. Les juges, dans un premier temps, rappellent que la limitation en question « vise à promouvoir l'intérêt public lié à la promotion des recherches et des études privées, par la diffusion des connaissances, ce qui constitue, en outre, la mission fondamentale d'établissements tels que les bibliothèques accessibles au public<sup>4744</sup> ». Or, observent-ils, la réalisation de la mission fondamentale de ce type d'établissement et la promotion de l'intérêt public seraient compromises si l'interprétation de

---

<sup>4742</sup> Point 22.

<sup>4743</sup> Parmi les arguments employés, notons que les juges procèdent à la comparaison linguistique des termes employés dans différentes législations afin de souligner que les termes de la directive se réfèrent à des clauses contractuelles effectivement convenues (point 25) ; les juges remarquent également, par analogie avec le considérant 40 de la directive, que les accords contractuels visés par ce dernier, désignent des accords effectifs et non des offres d'accords (points 29-30) ; les juges constatent encore que l'interprétation a contrario de l'éditeur ne conduit pas à faire tomber l'exception dans les filets du triple test (points 33-34) ; ils notent encore que l'interprétation de l'éditeur « serait de nature à vider la limitation prévue à cette disposition d'une grande partie de sa substance, voire de son effet utile » (point 32).

<sup>4744</sup> Point 27.

l'éditeur était admise, car, le cas échéant, tout éditeur serait en mesure, unilatéralement et discrétionnairement, de priver l'établissement du bénéfice de cette limitation du seul fait de lui proposer de conclure un contrat de licence<sup>4745</sup>.

En lien avec cet argument, quoique présenté de manière indépendante, les juges remarquent, au fondement du considérant 31, que l'interprétation préconisée par l'éditeur « est difficilement conciliable avec l'objectif poursuivi à l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, qui consiste à maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires de droits, d'une part, et d'utilisateurs d'œuvres protégées qui souhaitent communiquer celles-ci au public à des fins de recherches ou d'études privées effectuées par des particuliers, d'autre part<sup>4746</sup> ». Cette conclusion, qui relève plus de l'assertion que de la déduction, se justifie néanmoins en raison du rôle léonin que jouerait le titulaire de droits face à l'établissement utilisateur des œuvres de l'esprit.

L'interprétation, par les juges, de l'article 5, paragraphe 3, sous n) de la directive à la lumière, notamment, du considérant 31 et de la finalité du maintien du « juste équilibre », conduit à conditionner le bénéfice de cette exception aux fins de recherche ou d'étude au profit des établissements tels que les bibliothèques à l'absence de convention entre ceux-ci et les éditeurs d'ouvrages<sup>4747</sup>. Cette interprétation est d'autant plus conforme à la finalité de l'exception qu'elle a pour effet d'inciter les éditeurs à proposer aux établissements des contrats de licence ou d'utilisation dont les conditions seraient plus favorables que celles prévues par la directive pour les deux parties et in fine pour les utilisateurs finaux.

**Conclusion. Interprétation restrictive des exceptions (Infopaq) vs « juste équilibre » (Eva Painer ; Deckmyn ; TU Darmstadt) ?** Selon Mme Benabou, les arrêts Infopaq et Eva Painer se distinguent par l'usage de clé d'analyse différente<sup>4748</sup>. Dans Infopaq les juges mettraient en avant le principe d'interprétation stricte de l'exception, tandis que dans Eva

---

<sup>4745</sup> Points 27-28

<sup>4746</sup> Point 31.

<sup>4747</sup> Un auteur a toutefois souligné qu'en l'état, les établissements tels que les bibliothèques, en refusant d'accepter le contrat offert par l'éditeur, « décident discrétionnairement de bénéficier de l'exception » et qu'en conséquence « le dernier mot quant à l'exception n'appartient plus à l'éditeur au stade de l'offre, mais aux bibliothèques au stade de l'acceptation ». De ce fait, « la Cour incite les bibliothèques à ne pas acquérir ces livres numériques auprès des éditeurs », TREPPOZ E., note sous CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-117/13, Technische Universität Darmstadt c/ Eugen Ulmer KG, RTD Eur., 2014, p. 965 ; toutefois il n'y a rien de choquant puisque les exceptions aux droits de l'auteur, sont, par définition, favorables aux utilisateurs qui disposent d'ailleurs toujours du choix d'en profiter ou non. La Cour incite plutôt les éditeurs à proposer aux bibliothèques des conditions plus favorables aux uns et aux autres que celles prévues par la directive.

<sup>4748</sup> BENABOU V.-L., note sous CJCE 16 juillet 2009, Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening, préc., p. 229

Painer, ils rechercheraient le « juste équilibre » entre les droits et intérêts. De la même manière, M. Pollaud-Dulian remarque une « singulière régression<sup>4749</sup> » entre l'arrêt Infopaq et l'arrêt Deckmyn, dans la mesure où le mode d'interprétation stricte appliqué dans le premier arrêt serait ensuite substitué dans le second par « cette insaisissable recherche d'équilibre<sup>4750</sup> ». A notre avis, il n'y a pas de différence de clé d'analyse entre ces arrêts, ni de régression. Comme nous l'avons observé, les juges dans l'arrêt Infopaq ont également recours au « juste équilibre », quoique de manière implicite, au travers de la mention du 31<sup>e</sup> considérant de la directive. Cette référence au « juste équilibre » est de nature à justifier l'interprétation stricte de l'exception. Le manque de cohérence que Mme Benabou suggère entre ces deux arrêts (ou la régression selon M. Pollaud Dulian) disparaît lorsque l'on place le principe d'interprétation stricte des exceptions et l'interprétation téléologique reposant sur le « juste équilibre » sur des plans distincts : la recherche du « juste équilibre » peut, au lieu de concurrencer le principe d'interprétation stricte, le comprendre ou l'englober. Bien, qu'en effet, l'énoncé du « juste équilibre » dans le considérant 31 s'appréhende davantage comme un instrument pour sauvegarder les intérêts des utilisateurs et une opportunité pour les juges de défendre ceux-ci à travers l'interprétation téléologique des exceptions, rien n'empêche les juges de l'employer également en vue de compléter l'énoncé d'une exception dont l'imprécision risquerait de porter préjudice aux auteurs (rôle normalement dévolu au triple test). L'arrêt Infopaq et surtout l'arrêt Deckmyn illustrent cette protection des intérêts des titulaires de droits d'auteur par le truchement du « juste équilibre » du considérant 31. La poursuite du « juste équilibre », qui se reflète, en interne, au travers des exceptions mais également, en externe, par l'établissement du triple test, n'est pas nécessairement incompatible avec une interprétation in favorem auctoris ou une interprétation restrictive des exceptions. La plasticité de la notion de « juste équilibre » permet aux juges de l'employer tant au service des droits ou des intérêts des auteurs (pour compléter des exceptions dont l'énoncé manque de précision) qu'au service des intérêts des utilisateurs. Cette flexibilité – l'apanage de la mention d'équilibre dans un énoncé normatif – a cependant pour inconvénient de réduire la sécurité juridique<sup>4751</sup>.

---

<sup>4749</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., note sous CJUE, 3 septembre 2014, Deckmyn c/ Vandersteen (Cts), aff. C-201/13, RTD com., 2014, p. 815.

<sup>4750</sup> Ibid.

<sup>4751</sup> Pour M. Pollaud-Dulian, « la Cour de justice dispose de tous les outils pour poser un principe avec toutes les apparences de la fermeté et revenir dessus quand bon lui chante » (POLLAUD-DULIAN Fr., note sous CJUE, 3 septembre 2014, Deckmyn c/ Vandersteen (Cts), aff. C-201/13, préc.).

La cohérence de la jurisprudence communautaire se voit donc restaurée dès lors que le rôle du considérant 31 est bien identifié. Celui-ci constitue une « méta-norme » d'interprétation qui permet de trancher entre d'autres modes d'interprétation des exceptions concurrents comme par exemple, l'interprétation restrictive des exceptions et le principe de sauvegarde de l'effet utile. In fine, la mention du « juste équilibre », telle qu'elle est employée par les juges, permet de compléter les normes contenues dans la directive dont les énoncés manquent de précision. La fonction créative de la mention du « juste équilibre » s'illustre à nouveau lorsqu'il s'agit d'établir le régime de la compensation équitable.

## 2) La fonction supplétive appliquée à la compensation équitable

**La compensation équitable selon la directive DADVSI.** Au considérant 35, le législateur européen déclare que « dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs *œuvres* ou autres objets protégés<sup>4752</sup> ». Dans le considérant suivant, il est précisé que « les États membres peuvent prévoir une compensation équitable pour les titulaires de droits même lorsqu'ils appliquent les dispositions optionnelles relatives aux exceptions ou limitations qui n'exigent pas cette compensation<sup>4753</sup> ».

A propos du régime, c'est-à-dire de la « détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable », le législateur préconise de « tenir compte des circonstances propres à chaque cas » et d'employer comme critère d'évaluation le « préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question<sup>4754</sup> ». Toujours dans la partie introductive, le législateur entre dans le détail – témoignant ici de l'importance de la question – et précise que le régime de la compensation équitable applicable à l'exception de copie privée doit, au regard de leurs effets économiques, faire la distinction entre la copie analogique et la copie numérique<sup>4755</sup>.

Ces considérants donnent une première vue du régime de la compensation équitable tel qu'il est envisagé par le législateur. La compensation est destinée aux titulaires de droits d'œuvres ou d'autres objets protégés ; elle a pour fonction de les indemniser en raison et dans la mesure

---

<sup>4752</sup> Considérant 35.

<sup>4753</sup> Considérant 36.

<sup>4754</sup> Considérant 35.

<sup>4755</sup> Considérant 38.

du « préjudice potentiel » subi par l'utilisation de leurs œuvres, étant toutefois précisé qu'un préjudice minime pourrait ne pas faire naître d'obligation de paiement<sup>4756</sup>.

Quant à la transposition, le législateur européen oblige les Etats à prévoir ce mécanisme s'ils décident de transposer certaines exceptions spécifiques. En effet, en cas de transposition, trois exceptions doivent nécessairement être assorties d'un mécanisme de compensation équitable. Il s'agit des exceptions au droit de reproduction prévues à l'article 5, § 2 a), b) et e). Ces trois dispositions sont respectivement relatives à la reproduction papier via une technique reprographique<sup>4757</sup>, à la reproduction pour usage privé (ou copie privée)<sup>4758</sup> et enfin à la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif<sup>4759</sup>.

En dehors de ces trois exceptions, le législateur européen autorise les Etats membres à instaurer ce mécanisme à l'occasion de la transposition d'une ou de plusieurs autres exceptions parmi la liste d'exceptions facultatives<sup>4760</sup>.

**« Juste équilibre » et « compensation équitable » dans la directive.** Selon le considérant 31 de la directive DADVSI, « il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés ». Cet objectif, avons-nous vu, est à la fois un objectif général poursuivi par l'ensemble des dispositions de la directive et à la fois un objectif particulier poursuivi par chacune des exceptions prévues par le législateur européen que ce soit l'exception obligatoire de reproduction provisoire ou l'une des exceptions facultatives. En ce sens, l'objectif de « juste équilibre » présente un caractère distributif. En conséquence, et bien qu'aucune mention expresse ne soit faite au juste équilibre dans les dispositions relatives à la compensation équitable, il peut logiquement être soutenu que le mécanisme de compensation

---

<sup>4756</sup> Considérant 35 in fine.

<sup>4757</sup> Art. 5, § 2 a) : « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants : lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ».

<sup>4758</sup> Art. 5, § 2, b) : « lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objets concernés » ; sur cet article, v. CHANTEPIE P., « Les 'taches aveugles' de la directive n° 2001/29 : copie privée numérique à la demande et compensation équitable », RLDI, février 2005, n° 2, pp. 55-62.

<sup>4759</sup> Art. 5, § 2 e) : « en ce qui concerne la reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ».

<sup>4760</sup> Considérant 36.

équitable obligatoire, assorti à chacune des trois exceptions, participe à la poursuite du « juste équilibre ». A contrario, ces exceptions ne pourraient réaliser de juste équilibre entre les droits et les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs si elles n'étaient pas accompagnées d'un mécanisme d'indemnisation des titulaires de droits.

**Le rôle et du juge et la fonction du « juste équilibre ».** En dehors de ces éléments et nonobstant quelques détails<sup>4761</sup>, la notion de « compensation équitable » n'est pas définie par la directive et son régime n'est pas davantage précisé. Il est donc revenu à la jurisprudence communautaire de suppléer aux silences de la directive en interprétant les dispositions générales relatives au régime de la compensation équitable. A cette fin, le considérant 31 et l'objectif de « juste équilibre » ont été efficacement employés par les juges pour révéler ou plutôt former certaines règles constitutives du régime.

Contrairement aux paragraphes antérieurs où nous avons jugés nécessaire de revenir en détail sur les arrêts de la CJUE pour mettre correctement en lumière le rôle, tantôt principal, tantôt en retrait, de la notion de « juste équilibre » dans l'exposé du raisonnement des juges et de montrer qu'il était devenu fondamental dans la délimitation du champ des exceptions, la méthode ici sera différente en raison de la nature technique du sujet. Il sera en effet plus éclairant de relever la fonction de l'interprétation du « juste équilibre » en présentant la compensation équitable de manière synthétique.

Les arrêts relatifs à la compensation équitable dans lesquels est mentionnée la notion de « juste équilibre » ne regardent que l'indemnisation de l'exception pour copie privée<sup>4762</sup>. Leurs apports concernent tant le régime (a) que la mise en œuvre (b) de la compensation équitable.

---

<sup>4761</sup> V. considérant 52 sur les rapports entre mesures techniques de protection et compensation équitable ; le considérant 45 fait référence à la « compensation équitable », mais dans le sens où celle-ci résulte non pas d'un dispositif légal, mais d'une convention.

<sup>4762</sup> Art 5, § 2, b) de la directive.

a) Le régime de la compensation équitable

C'est dans l'arrêt Padawan du 21 octobre 2010<sup>4763</sup>, qu'il a été posé pour la première fois par une juridiction nationale à la Cour du Luxembourg la question du rapport entre la « compensation équitable » de l'exception de copie privée et le respect du « juste équilibre » du considérant 31 :

« Quel que soit le système utilisé par chaque État membre pour calculer la compensation équitable, ce système doit-il respecter un juste équilibre entre les personnes concernées, c'est-à-dire, d'une part, les titulaires de droits de propriété intellectuelle lésés par l'exception de copie privée, bénéficiaires de ladite compensation, et, d'autre part, les redevables directs ou indirects? Cet équilibre est-il déterminé par la raison d'être de la compensation équitable, qui est de remédier au préjudice découlant de l'exception de copie privée ?<sup>4764</sup> ».

Ces deux questions portent sur les aspects fondamentaux du régime de la compensation équitable, à savoir, d'une part, la détermination des personnes (bénéficiaires et redevables) concernées par la compensation équitable, et d'autre part, la nature de la créance et la détermination de son assiette. Comme il apparaît à l'aune de ces questions, c'est la notion floue de « juste équilibre » qui contiendrait les clés de compréhension du régime de la compensation équitable. Il n'appartenait plus qu'aux juges, munis de cette notion et des techniques d'interprétation ordinaires, à poser les bases du régime communautaire d'indemnisation des titulaires de droits grâce à la « *notion autonome du droit de l'Union* » de « compensation équitable ».

La nature de la créance, ainsi que son mode de calcul (i) seront étudiées avant les débiteurs de celle-ci (ii)

---

<sup>4763</sup> CJUE, 21 octobre 2010, Padawan aff. C-467/08, Comm. com. électr., 2011, étude 1, BINCTIN; JCP éd. G, 2010, p. 1256, note MARINO ; PI, janvier 2011, p. 93, note LUCAS ; RTD com. 2010, p. 710, obs. POLLAUD-DULIAN ; D., 2011, p. 2168, obs. SIRINELLI ; Comm. com. électr., 2011, comm. 2, note CARON ; GP, 2011, jurispr. p. 450, obs. MARINO ; RLDI, décembre 2010, n° 2158, note BOUCHET-LE MAPPIAN.

<sup>4764</sup> CJUE, 21 octobre 2010, Padawan, préc. point 19.

i) *Nature et mode de calcul de la créance.*

Dans l'arrêt Padawan, la juridiction espagnole demandait à la CJCE, selon la reformulation de cette dernière, « si le *'juste équilibre'* à trouver entre les personnes concernées implique que la compensation équitable soit calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs à la suite de l'introduction de l'exception de copie privée<sup>4765</sup> ».

On notera à titre liminaire, et sans en tirer de conséquence, que les termes ont quelque peu changé par rapport aux arrêts relatifs aux exceptions aux droits de l'auteur. Ici, il n'est pas question d'un « juste équilibre » entre droits et intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs, mais d'un « juste équilibre » entre ces personnes. Bien entendu, cette nuance n'est pas gage d'un changement de sens, néanmoins, elle tend à communiquer à l'esprit – prédisposé grâce à la notion de « compensation » et de l'adjectif « équitable »<sup>4766</sup> à l'accueillir – une représentation spécifique de l'équilibre, à savoir, un équilibre de type commutatif correspondant à un échange de valeurs entre des personnes. Nous aurons l'occasion de retrouver cette correspondance à propos de la détermination des débiteurs de l'obligation.

Pour répondre à la question de la juridiction espagnole relative au mode de calcul de la compensation équitable, les juges ne se fondent pas directement, ainsi qu'ils y étaient invités, sur le « juste équilibre » mentionné au considérant 31 et privilégient une interprétation littérale de la directive afin de dégager la cause et, partant, le mode de calcul de la compensation. Ils relèvent, en effet, à partir des considérants 35 et 38, d'une part, que la compensation équitable a pour objet d'indemniser les auteurs « de manière équitable » pour l'utilisation de leurs œuvres protégées, et, d'autre part, que le « critère utile » de détermination du niveau de la compensation est le « préjudice potentiel » subi par l'auteur du fait de l'acte de reproduction<sup>4767</sup>. En conséquence, les juges conçoivent la « compensation équitable » comme directement liée au préjudice subi par l'auteur résultant de la reproduction de son œuvre protégée effectuée sans son autorisation pour un usage privé : « dans cette perspective », ajoutent-ils, « la compensation équitable doit être regardée comme la

---

<sup>4765</sup> CJUE, 21 octobre 2010, Padawan, préc., point 38.

<sup>4766</sup> Comme le note l'avocat général : « d'un point de vue sémantique déjà, cette notion [*'compensation équitable'*] implique un certain équilibre entre des intérêts opposés », Conclusions V. Trstenjak dans l'affaire Padawan, 11 mai 2010, n° 74.

<sup>4767</sup> Point 39.

*contrepartie du préjudice subi par l'auteur*<sup>4768</sup> ». Toujours à partir d'une interprétation textuelle de la directive, les juges précisent le rapport de causalité entre la compensation équitable et le préjudice subi par l'auteur. Au regard des termes employés par le législateur européen (« indemniser », « dédommager »), ce dernier a, selon les juges, pour volonté « *d'établir un système particulier de compensation dont la mise en œuvre est déclenchée par l'existence, au détriment des titulaires de droits, d'un préjudice, lequel génère, en principe, l'obligation d' 'indemniser' ou de 'dédommager' ces derniers*<sup>4769</sup> ». La cause de l'obligation des utilisateurs d'indemniser le titulaire de droits est le préjudice subi par ces derniers du fait de l'utilisation non autorisée quoique licite de leurs œuvres. Les juges concluent, en conséquence, que la base de calcul de cette compensation est « nécessairement » le montant de ce préjudice<sup>4770</sup>.

En définitive, la « compensation équitable » est l'obligation d'indemniser le titulaire de droits de son préjudice résultant de l'utilisation de son œuvre par les utilisateurs rendue licite par l'introduction d'une exception à son droit exclusif. Elle consiste en une indemnisation et non en une rémunération du titulaire de droit<sup>4771</sup>, autrement dit, elle ne vise pas à rémunérer les titulaires de droits en raison d'un service qu'ils auraient rendu aux utilisateurs ou à la société toute entière, mais les indemnise en raison du préjudice qu'ils subissent du fait de l'utilisation de leurs œuvres.

---

<sup>4768</sup> Point 40.

<sup>4769</sup> Point 41.

<sup>4770</sup> Point 42.

<sup>4771</sup> Le législateur français quant à lui a opté pour la rémunération et a instauré par le truchement d'une licence légale un droit à rémunération (v. la dernière loi en date n° 2011-1898 du 20 décembre 2011 « relative à la rémunération pour copie privée », L. n° 2011-1898, 20 déc. 2011, relative à la rémunération pour copie privée : J.O, 21 décembre 2011 ; Légipresse, 2012, n° 291, p. 120, ALLEAUME.; Comm. com. électr., 2012, comm. 13, obs. CARON ; JCP éd. G., 2012, act. 37, CARON.; RTD com., 2012, p. 124, obs. POLLAUD-DULIAN ; PI, 2012, n° 42, p. 31, obs. LUCAS ; Comm. com. électr. 2012, chron. 4, obs. DAVERAT). C'était déjà le cas lors de l'instauration du système de rémunération pour copie privée par la loi du 3 juillet 1985 dans lequel la copie privée des phonogrammes et des vidéogrammes était considérée comme « une nouvelle forme d'exploitation des œuvres littéraires, artistiques et musicales » (GAUBIAC Y., « La rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 », RTD com., 1986, n° 4, p. 491.V. égal. BENABOU V.-L., « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? », Légipresse, n° 287 et n° 288, oct./nov. 2011, pp. 537-545 et pp. 603 et s. ; CARON Ch., « Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée », D., 2001, p. 3421 et s.). Notons que l'avocat général dans l'affaire Padawan, ainsi que les gouvernements français et allemands, avaient également soutenu la thèse de la « rémunération » (V. Conclusions V. Trstenjak dans l'affaire Padawan, 11 mai 2010, n° 112 : « la notion de 'compensation équitable' doit être comprise comme une prestation fournie au titulaire du droit qui constitue, étant tenu compte de toutes les circonstances de la copie privée autorisée, une rémunération appropriée pour l'utilisation de son œuvre protégée ou d'un autre objet protégé »). L'avocat général s'était fondé sur le considérant 10 de la directive Dadvisi (« Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail ») plutôt que, à l'instar des juges, sur le considérant 31.

Si la Cour ne vise pas le « juste équilibre » dans le fil de son raisonnement destiné à définir la notion de « compensation équitable » et à exposer le principe du calcul de celle-ci, elle s’y réfère in fine au moment de répondre à la juridiction nationale : « *l’article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que le « juste équilibre » à trouver entre les personnes concernées implique que la compensation équitable soit nécessairement calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs des œuvres protégées à la suite de l’introduction de l’exception de copie privée*<sup>4772</sup> ». Ce faisant, les juges affirment que la définition de la compensation équitable, et, partant, son mode de calcul, découlent directement de l’interprétation de l’article 5 sous l’éclairage du « juste équilibre » mentionné au considérant 31. Quoiqu’au regard de la formulation des juges, l’on pourrait soutenir que le considérant 31 et la notion de « juste équilibre » font davantage l’objet d’une interprétation à la lumière de l’article 5 que l’inverse.

Notons que cette « thèse du juste équilibre » n’avait pas fait l’unanimité auprès des personnes consultées et de l’avocat général dans l’affaire Padawan<sup>4773</sup>.

*ii) Les débiteurs de la compensation équitable*

Si la directive DADVSI précise que le bénéfice de la compensation équitable revient aux titulaires de droits et que cette indemnisation résulte de « l’utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés<sup>4774</sup> », elle demeure relativement muette concernant les débiteurs de cette obligation. Bien que les juges admettent que cette imprécision laisse aux Etats membres une large marge d’appréciation pour déterminer qui doit s’acquitter de cette dette<sup>4775</sup>, les moyens qu’ils mettent en œuvre pour déterminer la qualité des débiteurs laissent finalement assez peu de marge aux Etats quant à la question de leur identification<sup>4776</sup>. C’est à nouveau l’arrêt Padawan qui pose la règle d’identification des débiteurs de la compensation équitable

---

<sup>4772</sup> Point 50.

<sup>4773</sup> V. infra.

<sup>4774</sup> Considérant 35.

<sup>4775</sup> CJUE, 11 juin 2011, Stichting de Thuis kopie, aff. C-462/09, point 23 : « S’agissant de la réponse à la question de l’identification de la personne qui doit être considérée comme le débiteur de la compensation équitable, force est de constater que les dispositions de la directive 2001/29 ne règlent pas explicitement la question de savoir qui doit payer ladite compensation, de sorte que les États membres disposent d’une large marge d’appréciation pour déterminer qui doit acquitter cette compensation équitable ».

<sup>4776</sup> A vrai dire, les Etats membres disposent d’une marge d’appréciation quant aux moyens de mise œuvre de cette compensation, c’est-à-dire, de la forme, des modalités de financement et de perception ainsi que du niveau de cette compensation équitable (CJUE, Padawan, préc., point 64).

et, à l'instar de la question de la nature de la créance, c'est le « juste équilibre » du considérant 31 qui sert de prémisse aux juges. Une nouvelle fois, il semble que ce soit le considérant 31 qui soit interprété à la lumière des articles de la directive que l'inverse :

« S'agissant (...) des personnes concernées par le « juste équilibre », le trente et unième considérant de la directive 2001/29 prévoit de maintenir un « juste équilibre » entre les droits et intérêts des auteurs, bénéficiaires de la compensation équitable, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part<sup>4777</sup> ».

Bien qu'ils donnent l'impression de citer le considérant 31, les juges transposent le sens de celui-ci à la question de la compensation équitable qui rappelons-le, n'est pas explicitement évoquée par le considérant<sup>4778</sup>.

L'analogie entre les parties au « juste équilibre » du considérant 31 de la directive et les parties concernées par la « compensation équitable » laisse finalement peu de doutes sur l'identification des débiteurs : ce sont les utilisateurs des œuvres qui doivent être considérés comme les débiteurs de l'obligation d'indemnisation. La raison tombe sous le sens dès lors qu'on se représente le mécanisme grâce à l'équilibre de type commutatif. Comme le démontrent les juges, la reproduction à usage privée d'une œuvre constitue pour l'auteur un préjudice ; ce préjudice est causé par l'utilisateur qui a réalisé cette copie ; cet utilisateur doit donc réparer le préjudice qu'il a causé à l'auteur<sup>4779</sup>.

**« Juste équilibre » et justice commutative.** L'équilibre dont il est question correspond à l'équilibre poursuivi par la justice commutative, c'est-à-dire, celle qui vise à rétablir l'égalité

---

<sup>4777</sup> Point 43.

<sup>4778</sup> Les juges parlent, d'une part, parlent d'« auteurs » là où le législateur mentionnait les « titulaires de droit », et d'autre part, adjoignent aux auteurs, le statut de « bénéficiaires de la compensation équitable ». On remarquera néanmoins dans l'arrêt Padawan, que les juges reprennent dès le point suivant (n° 45) l'expression ordinaire de « titulaires de droits ».

<sup>4779</sup> Points 44 et 45. L'« article 5, paragraphes 2, sous b), et 5, doit être interprétée en ce sens que l'utilisateur final qui effectue, à titre privé, la reproduction d'une œuvre protégée doit, en principe, être considéré comme le débiteur de la compensation équitable prévue audit paragraphe 2, sous b) » (CJCE, 11 juin 2011, Stichting de Thuiskopie, aff. C-462/09, point 29, PI, 2011, n° 40, p. 316, obs. BENABOU ; JCP éd. E, 2012, 1126, n° 10, obs. CHERIGNY ; RTD com., 2011, p. 551, obs. POLLAUD-DULIAN ; Comm. com. électr., 2012, chron. 4, obs. DAVERAT. V. égal. : CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 51, RIDA, 2/2014, p. 353, obs. SIRINELLI ; Comm. com. électr., 2014, comm. 51, obs. CARON ; PI, 2014, p. 276, obs. LUCAS ; Europe, 2014, comm. 271, obs. SIMON.

dans les commutations ou échanges de valeurs entre patrimoines<sup>4780</sup>. L'utilisateur en reproduisant l'œuvre pour son usage personnel réalise licitement un acte qui lui procure une utilité correspondant à la valeur des copies réalisées. La valeur de ces copies s'impute, pour ainsi dire, au patrimoine de l'utilisateur, et échappe au titulaire de droits, ce qui lui cause, en conséquence, un préjudice. Le « juste équilibre » poursuivi par le mécanisme de la compensation équitable correspond alors au rétablissement de l'égalité entre les patrimoines par le truchement d'un transfert de valeurs de l'utilisateur au profit du titulaire de droits.

### **Compensation vs rémunération ; commutation involontaire vs commutation volontaire.**

La Cour a opté pour la voie réparatrice et non la voie rémunératrice. Les sommes perçues par le mécanisme sont ainsi destinées à réparer un préjudice et non à rémunérer l'auteur pour un service. Cette seconde voie avait été proposée par l'avocat général<sup>4781</sup> et suggérée par M. Binctin, selon lequel, la Cour aurait pu, au lieu du préjudice causé au titulaire de droit, retenir comme critère le gain procuré à l'utilisateur<sup>4782</sup>. A notre avis, l'approche réparatrice n'est pas incompatible avec cette dernière remarque. Bien au contraire même, car, c'est en raison et dans la mesure du gain procuré à l'utilisateur que le titulaire de droit se voit priver d'une source de revenu et partant subi un préjudice. Dès lors, le critère du « gain procuré à l'utilisateur » ne peut servir à discriminer les thèses de la rémunération et de la compensation. La distinction aristotélicienne entre commutation volontaire (thèse de la rémunération) et commutation involontaire (thèse de la réparation) peut ici être utile pour justifier le choix du régime compensatoire. La question est ici de connaître la nature de l'échange de valeurs entre le titulaire de droit et l'utilisateur. L'on pourrait très bien tenter de soutenir qu'il s'agit d'une commutation volontaire et puiser in fine dans le fonds des fictions du contrat social entre

---

<sup>4780</sup> L'avocat général dans l'affaire Padawan avait également souligné le lien entre la « compensation équitable » et la justice commutative à la différence près, que ce n'était pas à partir de la notion d'« équilibre » qu'elle établissait la liaison mais avec la notion d'« équité » : « le recours par le législateur communautaire à une notion relevant en réalité de la philosophie juridique telle que celle d'«équité» permet de mieux comprendre les considérations législatives inspirant cette règle. Dans ce contexte, contentons-nous de nous souvenir d'Aristote qui, dans son ouvrage *Éthique à Nicomaque*, a entrepris la première tentative d'une étude dogmatique et d'une structuration de cette notion, dans laquelle il a constaté que la justice n'est pas seulement une vertu, mais qu'elle doit toujours être pensée par rapport aux autres. D'après cela, agit de manière injuste celui qui exige plus que ce à quoi il a droit selon la loi. À l'opposé, l'injustice règne lorsqu'une personne obtient trop peu par rapport à sa prestation. Selon Aristote, la tâche d'instaurer l'égalité, et donc la justice, incombe habituellement au juge (...) Il s'ensuit que le caractère équitable de cette compensation doit être atteint au travers d'une mise en balance des intérêts des titulaires des droits et des utilisateurs », Conclusions V. Trstenjak dans l'affaire Padawan, 11 mai 2010, n° 74 ; sur l'adjectif « équitable », v. BINCTIN N., « Rémunération pour copie », J.-Cl. PLA, fasc. 1510, 2013, n° 34.

<sup>4781</sup> Conclusions V. Trstenjak dans l'affaire Padawan, 11 mai 2010, n° 112.

<sup>4782</sup> BINCTIN N., note sous CJUE, 21 octobre 2010, Padawan aff. C-467/08, Comm. com. électr., 2011, étude 1, p. 8.

l'auteur et la société et exagérer la portée de la volonté de l'auteur et de celle de l'utilisateur afin de les faire se rencontrer. De plus, dans les commutations volontaires, le législateur n'intervient pas et le rôle du juge est réduit à corriger le défaut d'équivalence des choses échangées. Admettre qu'il s'agirait d'une commutation volontaire conduirait à négliger le rôle du tiers (en l'occurrence le législateur) dans les modalités de l'échange. La commutation involontaire semble plus appropriée pour se représenter la compensation équitable car celle-ci implique ab initio l'intervention d'un tiers pour rétablir l'égalité. Chez Aristote, c'est le juge qui devait retrancher au patrimoine « trop » pour le verser à l'autre patrimoine souffrant d'un « trop peu ». Ici, c'est le législateur (quoiqu'on pourrait encore soutenir qu'il s'agit du juge) qui a pour fonction de garantir la restauration de l'égalité entre le titulaire de droit et l'utilisateur.

**Les fondements différents de la « compensation équitable » (communautaire) et de la « rémunération équitable » (française). Conséquences sur la détermination du débiteur et sur la place de l'utilisateur.** Cette approche objective, attachée au transfert de valeurs entre le titulaire de droits et l'utilisateur bénéficiaire de l'exception de copie pour usage privé, dénote avec l'approche française de la rémunération équitable. Celle-ci se présente de manière assez ambiguë<sup>4783</sup> puisqu'on peut la comprendre comme un mode singulier d'exploitation des œuvres<sup>4784</sup> et comme une manifestation de la « *socialisation du droit d'auteur* » vu qu'il s'agit d'une licence légale. En plus de fonctionner selon un mode mutualiste<sup>4785</sup>, elle a une vocation redistributive puisqu'une partie des revenus de cette rémunération est destinée à la mise en œuvre de politiques culturelles<sup>4786</sup>. En ce sens, l'on peut très bien se représenter la rémunération équitable comme un avatar de la « solidarité »<sup>4787</sup>. Cette dernière conception « sociale », peu conforme à la tradition française du droit d'auteur<sup>4788</sup>, n'est toutefois pas incompatible au modèle compensatoire. Du moins, ce modèle peut sous certaines conditions rentrer dans le moule du modèle compensatoire ou indemnitaire. En effet, les juges de la Cour

---

<sup>4783</sup> V. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : Litec, 2012, 4<sup>e</sup> éd., n° 407.

<sup>4784</sup> GAUBIAC Y., « La rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 », *RTD com.*, 1986, n° 4, p. 491.

<sup>4785</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *op. cit.*, n° 409.

<sup>4786</sup> Article L. 321-9, 1° du CPI.

<sup>4787</sup> BENABOU V.-L., « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? », *Légipresse*, n° 287, octobre/novembre 2011, p. 539 : « le système français de la rémunération pour copie privée repose essentiellement sur un mécanisme de mutualisation s'inspirant de la théorie du risque ».

<sup>4788</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *op. cit.*, n° 407.

du Luxembourg ont eu l'occasion de préciser que le modèle de la « compensation » ne « constitue pas un obstacle à ce qu'une partie des recettes destinées à la compensation équitable soit versée indirectement aux ayants droit, par l'intermédiaire d'établissements sociaux et culturels institués à leur bénéfice<sup>4789</sup> ». Autrement dit, même si les sommes perçues au nom de la compensation équitable sont redistribuées à des établissements sociaux et culturels, elles correspondent toujours à l'indemnisation du préjudice subi par les titulaires de droits car ces derniers les perçoivent médiatement au travers de ces établissements. Par contre, le système de rémunération ou de compensation équitable qui prévoirait de redistribuer les recettes au profit d'établissements étrangers ou à des fins étrangères à la création artistique et à la culture, ne serait assurément pas conforme aux dispositions de la directive.

Quoiqu'il en soit, la différence entre les deux systèmes se constate à propos de la détermination du débiteur de la compensation/rémunération et du rôle accordé à l'« utilisateur », bénéficiaire de l'exception. Selon l'approche française, l'utilisateur était traditionnellement ignoré juridiquement du système de rémunération équitable alors qu'il y participait économiquement<sup>4790</sup>. Dans le système français traditionnel, les débiteurs sont les personnes assujetties au versement des redevances, c'est-à-dire, les fabricants ou importateurs de supports d'enregistrement<sup>4791</sup>. Au contraire, selon les juges de l'Union, l'utilisateur-bénéficiaire de l'exception revêt une importance équivalente à celle du titulaire de droits dans le système de la compensation équitable puisqu'il est l'auteur du préjudice subi par ce dernier à partir duquel sera fixée l'assiette de la compensation équitable et, en conséquence, le « débiteur » de l'obligation d'indemniser le titulaire de droits<sup>4792</sup>. Contrainte de s'adapter à ce « changement de paradigme<sup>4793</sup> » et de se conformer sur le modèle indemnitaire présidé par le « juste équilibre » la France prend désormais en compte la nature des utilisations des œuvres

---

<sup>4789</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 50.

<sup>4790</sup> BINCTIN N., « Rémunération pour copie », J.-Cl. PLA, fasc. 1510, 2013, n° 47.

<sup>4791</sup> Art. L. 311-14 du CPI. Souligne à nouveau l'indifférence à l'égard de l'utilisateur, qu'à l'origine, dans la loi française, l'assiette de la rémunération était fixée sur la capacité de stockage des supports d'enregistrements, et ce, indépendamment de la destination de leur usage. A propos de l'évolution du système de rémunération équitable en France, v. BENABOU V.-L., « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? » *Légipresse*, n° 287, octobre/novembre 2011, p. 540.

<sup>4792</sup> CJCE, 11 juin 2011, Stichting de Thuiskopie, aff. C-462/09, point 29. V. BINCTIN N., note sous CJUE, 21 octobre 2010, Padawan aff. C-467/08, *Comm. com. électr.*, 2011, étude 1, p. 8 : « cette appréciation n'est pas strictement focalisée sur l'appréciation des intérêts du propriétaire du bien intellectuel, elle prend en considération les intérêts de l'utilisateur ».

<sup>4793</sup> BENABOU V.-L., « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? » *Légipresse*, n° 287, octobre/novembre 2011, p. 541. V. la loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011 « relative à la rémunération pour copie privée », L. n° 2011-1898, 20 déc. 2011, relative à la rémunération pour copie privée, *J. O.*, 21 décembre 2011 ; *Légipresse*, 2012, n° 291, p. 120, ALLEAUME ; *Comm. com. électr.*, 2012, comm. 13, obs. CARON ; *JCP éd. G* 2012, act. 37, CARON ; *RTD com.*, 2012, p. 124, obs. POLLAUD-DULIAN ; *PI*, 2012, n° 42, p. 31, obs. LUCAS ; *Comm. com. électr.* 2012, chron. 4, obs. DAVERAT.

protégées pour la fixation de l'assiette de la rémunération équitable<sup>4794</sup> sans toutefois reconnaître à l'utilisateur le statut de débiteur de la rémunération.

b) Mise en œuvre de la compensation équitable

Au même titre que la compensation équitable dont il constitue l'instrument, « il ressort du considérant 31 de la directive 2001/29 » déclarent les juges « que le système de redevance *instauré par l'État membre concerné doit maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts des auteurs, bénéficiaires de la compensation équitable, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part*<sup>4795</sup> ». En conséquence, chacun des éléments qui compose le système de la redevance se trouve gouverné par l'exigence du juste équilibre.

i) *Système de la redevance pour le financement de la compensation équitable*

**L'option du système de redevance pour financer la compensation équitable.** Si, en principe, le débiteur de l'obligation d'indemniser le titulaire de droits est l'auteur du préjudice, c'est alors sur celui qui réalise la reproduction de l'œuvre protégée pour son usage privé que devrait incomber cette obligation, autrement dit, sur la tête de l'utilisateur, personne physique bénéficiaire de l'exception pour copie privée. Toutefois, au vu des difficultés pratiques<sup>4796</sup>, l'efficacité du système de compensation équitable serait grandement compromise s'il était demandé à chaque utilisateur de s'acquitter de sa dette à l'égard du titulaire de droits. Pour ces raisons, préconisent les juges :

« il est loisible aux États membres d'instaurer, aux fins du financement de la compensation équitable, une 'redevance pour copie privée' à la charge non pas des personnes privées

---

<sup>4794</sup> Quelques mois avant le vote de la loi du 20 décembre 2011, le Conseil d'Etat s'était déjà conformé à la jurisprudence communautaire : « la commission [copie privée] doit apprécier, sur la base des capacités techniques des matériels et de leurs évolutions, le type d'usage qui en est fait par les différents utilisateurs, en recourant à des enquêtes et sondages qu'il lui appartient d'actualiser régulièrement » (CE, 17 juin 2011, n°324816).

<sup>4795</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 53.

<sup>4796</sup> Ces difficultés concernent l'identification des utilisateurs, les moyens de les obliger à indemniser les titulaires de droits, et la nature du préjudice. En effet, comme le relève les juges et eu égard au considérant 35 de la directive Dadvsī, un préjudice minime n'a pas à faire nécessairement naître un droit à indemnisation.

concernées, mais de celles qui disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à la disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction<sup>4797</sup> ».

Les juges autorisent les Etats membres à recourir à l'instauration d'une redevance dont le montant ne sera pas perçu auprès des utilisateurs mais directement auprès des personnes (les « redevables directs ») qui mettent à la disposition des utilisateurs du matériel de reproduction numérique ou leur fournissent un service de reproduction. Néanmoins, l'on peut se demander ainsi que le suggèrent les juges si ce système faisant peser sur ces intermédiaires la charge du paiement de cette redevance destinée à indemniser les titulaires de droits n'est pas a priori contraire à ce que semble exiger « le trente et unième considérant de la directive 2001/29<sup>4798</sup> » ? Autrement dit, le « juste équilibre » entre titulaires de droit et utilisateurs n'est-il pas compromis si les utilisateurs sont exemptés du paiement de la redevance correspondant à l'exécution de leur obligation d'indemnisation ? Les juges s'évertuent de démontrer qu'un tel mécanisme demeure justifié au regard du « juste équilibre » du considérant 31.

**Système de redevance pour copie privée et respect du « juste équilibre » entre les intérêts des titulaires de droit et des utilisateurs.** Pour rendre conforme ce système de la « redevance » au « juste équilibre à trouver entre les intérêts des auteurs et ceux des *utilisateurs d'objets protégés*<sup>4799</sup> », les juges commencent par éclairer le rôle des redevables directs dans le système de redevance. Leur implication se justifie d'une part, en raison de leur activité, laquelle constitue la « prémisse factuelle nécessaire pour que les personnes physiques puissent obtenir des copies privées<sup>4800</sup> ». Quoiqu'ils n'en tirent aucune conséquence juridique, du moins directement, les juges laissent entendre que les personnes qui mettent à la disposition des utilisateurs privés d'équipements, d'appareils et de supports ou qui leurs rendent des services de reproductions, participent à la réalisation du préjudice. Pour autant, en vertu du « juste équilibre » à trouver entre les intérêts et droits des titulaires de droits et des utilisateurs (finaux) uniquement, ces redevables directs ne peuvent être considérés comme les véritables débiteurs de l'obligation d'indemniser les titulaires de

---

<sup>4797</sup> Padawan, point 46.

<sup>4798</sup> Padawan, point 47.

<sup>4799</sup> Point 49.

<sup>4800</sup> Point 48.

droits<sup>4801</sup> puisqu'ils ne réalisent pas directement le préjudice, même éventuel, causé aux titulaires de droits.

Leur implication dans le financement de la compensation équitable se justifie également en raison des rapports juridiques ou factuels qui lient les redevables aux utilisateurs finaux. Les redevables ont la faculté, comme le préconisent les juges, de répercuter le montant de la redevance pour copie privée sur le prix demandé à l'utilisateur pour disposer du matériel de reproduction ou en contrepartie du service de reproduction<sup>4802</sup>. Ainsi, « la charge de la redevance sera en définitive supportée par l'utilisateur privé qui acquitte ce prix ». Dans ce système, l'utilisateur reste le débiteur de l'obligation d'indemniser les titulaires de droits, quoique l'exécution de celle-ci s'avère indirect. C'est la raison pour laquelle, les juges qualifient l'utilisateur final de « redevable indirect ».

**Condition de conformité du système de redevance au « juste équilibre » : la faculté de répercuter le prix de la redevance.** Les juges autorisent les Etats membres à recourir au système de la redevance à condition qu'ils permettent aux redevables de répercuter le coût de la redevance sur les utilisateurs privés, car c'est la seule manière, dans un tel système, pour faire peser sur ces derniers la charge de l'obligation d'indemnisation. L'exigence pour les Etats membres de ne pas empêcher les redevables de répercuter la redevance sur les utilisateurs est la seule requise pour que le système de la redevance soit conforme au « juste équilibre » entre les intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs d'objets protégés<sup>4803</sup>.

*ii) Prise en compte de la destination des usages des équipements pour l'application de la redevance*

Toujours dans l'arrêt Padawan, il a été demandé aux juges européens si selon l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive Dadvsi, « *il existe un lien nécessaire entre l'application*

---

<sup>4801</sup> On pourrait penser avec Mme Marino que les juges estiment que « le redevable direct cause un préjudice indirect, tandis que le redevable indirect cause un préjudice direct » (MARINO L., CJUE, 21 octobre 2010, Padawan aff. C-467/08, JCP éd.G, 2010, p. 1256); pourtant les juges ne franchissent pas le pas. Le « juste équilibre » en question demeure circonscrit aux intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs, et ne s'étend pas, comme le suggérait l'avocat général aux intérêts des redevables : « *les États membres sont tenus d'établir un juste équilibre entre les personnes concernées, c'est-à-dire, d'une part, les titulaires de droits de propriété intellectuelle lésés par l'exception de copie privée, bénéficiaires de ladite compensation, et, d'autre part, les redevables directs ou indirects* » (Conclusions V. Trstenjak dans l'affaire Padawan, 11 mai 2010, n° 84).

<sup>4802</sup> Padawan point 48.

<sup>4803</sup> Point 49.

*de la redevance destinée à financer la compensation équitable à l'égard d'équipements, d'appareils ainsi que de supports de reproduction numérique et l'usage présumé de ces derniers à des fins de reproduction privée*<sup>4804</sup> » et si « *l'application sans distinction de la redevance pour copie privée, notamment à l'égard desdits équipements, appareils et supports de reproduction numérique manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé, est conforme à la directive 2001/29*<sup>4805</sup> ».

**L'existence, en vertu du « juste équilibre », d'un lien nécessaire entre l'application de la redevance et les usages présumés du matériel de reproduction.** Pour relever l'existence du lien nécessaire entre l'application de la redevance aux équipements, appareils et supports de reproduction et la destination des usages de ces derniers, les juges se réfèrent encore au « juste équilibre » entre les droits et intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs, poursuivi par le système de la compensation équitable. A ce titre, les juges remarquent d'emblée que le système de la redevance pour financer la compensation équitable « *n'est compatible avec les exigences du 'juste équilibre' que si les équipements, appareils et supports de reproduction en cause sont susceptibles d'être utilisés à des fins de copie privée et, partant, de causer un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée*<sup>4806</sup> ». Autrement dit, il est impératif, en principe, que celui qui acquiert le matériel ou bénéficie d'un service de reproduction puisse l'exploiter de manière à « utiliser » une œuvre protégée, de sorte que cette utilisation (ou reproduction) de l'œuvre protégée se traduise in fine par un gain potentiel pour l'utilisateur et corrélativement une perte potentielle (ou un manque à gagner éventuel) pour le titulaire de droits. Plus simplement, en absence d'un éventuel préjudice subi par le titulaire de droit, la redevance perçue auprès des redevables et versée par les redevables indirects (utilisateurs) n'aurait aucune raison d'être. Les juges déclarent donc sans ambages qu'il existe « un lien nécessaire entre l'application de la redevance pour copie privée à l'égard desdits équipements, appareils et supports de reproduction numérique et l'usage de ces derniers à des fins de reproduction privée<sup>4807</sup> ». En conséquence, toutes les personnes qui ne peuvent jouir du bénéfice de l'exception de reproduction pour usage privé, à l'instar des personnes morales<sup>4808</sup>,

---

<sup>4804</sup> Padawan, point 51.

<sup>4805</sup> Padawan, point 51.

<sup>4806</sup> Point 52.

<sup>4807</sup> Point 51.

<sup>4808</sup> L'article 5, paragraphe 2, sous b) de la directive Dadvsi ne vise que les personnes physiques.

et qui font l'acquisition de ces équipements ne devraient être assujetties au paiement indirect de la redevance puisqu'ils ne font subir aucun préjudice aux titulaires de droits.

**Quid des usages des appareils de reproduction destinés à d'autres fins que la réalisation de copies privées ?** La corrélation nécessaire entre l'application de la redevance et la destination des usages des équipements, matériels et supports de reproduction conduit logiquement à exclure l'application de la redevance lorsque les appareils de reproduction ne sont pas destinés à réaliser des copies d'œuvres à usage privé conformément à l'article 5, paragraphe 2, sous b) de la directive DADVSI, autrement dit, lorsque ces appareils ne sont pas destinés à des usages causant in fine un préjudice aux titulaires de droits. Ainsi, les Etats membres qui imposeraient sans distinction la redevance à tous les appareils de reproduction, sans tenir compte des usages auxquels ils sont destinés, ne seraient pas en conformité avec la directive<sup>4809</sup>. Or comment connaître la destination des usages des matériels de reproduction ? Délaissant le considérant 31 au profit de l'interprétation du considérant 35 lequel qualifie le préjudice des titulaires de droit de « potentiel », les juges posent une présomption selon laquelle les appareils mis à disposition des personnes physiques à des fins privées sont destinés à la réalisation de copies privées et participent potentiellement à la réalisation d'un préjudice subi par les titulaires de droits. Cette présomption est déclenchée par le critère de la « mise à disposition des appareils de reproduction » aux utilisateurs par les redevables<sup>4810</sup>. En effet « les personnes physiques » déclarent les juges « sont légitimement présumées bénéficier *intégralement de cette mise à disposition, c'est-à-dire qu'elles sont censées exploiter la plénitude des fonctions associées auxdits équipements, y compris celle de reproduction*<sup>4811</sup> ». Le champ de cette présomption est toutefois limité. En l'occurrence, si les équipements ou appareils capables de réaliser des copies ne sont pas « mis à disposition des personnes *physiques en tant qu'utilisateurs privés*<sup>4812</sup> » et qu'ils sont « manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé<sup>4813</sup> », la compensation équitable ne doit être retenue.

---

<sup>4809</sup> Point 53.

<sup>4810</sup> CARON Ch., note sous CJUE, 21 octobre 2010, Padawan aff. C-467/08, Comm. com. électr., 2011, comm. 2, p. 26 : « *A partir d'un fait connu (mise à disposition d'un support d'enregistrement à une personne privée), elle [la Cour] en déduit un fait inconnu (réalisation d'une copie privée grâce à ce support)* ».

<sup>4811</sup> Point 57.

<sup>4812</sup> Point 56.

<sup>4813</sup> Point 51.

iii) *La présomption légale d'utilisation des supports à des fins d'utilisation privée*

**La fonction de la présomption judiciaire d'usage privé.** Le système de la compensation équitable repose sur le principe du juste équilibre au sens de la « justice commutative », ce qu'attestent les juges lorsqu'ils admettent qu'entre l'application de la redevance destinée à financer la compensation équitable à l'égard des équipements, des appareils ainsi que des supports de reproduction numérique et l'usage de ces derniers par les utilisateurs, il existe un « lien nécessaire »<sup>4814</sup>. Le préjudice causé aux titulaires de droit par les reproductions à usage privé des utilisateurs doit être compensé par ces derniers au travers de la redevance appliquée aux appareils grâce auxquels la reproduction est réalisée. Dans la pureté des principes, il faudrait que la redevance s'applique uniquement aux appareils dont les usages sont effectivement destinés à la reproduction privée, c'est-à-dire, aux usages causant le préjudice subi par le titulaire de droits. Or l'efficacité du système de la redevance (lequel est destiné à faciliter la mise en œuvre du régime de la compensation équitable) serait fortement réduite s'il fallait vérifier la destination des usages de tous les appareils de reproduction. Il a donc fallu renoncer à la perfection<sup>4815</sup>. Les juges le reconnaissent et affirment qu'« *il n'est nullement nécessaire d'établir que [les personnes physiques] ont effectivement réalisé des copies privées à l'aide de ces derniers et ont ainsi effectivement causé un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée* »<sup>4816</sup>. Toutefois, un paradoxe subsiste : comment peut-on soutenir la nécessité d'une corrélation entre la redevance pour copie privée et les appareils destinés à reproduire les œuvres s'il n'est pas, dans le même temps, nécessaire de rechercher si lesdits appareils servent effectivement à causer un préjudice aux auteurs ? Pour dépasser ce paradoxe les juges ont recours à une fiction juridique<sup>4817</sup> : les usages de ces appareils mis à la disposition des personnes privées sont présumés être destinés à la reproduction d'œuvres protégées pour un usage privé. Cette présomption est l'instrument grâce auquel les juges peuvent déclarer l'existence d'un lien entre la redevance d'une part, destinée à compenser le préjudice des titulaires de droits, et d'autre part, les usages des appareils de reproduction par

---

<sup>4814</sup> Padawan, point 59.

<sup>4815</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 399 : « *la vérité est que l'approximation est inhérente au système* » ; d'ailleurs le législateur européen l'avait lui-même reconnu puisqu'il admet qu'un préjudice minime peut ne pas conduire à réparation (v. considérant 35 de la directive Dadvsi).

<sup>4816</sup> Padawan, point 54.

<sup>4817</sup> MARINO L., note sous CJUE, 21 octobre 2010, Padawan aff. C-467/08, JCP éd. G, 2010, p. 1256.

les utilisateurs constitutifs du préjudice<sup>4818</sup>. Cette présomption à laquelle ont recours les juges européens permet aux Etats membres qui opteraient pour le système de la redevance de s'affranchir de la charge d'instaurer des modalités de vérification de la destination des usages des appareils de reproduction sur lesquels la redevance est appliquée. Cela ne signifie toutefois pas que les Etats membres peuvent automatiquement recourir à une présomption légale d'utilisation des supports à des fins d'utilisation privée.

**Conditions de conformité de la présomption légale d'utilisation des supports à des fins d'utilisation privée au « juste équilibre ».** Dans l'arrêt Amazon du 11 juillet 2013, la juridiction nationale a demandé aux juges européens si l'établissement par un Etat membre d'une présomption réfragable d'usage privé de supports d'enregistrement susceptibles de servir à la reproduction en cas de mise en circulation de ceux-ci auprès de personnes physiques, est conforme à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive Dadvisi<sup>4819</sup>. Selon la Cour :

« compte tenu des difficultés pratiques liées à la détermination de la finalité privée de l'usage d'un support d'enregistrement susceptible de servir à la reproduction, l'établissement d'une présomption réfragable d'un tel usage lors de la mise à disposition de ce support auprès d'une personne physique est, en principe, justifié et répond au « juste équilibre » à trouver entre les intérêts des titulaires du droit exclusif de reproduction et ceux des utilisateurs d'objets protégés<sup>4820</sup> ».

Toutefois, l'établissement d'une telle présomption doit répondre à plusieurs conditions. La première étant que cette présomption légale doit être justifiée par des « difficultés pratiques liées à la détermination de la finalité privée de l'usage des supports en cause<sup>4821</sup> ». En outre, la présomption ne doit pas aboutir à imposer la redevance pour copie privée dans des

---

<sup>4818</sup> Point 59 : « l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'un lien est nécessaire entre l'application de la redevance destinée à financer la compensation équitable à l'égard des équipements, des appareils ainsi que des supports de reproduction numérique et l'usage présumé de ces derniers à des fins de reproduction privée ».

<sup>4819</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 39.

<sup>4820</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 43.

<sup>4821</sup> Cette condition étonne dans la mesure où les juges imposent aux Etats membres d'établir l'existence de ces difficultés pratiques alors que dans l'arrêt Padawan, ils étaient parti du principe de l'existence de ces difficultés pour justifier l'établissement du système de la redevance (Padawan, point 45).

hypothèses où l'utilisation finale de ces supports reste manifestement en dehors du cas de figure visé à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive Dadvsi<sup>4822</sup>.

*iv) Droit au remboursement des redevances indûment versées*

**Raison d'être du droit au remboursement.** Selon l'arrêt Padawan, l'application par les Etats membres sans distinction de la redevance pour copie privée n'est pas conforme à la directive DADVSI. La redevance ne doit pas s'appliquer, par exemple, aux appareils de reproductions qui ne sont pas mis à la disposition des utilisateurs privés et qui sont manifestement réservés à d'autres usages que la réalisation de copies à usage privé<sup>4823</sup>. Un tel système conduirait à imposer à certaines personnes l'indemnisation d'un préjudice qu'elles n'auraient pas contribué à causer. C'est le cas typique d'un enrichissement sans cause ou, comme disent les juges, d'un « déséquilibre<sup>4824</sup> ». Pour remédier à ces difficultés pratiques tout en se conformant au droit de l'Union eu égard au devoir qui leur incombe<sup>4825</sup>, certains Etats ont prévu un droit au remboursement destiné à répéter les sommes indûment perçues. La validité d'un tel droit a fait l'objet d'une question préjudicielle dans l'arrêt Amazon du 11 juillet 2013<sup>4826</sup>. Dans cet arrêt, il est demandé si, dans le cas où l'Etat applique sans distinction la redevance pour copie privée, un droit au remboursement de la redevance payée est de nature à rétablir le « juste équilibre » entre les intérêts des titulaires du droit exclusif de reproduction et ceux des utilisateurs d'objets protégés, conformément aux exigences de la directive.

**Conditions de conformité du droit au remboursement au « juste équilibre ».** Sur le principe et compte tenu des difficultés pratiques de la mise en œuvre de la compensation

---

<sup>4822</sup> Point 44.

<sup>4823</sup> Padawan, point 59.

<sup>4824</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 36.

<sup>4825</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 32 : « si un État membre a introduit l'exception de copie privée dans son droit national, il est tenu d'assurer, conformément à sa compétence territoriale, une perception effective de la compensation équitable en dédommagement du préjudice subi par les titulaires du droit exclusif de reproduction en raison de la reproduction d'œuvres protégées réalisée par des utilisateurs finaux qui résident sur le territoire de cet État (voir, en ce sens, arrêt Stichting de Thuiskopie, précité, point 36). Ainsi, lorsqu'une telle perception présente des difficultés, l'État membre concerné est également tenu de les surmonter en tenant compte des circonstances propres à chaque cas ».

<sup>4826</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 30, RIDA 2/2014, p. 351, obs. SIRINELLI ; Comm. com. électr., 2013, comm. 99, obs. CARON ; PI, 2014, p. 74, obs. BRUGUIERE ; JCPéd. E 2014, 144, n° 9, obs. LAPORTE-LEGEAIS ; RTD com. 2014, p. 719, obs. POLLAUD-DULIAN.

équitable – qui justifient le recours au système de redevances –, les juges considèrent qu'un tel droit au remboursement, pour autant qu'il soit effectif et ne rend pas excessivement difficile la restitution de la redevance payée « *peut s'avérer conforme à l'article 5, paragraphe 2, sous b) de la directive* »<sup>4827</sup>. Les juges autorisent les Etats à recourir au droit au remboursement à deux conditions. Il faut, en premier lieu, que le recours à l'application de la redevance sans distinction de la destination des matériels de reproduction soit justifié par des « *difficultés pratiques suffisantes* »<sup>4828</sup>. En second lieu, il faut que « *la portée, l'efficacité, la disponibilité, la publicité et la simplicité d'utilisation du droit au remboursement permettent de pallier les éventuels déséquilibres créés par le système en vue de répondre aux difficultés pratiques constatées* »<sup>4829</sup>.

**Bénéficiaire du droit au remboursement et modalités d'exercice.** Dans l'arrêt Copydan Båndkopi du 5 mars 2015<sup>4830</sup>, au nom du « juste équilibre » les juges précisent que seul celui sur la tête duquel pèse la charge de la redevance bénéficie du droit au remboursement<sup>4831</sup>. Pour pouvoir exercer son droit au remboursement, les juges indiquent, toujours au nom du « juste équilibre » que le bénéficiaire doit présenter une demande à cette fin auprès de l'organisation chargée de la gestion des mêmes redevances<sup>4832</sup>.

v) *Prise en compte de la source de la copie pour calculer le montant de la redevance*

Dans l'arrêt Adam du 10 avril 2014<sup>4833</sup>, il a été demandé à la Cour si le droit de l'Union, en particulier l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29, lu en combinaison avec le paragraphe 5 de cet article, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation

<sup>4827</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 31.

<sup>4828</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 35.

<sup>4829</sup> CJUE, 11 juillet 2013, Amazon c/ Austro-Mechana, aff. C-521/11, point 36. – CJUE, 5 mars 2015, Copydan Båndkopi/Nokia, C-463/12, point 52.

<sup>4830</sup> CJUE, 5 mars 2015, Copydan Båndkopi/Nokia, C-463/12.

<sup>4831</sup> Ainsi lorsqu'un Etat membre autorise les redevables à répercuter le montant de la redevance appliquée aux cartes mémoires sur le prix des téléphones mobiles contenant celles-ci, « il est en principe conforme au juste équilibre entre les intérêts des titulaires du droit d'auteur et ceux des utilisateurs d'objets protégés, visé au considérant 31 de la directive 2001/29, que seul l'acquéreur final d'un tel téléphone puisse obtenir le remboursement de ladite redevance » (CJUE, 5 mars 2015, Copydan Båndkopi/Nokia, C-463/12, point 53).

<sup>4832</sup> CJUE, 5 mars 2015, Copydan Båndkopi/Nokia, C-463/12, point 53.

<sup>4833</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, RIDA, 2/2014, p. 353, obs. SIRINELLI ; Comm. com. électr., 2014, comm. 51, obs. CARON ; PI, 2014, p. 276, obs. LUCAS ; Europe, 2014, comm. 271, obs. SIMON.

nationale qui ne distingue pas, pour le calcul de la redevance, la nature licite ou illicite de la source à partir de laquelle la reproduction pour un usage privé est réalisée<sup>4834</sup>.

**Exception de copie privée et source illicite.** Pour déterminer si une telle législation établissant un système de redevance s'avère conforme avec le régime de la compensation équitable tel qu'il est établi par le législateur et la jurisprudence européens, les juges recherchent en premier lieu si l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive relatif à l'exception de copie privée doit être interprété en ce sens qu'il couvre l'hypothèse de copies privées réalisées à partir d'une source illicite. Pour différents motifs, tenant, notamment<sup>4835</sup>, au bon fonctionnement du marché intérieur<sup>4836</sup> et à la diffusion de la culture<sup>4837</sup>, les juges déclarent sans réserve qu'une législation nationale qui ne fait aucune différence entre les copies privées réalisées à partir de sources licites et celles qui le sont à partir de sources contrefaites ou piratées n'est pas tolérable<sup>4838</sup> : « *l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne couvre pas l'hypothèse de copies privées réalisées à partir d'une source illicite* »<sup>4839</sup>.

**Absence de conformité de la législation indifférente à la source de la copie privée au « juste équilibre ».** Très logiquement les juges n'admettent pas un système de redevance pour copie privée qui ne distingue pas, s'agissant du calcul de la compensation équitable due à ses bénéficiaires, la situation où la source à partir de laquelle une reproduction pour un usage privé a été réalisée est licite de celle où cette source est illicite. Un tel système ne respecte pas le « juste équilibre entre les droits et les intérêts des auteurs, bénéficiaires de la compensation équitable, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part<sup>4840</sup> ». Le « juste équilibre » ne peut être atteint par un tel système car il fait peser sur les utilisateurs bénéficiaires de l'exception et débiteurs de l'obligation de compensation équitable

---

<sup>4834</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 20.

<sup>4835</sup> V. CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, points 20 à 41.

<sup>4836</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 35 : « si les États membres disposaient de la faculté d'adopter ou non une législation qui permet que des reproductions pour un usage privé soient également réalisées à partir d'une source illicite, il en résulterait, de toute évidence, une atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur ».

<sup>4837</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 36 : « il ressort du considérant 22 de cette directive qu'une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées ».

<sup>4838</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 37.

<sup>4839</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, point 41.

<sup>4840</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, points 53 et 54.

une charge qui ne correspond pas au préjudice qu'ils ont contribué à causer aux titulaires de droits<sup>4841</sup>.

La logique de la Cour est implacable et atteste à nouveau que le « juste équilibre » en question correspond à la justice commutative qui vise à rétablir l'égalité dans les rapports d'échange involontaire de valeurs. Le respect du « juste équilibre » dans le régime de la redevance pour copie privée impose aux Etats membres de ne prendre en compte que le préjudice subi par les titulaires de droits (même s'il n'est qu'éventuel) causé par les seuls bénéficiaires de l'exception de copie privée qui ne peuvent être que ceux qui réalisent des copies à partir d'une source licite. Il ne serait pas conforme à ce type de justice d'obliger ces derniers à indemniser le titulaire de droits en raison d'un préjudice causé par d'autres.

Le thème de la compensation équitable à l'échelle communautaire présage de l'évolution du droit d'auteur. L'alchimie produite lorsque les juges communautaires mélangent une « notion autonome du droit de l'Union » comme la compensation équitable et le « juste équilibre » du considérant 31 laisse deviner la manière dont les rapports entre titulaires de droits et utilisateurs vont désormais être ordonnés<sup>4842</sup>.

## Conclusion de la section deux

Les juges peuvent utiliser la méthode de « balance des intérêts » soit ex nihilo soit par l'interprétation d'une norme formelle qui les invite à l'exercer en mentionnant simplement le

---

<sup>4841</sup> CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam BV, aff. C-435/12, points 55 et 56 : « dans un tel système, le préjudice causé, et donc le montant de la compensation équitable due aux bénéficiaires, est calculé sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs tant par des reproductions pour un usage privé, réalisées à partir d'une source licite, que par des reproductions réalisées à partir d'une source illicite. La somme ainsi calculée est ensuite, en définitive, répercutée sur le prix que les utilisateurs d'objets protégés payent au moment de la mise à leur disposition d'équipements, d'appareils et de supports permettant la réalisation de copies privées. Ainsi, tous les utilisateurs qui acquièrent de tels équipements, appareils ou supports sont indirectement pénalisés étant donné que, en supportant la charge de la redevance fixée indépendamment du caractère licite ou illicite de la source à partir de laquelle de telles reproductions sont réalisées, ils contribuent nécessairement à la compensation pour le préjudice causé par des reproductions pour un usage privé à partir d'une source illicite qui ne sont pas autorisées par la directive 2001/29 et sont ainsi conduits à assumer un coût supplémentaire non négligeable pour pouvoir réaliser les copies privées couvertes par l'exception prévue par son article 5, paragraphe 2, sous b) ».

<sup>4842</sup> V. BENABOU V.-L., « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », PI, avril 2012, n° 43, p. 148.

mot « équilibre ». Pour distinguer ces deux procédés, nous avons qualifié le premier de « méthode d'adjudication » et le second de « méthode d'interprétation ».

Dans les rapports entre auteur et utilisateurs, les juges n'exercent pas la méthode d'adjudication, bien qu'elle existe. Ils exercent par contre la méthode d'interprétation comme nous l'avons constaté dans le cadre du droit communautaire pour préciser le champ des exceptions ou pour élaborer le régime de la compensation équitable pour copie privée.

## **Conclusion du chapitre deux**

Introduite dans le langage des acteurs du droit par le truchement des conventions internationales et du droit communautaire, la notion juridique d'« équilibre » se présente d'abord comme le résultat d'un combat tenu dans le cadre des négociations. Dans un texte formel, la notion est source d'interprétations diverses toutefois elle semble exprimer une forme de tempérence à l'égard des droits exclusifs, et ce, en faveur de l'intérêt public ou de l'intérêt des utilisateurs. Cette mention invite les Etats à favoriser un exercice raisonnable des droits privatifs et invite le juge à mettre en balance les intérêts entre les titulaires de droits et les utilisateurs (du moins dans le cadre de l'UE). Sous couvert d'interprétation de la mention d'« équilibre » les juges exercent le pouvoir qui leur est confié pour préciser la norme et la compléter. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'interprétation du « juste équilibre » par la CJUE n'est pas nécessairement favorable aux utilisateurs. Par cette mention, le juge met en œuvre la *logique de l'utilité* qui peut, en fonction des circonstances être tantôt favorable aux auteurs, tantôt aux utilisateurs. En conséquence, les usages de la notion juridique d'« équilibre » demeurent à nouveau conformes aux résultats obtenus dans la première partie de l'étude.

## **Conclusion du titre un**

Dans ce premier titre, il s'agissait de montrer que les usages du terme « équilibre » étaient stables, c'est-à-dire, conformes aux résultats obtenus dans la première partie.

Employé par les juristes, le terme vise à lutter contre l'absolutisme et tend à orienter le débat vers les intérêts en jeu. La doctrine de Renouard et celle de Proudhon étaient dirigés dans ce

sens. Suite à l'abandon de la doctrine sociale et de la désuétude de la signification sociale du terme, le mot « équilibre » est utilisé pour désigner les systèmes américain et, dans une moindre mesure, allemand.

Employé par les acteurs du droit, le mot « équilibre » demeure, pour le législateur, une manière d'habiliter le juge à élargir son pouvoir d'appréciation et à adapter son jugement aux considérations d'espèce. Lorsque le juge interprète le terme « équilibre », il l'utilise pour créer du droit ainsi que nous l'avons vu dans le cadre de l'examen de la jurisprudence communautaire.

## **Titre 2 : Approche synchronique : L'instabilité des usages de l'équilibre dans la doctrine française**

« les métaphores, les mots ambigus ou qui ne veulent rien dire, sont comme des feu-follets ; s'en servir pour raisonner, c'est errer parmi d'innombrables absurdités ; leur aboutissement, ce sont les conflits, les discordes, le mépris<sup>4843</sup> ».

Th. Hobbes

L'*équilibre* autrefois abhorré semble désormais figurer comme la mesure de la plupart des jugements et opinions dans la doctrine du droit d'auteur. La doctrine française aurait-elle finalement été convaincue par l'utilitarisme qui sous-tend la formule d'«équilibre des intérêts » et partant aurait-elle renoncé à l'approche personnaliste et traditionnelle du droit d'auteur ? Si les mots étaient porteurs d'un sens a priori nous serions enclin à le penser mais les termes du langage, comme nous espérons l'avoir montré, tirent leur signification des fonctions qu'ils remplissent. Dès lors, pour affirmer que le discours de l'équilibre traduit un mode de pensée utilitariste, il faudrait auparavant s'assurer que la notion d'équilibre exprime la « *logique de l'utilité* » qui consiste à comparer les peines et les plaisirs dans toutes les opérations du jugement « et à n'y faire entrer aucune autre idée<sup>4844</sup> ». Or force est de constater que l'ensemble des membres de la doctrine qui convoque l'«équilibre » ou

---

<sup>4843</sup> HOBBS Th., *Léviathan*, trad. et introd. TRICAUD Fr., Paris : Dalloz, 1999, p. 44.

<sup>4844</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 11.

l'« équilibre des intérêts » ne souscrit pas expressément comme implicitement à ce mode de pensée nominaliste. Il suffit, à ce titre, de constater le rejet unanime de la conception immanente ou nominaliste de l'intérêt général<sup>4845</sup>.

En réalité, l'examen des usages du terme « équilibre » par la doctrine française moderne met en évidence une certaine incohérence et partant une instabilité. Quoique polysémique, le mot « équilibre » avait auparavant une forme de stabilité sémantique. Le sens du mot était généralement le même à un lieu et à une époque donnés. Aujourd'hui, en doctrine, le même mot, employé dans le même contexte, est le support de sens non seulement différents mais parfois totalement opposés. Cette concurrence qu'il convient de constater (Chapitre 1) est intolérable d'un point de vue scientifique et n'aide pas à résoudre les crises traversées par le droit d'auteur (Chapitre 2).

---

<sup>4845</sup> Par ex., BENABOU V.-L., « L'abus de droit peut-il servir la cause de l'intérêt général en droit de la propriété intellectuelle ? », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 222 : « l'intérêt général ne peut se résumer à la somme des intérêts particuliers qu'il dépasse ».

# Chapitre 1 : Les deux discours concurrents de l'équilibre

« lorsque les mots sont prononcés devant nous, ou que nous les rencontrons dans l'écriture et dans l'imprimé, ce qui nous égare c'est l'uniformité de leur aspect. Car leur utilisation n'apparaît pas si clairement<sup>4846</sup> ».

L. Wittgenstein

La première partie de l'étude a permis de mettre à jour certains traits caractéristiques de l'usage du terme « équilibre » dans le discours de la doctrine (faveur pour la recherche des intérêts hic et nunc, rejet de l'absolutisme et du raisonnement syllogistique au profit de la relativité et de la *logique de l'utilité*, idéalisme scientifique au détriment de l'idéalisme métaphysique, etc.). Ce discours est également employé en droit d'auteur. Toutefois, nous constatons de nos jours le développement d'un second discours de l'équilibre en réaction à celui-ci. Ce second discours est très singulier car il ne s'inscrit absolument pas dans la grille de lecture que nous avons pu établir précédemment. Ces deux discours conduisent à faire de l'« équilibre », une simple formule rhétorique.

**La rhétorique de l'« équilibre ».** Lorsque le terme « équilibre » apparaît dans le discours doctrinal, celui-ci pourrait, dans certains cas, être remplacé par des termes tels que la « justice » ou l'« équité » (au sens d'un Domat ou d'un Pothier). Par exemple, la possibilité pour le juge de créer de nouvelles exceptions pourra être approuvée car elle permettrait au juge d'adapter les règles aux évolutions technologiques et ainsi d'« équilibrer les intérêts en présence ». Il serait aisé de justifier une telle faculté en arguant de considérations de « justice » ou d'« équité » (*aequitas non scripta*). Dans un sens inverse, on pourra soutenir qu'autoriser le juge à créer de nouvelles exceptions pourrait remettre en cause les

---

<sup>4846</sup> WITTGENSTEIN L., *Investigations philosophiques*, in, *Tractacus logico-philosophicus*, intro. B. Russell, Paris : Gallimard, 1961, p. 120.

« équilibres » voulus par le législateur ou que cette faculté compromettrait l'« équité » dont a déjà fait preuve le législateur (*aequitas scripta*). Pourtant, ces termes ne sont plus utilisés : la « justice » n'est plus à la mode<sup>4847</sup> et l'équité est, soit trop sujette à confusion, soit trop suspecte. A leur place, la doctrine, en droit d'auteur (mais également dans la plupart des autres branches du droit), préfère la notion d'« équilibre ». Dans le cadre du discours doctrinal, celle-ci n'est pas différente des autres notions floues : elle demeure, pour reprendre le langage de Bentham, un instrument des principes de sympathie et d'antipathie. Lorsque l'on aime (ou n'aime pas) une norme, un projet de norme ou encore une proposition doctrinale, il suffit, en dernière analyse, d'affirmer qu'elle est conforme (ou non) à l'« équilibre des intérêts » ou aux « équilibres du droit *d'auteur* ».

**Les deux discours : « Équilibre des intérêts » et « équilibres du droit d'auteur ».** Les deux discours de l'équilibre prennent différentes formes, néanmoins, il est assez simple de les identifier. Pour formuler le premier (le discours ordinaire), sont souvent utilisées les expressions d'« équilibre des intérêts » ou de « balance des intérêts ». Pour formuler le second (le discours inédit), ce sont les expressions « *équilibre du droit d'auteur* » ou « équilibres du droit *d'auteur* » qui ont généralement la préférence des auteurs.

**Discours réformateur et discours conservateur.** Le discours des « équilibres du droit *d'auteur* » traduit une réaction contre le discours de « *l'équilibre/ la balance des intérêts* ». En droit comme en doctrine, l'intérêt de l'auteur est traditionnellement réputé primer sur l'intérêt des utilisateurs. Or, comme le discours de « *l'équilibre/ la balance des intérêts* » a soit pour effet, soit pour fonction, sinon de favoriser, du moins de satisfaire les intérêts du public au détriment de ceux de l'auteur, il est apparu comme une menace contre la tradition hexagonale qui a développé plus ou moins consciemment un discours de combat avec la même arme qui menace le droit d'auteur. Le discours « des équilibres *du droit d'auteur* » exprime l'idée que le système repose sur des équilibres qui ne doivent être modifiés. Il s'agit donc d'un discours conservateur et c'est sous cet adjectif qu'il convient de le désigner. Par opposition au discours conservateur des équilibres du droit d'auteur, il conviendrait de voir dans le discours de « *l'équilibre/la balance des intérêts* », un discours de type réformateur. Une telle analyse s'avère toutefois partiellement fautive car ce discours peut également se

---

<sup>4847</sup> ATIAS Ch., « Le déclin de l'argument de justice », *Jurisprudence : revue critique*, vol. 3, 2012, pp. 15-28.

limiter au service d'un propos essentiellement descriptif. Néanmoins, pour faciliter l'identification des deux discours opposés, nous optons pour la distinction discours réformateur/discours conservateur. Précisons qu'aucun jugement de valeur ne préside à cette qualification. L'un comme l'autre discours peut très bien servir les intérêts des auteurs ou des utilisateurs.

L'examen des discours de l'équilibre se déroulera en deux temps. Nous étudierons la nature (section 1) et les objets (section 2) des discours de l'équilibre.

## Section 1 : La nature des discours

Avant d'entamer cette section, reprenons rapidement l'histoire du concept de balance des intérêts pour bien comprendre la tentative de révolution copernicienne qu'il s'apprête à connaître en France.

**Abregé historique du concept de balance des intérêts. Rappels.** S'il est difficile de fixer son origine, nous pouvons raisonnablement l'associer à Bentham. La balance des intérêts est ici une métaphore qui vise à rendre compte de la logique de l'utilité. La pensée de Bentham influence les Allemands (Ihering, Heck), les Américains (Holmes, Pound) et dans une moindre mesure les Français (Gény). Le concept de balance des intérêts, grâce aux efforts de la doctrine s'introduit dans les cours de justice et devient un instrument d'adjudication. Les juges américains (balancing test) et allemands (Interessenabwägung) utilisent cet instrument pour dépasser les formes de la règle et concilier les intérêts en présence. Le juge français renonce, en droit privé, à l'introduire et préfère utiliser l'instrument de l'abus de droit. Les législateurs américain et allemand, qui observent l'usage de l'instrument au sein des juridictions nationales introduisent la notion dans leurs lois afin d'habiliter le juge dans tel ou tel domaine à trancher selon cette méthode. Pendant ce temps, le législateur et le juge français et partant la doctrine accusent un certain retard vis-à-vis des ordres juridiques étrangers. Ce décalage se manifeste dans notre matière lors du développement des normes supra-nationales (droit communautaire, traités internationaux). L'Accord ADPIC, le traité OMPI ou encore la directive DADVSI dans lesquels la notion d'« équilibre » est mentionnée afin d'inciter les législateurs nationaux à concilier les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs, suscitent des inquiétudes notamment en raison du caractère étranger de cette mention. Tandis que la

CEDH et la CJUE commencent à rendre des décisions en mettant en œuvre la technique de « balance des intérêts », une partie de la doctrine (notamment M. Geiger) se saisit de ces occasions et milite, grâce au discours de l'« équilibre » et de la « balance des intérêts » en faveur d'un droit d'auteur plus attentif aux intérêts des utilisateurs.

Nous constatons désormais une tendance doctrinale consistant à exploiter la plasticité du concept, son caractère flou et ses origines mystérieuses au service des intérêts des auteurs. Cette démarche peut-être qualifiée de révolution copernicienne dans la mesure où, d'une part, elle fait du concept à vocation pragmatique de la « balance des intérêts » un instrument formaliste, et d'autre part, elle est employée au service des titulaires de droits alors que traditionnellement elle est invoquée pour préserver les intérêts du public. Nous retrouvons cette démarche dans la thèse de M. Galopin<sup>4848</sup> comme nous le verrons un peu plus loin.

Il importe désormais de présenter les deux discours concurrents de l'équilibre, à savoir l'équilibre dit réformateur (I), et l'équilibre dit conservateur (II). Le premier, comme nous l'avons dit, s'exprime le plus souvent à l'aide de la « balance des intérêts » ou de l'« équilibre des intérêts » ; le second à l'aide de l'« équilibre » ou des « équilibres du droit d'auteur ».

#### I) Le discours réformateur de « l'équilibre des intérêts »

**Les usages ordinaires de la « balance » ou de « l'équilibre des intérêts ».** Pour tenter d'appréhender les discours doctrinaux de l'équilibre en droit d'auteur actuellement, il convient de rappeler les usages possibles de l'« équilibre » dans les différents discours en mettant de côté pour l'instant le droit d'auteur. Les significations des expressions de type « équilibre des intérêts » ou « balance des intérêts » employées par la doctrine sont multiples néanmoins on peut de manière générale ramener celles-ci à un ensemble d'énoncés en fonction de l'activité à propos de laquelle elles sont employées.

Relativement au législateur (sens large), il est convenu que la « balance des intérêts » désigne la technique de production de la norme qui consiste à considérer l'ensemble des intérêts afin

---

<sup>4848</sup> GALOPIN B., Les exceptions à usage public en droit d'auteur, préf. SIRINELLI P., Paris : LexisNexis, 2012.

de les équilibrer voire de les maximiser. Il est toutefois certainement plus correct de dire que la « balance des intérêts » est la formule de la doctrine destinée à décrire l'activité du législateur à partir des intérêts promus ou sacrifiés par la loi. Lorsque le législateur emploie l'expression dans les motifs de la loi ou dans le préambule ou les considérants d'un texte, cette mention habilite le juge, sinon à opérer ladite balance, du moins à interpréter les textes à la lumière de cette mention, ce qui revient à lui conférer un large pouvoir d'interprétation des textes et une grande faculté d'appréhension des faits et des intérêts de l'espèce.

Relativement au juge, la « balance des intérêts » désigne une technique d'adjudication, issue de la *logique de l'utilité* de Bentham et opposée au syllogisme judiciaire, consistant pour le juge à s'écarter des formes de la norme écrite afin de trancher en fonction des intérêts en présence qu'il aura au préalable identifiés et comparés. Cette méthode d'adjudication se présente, comme nous venons de le mentionner, comme une méthode d'interprétation.

La doctrine peut également employer la formule de « balance » ou d'« équilibre des intérêts » pour se décrire elle-même ou plutôt désigner certaines doctrines à tendance pragmatique ou sociologique qui placent au premier plan l'examen des intérêts au détriment des considérations métaphysiques. En outre, plus classiquement, la « balance des intérêts » désigne une technique de description du droit (comme nous venons de l'évoquer précédemment) mais également une méthode de jugement (doctrinal) ou un instrument prescriptif grâce auquel la doctrine peut tenir un discours normatif sur le droit et de proposer des solutions de *lege feranda* au nom d'un meilleur équilibre des intérêts.

Quelle que soit son acception, « la balance des intérêts » implique, une approche (prétendument) non-dogmatique, conséquentialiste et relativement peu formaliste du droit. Non-dogmatique parce que la « tradition » juridique n'est pas (ou ne devrait pas être) pris en compte, et si conformité il y a avec la tradition, cette conformité n'est qu'une conséquence indépendante de l'application de la méthode. Conséquentialiste car il s'agit toujours d'envisager les normes et leur contenu en fonction des effets qu'elles produiront sur les intéressés et non à partir de leur conformité à une règle idéale ou a priori. Peu formaliste car le regard étant strictement tourné vers la satisfaction des intérêts des particuliers, l'exigence de la cohérence du système et de sécurité juridique ne sauraient suffire, sauf à provoquer des inconvénients supérieurs aux gains escomptés, à empêcher une modification du droit, par le législateur ou le juge (ou une suggestion de modification par la doctrine) favorable au plus grand nombre d'intérêts en jeu.

Appliqué au droit d'auteur, ce discours de l'équilibre des intérêts présente toutes les ressources pour s'opposer à l'approche personnaliste du droit d'auteur.

#### A) *Origine*

L'origine du discours de l'«équilibre des intérêts» est désormais connue. Il plonge ses racines dans l'utilitarisme benthamien et il fut énoncé notamment par les courants de la Sociological jurisprudence et de l'Interessenjurisprudenz fin XIXe début XXe siècle. On le retrouve également en France, avec quelques amendements, chez les tenants de la doctrine à tendance sociale et notamment Gény.

Dans la matière du droit d'auteur, ce discours a même été exprimé quelques décennies avant les courants anti-formalistes évoqués. En effet, Renouard et Proudhon, même s'ils se défendent de souscrire à l'utilitarisme, critiquaient les positions des tenants de la propriété littéraire au nom d'un équilibre à établir entre les exigences et les intérêts antagonistes. De nos jours, M. Geiger est l'un des promoteurs de ce discours. En paraphrasant Hauriou, nous dirions que le travail de cet auteur est «*plein du postulat de l'équilibre*<sup>4849</sup>». Auteur d'un grand nombre d'articles<sup>4850</sup> et d'une thèse de référence<sup>4851</sup> à laquelle nous nous sommes abondamment référés, M. Geiger représente la doctrine 'jeune' du droit d'auteur, témoin de la montée des droits fondamentaux, de «l'ascension du principe de proportionnalité», de la vigueur du droit communautaire d'une part, et de l'ère numérique d'autre part. Les connaissances de M. Geiger en copyright et en droit d'auteur allemand, l'influence de la pensée anti-dogmatique du Professeur Vivant, expliquent également sa propension à se référer à l'«équilibre des intérêts» comme objectif à atteindre par les règles de droit d'auteur français.

#### B) *La finalité : l'adaptation du droit aux intérêts*

---

<sup>4849</sup> Ce qu'avait écrit Hauriou à l'adresse du livre de Gény (HAURIOU M., Principes de droit public, p. 49, note 1 à propos du célèbre ouvrage de François Gény).

<sup>4850</sup> Parmi lesquels, nous pouvons citer ceux dont le titre est significatif : GEIGER Ch., « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre », RLDI, avril 2007, n° 26, pp. 58-65 ; GEIGER Ch., « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », RLDI, avril 2006, n° 15, pp. 49-55.

<sup>4851</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004.

Le discours de l'équilibre des intérêts vise à « actualiser » le droit d'auteur en fonction, d'une part, des nouvelles technologiques qui induisent de nouvelles formes de créations, de communication et de distribution des œuvres (et partant de nouveaux rapports), et d'autre part, des besoins (éducation, culture, information) et souhaits (gratuits, innovation, divertissements) de la société qui naissent en fonction de ces nouvelles possibilités. Ce discours cherche à exprimer la conciliation qu'il faut constamment renouveler entre des exigences antagonistes, dont la principale demeure la perception, quelle qu'en soit la forme, par les auteurs des fruits de leur travail.

*C) Le statut du mot « balance » ou « équilibre »*

Lorsque Bentham emploie l'expression de « balance des intérêts », il emploie volontairement une entité fictive. Le but de cet usage est de faciliter la compréhension par l'auditeur de la logique de l'utilité. Dire qu'il s'agit d'une entité fictive n'est pas, per se, un défaut. Bentham a distingué les « bonnes » des « mauvaises » fictions. Les premières s'avèrent nécessaires au langage et à la pensée, et demeurent toujours attachées plus ou moins médiatement aux entités réelles alors que les secondes s'avèrent, en bout de chaîne, relié à aucune réalité palpable. L'exemple de l'« intérêt général » est ici parlant. Selon la conception nominaliste, l'intérêt général est la somme des intérêts particuliers. Puisque les intérêts particuliers sont nécessairement liés aux sensations de plaisirs et de douleurs, la fiction de l'« intérêt général » demeure une entité fictive valide. Au contraire, la conception volontariste de l'intérêt général, qui suppose un intérêt transcendant les intérêts particuliers, donne naissance à une non-entité. Bentham dénonce cette conception, d'une part, scientifiquement, d'autre part, politiquement : en effet, conceptualiser un intérêt général transcendant (et non immanent) c'est donner à celui qui est habilité à parler au nom de cet intérêt un pouvoir qu'il sera naturellement amené à employer, d'une manière ou d'une autre, pour servir ses intérêts personnels.

La logique peut être appliquée au discours de la « balance des intérêts » ou de l' « équilibre des intérêts ». Il est rare, surtout en France où l'approche sociologique est réduite, que les auteurs qui formulent ce discours prennent le soin au préalable de définir précisément les intérêts dont il est question ou leur nature afin de réduire le caractère rhétorique de la formule d'« équilibre des intérêts<sup>4852</sup> ».

---

<sup>4852</sup> Nous trouvons par contre des analyses rigoureuses dans les travaux d'auteurs belges, v. par ex., STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, convergences et divergences*, préf. VAN BUNNEN L., Bruxelles : Bruylant, 1993 ;

Parfois, comme nous aurons l'occasion de le constater, l'expression d' «équilibre des intérêts » ou de « balance des intérêts » est employée comme une « mauvaise » fiction car indépendante des intérêts auxquels elle devrait nécessairement être attachée. Elle traduit simplement la sympathie ou l'antipathie d'un auteur à l'égard d'un projet de loi, d'une opinion, d'un jugement, etc.

#### D) *La méthode présidant au discours*

L'expression d'«équilibre des intérêts » ou de « balance des intérêts » peut servir à désigner, ou du moins, à renvoyer à une méthode d'analyse du droit qui consiste pour le juriste à expliquer -voire justifier- des règles à partir des intérêts en jeu. Cette méthode pragmatique est susceptible d'être utilisée in fine pour compléter la recherche plus traditionnelle des fondements du droit d'auteur et ainsi conférer un degré de légitimité supplémentaire à l'institution. En effet, à côté de la recherche de la nature du droit d'auteur (approche dogmatique) et de la recherche de sa justification (approche axiologique), l'analyse du droit d'auteur à partir des intérêts en jeu, jette la lumière sur « le soubassement socio-économique de l'institution du droit d'auteur »<sup>4853</sup>, et partant lui fournit un fondement pratique.

**Une méthode peu exploitée en France.** Inspirée par la sociologie juridique et l'utilitarisme, et adoptant une perspective externe au droit, la méthode d'analyse des intérêts protégés par le *droit d'auteur* constitue une forme de « théorie du droit d'auteur »<sup>4854</sup>. Elle a vocation à s'appliquer de manière systématique à tous les systèmes de droit d'auteur, d'en dégager les traits communs et d'en souligner par contraste les variables. Outre sa vocation comparatiste, cette méthode d'analyse présente également un intérêt historique et un intérêt prospectif puisqu'elle est souvent employée pour mettre en lumière l'évolution de la matière et partant ses tendances probables.

Sans surprise, cette méthode d'analyse appliquée au droit d'auteur est employée dans les pays dans lesquels la science du droit a été fortement influencée par les courants sociologique et

---

DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005.

<sup>4853</sup> STROWEL A., th. préc., n° 57, p. 74.

<sup>4854</sup> STROWEL A., « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », in, GERARD Ph., OST Fr., Van De KERCHOVE M. (dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, p. 234.

utilitariste comme en Allemagne<sup>4855</sup> et aux Etats-Unis<sup>4856</sup>. Au contraire, en France, cette méthode indiquait M. Strowel il y a vingt-cinq ans, est globalement ignorée en raison de la forte prégnance de la tendance « dogmatique » et « conceptuelle » au sein la doctrine française<sup>4857</sup>. Toutefois, parmi les thèses récentes telles que celle de Mme Carré ou celle de M. Geiger qui visent à restaurer « l'intérêt public » au cœur de la problématique du droit d'auteur, nous pouvons trouver des développements qui semblent relativement proche de ceux auxquels aboutit la méthode d'analyse des intérêts sous-jacents<sup>4858</sup>. C'est également le cas dans la thèse de M. Caron, dont une partie substantielle est consacrée à l'évolution des rapports entre le droit d'auteur et l'intérêt général<sup>4859</sup>. Toutefois, aucun de ces auteurs ne revendiquent expressément l'emploi de cette méthode sociologique. Plus qu'un outil rigoureux de connaissance, le recours à cette étude du droit à partir des intérêts sert surtout chez les auteurs français à souligner une évolution du droit défavorable aux intérêts du public<sup>4860</sup>.

**La tâche principale : l'identification des intérêts.** Afin d'examiner les règles du droit d'auteur à partir des intérêts protégés, il faut au préalable rechercher les différentes catégories d'individus intéressés par ces règles, autrement dit procéder à une typologie des intérêts. Mme Dusollier a ainsi constaté l'existence d'une trilogie d'intérêts de nature privée<sup>4861</sup> : ceux de l'auteur, ceux des exploitants (ou intermédiaires) et enfin ceux des utilisateurs (ou du public).

---

<sup>4855</sup> L'auteur de doctrine le plus influent en Allemagne dans le domaine du droit d'auteur, E. Ulmer, a été directement formé à l'école de l'Interessenjurisprudenz, V. STROWEL A., « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », art. préc., p. 235.

<sup>4856</sup> STROWEL A., « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », art. préc., pp. 235-236 : « *C'est aux Etats-Unis « que l'on trouve le plus grand nombre d'analyses du droit (d'auteur) à la lumière des intérêts. (...) Ce trait de la doctrine américain du copyright est vraisemblablement indissociable de l'approche juridique anglo-saxonne, en général plus pragmatique et dès lors plus préoccupée par les enjeux pratiques des notions juridiques, cette approche ayant par ailleurs trouvé sa plus juste expression théorique dans la philosophie juridique utilitariste, qui s'est développée depuis J. Bentham précisément autour de la catégorie de l'intérêt ».*

<sup>4857</sup> Ibid.

<sup>4858</sup> V. par exemple la partie « Equilibre des intérêts en jeu », GEIGER Ch., th. préc., n° 53 et s.

<sup>4859</sup> CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, n° 270 à n° 298.

<sup>4860</sup> Par exemple : GEIGER Ch., th. préc., n° 74 : « *on peut constater que le mouvement d'émancipation de l'auteur de l'emprise des exploitants, entrepris depuis la fin de l'ancien régime et concrétisé par la loi de 1957, est en train de s'inverser à nouveau. A ce mouvement de consécration des intérêts privés tels que le droit d'auteur, puis les droits propres des exploitants, n'a pas répondu un mouvement de consécration des intérêts du public, au détriment de la fonction sociale du droit d'auteur, fondement philosophique essentiel de ce droit. Les principes inhérents à ce droit, ainsi que l'équilibre des intérêts en présence ont donc été fondamentalement perturbés ».*

<sup>4861</sup> DUSOLLIER S., th. préc., n° 363 et s. ; STROWEL A., « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », art. préc., p. 245.

Concernant l'auteur d'une œuvre, celui-ci poursuivrait la satisfaction de deux types d'intérêts. D'une part, il cherche à obtenir la maîtrise de l'exploitation de son œuvre, d'autre part, il souhaite conserver un rapport personnel avec son œuvre<sup>4862</sup>. Les exploitants ou intermédiaires, quant à eux, recherchent la maîtrise de la distribution et de l'exploitation des œuvres<sup>4863</sup>. Ses deux intérêts sont essentiellement de nature économique. Enfin, le public a intérêt, d'une part à pouvoir accéder aux œuvres de la « manière la plus large et la moins onéreuse possible<sup>4864</sup> » et d'autre part à pouvoir les utiliser librement<sup>4865</sup>.

L'identification des intérêts est la partie essentielle de la méthode car elle permet, d'une part, de fournir une analyse descriptive des règles de droit à partir des intérêts identifiés, et d'autre part, de nourrir un discours normatif sur les meilleurs moyens d'atteindre une conciliation des intérêts.

## II) Le discours conservateur de « l'équilibre du droit d'auteur »

A l'issue de notre première partie, nous avons été capable de dessiner certains caractères récurrents dans le discours de l'équilibre. C'est un discours qui tend à promouvoir le « réalisme » et à se détacher du « formalisme », il renvoie aux intérêts en jeu plutôt qu'à la norme formelle ; il consacre le relativisme contre l'absolutisme, et invite à recourir à la logique de l'utilité au détriment de la logique syllogistique. Nous pouvons enfin ajouter que le discours de l'équilibre tend à contester une forme d'idéalisme (platonicien) au profit d'une autre (benthamien). De manière générale, la « balance des intérêts » renvoie à une approche pragmatique, instrumentale, sociologique et conséquentialiste du droit et se présente comme fondamentalement hostile au dogmatisme. En ce sens, si l'on exporte cette assertion à notre matière, la « balance » ou l'« équilibre des intérêts » est un discours fondamentalement dangereux à l'encontre de la doctrine traditionnelle et personnaliste du droit d'auteur<sup>4866</sup>. Il est

---

<sup>4862</sup> DUSOLLIER S., th. préc., n° 364.

<sup>4863</sup> Ibid., n° 366.

<sup>4864</sup> Ibid., n° 368.

<sup>4865</sup> Ibid., n° 366.

<sup>4866</sup> Constatant la défiance de la pensée française contre le conséquentialisme, V. VIVANT M., « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », RLDI, n° 91, mars 2013, pp. 57-61, n° 6.

possible d'affirmer que tout ce qui sous-tend ce discours de l'équilibre a fondamentalement pour effet de saper la conception traditionnelle du droit d'auteur.

Jusqu'alors, ce que nous avons pu relever dans la doctrine du droit d'auteur se conformait aux résultats que nous avons obtenus à la suite de notre première partie. Introduite dans la doctrine du droit d'auteur, la notion d' « équilibre » vise à contrarier l'absolutisme des droits d'auteur. Le discours était employé pour réduire les prétentions des défenseurs de la propriété au XIXe siècle, il fut ensuite employé pour se référer au copyright dans lequel l'intérêt public tend à limiter davantage que dans le système du droit d'auteur, les droits des auteurs et à favoriser les usages et la diffusion des œuvres au profit du public. Dans un contexte plus actuel, la notion d'« équilibre » sert relativement souvent au soutien d'une réduction des droits (dans le temps) ou d'une extension des exceptions, sous quelque forme que ce soit<sup>4867</sup>.

Il s'agit ici d'examiner la réaction contre ce discours perturbateur pour la conception traditionnelle du droit d'auteur. Cette réaction prend la forme d'un autre discours de l'équilibre destiné à conserver la tradition du droit d'auteur et la hiérarchie entre les auteurs et les utilisateurs. Nous tenterons de découvrir l'origine de ce discours (A) avant d'examiner sa finalité (B) et le statut du terme « équilibre » (C) dans les énoncés.

#### A) *Origine*

**Le rejet de l'équilibre au nom de la tradition française (rappel).** On se souvient sans doute qu'à l'époque de la conclusion de l'Accord ADPIC, des traités OMPI et de l'adoption de la directive DADVSI, certains auteurs avaient critiqué, parfois avec virulence, les mentions de l'« équilibre » dans les textes internationaux et communautaire au motif qu'ils témoignaient de l'influence du copyright. Cette « *philosophie 'équilibriste'*<sup>4868</sup> » a-t-on pu dire, est étrangère à notre système qui repose traditionnellement sur une hiérarchie des intérêts au profit de l'auteur et non sur une balance ou un équilibre des intérêts qui suppose une forme d'égalité. A cette époque, la simple mention *d'équilibre* ou de balance pour évoquer les

---

<sup>4867</sup> Comme l'indiquaient des auteurs à propos du considérant 31 de la directive Dadvsi, « le camp des partisans de l'extension des exceptions ne manquera pas de faire valoir l'exigence d'un 'juste équilibre', (LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 338).

<sup>4868</sup> GOUTAL J.-L., « L'environnement de la directive "droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information" en droit international et comparé », Comm. com. électr., février 2002, p. 10

rappports entre l'auteur et le public provoquait une réaction urticaire de la doctrine en raison de la contradiction manifeste avec la représentation traditionnelle et hiérarchique du droit d'auteur français<sup>4869</sup>. La crainte de l'influence (voire de l'invasion) étrangère sur le droit d'auteur explique principalement la réaction contre les notions de balance et *d'équilibre*. On pourrait encore supposer d'autres motifs plus lointains à ces réactions, comme l'hostilité traditionnelle de la doctrine française à l'encontre des méthodes d'adjudications telles que « la balance des intérêts » (judiciaire) qui remettent en cause le légalisme, voire l'hostilité contre la notion d' « intérêt » elle-même. Il fallait donc pour la doctrine rejeter en bloc toute idée d'équilibre et tout ce qui pouvait servir à l'exprimer.

**Les inconvénients inhérents à toute critique de l'équilibre.** Cette stratégie visant à exclure l'idée d'équilibre de la représentation du droit d'auteur et plus précisément de celle des rapports entre l'auteur et les utilisateurs présente toutefois un inconvénient majeur. En effet, soutenir que le droit d'auteur n'est pas fondé sur l'équilibre des intérêts ou qu'il ne vise pas à atteindre l'équilibre entre les auteurs et les utilisateurs, c'est de facto défendre l'idée que le droit d'auteur est, par nature, déséquilibré. Evidemment, aucun auteur –à notre connaissance– n'a défendu le droit d'auteur sous le prisme du déséquilibre (terme dyslogistique s'il en est), en revanche, les auteurs critiquant la représentation dogmatique du droit d'auteur en raison de son absence de conformité au droit positif, ne se sont pas privés de présenter les choses sous cet angle défavorable au dogme personnaliste. Ainsi Mme Carré a pu écrire que « la conception classique postule un déséquilibre des intérêts en présence, en *ce qu'elle tend à affirmer la supériorité absolue de l'intérêt de l'auteur, qu'elle place au premier rang. Elle conduit à une lecture du droit d'auteur exclusivement centrée sur la personne de l'auteur*<sup>4870</sup> ». Cette représentation défavorable –c'est le but– à l'approche dogmatique traditionnelle tend à susciter un sentiment d'illégitimité à son égard : comment accepter un droit présenté comme déséquilibré ?

Critiquer frontalement un terme comme l' « équilibre » n'est donc pas une stratégie particulièrement efficace car cette notion est de type eulogistique. Une notion de ce type vise à présenter favorablement un fait ou une idée neutre (tandis qu'une notion dyslogistique sert à produire l'effet inverse). Dès lors, présenter le droit d'auteur comme un droit rétif à

---

<sup>4869</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 68 : « *Le droit d'auteur protège la création et son auteur, ou plus exactement les intérêts de l'auteur dans son œuvre. Il n'est pas un droit de l'œuvre ni un droit de l'industrie culturelle ni un droit du public et encore moins des consommateurs, mais le droit de l'auteur* ».

<sup>4870</sup> CARRE St., th. préc., n° 246.

l'équilibre des intérêts— quand bien même cette représentation serait fondée— produit nécessairement des effets néfastes sur l'auditoire. Comme nous l'avons vu, cela expose la représentation à la critique. En outre, cela prive cette doctrine de tout usage de la notion eulogistique d' « équilibre ».

Il a fallu donc trouver un moyen, d'une part, pour contester le discours de l'équilibre des intérêts, et d'autre part, trouver un discours favorable à la conception traditionnelle du droit d'auteur. Il nous semble que les conditions de possibilité de ce discours résidaient dans la pensée d'Alain Françon.

**Les propos d'A. Françon.** Il est difficile de dire précisément quand le langage de l'équilibre s'est paré d'une nouvelle signification, néanmoins on peut grosso modo dater ces usages à partir des années 90 au moment justement où les questions d'harmonisation des législations se posaient dans les instances internationales et communautaires et que l'influence du copyright et de sa philosophie utilitariste apparaissaient comme une menace au droit d'auteur français. Nous émettons l'hypothèse que les propos de M. Françon ont pu, d'une certaine manière et à son insu, ouvrir la voie à cette signification nouvelle de l'équilibre.

Dans un article publié durant l'année 1990, le Professeur Alain Françon, grand connaisseur du copyright<sup>4871</sup>, s'était consacré à une analyse comparée du droit d'auteur et du copyright<sup>4872</sup>. Après avoir posé les différences originelles entre les deux systèmes, il montrait comment ceux-ci tendaient à se rapprocher. Il importe de noter que dans cet article, le copyright était présenté avec neutralité. Ni meilleur, ni moins bon, le copyright était simplement présenté comme un modèle différent du notre. Droit d'auteur et copyright traduisaient deux réponses distinctes à une seule et même problématique :

« Une fois posé le postulat de base selon lequel il faut accorder des droits aux utilisateurs, tous les problèmes ne sont pas réglés. Il convient certes de protéger l'auteur. Mais peut-on considérer cette protection comme une fin en soi ? Ne s'agit-il pas plutôt d'un simple intérêt particulier qui doit rester subordonné à l'intérêt général ? En l'occurrence, cet intérêt général n'est autre que celui du public. Il faut veiller à ce que celui-ci puisse avoir accès à la culture. Il

---

<sup>4871</sup> Sa thèse de doctorat était consacrée au copyright, v. FRANÇON A., *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis*, Paris : Arthur Rousseau, 1955.

<sup>4872</sup> FRANÇON A., « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », *RIDA*, n° 149, juillet 1991, pp. 3-33.

importe donc de ne dresser d'obstacle à la libre utilisation des œuvres par les tiers que dans la mesure où cela paraît nécessaire pour stimuler la création.

Ainsi qu'on l'a écrit depuis longtemps, le véritable problème en matière de droits de l'auteur consiste à trouver le point exact où ces droits de l'auteur et ceux du public sont en parfait équilibre.

Mais, à ce sujet, deux traditions s'opposent, l'une qui est celle des pays de droit civil et l'autre qu'on rencontre dans les pays de common law<sup>4873</sup> ».

**L'« équilibre » pour A. Françon : un idéal de type sociologique.** Deux remarques à propos de cet extrait méritent d'être émises. En premier lieu, le Professeur Françon précise que le problème de l'équilibre à trouver entre les droits concurrents n'est pas nouveau aux yeux de la doctrine. Bien qu'aucune référence ne soit citée, l'on peut supposer que Françon se réfère à la fois à la doctrine américaine et à la doctrine française. La première, en raison de l'influence de la sociological jurisprudence sur la science du droit et de l'influence de l'utilitarisme sur la formation du copyright, s'exprime traditionnellement en termes de balance. La seconde, par contre, est généralement rétive non seulement à parler d'équilibre pour appréhender le droit d'auteur mais encore plus lorsque cet équilibre concerne « *les droits de l'auteur et ceux du public*<sup>4874</sup> ». Or nous pouvons penser que M. Françon se réfère implicitement à la doctrine sociale du XIXe siècle représentée notamment par Renouard et qui employait « l'équilibre des droits de l'auteur et des droits du public » comme un véritable slogan contre ceux qui réclamaient la « propriété littéraire et artistique ».

En second lieu, interrogeons-nous sur la nature de l'équilibre dont parle le Professeur Françon. Puisque le problème consiste à « *trouver le point exact où ces droits de l'auteur et ceux du public sont en parfait équilibre* » il faut en déduire que l'équilibre en question est un idéal, par définition absolu, à atteindre. Et chacune des traditions tend à atteindre ce point « exact » de « parfait » équilibre à partir de prémisses différentes. Cet équilibre, étant plutôt, au vu des mentions aux « intérêts », un idéal de type sociologique, il suppose une conception dynamique et instrumentale du droit. Cette dernière remarque semble être attestée par Mme

---

<sup>4873</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>4874</sup> Nous trouvons toutefois cette idée exprimée au milieu du XXe siècle exprimée par Jean Escarra : « le véritable problème, en matière de droit d'auteur consiste à trouver le point exact où ces droits et ceux du public sont en état d'équilibre », ESCARRA J., « Réflexions sur la protection internationale du droit d'auteur », Bull. dr. Auteur, 1949, vol. II, n° 4, p. 3, cité par CARRE St., th. préc., p. 15 note 1.

Dusollier<sup>4875</sup> qui rapproche la doctrine de Renouard avec les propos de Françon lorsque ce dernier écrit, juste avant la citation reproduite : « *il convient certes de protéger l'auteur. Mais peut-on considérer cette protection comme une fin en soi ? Ne s'agit-il pas plutôt d'un simple intérêt particulier qui doit rester subordonné à l'intérêt général ? En l'occurrence, cet intérêt général n'est autre que celui du public. Il faut veiller à ce que celui-ci puisse avoir accès à la culture. Il importe donc de ne dresser aucun obstacle à la libre utilisation des œuvres par les tiers dans la mesure où cela paraît nécessaire pour stimuler la création littéraire et artistique*<sup>4876</sup> ».

**Une autre interprétation (prémisse au discours conservateur). L'« équilibre » : un idéal de type essentialiste ?** Cet extrait peut néanmoins ouvrir la porte à une autre interprétation, caractérisée par une conception statique du droit. En effet, l'on peut penser que chacune des deux traditions que sont le copyright et le *droit d'auteur* se figure distinctement la manière dont l'équilibre des droits concurrents doit être trouvé : soit en privilégiant la protection de la personnalité du créateur (système du droit d'auteur), soit en privilégiant la protection de l'œuvre afin de favoriser sa diffusion auprès du public (système du copyright). Dès lors, par métonymie, l'« équilibre » sert à rendre compte de la manière dont chaque tradition envisage les rapports entre auteur et public. Dans le *droit d'auteur*, l'équilibre entre l'auteur et le public est trouvé en assurant à l'auteur une large protection et en octroyant au public une sphère de liberté réduite alors que dans le copyright il est trouvé en accordant à l'auteur une protection moindre et en assurant au public une large liberté d'usage.

En renonçant à employer le terme « équilibre » comme un idéal absolu (indépendamment de la tradition), l'approche change radicalement de la précédente. L'équilibre en tant qu'idéal supposait de devoir constamment rechercher à le définir concrètement et à dégager les moyens pour l'atteindre à travers une analyse rigoureuse des intérêts en présence. L'activité de connaissance s'exerçait partiellement en dehors du droit et portait sur les conditions socio-économiques de la création, sur les modes de diffusion et d'utilisations des œuvres, sur les pratiques culturelles, etc.

A contrario, l'« équilibre » en question, employé pour synthétiser les caractéristiques de chaque système, suggère une méthode opposée. Puisqu'il n'y a pas d'équilibre absolu mais

---

<sup>4875</sup> DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005, n° 371.

<sup>4876</sup> FRANÇON A., « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », art. préc., p. 5.

des équilibres relatifs, chacun étant propre à son système, la recherche ne consiste plus à dégager les moyens d'atteindre *l'équilibre des intérêts* en présence, mais à découvrir quelle est la nature de l'équilibre du système en question. Or, pour découvrir l'équilibre du système, on va, d'une part, retourner à la genèse du système pour identifier la manière dont le législateur a entendu équilibrer les droits des auteurs et du public, et d'autre part, induire des règles générales de la matière la nature de l'équilibre. Les renvois systématiques de la doctrine aux déclarations de Le Chapelier et de Lakanal et les tentatives d'interprétation de ces dernières sont, en l'occurrence, symptomatiques de cette première méthode consistant à vouloir décrypter à la source le code génétique du droit d'auteur comme s'il s'agissait du moyen nécessaire à la génération de nouvelles règles.

Finalement, et bien qu'il s'agisse de rechercher l'équilibre entre l'auteur et le public non plus en se projetant dans le futur mais en se retournant vers le passé, l'« équilibre » désigne à nouveau un idéal. Simple « compromis historique », l'équilibre est élevé au rang d'« esprit original<sup>4877</sup> » ou d'essence de la matière. De fait, les formules exprimant l'idée générale selon laquelle « *il faut respecter les équilibres du droit d'auteur* » peuvent se traduire par « *il faut conserver l'essence du droit d'auteur* ».

**Un discours conservateur encouragé par une forme dérivée du discours de « l'équilibre des intérêts ».** Étonnamment, le discours de « l'équilibre des intérêts », indépendant voire rétif au dogmatisme, a rendu possible le discours conservateur de l'équilibre. Nous pouvons illustrer cet état par la doctrine de M. Geiger dans laquelle les formules d'« équilibre des intérêts » et d'« équilibre du système » sont alternativement employées. Cette confusion favorise une acception systémique de l'équilibre (attachée aux normes) au détriment d'une acception réaliste de l'équilibre (attachée aux intérêts) et ouvre la voie à un discours traditionnaliste.

Dans sa thèse, M. Geiger entend montrer, selon une méthode comparable à celle de l'Interressenjurisprudenz, que le droit d'auteur ne se présente pas « uniquement comme le seul droit des auteurs, mais comme un équilibrage de différents intérêts<sup>4878</sup> ». L'un des instruments de cet équilibrage consiste dans la fixation de limites, notamment, à l'appropriation des objets et aux droits des auteurs. L'étude de « *l'équilibre des intérêts en*

---

<sup>4877</sup> Pour reprendre des formules de M. Chamayou, v. CHAMAYOU G., « Le débat américain sur liberté, innovation, domaine public », *Contretemps*, 2002, n° 5, p. 42.

<sup>4878</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 6.

jeu<sup>4879</sup> » amène l'auteur, au regard de l'évolution du droit, à constater « un déplacement du centre de gravité [du système]<sup>4880</sup> » au profit des intérêts privés au détriment des intérêts du public, et qui se concrétise par une extension du champ de l'objet du droit d'auteur et de sa durée. Autrement dit, les évolutions récentes ont fondamentalement perturbé l'équilibre, c'est-à-dire, la « stabilité du système<sup>4881</sup> ». Un « rééquilibrage<sup>4882</sup> » des intérêts en présence est donc préconisé à l'aide, notamment des droits fondamentaux comme du droit du public à l'information. Le passage de l'« équilibre des intérêts » à l'« équilibre du système » est, à notre avis, malheureux car cette dernière formule permet à nouveau de tenir toutes les postures y compris contre celle qui visent l' « équilibre des intérêts ».

*B) La finalité : le maintien de la tradition du droit*

Depuis Escarra, Rault et Hepp, la tradition du droit d'auteur est devenue une norme à l'aune de laquelle la doctrine approuve ou désapprouve une loi, un arrêt ou une opinion doctrinale. Les trois auteurs parlaient de « *doctrine du droit d'auteur*<sup>4883</sup> », Desbois de « *tradition*<sup>4884</sup> ». Le discours conservateur de l'équilibre n'est qu'une mise à jour du discours traditionnel du droit d'auteur. De manière générale et quand bien même ce discours de l'équilibre peut être exprimé en faveur des utilisateurs (pour critiquer une extension de la durée des droits par exemple) il s'agit le plus souvent de défendre la vision classique du droit d'auteur et donc les intérêts des auteurs en rappelant que le droit d'auteur français vise en second lieu seulement à satisfaire l'intérêt public.

Dans le discours conservateur, la « balance des intérêts » est substituée à la « tradition » ce que d'ailleurs atteste la formule de « *balance traditionnelle*<sup>4885</sup> ». Les idées toutefois sont les mêmes. Néanmoins, pour parvenir au même résultat, il faut redéfinir la « balance des intérêts » afin de l'adapter au droit d'auteur français. C'est, à notre avis, l'objectif poursuivi par M. Galopin dans la première partie de sa thèse intitulée, « *La création des exceptions : la*

---

<sup>4879</sup> Ibidem., n° 53 et s.

<sup>4880</sup> Ibid., n° 53.

<sup>4881</sup> Ibid., n° 490.

<sup>4882</sup> Ibid.

<sup>4883</sup> ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937.

<sup>4884</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 1.

<sup>4885</sup> GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, préf. SIRINELLI P., Paris : LexisNexis, 2012, n° 146.

balance des intérêts législative<sup>4886</sup>». L'auteur opère une sorte de systématisation et de conceptualisation formelle de la « balance des intérêts » de sorte que celle-ci semble absolument indépendante de toute tradition juridique et sert à désigner un système cohérent à la manière de la Begriffsjurisprudenz. Pour ce faire, il donne à la notion de « balance des intérêts » une signification abstraite, issue du dictionnaire (donc du langage ordinaire), indépendante de son histoire :

« La notion d' 'équilibre' qui préside à la balance des intérêts n'est pas nécessairement synonyme d' 'égalité' comme le professe une partie de la doctrine française, mais doit être entendue dans son sens courant d' 'état de stabilité ou d'harmonie' résultant d'un 'rapport convenable', d'une 'proportion heureuse entre des éléments opposés'. Rien n'indique que ces éléments opposés doivent être pris en compte de façon parfaitement égale, mais plutôt équitablement, en proportion de leur importance respective au regard d'un système donné. (...) On ne saurait donc affirmer que balance des intérêts et prééminence de l'intérêt de l'auteur sont incompatibles : la balance des intérêts peut consacrer la prévalence<sup>4887</sup> »

M. Galopin propose ensuite de distinguer d'une part, « une balance des intérêts générale », qui s'exerce « *en considération de l'équilibre global entre droits exclusifs et exceptions dans un système juridique donné* » et d'autre part, « une balance des intérêts particulière » qui consiste pour le « *législateur à s'assurer, une fois prise la décision de créer une exception nouvelle, que celle-ci s'inscrira harmonieusement dans le système appréhendé et assurera l'équilibre des différents intérêts qui ont pu présider à son insertion* <sup>4888</sup> ». En résumé, dit-il, il s'agit dans le premier cas de concevoir « *l'équilibre d'un système* <sup>4889</sup> », et dans le second, « *d'assurer l'équilibre d'une exception* ». Les références au « système » ne laissent pas de doute sur le caractère essentiellement conceptuel de l'exercice.

Quant à la tentative de M. Galopin d'adapter le discours de la « balance des intérêts » de type utilitariste, à la conception traditionnelle du droit d'auteur, elle se manifeste lorsqu'il expose la conception d'un « modèle idéal » de balance des intérêts<sup>4890</sup>. La synthèse de cette balance

---

<sup>4886</sup> GALOPIN B., th. préc., n° 40 et s.

<sup>4887</sup> GALOPIN B., th. préc., n° 98.

<sup>4888</sup> Ibidem, n° 40.

<sup>4889</sup> Ibid.

<sup>4890</sup> Ibidem n° 101.

des intérêts a pour seul résultat « *une tradition française d'un point d'équilibre favorable à l'auteur* <sup>4891</sup> ».

Cet essai de faire entrer le concept de « balance des intérêts » au sein de la conception traditionnelle du droit d'auteur vise, à notre avis, d'une part, à faire échec au (véritable) discours de l'équilibre ou de la balance des intérêts, et d'autre part, à écarter les critiques selon laquelle la France refuserait le concept de « balance des intérêts ».

### *C) Le statut du mot « équilibre(s) »*

Dans le discours conservateur, le mot « équilibre » est une métaphore qui donne à comprendre la structure voire la finalité des règles. Le but d'une métaphore étant, en principe, « *d'éclairer un concept peu familier en le reliant à un concept qui l'est plus – pas l'inverse* » <sup>4892</sup>, l'on peut se demander si cette métaphore remplit véritablement ce but.

Lorsque l'on parle des « *équilibres du droit d'auteur* », on chercherait à exprimer l'idée selon laquelle le droit d'auteur, en tant qu'ensemble de normes relatives aux œuvres de l'esprit, se compose de plusieurs « *séries de règles modulables* <sup>4893</sup> » destinées à organiser, sous différentes formes, les rapports entre les titulaires de droit et les utilisateurs. Ces séries de règles modulables (ou ces « *paramètres* » <sup>4894</sup>) portent sur cinq aspects : l'objet du droit d'auteur, les conditions d'attribution des droits, leur étendue, leur durée et la protection technique du droit. Toute création de nouvelle règle ou toute modification d'une règle existante relative à l'un de ces domaines, produit nécessairement des effets sur la réservation de l'objet et corrélativement sur la liberté d'accès ou d'usage de celui-ci. Autrement dit, puisque les rapports entre auteur et les utilisateurs correspondent à ceux entre les joueurs d'un jeu à somme nulle, toute modification d'un de ces aspects du droit d'auteur se traduit nécessairement en gain pour l'un et en perte pour l'autre. L'ensemble de ces paramètres peut être représenté en une structure qui traduirait un équilibre entre les intérêts privés de l'auteur et l'intérêt public ou ce qui revient au même, un équilibre entre le régime de l'exclusivité des usages de l'œuvre et le régime de l'accès à celle-ci. Cette modélisation de l'équilibre, n'a en principe, aucune portée normative. Il s'agit simplement d'une description du droit d'auteur.

---

<sup>4891</sup> Ibidem n° 115.

<sup>4892</sup> SOKAL A., BRICMONT J., *Impostures intellectuelles*, Paris : LGF, 1997, p. 19.

<sup>4893</sup> V. MACKAAY E., « La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique du droit », *Droit et Patrimoine*, 2003, n° 119, pp. 61-67.

<sup>4894</sup> MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 1015.

Pourtant, c'est à bien à titre, critique ou prospectif que cet équilibre est employé. A l'instar du mot « château » employé par Blackstone pour désigner la loi, le mot « équilibre » sert, à communiquer à l'esprit l'idée que la structure du droit d'auteur ne doit pas être modifiée :

« [Blackstone] représente la loi comme un château, comme une forteresse à laquelle on ne peut faire aucun changement sans l'affaiblir. Il ne donne pas, j'en conviens, cette métaphore comme un raisonnement ; mais pourquoi l'emploie-t-il ? Pour s'emparer de l'imagination, pour prévenir ses lecteurs contre toute idée de réforme, pour leur donner un effroi machinal de toute innovation dans les lois. Il reste dans l'esprit une idée fautive qui produit le même effet qu'un faux raisonnement<sup>4895</sup> ».

**Les adjectifs qualificatifs.** Nous reconnaissons à cela le discours conservateur de l'équilibre aux adjectifs qualificatifs employés par ceux qui le formulent. Les équilibres dans ce type de discours sont généralement « fragiles<sup>4896</sup> », « subtils<sup>4897</sup> » « précieux<sup>4898</sup> » « délicats<sup>4899</sup> », « précaires<sup>4900</sup> », « instables<sup>4901</sup> » ce qui suggère qu'il vaut mieux ne pas les bousculer (Bentham aurait parlé de « sophisme du danger »). En outre ces équilibres sont présentés comme ancestraux : on parle d'« équilibres originels de la matière<sup>4902</sup> » voire des « grands équilibres immémoriaux<sup>4903</sup> » du droit d'auteur. Ces usages permettent de faciliter un discours favorable à l'état actuel si on le trouve satisfaisant. Le droit d'auteur est, en effet, présenté comme une structure dont l'équilibre général dépend d'un certains nombres d'équilibres

---

<sup>4895</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A., DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, p. 59.

<sup>4896</sup> GAUDRAT Ph., « Objet du droit d'auteur. - Oeuvres protégées. - Notion d'œuvre », *J.-Cl. Civil Annexes, PLA*, Fasc. 1134, 2014, n° 135 ; MEURIS FL., « Les œuvres transformatives : métamorphose du droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.*, n° 11, novembre 2014, alerte 74.

<sup>4897</sup> KAHN A.-E., « Droit positif : de la liberté totale à la liberté encadrée », *RLDI*, n° 82, dossier spécial *Le Plagiat*, mai 2012, p. 96 ; CARON Ch., « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », in, *Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 61 ; CHARDEAUX M.-A., « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Comm. com. électr.*, mai 2011, p. 15.

<sup>4898</sup> CARON Ch., « Les exceptions au monopole : zone de turbulences en droit d'auteur », *JCP éd. G.*, 2013, p. 753.

<sup>4899</sup> CHARDEAUX M.-A., « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Comm. com. électr.*, mai 2011, p. 14.

<sup>4900</sup> DUSOLLIER S., « Droit d'auteur et accès au savoir », *Les Nouvelles*, 2004/3-4, vol. 10, p. 7.

<sup>4901</sup> Par exemple, à propos de la liberté de création et la protection par le droit d'auteur, KAHN A.-E., « Droit positif : de la liberté totale à la liberté encadrée », *RLDI*, n° 82, dossier spécial *Le Plagiat*, mai 2012, p. 96 et s. ; à propos de la loi *Dadvisi* du 1<sup>er</sup> août 2006, EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 2008, p. 117.

<sup>4902</sup> COLIN C., « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? », *Comm. com. électr.*, février 2010, p. 6.

<sup>4903</sup> CARON Ch., « Les exceptions au monopole : zone de turbulences en droit d'auteur », *JCP éd. G.*, 2013, p. 753.

particuliers. Ces « équilibres », qui résultent de la rencontre de plusieurs forces en un « centre de gravité<sup>4904</sup> », étant toujours « fragiles », l'on comprend qu'en bouleverser un mettrait tout l'édifice en péril. En conséquence, *l'objet* n'est plus de les trouver mais de les « conserver<sup>4905</sup> », de les « respecter<sup>4906</sup> ».

Cela étant dit, le discours permet également de tenir un propos plus dynamique et donc prospectif : il faut « *reconstruire de l'équilibre*<sup>4907</sup> » dit-on en regrettant les « équilibres » sur lesquels étaient construit le droit d'auteur d'antan et qu'il s'agit de restaurer<sup>4908</sup>.

**Le recours à la métonymie.** Le discours conservateur de l'équilibre est, pour ainsi dire, la forme dégénérée du discours réformateur de l'équilibre des intérêts. Il émane directement de celui-ci et se retourne contre lui. D'un discours qui se soucie -ou du moins devrait se soucier- de l'identification des intérêts et des moyens de les comparer puis de les concilier continuellement au gré des évolutions sociales, techniques, culturelles et économiques, on passe à un discours soucieux de conserver la structure en place en suggérant toujours le danger qu'il y aurait à modifier les règles constitutives de ces « équilibres ». Ce passage d'un sens à un autre est facilité par l'emploi plus ou moins conscient de la formule rhétorique du nom de métonymie. Rappelons que la métonymie est « la figure d'expression par laquelle on désigne une entité conceptuelle au moyen d'un terme qui, en langue, en signifie une autre, celle-ci étant, au départ, associée à la première par un rapport de contiguïté » comme le contenant et le contenu (« boire un verre »), l'œuvre et l'auteur (« voir le dernier Woody Allen »), le moyen (l'équilibre ou l'instrument de la balance) et la fin (l'équilibre en tant qu'état). Cette dérive d'un discours à l'autre est parfois assez manifeste :

« En tous temps et en tous lieux, le droit d'auteur a toujours été (et est toujours) un subtil et fragile équilibre entre trois intérêts qu'il importe de concilier : celui du créateur, celui du

---

<sup>4904</sup> SIRINELLI P., « Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins », in, Atelier OMPI sur la mise en œuvre du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 6 et 7 décembre 1999, 48 p. (WCT-WPPT/IMP/1)

<sup>4905</sup> SIRINELLI P. (dir.), *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, décembre 2014, p. 32 ; BERNAULT C., « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », RLDI, avril 2006, n° 15, p. 58 ;

<sup>4906</sup> GEIGER Ch., « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *e.Bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2007, p. 2, disponible sur [http://portal.unesco.org/culture/fr/files/34481/11829579661test\\_trois\\_etapes.pdf/test\\_trois\\_etapes.pdf](http://portal.unesco.org/culture/fr/files/34481/11829579661test_trois_etapes.pdf/test_trois_etapes.pdf)

<sup>4907</sup> DULONG De ROSNAY M., Le CROSNIER H., *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, Paris : CNRS éditions, 2013, p. 30.

<sup>4908</sup> *Ibid.*, p. 190.

commerçant cessionnaire de droits ou licencié et, enfin, celui de l'utilisateur de l'œuvre de plus en plus fréquemment qualifié de consommateur. Si l'un d'entre eux est sacrifié, le droit d'auteur s'effondre car il n'y a pas de droit d'auteur sans auteur pour créer, sans commerçant pour exploiter l'œuvre et sans public pour en prendre connaissance<sup>4909</sup> ».

Il nous semble que l'on peut illustrer la différence entre l'équilibre dit ordinaire (équilibre des intérêts, balance des intérêts) avec cet équilibre à vocation conservatrice par le truchement de leur équivalence en langue anglaise. Dans le premier cas, l'équilibre ou la balance (des intérêts) correspond au terme anglais balance, alors que l'équilibre dont il est question ici, serait davantage traduit par le terme equilibrium, lequel désigne l'état d'un système dans lequel toutes les influences concurrentes s'annulent.

---

<sup>4909</sup> CARON Ch., « Les exceptions au monopole : zone de turbulences en droit d'auteur », JCP éd. G., 2013, p. 753.

## D) *La méthode présidant au discours*

### 1) L'absence de méthode scientifique revendiquée

L'« équilibre » est proprement employé en vue de conserver le système tel qu'il est. Il renvoie à une interprétation formelle et systémique du droit destinée à préserver et à conserver le système contre toute atteinte issue de l'intérieur comme de l'extérieur. Toutefois, aucune justification n'est jamais apportée pour accréditer cette nécessité de conserver les équilibres traditionnels du droit d'auteur, comme si la simple mention d'« équilibres » suffisait. Cet usage singulier de l'équilibre renvoie à un mode d'interprétation que M. Arnaud a désigné par « système du faux-col » :

« Au point de départ serait la volonté du législateur, individu ou corps souverain, d'où découleraient toutes les règles nécessaires à assurer la cohérence du système. (...). On est ici en présence d'un système clos, où chaque élément tient une place si spécifique qu'on ne pourrait rendre compte des autres éléments sans référence à lui. Tout se tient, et la mise en péril d'un seul élément met en péril le système tout entier, car sa cohérence est purement formelle. Là, l'interprétation jurisprudentielle est tenue dans des limites étroites : l'argumentation ne peut y être « libre », sous peine de remettre en cause la cohésion interne du système. Le développement d'une institution ne saurait porter atteinte à sa nature ; l'évolution y est appréciée en termes de degrés. Bien que révélateur d'un grand souci de précision scientifique, ce type de système pêche par le défaut total de maléabilité<sup>4910</sup> ».

Pour éviter que le discours conservateur de l'équilibre soit réduit au simple légalisme et rapproché de l'Exégèse<sup>4911</sup>, les auteurs pourraient s'appuyer sur des méthodes scientifiques mettant en avant la structure des droits.

### 2) Un soutien envisageable : l'analyse économique

---

<sup>4910</sup> ARNAUD A.-J., « Le médium et le savant », Arch. phil. droit, n° 17, 1972, p. 167.

<sup>4911</sup> DREYER E., L'information par l'image et le droit d'auteur, Comm. com. électr., mars 2004, pp. 8-11.

**Un discours de l'équilibre aux accents économiques.** Le discours conservateur ressemble a priori à celui employé par les juristes spécialisés dans la branche de l'analyse économique du droit. L'analyse économique du droit est une méthode à vocation descriptive et normative destinée à analyser les règles de droit à partir des instruments de l'économiste et à suggérer des solutions afin d'optimiser l'allocation des ressources. Relativement à la propriété intellectuelle et plus spécifiquement au droit d'auteur, cette méthode vise à montrer que ce dernier est un instrument de création de richesses intellectuelles grâce à l'intégration de deux exigences antagonistes propres à la création de l'information. D'une part, le droit d'auteur doit être suffisamment protecteur pour donner aux créateurs des motifs d'investir leurs ressources limitées<sup>4912</sup> dans cette activité avec l'espoir d'obtenir un retour sur investissement, d'autre part, il ne doit pas protéger au-delà de ce qui est nécessaire au besoin d'incitation à la création au risque d'empêcher la diffusion de l'œuvre et compromettre ainsi le phénomène de création cumulative ou par filiation<sup>4913</sup>. Tout n'est donc ici qu'une question d'« équilibre » et de « mesure » entre l'incitation et la diffusion<sup>4914</sup>.

Chaque élément structurel du droit d'auteur (objet, conditions d'attribution, limites, durée, protection technique) contribue à favoriser soit la réservation de l'œuvre (donc l'incitation) soit son accès (donc sa diffusion). En conséquence, il est possible d'affirmer pour les économistes que la structure du droit d'auteur reflète un « équilibre » entre « l'exclusivité nécessaire pour rémunérer la création » et « la nécessité de garder la porte ouverte à la créativité à venir »<sup>4915</sup>. Ce discours économique mettant au cœur de la propriété intellectuelle

---

<sup>4912</sup> Alors que dans le monde matériel, la rareté provient du caractère limité de la matière, dans le monde immatériel, la rareté provient « de ce que les talents et les énergies du compilateur ou du créateur pourraient être consacrées à autre chose. », MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 987.

<sup>4913</sup> Idée qui se traduit par la formule attribuée à Newton : « nous sommes des nains assis sur les épaules des géants », autrement dit, nos connaissances sont tributaires de l'ensemble des connaissances passées, V. FORAY D., *L'économie de la connaissance*, Paris : La Découverte, 2009, p. 59 et s.

<sup>4914</sup> TIROLE J., « Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion », in *Propriété intellectuelle : Rapports du Conseil d'Analyse Économique*, Paris : La Documentation française, 2003, p. 25 : « la complexité du problème de la protection appropriée de la propriété intellectuelle est d'ordre quantitative plutôt que qualitative ».

<sup>4915</sup> MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 1012. (leur propos concernait la propriété intellectuelle en général)

en général<sup>4916</sup> et du droit d'auteur en particulier, *l'équilibre* entre l'incitation à la création et la diffusion est quasiment systématique<sup>4917</sup>.

Le discours conservateur pourrait ainsi s'inspirer du discours économique pour nourrir son propos. Toutefois on ne doit confondre les deux discours même s'il repose sur une communauté de termes. En effet, l'économiste, contrairement au juriste, ne va pas s'émouvoir sur le sort du droit d'auteur en tant qu'institution historique et pourvue d'une identité : « toute *protection de la propriété intellectuelle, quelle qu'elle soit, implique la privatisation d'une connaissance faisant partie du patrimoine commun de l'humanité. Elle est donc fondamentalement pragmatique et doit être basée sur une analyse des coûts et des bénéfices économiques et sociaux*<sup>4918</sup> ».

Nous avons montré que le discours de l'équilibre dans la doctrine du droit d'auteur français est traditionnellement associé à deux objectifs. D'une part, au XIXe siècle, il servait aux défenseurs de la doctrine sociale pour lutter contre la doctrine de la propriété littéraire et d'autre part, au XXe siècle, il était employé pour désigner le système utilitariste du copyright et souligner par contraste la nature profondément différente du système du droit d'auteur. En conséquence, le terme d'« équilibre » est traditionnellement marqué, soit, par la doctrine

---

<sup>4916</sup> BELLEFLAMME P. « L'économie de la propriété intellectuelle. Introduction et description du contenu », *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2006/4, tome XLV, pp. 5-9 ; MENIERE Y., *Les fonctions de la propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie*, *Propr. ind.*, 2010, n° 10, pp. 12-16, n° 33 ; LEVEQUE F., MENIERE Y., *Economie de la propriété intellectuelle*, Paris : La Découverte, 2003, p. 3 ; FABRE G., *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation*, Mont Saint-Agen : Publications des Universités de Rouen et du Havre, 2009, p. 27.

<sup>4917</sup> V. LANDES W. M., POSNER R. A., « An Economic Analysis of Copyright Law », 18 *Journal of Legal Studies*, n° 18, 1989, p. 326 : « Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law » ; BENHAMOU F., FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, Paris : La Découverte, 2014, 3<sup>e</sup> éd., p. 12 ; BESSY C., « Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés », *Revue d'économie industrielle*, n° 116, 2006, n° 7 ; FRISON-ROCHE M.-A., « Vers une rente pour autrui », *Droit et Patrimoine*, n° 119, octobre 2003, p. 75 ; BRUGUIERE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, Paris : Ellipses, 2<sup>e</sup> éd., 2011, p. 24 ; TIROLE J., « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 73 ; FARCHY J., « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur – Le point de vue de l'économiste », in, *Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?*, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, p. 404 ; FARCHY J., « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », *PI*, octobre 2006, p. 392 ; CHANTEPIE P., « Le dilemme numérique sous l'éclairage de l'analyse économique », *PI*, avril 2006, p. 138 ; CHANTEPIE P., *Le DIBERDER A., Révolution numérique et industries culturelles*, Paris : La Découverte, 2005, p. 81 et s. ; LEVEQUE F., MENIERE Y., *Economie de la propriété intellectuelle*, Paris : La Découverte, 2003, p. 87 ; DRAHOS P., BRAITHWAITE J., *Information feudalism – who owns the knowledge Economy ?* New-York : The New York Press, 2002, p. 13, cité par FABRE G., *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation*, Mont Saint-Agen : Publications des Universités de Rouen et du Havre, 2009, p. 107 ; V. égal. les références citées par STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, convergences et divergences*, préf. VAN BUNNEN L., Bruxelles : Bruylant, 1993, n° 184.

<sup>4918</sup> TIROLE J., « Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion », in, *Propriété intellectuelle : Rapports du Conseil d'Analyse Economique*, Paris : La Documentation française, 2003, p. 15.

sociale, soit, par le copyright. Le nouveau discours de l'équilibre va au contraire rompre et renier toute attache avec ces acceptions de l'équilibre.

## Section 2 : Les objets des discours

Il est encore possible de distinguer les discours de l'équilibre en fonction de leurs objets. Ces discours portent soit sur les organes (I), autrement dit les producteurs de droit, soit sur la matière, c'est-à-dire, des catégories de règles de droit (II).

### I) Les organes

Lorsque la doctrine énonce un discours de l'équilibre, quel qu'il soit, celui-ci peut porter sur le législateur (A) ou le juge (B).

#### A) *Le législateur*

Nous étudierons le législateur dans le discours de la balance des intérêts puis dans le discours des équilibre du droit d'auteur.

##### 1) Le législateur et la « balance des intérêts »

**Le législateur français balance-t-il les intérêts ?** L'association de la « balance des intérêts » et du législateur français (ou de la législation du droit d'auteur) est source d'un paradoxe puisque tantôt on considère que le législateur français n'a pas adopté cette technique, tantôt au contraire, qu'il la met en œuvre. Pour prouver l'existence d'un tel paradoxe nous citerons les propos des professeurs Lucas et Alleaume. M. Lucas, en 1997, avait tenu ces propos :

« L'intérêt du public est très souvent mis en avant comme une justification principale. L'analyse est fondée en droit anglais ou américain. On oublie de dire que l'optique est

différente dans d'autres pays, et notamment en France. Desbois par exemple enseignait que le droit français récusait nettement l'idée que les œuvres sont protégées 'en vertu de considération d'opportunité, afin de stimuler l'activité littéraire et artistique'. On peut critiquer cette approche en la jugeant peu réaliste. On ne peut pas faire comme si elle n'existait pas. Le concept de 'balance des intérêts', si naturel dans d'autres systèmes (...) ne s'inscrit pas dans la tradition française, laquelle donne prééminence à l'auteur<sup>4919</sup> ».

En 2008, le Professeur Lucas maintient qu'il s'agit d'un concept « étranger au droit français » mais précise qu'il s'installe de plus en plus dans notre « paysage du droit *d'auteur* »<sup>4920</sup>.

En 2010, le Professeur Alleaume écrivait :

« dès lors que le législateur s'interroge préalablement d'une part sur l'étendue du monopole à reconnaître aux auteurs, et d'autre part sur la liberté d'utilisation éventuelle à préserver pour les utilisateurs, il opère une 'balance des intérêts' et procède par là-même à la mise en balance du droit d'auteur »<sup>4921</sup>

**Constat d'un paradoxe.** De ces deux énoncés, il résulte un paradoxe. La « balance des intérêts », étant selon M. Lucas étrangère au droit d'auteur français, elle n'est traditionnellement pas réalisée par le législateur, alors que pour M. Alleaume, la balance des intérêts, étant a priori indifférente à toute tradition juridique, est réalisée par le législateur dès lors que celui-ci « *s'interroge* » à propos de l'intérêt du public lors de la définition des droits de l'auteur et compare les avantages et les inconvénients. En ce dernier sens, le législateur français doit être considéré comme ayant toujours réalisé une « balance des intérêts » puisque les droits de l'auteur ont toujours été limités (temporellement et matériellement) pour favoriser, dans l'intérêt du public, l'accès aux œuvres et leur diffusion.

---

<sup>4919</sup> LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 24 ; la référence à Desbois : DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, n. 449.

<sup>4920</sup> LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 85.

<sup>4921</sup> ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 5, p. 425.

**Un paradoxe indépendant de la définition de la « balance des intérêts ».** Curieusement, le problème ne résulte pas de la définition de la notion. Chacun des auteurs donne ou se réfère plus ou moins à la même définition de la « balance des intérêts » applicable au droit d'auteur. Pour M. Lucas, on entend par « balance des intérêts » le « nécessaire équilibre entre les intérêts légitimes des auteurs (et de leurs ayants droit) et les intérêts tout aussi légitimes des utilisateurs »<sup>4922</sup>. Quant à M. Alleaume<sup>4923</sup>, celui-ci se réfère à la définition de Mme Bernault et M. Clavier selon lesquels « la balance des intérêts suppose de maintenir un certain équilibre entre l'intérêt du public d'une part et celui des auteurs et titulaires de droits voisins d'autre part. Cet équilibre doit être recherché lorsque l'on définit les exceptions au droit exclusifs »<sup>4924</sup>. A propos de la mise en œuvre de la « balance des intérêts » entre auteur et utilisateurs, MM. Lucas et Alleaume sont presque d'accords. Pour M. Lucas, cette balance se réalise au travers de la fixation du champ d'application du droit, de la durée des droits, de leurs exceptions et des mesures techniques de protection<sup>4925</sup>. Pour M. Alleaume, si au départ la « balance des intérêts » ne semble concerner que les exceptions et limitations apportées aux droits des auteurs et des titulaires de droits voisins<sup>4926</sup>, il l'étend de manière extensive, notamment, aux catégories d'œuvres<sup>4927</sup> ou encore aux critères d'éligibilité des œuvres de l'esprit (originalité, effort personnalisé)<sup>4928</sup>. L'on constate donc que le périmètre d'action attribué à la « balance des intérêts » par M. Lucas est plus réduit que pour M. Alleaume.

**Les causes du paradoxe.** Incontestablement, chacun des énoncés reproduit plus haut est significatif, autrement dit, l'on comprend grâce au contexte, le sens que l'auteur a souhaité donné à la notion de « balance des intérêts » et les idées exprimées à l'aide de celle-ci. Néanmoins, pour la connaissance du droit, cette opposition dans l'usage d'un même concept ne peut satisfaire. Il faut donc tenter d'expliquer ce paradoxe afin éventuellement de le dépasser.

---

<sup>4922</sup> LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 80.

<sup>4923</sup> ALLEAUME C., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 4, p. 424.

<sup>4924</sup> BERNAULT C., CLAVIER J.-P., *Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle*, Paris : Ellipses, 2008, p. 41.

<sup>4925</sup> LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », art. préc., p. 86 et s.

<sup>4926</sup> ALLEAUME C., La mise en balance du droit d'auteur, RIDC, 2010, n° 4, p. 424 : « *C'est donc bien par rapport aux exceptions et limitations apportées aux droits des auteurs et des titulaires de droits voisins, que la notion de balance du droit d'auteur est comprise* ».

<sup>4927</sup> Ibidem, p. 427 et s.

<sup>4928</sup> Ibidem, p. 429 et s.

Les deux approches se distinguent et s'opposent parce que M. Lucas emploie le concept juridique de « balance des intérêts » en y incluant son acception historique et philosophique tandis que M. Alleaume, dans une perspective strictement positiviste, appréhende le concept de « balance des intérêts » comme s'il était ab initio propre au droit d'auteur<sup>4929</sup>, et ce, en la déconnectant de toute attache historique et philosophique. Faisant découler la « balance des intérêts » du traité OMPI et de la directive Dadvisi uniquement, M. Alleaume peut écrire : « la balance est donc tout autant *une méthode de législation qu'un objectif commun aux différents Etats membres de l'Union Européenne ou signataires du traité de l'OMPI* »<sup>4930</sup>.

En conséquence, pour M. Lucas, la « balance des intérêts » s'avère nécessairement liée à l'utilitarisme<sup>4931</sup> et au système du copyright anglais ou américain dans lequel l'intérêt des auteurs est satisfait en raison et dans la mesure de la satisfaction de l'intérêt public (composé de l'ensemble des intérêts du public et d'une fraction de l'intérêt personnel de l'auteur). En revanche, pour M. Alleaume, la « balance des intérêts » réalisée par le législateur n'implique ni une acception utilitariste, ni que l'intérêt des auteurs soit nécessairement limité par les intérêts du public. Puisque selon M. Alleaume, le législateur procède à une balance des intérêts dès lors -simple exercice formel- qu'il « *s'interroge préalablement d'une part sur l'étendue du monopole exclusif et, d'autre part la liberté d'utilisation éventuelle à préserver pour les utilisateurs* », ce dernier pourrait tout-à-fait, consécutivement à cette « balance des intérêts » produire une loi imposant un respect absolu au monopole de l'auteur sans prévoir aucune exception ou limitation<sup>4932</sup>. Une telle hypothèse s'avère exclue dans une perspective utilitariste du droit d'auteur visant l'équilibre des intérêts et s'oppose donc à la « balance des intérêts » telle qu'elle est comprise par M. Lucas.

---

<sup>4929</sup> L'article de M. Alleaume commence ainsi : « Il n'y a pas définition explicite des notions de « mise en balance du droit d'auteur » ou de « mise en balance des intérêts » dans le Code de la propriété intellectuelle français (CPI). C'est le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, adopté par la Conférence diplomatique de Genève du 20 décembre 1996, qui est le plus clairement à l'origine de la prise de conscience, par les législateurs communautaire et français, de ce nouvel objectif commun, consistant dans la nécessité de soulever les droits des auteurs et des titulaires de droits voisins d'une part, avec l'intérêt public général notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information telle qu'elle ressort de la Convention de Berne d'autre part, afin d'aboutir à la mise en place progressive d'une législation raisonnablement équilibrée entre ces droits et intérêts opposés », ALLEAUME C., « La mise en balance du droit d'auteur », art. préc., p. 423.

<sup>4930</sup> Ibidem, p. 425.

<sup>4931</sup> LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », art. préc., p. 81.

<sup>4932</sup> Hypothèse expressément évoquée, ALLEAUME C., « La mise en balance du droit d'auteur », art. préc., p. 425.

**Distinction entre le caractère normatif et descriptif de la « balance des intérêts.** La différence entre ces deux usages de la « balance des intérêts » concerne finalement le caractère normatif ou non de la dite balance. Pour M. Lucas, la balance des intérêts implique, conformément à la philosophie utilitariste, que toute règle en la matière serve les intérêts du plus grand nombre et s'oppose à l'approche jusnaturaliste du droit d'auteur qui satisfait en priorité les intérêts de l'auteur conformément au droit naturel. La « balance des intérêts », en ce sens, est une méthode de législation finalisée par l'utilité ou un mode de justification utilitariste de la norme. Au contraire, telle que l'utilise M. Alleaume, la « balance des intérêts » n'a aucune portée normative et se présente davantage comme une méthode formelle de législation (et juridictionnelle) et une méthode d'analyse du droit que comme un objectif d'équilibre des intérêts entre auteurs et utilisateurs. Sous cette perspective exclusivement descriptive de la « balance des intérêts », M. Alleaume analyse quelques règles du droit d'auteur dont certaines d'ailleurs ne concernent pas (ou pas directement) les utilisateurs, comme la règle qui attribue la propriété de l'œuvre collective à la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est publiée<sup>4933</sup> ou celle qui a introduit l'extension de la durée des droits patrimoniaux en faveur des auteurs morts pour la France<sup>4934</sup>. Sous cet angle, aucune règle de droit d'auteur ne semble pouvoir échapper à la balance des intérêts ce que M. Alleaume admet lorsqu'il écrit : « au final, les choix du législateur – et de la jurisprudence – traduisent inévitablement une balance des intérêts en présence »<sup>4935</sup>.

**Confusion entre la balance des intérêts comme norme et comme instrument.** Finalement, M. Alleaume emploie la « balance des intérêts » comme un outil d'analyse du droit et non, comme M. Lucas, pour désigner le mode de justification utilitariste du droit d'auteur. Certes, la « balance des intérêts » constitue également un outil de description et d'analyse du droit destiné à mettre en lumière les choix du législateur (c'est le programme général de l'Interessenjurisprudenz de Heck), néanmoins, cette « balance des intérêts » à vocation analytique renvoie à *l'activité de connaissance du juriste*. Elle est un outil d'analyse employé

---

<sup>4933</sup> L. 113-2 al. 3 CPI. V. ALLEAUME C., « La mise en balance du droit d'auteur », art. préc., p. 428 : « la mise en balance des intérêts des différents contributeurs de l'œuvre collective d'une part, des impératifs de gestion dynamique et efficace des œuvres d'autre part, et de l'intérêt général, a conduit à l'élaboration d'un régime dérogatoire ».

<sup>4934</sup> ALLEAUME C., « La mise en balance du droit d'auteur », art. préc., p. 429 : « Il est à signaler – nouvelle balance des intérêts- que le législateur a posé une durée de protection plus longue au profit des œuvres des auteurs « Morts pour la France », ainsi que pour tous ceux qui, ayant connu un conflit mondial, bénéficient de prorogations de guerre (L. 123-8 et L. 123-9) ».

<sup>4935</sup> Ibidem, p. 431.

par le juriste pour examiner les normes juridiques et s'avère indépendante des normes qu'elle a pour objet d'étudier et ne peut aucunement découler de celles-ci. Ainsi, à notre avis, la manière dont M. Alleaume emploie la « balance des intérêts » résulte d'une confusion entre d'une part les normes qui imposent ou du moins suggèrent aux législateurs de procéder à une « balance des intérêts » telle que le considérant 31 de la directive Dadvsi et d'autre part la méthode descriptive de type sociologique consistant à analyser le droit à partir des intérêts qu'il satisfait ou écarte. Afin de souligner cette confusion entre le discours du législateur (la « balance des intérêts » du considérant 31) et le discours du juriste (l'instrument analytique de la « balance des intérêts»), nous pourrions reprendre l'hypothèse de M. Alleaume d'après laquelle, une règle qui ne comporterait aucune limitation ou exception au profit des utilisateurs serait conforme à la « balance des intérêts » dès lors que le législateur a, au préalable, pesé les avantages et les inconvénients<sup>4936</sup>. Selon nous, au contraire, une telle règle -si elle peut correctement faire l'objet d'une analyse par le truchement de l'instrument à vocation descriptive de la « balance des intérêts »- ne respecterait assurément pas l'objectif de « juste équilibre » entre les titulaires de droit et les utilisateurs posé par le considérant 31 de la directive Dadvsi qui impose que toute règle mettant en jeu les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs soit équilibrée. Par conséquent, toute règle absolutiste serait nécessairement contraire à l'objectif poursuivi.

Le paradoxe relevé au départ de cette analyse semble pouvoir être levé grâce à la distinction entre la « balance des intérêts » comme mode de production d'une norme finalisée par l'utilité ou mode de justification utilitariste de la norme, voire comme norme d'une part, et la « balance des intérêts » comme outil d'analyse de la norme entre les mains du juriste, d'autre part.

Grâce à cette distinction, les propositions de M. Lucas et de M. Alleaume peuvent, sous certaines réserves, coexister.

Lorsque M. Lucas affirme que la « balance des intérêts » est propre au système du copyright et s'avère étranger à la tradition française, cela signifie que là où le législateur américain ou anglais procède à une analyse des intérêts et donne satisfaction au plus grand nombre d'entre eux, conformément à ce qu'enjoint la philosophie utilitariste, le législateur français se conforme, dans une large mesure, au droit naturel ce qui se manifeste par la reconnaissance

---

<sup>4936</sup> Ibidem, p. 424.

d'un droit de propriété incorporelle. Concrètement et de manière schématique, le copyright a donc tendance à favoriser la circulation et l'accès aux œuvres au bénéfice du public tandis que le droit d'auteur a tendance à favoriser la réservation de celles-ci au bénéfice des auteurs. Si l'on s'en tient à cette acception de la « balance des intérêts », il semble assez peu approprié de décrire, comme le fait un auteur, la loi du 11 mars 1957 comme une loi recherchant une « balance des intérêts »<sup>4937</sup>.

Lorsque M. Alleaume affirme que tous les choix du législateur ou du juge manifestent une « balance des intérêts », cela signifie que toute décision d'un acteur du droit, et quelque soit son mode de justification, est analysable à partir des intérêts que la norme est censé satisfaire et des conflits qu'elle tend à résorber. Ainsi, avec cet instrument, il est possible de comparer le système du copyright et le système du *droit d'auteur* à partir des intérêts que les normes de chaque système tendent à satisfaire. Toutefois, l'exercice par le juriste de cet instrument d'analyse ne doit être confondu avec le contenu d'une norme juridique ou une norme à vocation à interpréter d'autres normes juridiques (comme le considérant 31 de la directive DADVSI) qui habilite le législateur national ou le juge à mettre en balance les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs. Il est cependant possible de tenir un discours sur le considérant 31 à partir de l'instrument analytique qu'est la « balance des intérêts », en disant par exemple que le considérant 31 en enjoignant aux législateurs de maintenir un « juste équilibre » entre titulaires de droits et utilisateurs vise à satisfaire davantage les intérêts des utilisateurs que ceux des auteurs car ce sont les plus susceptibles d'être sacrifiés par le législateur national. Mais ce type de discours de l'équilibre -qui a pour objet une norme- est totalement indépendant du contenu de celle-ci.

## 2) Le législateur et les « équilibres du droit d'auteur »

Dans le discours conservateur de l'équilibre, le législateur est représenté comme le grand producteur d'équilibres... Les références étant légion, nous nous contenterons ici de souligner l'habileté qui consiste, dans le discours, à repousser la « balance des intérêts » tout en conservant la notion eulogistique d'« équilibre » :

---

<sup>4937</sup> FOREST D., *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Gualino, 2010, pp. 19-20.

« Dans sa conception traditionnelle personnaliste, celui-ci est tourné vers la protection de l'auteur et on n'est dès lors guère enclin à raisonner en termes de balance des intérêts. Car l'équilibre, entre l'auteur, l'exploitant et le public est réalisé par la loi ; certes, il ne s'agit pas d'un équilibre arithmétique, mais c'est justement là que réside l'identité du droit français. Pourquoi vouloir l'annihiler ? L'auteur ne serait-il plus digne de la même protection ? L'intérêt du public ou de l'investisseur l'aurait-il supplanté ? Nous ne le croyons pas. La logique du droit d'auteur français fait sa spécificité et la modernité, qui a d'ailleurs existé à chaque époque, ne saurait la lui ôter<sup>4938</sup> ».

La figure du législateur dans le discours conservateur se trouvera à nouveau mentionné lorsqu'il s'agira d'étudier la figure du juge.

### B) *Le juge*

Nous savons désormais que le discours de l'équilibre dans la doctrine anti-formaliste du XIXe siècle avait principalement pour objet d'inviter le juge, d'une part, à s'affranchir de la règle lorsque celle-ci devenait inutile et du syllogisme l'accompagnant ; et d'autre part, à recourir à la balance des intérêts, c'est-à-dire, l'opération consistant à comparer plus ou moins scientifiquement les intérêts en présence et à dégager une norme adaptée à leur conciliation. De manière générale, le discours doctrinal de l'équilibre (comme ce fut le cas pour *l'aequum* et *l'aequitas*) est donc, originellement, à destination du juge<sup>4939</sup>.

Nous allons étudier la figure du juge dans le discours réformateur de la « balance des intérêts » et dans le discours conservateur de « l'équilibre du droit d'auteur ».

#### 1) Le juge et la « balance des intérêts »

**Discours réformateur de l'équilibre et juge (en droit d'auteur).** La culture légicentriste française et la dogmatique personnaliste du droit d'auteur expliquent que la question de la possibilité pour le juge de recourir à la « balance des intérêts » dans les rapports entre l'auteur

---

<sup>4938</sup> BENSAMOUN A., *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, préf. P. SIRINELLI, Aix-en-Provence : PUAM, 2008, p. 595 n° 802.

<sup>4939</sup> On ne peut toutefois ici tirer de règle générale car dans le domaine du droit d'auteur, le discours de l'équilibre du XIXe siècle était destiné au législateur.

et le public, n'a pas été expressément posée auparavant. Pourtant, employée de manière conceptuelle, on aurait pu facilement constater à l'époque (antérieurement à la loi de 1957), que le juge procédait à une « balance des intérêts » toutes les fois qu'il créait une exception aux droits de représentation ou de reproduction, comme par exemple, l'exception de l'accessoire. Néanmoins, ce langage, s'il était courant aux Etats-Unis et en Allemagne, avait, en même temps que la doctrine de Gény, disparu des manuels et des articles de droit privé.

Or, depuis le milieu de la seconde partie du XXe siècle, est arrivée sur nos côtes la seconde vague du discours de l'équilibre (« balance des intérêts », « juste équilibre », « proportionnalité ») poussée par les ordres juridiques européens. On constate donc de nouvelles invitations à l'émancipation lancées par la doctrine<sup>4940</sup> à destination du juge afin que celui-ci puise dans les ressources offertes par les droits fondamentaux et exercent corrélativement l'instrument qui leur est désormais associé, à savoir la « balance des intérêts » ou le « principe de proportionnalité ». Selon Mme Marino, les droits fondamentaux permettraient de compléter la liste fermée des exceptions pour résoudre de nouveaux problèmes sans menacer l'intégrité du droit d'auteur :

« [les droits fondamentaux] obligent alors à réfléchir à nouveau aux équilibres, voire à revenir sur des équilibre qui ont été déjà pris en compte par le législateur. Mais le secours des droits fondamentaux n'est utile que dans des circonstances exceptionnelles, non prévues par le législateur, volontairement ou non (...) Il ne s'agit pas de créer de nouvelles exceptions générales, mais de réagir au cas par cas. La pesée des intérêts permet d'arriver à une solution équilibrée, prenant en compte les finalités des divers droits. La cohérence du système n'est donc pas menacée par le dépassement de la loi (bien au contraire)<sup>4941</sup> ».

Le juge et la « balance des intérêts » sont encore rapprochés lorsqu'il s'agit pour la doctrine d'envisager la mise en œuvre du triple test. Le triple test est sensé n'être qu'un filtre permettant au juge de limiter la portée d'une exception si celle-ci porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et si elle cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes

---

<sup>4940</sup> MARINO L., « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », JCP, n° 30, p. 829 et s.

<sup>4941</sup> Ibidem., n° 11 ; en un sens analogue, CHARDEAUX M.-A., « *Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité* », Comm. com. électr., mai 2011, p. 15 : « *Pour repenser, le droit d'auteur dans l'environnement numérique, il importe de revenir aux ingrédients nécessaires de la propriété intellectuelle : la dimension économique, la dimension artistique et la dimension culturelle. Aucune des dimensions ne doit être négligée, il faut retrouver une position d'équilibre (...) [R]epenser le droit d'auteur à l'heure d'internet suppose peut-être aussi d'assouplir le droit d'auteur et de permettre au juge de concilier, au cas par cas, le droit d'auteur avec la liberté de l'information consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

du titulaire du droit. Déplorant que cet instrument ne soit pas à double sens, une doctrine milite pour que le triple test soit exercé de manière raisonnable :

« Le test des trois étapes constitue un outil efficace permettant d'éviter une application excessivement large des limitations et exceptions au droit d'auteur. En revanche, il n'existe aucun autre mécanisme juridique permettant d'éviter une approche excessivement étroite des limitations et exceptions. Pour cette raison, l'interprétation du Test des trois étapes doit être guidée par la recherche d'une application appropriée et équilibrée des limitations et des exceptions. Ceci est fondamental si l'on souhaite obtenir une juste balance des intérêts en cause<sup>4942</sup> ».

Nous remarquons dans cet énoncé que la « balance des intérêts » est appréhendée comme un objectif et non plus comme un instrument. En tant qu'instrument, la « balance des intérêts » doit bien être distinguée de l'instrument du « triple test ». Définir la seconde par la première signifierait que la « balance des intérêts » est entendue non comme un instrument mais comme un concept.

## 2) Le juge et les « équilibres du droit d'auteur »

Avec le concept des « *équilibres du droit d'auteur* », la doctrine dispose d'un moyen pour renforcer la tendance légaliste. Comme nous l'avons vu, la CJUE sait utiliser toutes les ressources offertes par le considérant 31 de la directive Dadvsi pour encadrer les exceptions au droit d'auteur et poser les bases du régime de la compensation équitable. M. Sirinelli a déploré son immixtion notamment sur la question des exceptions :

« Mais appartient-il au juge d'écrire ou de réécrire la norme ? Lui appartient-il de fixer les équilibres ? La juge peut-il ordonner ce que le législateur n'avait pas souhaité imposer ? La réponse apparaît d'évidence : la politique législative appartient à la Commission et au

---

<sup>4942</sup> GEIGER Ch., NERISSON S., Declaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur, pp. 1-2, disponible sur :[http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration\\_three\\_steps.pdf](http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_steps.pdf)

Parlement, et à travers eux, aux États membres. En effet, en l'état du droit, la règle est imposée sans que l'État français n'ait pu faire valoir sa position, dans un processus démocratique<sup>4943</sup> »

La fixation des « équilibres » du droit d'auteur relèverait donc de la loi et plus globalement de la politique législative et le juge doit simplement se contenter d'être la « bouche de la loi ».

## II) Les domaines

Les domaines sont les thèmes sur lesquels la doctrine tient des discours de l'équilibre. Ils sont, comme on peut s'en douter, nombreux. Afin de les traiter de manière ordonnée, il est utile de recourir à la distinction désormais classique entre les conflits dits internes (A) et les conflits dits externes du droit d'auteur (B).

### A) Les conflits dits internes

Les conflits internes ou la « théorie de l'équilibre interne<sup>4944</sup> » désigne les rapports entre les auteurs et le public, relativement à l'objet du droit, la condition de protection, aux limites temporelles et matérielles (exceptions) et aux mesures techniques de protection. Les quatre premières étant les plus classiques, nous écarterons le sujet des mesures techniques.

Nous étudierons les thèmes peu abordés en termes d'équilibre (1) puis les thèmes allègrement traités à l'aide de la notion (2).

---

<sup>4943</sup> SIRINELLI P. (dir.), Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, décembre 2014, p. 31 ; vingt ans plus tôt, M. Sirinelli admettait qu'il appartient au juge, « tout en respectant les principes fondamentaux, [de] rechercher l'équilibre désiré par tous » et que toutes les décisions qu'il a prises, qu'elles soient raisonnables ou déraisonnables, ont été rendues « par délégation » du législateur (v. SIRINELLI P., « Brèves observations sur le 'raisonnable' en droit d'auteur », in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, 436 p. 410-411).

<sup>4944</sup> MARINO L., Droit de la propriété intellectuelle, Paris : PUF, 2013, n° 68.

## 1) Les domaines peu abordés en termes d'équilibre

Les discours en termes d'équilibre, que ce soit le discours réformateur (« équilibre/balance des intérêts ») ou le discours conservateur (« *équilibres du droit d'auteur* ») sont relativement peu exploités lorsqu'il s'agit d'étudier les questions de l'objet du droit d'auteur (a) et de sa condition de protection (b). Cette présence est sans doute réduite car en France ces thématiques semblent davantage relever d'un problème de connaissance que d'un problème pratique. Autrement dit, on s'intéresse moins à savoir ce qu'il est utile de protéger qu'à connaître a priori ce qu'est une « *œuvre de l'esprit* » ou ce qu'est une œuvre de l'esprit « originale ». Cet intérêt pour la définition de l'œuvre, comme de l'originalité du reste, résulte d'une lacune volontaire du législateur. Celui-ci a en effet préféré laisser le juge relativement libre pour déterminer ce qui doit entrer dans les catégories d'œuvres protégées par la loi.

En outre, les questions relatives à l'objet et à la condition de protection semblent ne relever exclusivement que du rapport entre le sujet (l'auteur) et la chose (l'œuvre). Dans ce rapport, les tiers ne sont pas représentés et partant l'idée d'équilibre n'a pas lieu d'être exprimée. Cette représentation peut toutefois laisser place à une autre si l'on adopte un mode de pensée utilitariste selon lequel toute loi ne se fait qu'au détriment de la liberté d'autrui ou que tout droit fait naître un devoir sur autrui. Sous cet angle, les normes relatives à l'objet du droit et à la condition de protection peuvent être pensées en termes d'avantages et de sacrifices.

### a) L'objet du droit

D'après la doctrine classique, « *s'intéresser à l'objet du droit d'auteur, c'est rechercher l'élément fondateur d'un tel droit : la présence d'une œuvre*<sup>4945</sup> ». Le législateur n'ayant donné aucune piste sérieuse<sup>4946</sup>, il appartient à la doctrine de dégager à partir de la jurisprudence, les attributs essentiels de l'œuvre de l'esprit et partant de distinguer celle-ci de l'idée qu'elle exprime. Or cette distinction peut, au lieu d'apparaître comme une déduction des principes de la matière, se présenter comme un arbitrage entre des exigences antagonistes.

---

<sup>4945</sup> SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2003, p. 11.

<sup>4946</sup> Deux articles seulement évoquent l'objet du droit : art. L. 111-1 CPI : « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété* » ; et l'art. L. 113-7 CPI : « *ont la qualité d'auteurs d'une œuvre audiovisuelle la ou les personnes qui réalisent la création intellectuelle de cette œuvre* ».

**Les conditions d'existence de l'œuvre.** Si l'œuvre devait être définie principalement par une des quatre causes aristotéliennes, assurément, elle le serait par la cause formelle. En effet, l'œuvre est en première analyse une création ou une forme et plus exactement, une forme *d'expression*<sup>4947</sup> indépendante de l'idée exprimée et de son support<sup>4948</sup>. En outre, l'œuvre doit être le résultat conscient<sup>4949</sup> d'une activité créative<sup>4950</sup> ce qui exclut par exemple les résultats issus du hasard ou ce qui résulte seulement de l'exercice d'un savoir-faire.

**Exclusion des idées. Justifications déontiques.** L'exigence d'une forme signifie corrélativement que les idées seules sont exclues de la protection, car elles demeurent, disait Renouard, par essence, inappropriables<sup>4951</sup>. Elles sont selon la formule popularisée par Desbois, et reprise par les juges, de libre parcours<sup>4952</sup>. Cette exclusion, que Desbois expliquait encore grâce à la « nature des choses »<sup>4953</sup>, « à la vérité, coule de source », note M. Lucas « tant il est évident que tous les auteurs puisent à un fond commun, et s'impose en même temps comme une conséquence de la liberté d'expression »<sup>4954</sup>.

**Exclusion des idées. Justifications conséquentialistes.** Pour certains auteurs, plus que la liberté d'expression, l'exclusion des idées du domaine appropriable serait davantage justifiée par la préservation volontaire des libertés de création, de recherche et d'entreprendre<sup>4955</sup> qu'une conséquence nécessaire de la liberté d'expression. En conséquence le choix de cette exclusion serait motivé par la conciliation de la logique d'incitation à créer et à innover et

---

<sup>4947</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 17.

<sup>4948</sup> MARINO L., Droit de la propriété intellectuelle, Paris : PUF, 2013, n° 30 : « [l'œuvre de l'esprit] est le résultat d'une activité créative, s'exprimant dans une forme extérieure indépendamment du support ».

<sup>4949</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., Traité de la propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 57.

<sup>4950</sup> Ibidem, n° 51.

<sup>4951</sup> RENOUARD A.-C., Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts, 2 t., Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, p. 454.

<sup>4952</sup> DESBOIS H., op. cit., n° 17 : « La propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peut être contrarié par les servitudes inhérentes aux droits d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours ».

<sup>4953</sup> Protéger les idées serait « serait contraire à la tradition et à la nature des choses » (DESBOIS H., op. cit., n° 17)

<sup>4954</sup> LUCAS A. Propriété littéraire et artistique, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, p. 12 ; pour Desbois,

<sup>4955</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., Droit d'auteur et droits voisins, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012,

celle de diffusion des résultats obtenus, source de créations futures<sup>4956</sup>. Cette règle de prohibition serait donc le fruit d'un arbitrage<sup>4957</sup>.

**Discours de l'équilibre des intérêts.** L'idée précédente, classique dans la doctrine du copyright, trouve naturellement à s'exprimer au travers de l'équilibre des intérêts ainsi que l'avait constaté un auteur :

« parmi les arguments censés justifier l'absence de protection des idées, il en est un qui revient fréquemment : il y aurait un intérêt public à ce qu'une idée ne puisse être monopolisée par un auteur au détriment de la collectivité. Celle-ci, via, la protection légale, accorde à l'auteur un droit exclusif ; en retour, elle ne devrait pas se trouver spoliée par le droit qu'elle a conféré. Un équilibre doit être réalisé entre les intérêts de la collectivité et ceux des créateurs. Or cet équilibre serait compromis si l'on venait à faire porter les prérogatives du droit d'auteur sur les idées<sup>4958</sup> ».

La question de l'objet de la protection et la distinction entre la forme et les idées se trouvent ici traitées non pas à partir d'une définition a priori et ontologique de l'œuvre mais, selon une démarche utilitariste, en fonction de la satisfaction des intérêt des créateurs présents et futurs ainsi que ceux de la société.

b) La condition de protection : l'originalité

**Généralités sur l'originalité.** Traditionnellement, pour être protégée par un régime de droit d'auteur<sup>4959</sup>, la loi ou la jurisprudence exige que l'œuvre présente une certaine qualité : l'originalité<sup>4960</sup>. Le Copyright Act américain de 1976 précise ainsi que la protection accordée

---

<sup>4956</sup> En ce dernier sens, la règle de non-appropriation des idées pourrait se comprendre comme composante nécessaire d'un droit de la création, v. VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., op. cit., p. 120.

<sup>4957</sup> En ce sens, v. DEVEZE J., Le vol de « biens informatiques », JCP, 1985, I, 3210, n° 30.

<sup>4958</sup> CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne : CEDIDAC, 1985, p. 51.

<sup>4959</sup> On remarque au demeurant que la plupart des principaux traités internationaux en la matière (Convention de Berne –cf. toutefois art. 2 §3-, accords APD/C, traités de l'OMPI) demeurent généralement silencieux ou peu prolixes sur la condition d'originalité ; en sens v. GERVAIS D., « Originalité(s) », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 395-397 ; v. BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 103.41.

<sup>4960</sup> SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », Propr. ind., octobre 2010, n° 10, pp. 38-42, n° 20 « l'originalité apparaît comme une qualité de la chose, intrinsèque à celle-ci, dont on considère qu'elle (la chose) renferme néanmoins une volonté créatrice ».

par ce texte ne bénéficie qu'aux « *œuvres originales fruit de la création d'un auteur*<sup>4961</sup> ». La loi sur le droit d'auteur canadienne protège « *toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale*<sup>4962</sup> ». La loi anglaise évoque dès sa première section les « *original literary, dramatic, musical or artistic works...* »<sup>4963</sup>. A défaut de précision du législateur, le juge s'emploie à conditionner l'octroi des droits sur l'œuvre à l'originalité de celle-ci. C'est le cas des pays de droit civil (paradoxalement de tradition écrite<sup>4964</sup>) tels que la France, la Belgique<sup>4965</sup> ou encore la Suisse<sup>4966</sup> dont la tradition écrite est paradoxalement prégnante.

L'absence du terme « originalité » dans la formulation des normes destinées à fixer les conditions d'attribution des droits, ne traduit pas nécessairement l'absence de condition d'originalité. L'exigence est par exemple comprise en droit allemand dans la définition de l'œuvre à savoir la « création intellectuelle personnelle<sup>4967</sup> ». A contrario, l'identité des mots ne garantit pas l'identité de sens. Deux acceptions de l'originalité coexistent : la première est objective et correspond à l'idée de nouveauté de l'objet, tandis que la seconde est subjective et correspond à l'idée de personnalisation de l'objet. Un choix entre ces deux sens est donc opéré dans chacun des ordres juridiques de propriété littéraire et artistique, ce qui n'est pas, soit dit en passant, de nature à faciliter l'harmonisation d'un droit participant activement au processus de mondialisation<sup>4968</sup>. Comme nous l'avions indiqué en étudiant le rôle de Desbois, la notion d'« originalité » en France se définit traditionnellement comme « *l'empreinte de la*

---

<sup>4961</sup> “original works of authorship”, Art. 102, § a, The Copyright Revision Act of 1976 ; V. STROWEL A., th. préc., p. ; 440 et s. ; BERTRAND A. R., op. cit., n° 103.68.

<sup>4962</sup> Article 5 (1) de la Loi sur le droit d'auteur de 1985 ; la jurisprudence canadienne a ensuite précisé les contours de la notion, V. GERVAIS D., « Originalité(s) », art. préc., p. 394.

<sup>4963</sup> Copyright, Designs and Patents Act, 1988, § 1, (a), disponible sur <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/1> ; V. BOUCHET- LE MAPPIAN E., Propriété intellectuelle et droit de propriété, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, n° 356.

<sup>4964</sup> « On voit par conséquent qu'en dépit de la tradition essentiellement écrite des pays de droit civil qui interdisent le « gouvernement des juges » (prohibition des arrêts de règlement, art. 5 C. civ), la condition de l'originalité, tant du point de vue de la preuve que de celui du fond, se rapproche de la place faite à la jurisprudence dans les pays de Common law. », GAUTIER P.-Y., Les critères qualificatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français, Revue internationale de droit comparé, vol. 46, n° 2, avril-juin 1994, p. 510.

<sup>4965</sup> Pour la condition d'originalité en droit d'auteur Belge, V. STROWEL p. 420 et s. ; BERTRAND A. R., op. cit. , n° 103.65.

<sup>4966</sup> BERTRAND A. R., op. cit. , n° 103.66.

<sup>4967</sup> « Persönliche geistige Schöpfungen », Art. 2 al. 2 de la loi allemande du 9 septembre 1965 (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, aussi dénommée Urheberrechtsgesetz, UrhG) ; Me Bouchet-Le Mappian précise que la notion d'originalité, stricto sensu se réfère en droit allemand à « l'impression faite sur le lecteur, le spectateur, l'auditeur », BOUCHET- LE MAPPIAN E., Propriété intellectuelle et droit de propriété, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, n° 355.

<sup>4968</sup> GERVAIS D., Originalité(s), in *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 389-400.

*personnalité de l'auteur* » et désigne ce qui unit nécessairement l'œuvre (objet) à l'auteur (sujet), alors qu'aux Etats-Unis ou en Angleterre<sup>4969</sup>, la même notion se comprend objectivement comme l'absence d'antériorité et désigne ce qui distingue nécessairement l'œuvre (l'objet) des créations précédentes (d'autres objets)<sup>4970</sup>. L'approche française est qualifiée de personnaliste tandis que l'approche anglo-saxonne de l'originalité, découlant d'une logique instrumentale, pourrait être, du fait de l'objectivité du critère, qualifiée de réaliste.

Soulignons enfin que le statut du critère d'originalité varie en fonction des systèmes juridiques. En droit allemand avons-nous vu l'originalité est comprise dans la définition de l'œuvre, en conséquence, l'originalité constitue une *condition d'existence* de l'œuvre -objet du droit d'auteur. Le constat de l'originalité de la création conduit à la connaissance de l'existence de l'œuvre. Au contraire et en dépit de controverses doctrinales, en France l'originalité se poserait davantage comme une condition de protection de l'œuvre, ce qui suppose que soient distinguées l'œuvre (objet du droit) et l'originalité (condition de protection ou d'attribution des droits)<sup>4971</sup>. Le constat de l'originalité de la création serait alors inopérant pour connaître la qualité d'œuvre de l'esprit de celle-ci ; il permettrait seulement, une fois l'existence de l'œuvre avérée, de savoir si celle-ci est protégée et corrélativement, si son créateur revêt le statut d'auteur.

---

<sup>4969</sup> « Le terme 'd'originalité' ne signifie nullement que l'œuvre soit l'expression d'une pensée originale et inventive. Le droit d'auteur n'est pas concerné par l'originalité des idées, mais par l'expression des pensées et, dans le cas des œuvres littéraires, par l'expression des pensées dans l'écriture. Le droit d'auteur n'exige pas que cette expression soit d'une forme originale ou nouvelle, mais qu'elle ne soit pas copiée d'une autre œuvre, c'est-à-dire qu'elle provienne de l'auteur » (University of London Press Ltd v University Tutorial Press Ltd [1916] 2 Ch 601, cité et traduit par BERTRAND A. R., op. cit., n° 103.66).

<sup>4970</sup> Généralement, on présente la condition objective d'originalité anglo-saxonne comme moins exigeante que la condition française puisqu'elle n'exige qu'une absence de copie et un minimum d'effort intellectuel, V. par ex. RAYNARD J., *Droit d'auteur et conflits de lois* : essai sur la nature juridique du droit d'auteur, préf. M. VIVANT, Paris : Litec, 1990, n° 89 ; cela pourrait n'être qu'une vue de l'esprit : « l'approche, conforme à la philosophie utilitariste de ces systèmes, qui conduit à mettre l'accent sur le résultat de l'activité créative plus que sur la personne qui l'a déployée, est ni plus ni moins exigeante que celle retenue tradition en France. Elle est, tout simplement, différente. », LUCAS, tté, n° 111.

<sup>4971</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, n° 98 ; SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », Prop. ind, octobre 2010, n° 10, p. 38 n° 2 ; contra BERTRAND A. R., op. cit., n° 103.36 selon lequel la création (ou l'œuvre de l'esprit) et l'originalité sont deux conditions de fonds cumulatives de la protection de « la création intellectuelle » ; BOUCHET Le-MAPPIAN E., comm. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 mai 2012, RLDI 2012/85, n° 2772 n° 22 : « L'originalité immatérielle est celle qui conditionne l'existence d'une œuvre et, donc, d'un droit d'auteur (...) Elle constitue toutefois une condition indispensable, non pas à l'accès à la protection, mais, plus radicalement, à la reconnaissance d'une œuvre pouvant être protégée. Si bien que l'expression « œuvre originale » est un pléonasme : sans originalité, il n'y a pas d'œuvre. Cette exigence est commune à toutes les formes d'œuvres pouvant être protégées par le droit d'auteur : œuvres littéraires, musicales, graphiques, plastiques... »

**Originalité, « sources et méthodes » du droit.** Si, en droit d'auteur français, la distinction entre la création (objet du droit) et l'originalité (condition d'attribution) semble directement découler de la plus élémentaire des logiques juridiques<sup>4972</sup>, il faut cependant se méfier de la propension de la logique exercée a posteriori à travestir la réalité<sup>4973</sup> et prendre conscience, comme nous y invite M. Lucas, de la « *part d'artifice à séparer la notion d'œuvre de l'esprit de celle d'originalité car elles se recouvrent dans une assez large mesure*<sup>4974</sup> ». Parce qu'elle « *offre l'avantage de mieux sérier les questions* »<sup>4975</sup>, la distinction tendrait davantage à servir le juriste dans son travail scientifique d'exposition que le juge dans le cadre de son office à vocation pratique<sup>4976</sup>.

**La condition d'originalité, dans l'approche traditionnelle, suppose un problème d'ordre épistémologique.** Dans la doctrine intellectualiste française, l'on constate sans peine que le discours mettant en avant la notion d'« équilibre » en vue de traiter la question de l'originalité n'a pas ou peu sa place. A priori, cette absence semble conforme à la logique juridique : le critère d'originalité consiste, selon l'approche personaliste, à reconnaître dans l'œuvre, la marque de son créateur. Exercer la condition d'originalité pour le juge consiste en un acte de connaissance exclusif de la prise en compte des conséquences pratiques et notamment de l'impact sur les intérêts des individus concernés, autrement dit, il s'agit d'un acte exclusif de toute volonté. De toute évidence, équilibrer (les droits, les intérêts, les avantages ou inconvénients etc.) ne fournira aucune connaissance élémentaire ou supplémentaire relativement à la présence de traces de la personnalité de l'auteur dans son œuvre.

---

<sup>4972</sup> « La rigueur juridique impose de distinguer les notions d'œuvre de l'esprit (œuvre protégée) et l'œuvre de l'esprit originale (œuvre protégée) », (CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse dactyl., Montpellier I : 2004, n° 56) ; la confusion fréquente en jurisprudence « *procède d'une erreur logique. La détermination du champ de la protection suppose nécessairement de distinguer les œuvres originales de celles qui ne le sont pas. Il n'est donc pas cohérent de dénier la qualification même d'œuvre à un objet au motif qu'il n'est pas original.* », (BENABOU V. L., « L'originalité, un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 25).

<sup>4973</sup> Cf. les travaux d'Alf Ross, V. CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2014, n° 194 et s.

<sup>4974</sup> LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, n° 30.

<sup>4975</sup> Ibidem.

<sup>4976</sup> Certaines décisions attestent d'une confusion entre œuvre de l'esprit et œuvre originale, par ex., CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 26 février 1991 : GP, 1991, 2, p. 540, note P. Frémond ; Cass 1<sup>ère</sup> civ., 3 mars 1992 : D. 1993, p. 358, note B. EDELMAN ; amalgame que l'on retrouve dans la jurisprudence communautaire : CJUE, Gde ch., 24 oct. 2011, aff. C-403/08 § 96 et 97 ; V. BENABOU V. L., « L'originalité, un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », art. préc., pp. 24-25.

L'originalité renvoie donc à la connaissance ce qui invite à s'intéresser au mode de connaissance employé. A priori et en dépit de l'enjeu fondamental, le problème relatif à la connaissance de l'originalité semble extrêmement simple. Il s'agit de déterminer si, dans l'œuvre, il y a quelque chose du créateur. La nature binaire du résultat du problème semble également réfléchir la simplicité de l'opération initiale. En effet, seules deux éventualités existent : soit l'œuvre présente la qualité d'originalité, soit celle-ci fait défaut<sup>4977</sup>. Malheureusement, la simplicité n'est qu'apparente ; l'arbre cache la forêt, et la forêt, un gouffre. Le redoutable problème, auquel sont exposés les juges et la doctrine, est d'ordre épistémologique. Comment accéder à la connaissance de l'existence ou de l'inexistence de l'originalité d'une œuvre ? Comment déterminer le caractère original d'une création de l'esprit ? Qu'est ce que l'originalité ? Dans d'autres contextes, la question semblerait presque mystique<sup>4978</sup>.

Toujours est-il que la doctrine s'efforce d'aider les juges à relever, dans les œuvres, la qualité d'originalité, et ce, essentiellement par deux procédés<sup>4979</sup>. D'une part, en procédant à la systématisation de la jurisprudence grâce à laquelle les décisions de justice sont présentées en un ensemble plus ou moins cohérent. D'autre part, par la proposition de définition et d'outils d'analyses des œuvres afin d'y déceler plus efficacement la qualité revendiquée ou contestée.

Sous l'œil -bienveillant ou indifférent ?- du législateur, cette fructueuse collaboration entre le Docteur et le Juge, a incontestablement dans le passé porté ses fruits. Or depuis deux voire trois décennies et l'introduction de nouvelles créations de forme, cette entente bat de l'aile. La doctrine sonne l'alarme : les juges sont critiqués, tantôt de leur excès d'hospitalité tantôt d'une attitude quasiment spoliatrice. En effet la majorité de la doctrine reproche aux juges la tendance, afin de protéger davantage un investissement qu'une véritable création de l'esprit, à

---

<sup>4977</sup> Comme le relève M. Vincent, « c'est un régime « on/off ». Il n'y a pas de solution intermédiaire, ce qui rend cette condition assez terrifiante » (VINCENT J., « L'originalité en question : Approche juridique pour la photographie et les autres formes d'expression », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, p. 118) ; plus prosaïquement, M. Gaudrat exprime cette idée ainsi : « On peut quantifier un apport, non une empreinte : il y a ou il n'y a pas d'empreinte. Pour rester dans une métaphore explicite : le sable est vierge ou marqué de pas ; les objets sont nets ou maculés d'empreintes. On bascule, sans étape intermédiaire, de la virginité à l'empreinte. (...) L'empreinte relève d'une problématique de 'présence', non de 'mesure' », GAUDRAT Ph., « Propriété littéraire et artistique (1° Propriété des créateurs) », Rép. civ. Dalloz, 2007, n° 132.

<sup>4978</sup> Ce qui parfois émane de temps à autre, à l'occasions du traitement de la question : « l'originalité, c'est un peu le graal du droit d'auteur : une notion sacrée aux puissants pouvoirs, auréolée d'un certain mystère et que l'on cherche toujours à cerner », BERNAULT C., « L'originalité dans les œuvres des arts appliqués », Comm. com. électr., septembre 2010, n° 9, étude 18, n° 1 ; ou alors cette question est typique, comme le remarque Mme Benabou, d'un sujet du baccalauréat, (BENABOU V. L., « L'originalité, un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », art. préc., p. 17).

<sup>4979</sup> SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », Propr. ind., octobre 2010, n° 10, pp. 38-42, n° 30 : « Il convient en effet de rendre compte de la jurisprudence, du droit positif, mais aussi d'encadrer et de diriger le régime de protection à travers une proposition de définition ».

déceler l'originalité dans son acception subjective un peu trop facilement<sup>4980</sup> ; tandis qu'une doctrine minoritaire reproche aux juges de ne pas se soumettre à l'acception objective de l'originalité<sup>4981</sup>. Bref, les juges sont copieusement vilipendés et la notion est en « crise »<sup>4982</sup>.

**Les efforts de la doctrine pour dépasser la crise de l'originalité.** Pour surmonter cette crise la doctrine œuvre dans deux directions, qui apparaissent parfois complémentaires. D'une part elle s'emploie sinon à sermonner du moins à encourager les juges à recadrer le champ du droit d'auteur autour de son objet véritable, à savoir les créations de l'esprit et non les résultats de l'investissement. D'autre part, elle s'efforce de délivrer au juge des outils mieux adaptés aux nouvelles formes de créations et aux besoins des justiciables. Cette dernière entreprise suppose, après désacralisation de la notion, de renouveler le discours sur le critère d'originalité et conduit à des propositions de définition de l'originalité afin d'offrir à la notion un contenu de nature à faciliter son emploi<sup>4983</sup>. L'une des approches privilégiées est d'examiner la condition d'originalité, d'un point de vue fonctionnaliste. Sous cet angle, le discours de l'équilibre prend tout son sens (ii) alors qu'il n'a aucune utilité pour exprimer la conception traditionnelle de l'originalité (i).

---

<sup>4980</sup> BERNAULT C., « objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1135, 2012, n° 40.

<sup>4981</sup> SPITZ B., Le droit d'auteur en France : un monopole menacé ?, in, Le droit de la concurrence et l'analyse économique, Le concurrentialiste, mai 2013, pp. 9-14, n° 11 : « *La véritable atteinte au droit d'auteur est portée par les juges du fond qui trop souvent, en appliquant la notion d'originalité, annihilent purement et simplement les droits des auteurs et de leurs cessionnaires. En effet, les décisions contra legem retirant aux titulaires de droits toute possibilité de défendre leurs œuvres se multiplient, sans aucune compensation contrairement à ce que nous avons constaté en matière de droit de la concurrence (sauf dans le cas où le titulaire de droit peut prétendre à réparation sur le fondement de la concurrence déloyale et/ou parasitaire ou sur un autre droit de propriété intellectuelle)* ».

<sup>4982</sup> Constat unanime, V. par ex. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., Traité de la propriété littéraire et artistique, n° 107 ; LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, pp. 19-20 ; CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Litec, 2013, 3<sup>e</sup> éd., n° 83 ; CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, thèse dactyl., Montpellier I : 2004, n° 249 ; KAHN A.-E., « Droit positif : de la liberté totale à la liberté encadrée », RLDI, n° 82, dossier spécial Le Plagiat, mai 2012, p. 96 et s. ; CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris : Harmattan, 2003, n° 104.

<sup>4983</sup> Pour Mme Bernault, « l'originalité renvoie en quelque sorte au non-conformisme. Un créateur accède au statut d'auteur au sens du Code de la propriété intellectuelle lorsqu'il ne se conforme pas aveuglement aux traditions, aux usages, et laisse sa créativité s'exprimer » (BERNAULT C., « objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », art. préc., n° 58) ; pour M. Gautier, l'originalité constitue *l'apport artistique propre à l'auteur de la création*, qui vient, au minimum, se superposer à un patrimoine intellectuel préexistant, *qu'il appartienne privativement à un autre auteur, ou qu'il soit le lot commun de tous les créateurs*. Ou plus brièvement, [l'œuvre originale] c'est celle qui est relativement *nouvelle, par rapport aux œuvres préexistantes* du même genre. » (GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 36) ; pour M. Caron, l'originalité « *c'est donc la nouveauté propre à un auteur, celle que seul un créateur déterminé a pu imprégner à une œuvre* » (CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 85).

**Rejet de l'approche conséquentialiste.** Selon le discours traditionnel, le critère de l'originalité est subjectif : « *il réside dans la reconnaissance de l'expression personnelle et donc du lien qui unit l'œuvre à son créateur, qui y a impliqué sa personnalité propre, un peu comme dans la filiation : il se peut que l'enfant ne ressemble pas à ses parents, qu'il n'en soit pas aimé ou qu'il ne les connaisse pas, il est pourtant une part d'eux-mêmes, volens nolens...* <sup>4984</sup> ». Selon cette approche, le rôle du juge consiste, afin d'appliquer le régime du droit d'auteur, à prendre connaissance de la présence ou de l'absence dans l'œuvre de l'expression de la personnalité du créateur. L'originalité se présente alors comme une qualité de l'œuvre connaissable et dont l'accès de l'œuvre à la protection est subordonné à la présence <sup>4985</sup>. Parce qu'il pose une question de connaissance et non une question pratique, le problème ne peut se résoudre à partir d'une prise en compte des intérêts des parties impliquées. La comparaison des intérêts du créateur et de la collectivité ne permettra pas de répondre plus exactement à la question de savoir si l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de son créateur. La mise en œuvre de la condition d'originalité implique l'exclusion de toute approche conséquentialiste. En effet, si l'originalité dans l'approche traditionnelle ou personnaliste a une fonction, c'est de participer à *l'identification* et à la délimitation de l'objet protégé. De ce fait, elle n'a pas pour fonction de discriminer les œuvres ; elle produit néanmoins cet effet. La discrimination n'est, en d'autres termes, qu'une conséquence de la mise en œuvre du critère de l'originalité. A ce titre, il est intéressant d'observer le verbe employé par Desbois dans la première phrase qui ouvre son célèbre traité : « la recherche du critère de la protection tend à *la discrimination des œuvres qui sont investies des droits d'auteur* <sup>4986</sup> ».

**Absence de discours conservateur de l'équilibre.** La promotion de la conception subjective de l'originalité aurait pu amener la doctrine traditionnelle à recourir au discours conservateur de l'équilibre et formulé des énoncés du type : « l'adoption d'un critère objectif d'originalité (comme pour les logiciels) est de nature à remettre en cause les équilibres du droit d'auteur ». Ce discours n'a pas, à notre connaissance, été employé à cette fin, probablement parce qu'il

---

<sup>4984</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., op. cit., n° 172.

<sup>4985</sup> LUCAS A., SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », JCP G, 1993, I, 3681, pp. 253-260, n° 1.

<sup>4986</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, n° 1. Nous soulignons.

aurait suggéré que la question du critère de protection aurait fait, dans le passé, l'objet d'une conciliation d'intérêts qu'il s'agirait aujourd'hui de respecter. Or, cela aurait désacralisé la notion d'originalité.

*ii) L'approche renouvelée formulée à l'aide de l'équilibre des intérêts*

Pénétrant la sphère du droit d'auteur, la notion d'« équilibre » est utilisée dans le cadre de l'étude de la notion sacrée d'originalité. L'originalité fait, en effet, l'objet d'un examen en termes d'utilité ou encore de conciliation entre l'exigence de protection et la liberté de création<sup>4987</sup>. Plus précisément, c'est sous l'angle de sa fonction (la discrimination des œuvres à protéger des œuvres à ne pas protéger) (a) que l'originalité fait l'objet de réflexions exprimées à l'aide de la notion d'« équilibre » (b).

*a. Approche fonctionnaliste du critère d'originalité*

Contrairement à la conception classique, l'approche fonctionnaliste consiste à soutenir que la discrimination n'est pas la conséquence de la mise en œuvre du critère, mais sa fonction. Il s'agit, par la mise en œuvre de la condition d'originalité, de procéder au « partage du domaine public et des œuvres protégeables<sup>4988</sup> ». Distinguer les œuvres qui donnent prise au droit d'auteur des autres est la raison d'être de la condition d'originalité<sup>4989</sup>. Assigner à l'originalité la fonction de discriminer les œuvres conduit à transformer celle-ci en notion « gendarme<sup>4990</sup> », en « filtre<sup>4991</sup> ». Elle a pour fonction de séparer les œuvres protégeables par le régime exorbitant du droit d'auteur (le bon grain) des œuvres simplement réservables par les instruments de droit commun (l'ivraie). Adopter le critère fonctionnaliste pour définir l'originalité conduit à inverser le raisonnement traditionnel : dans l'approche personnaliste,

---

<sup>4987</sup> TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », RLDI, mai 2012, n°82, dossier spécial « Le plagiat », p. 82 et s.

<sup>4988</sup> BERNAULT C., « objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1135, 2012, n° 38.

<sup>4989</sup> LUCAS A., SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », art. préc., n° 1 ; MARINO L., Droit de la propriété intellectuelle, Paris : PUF, 2013, p. 181.

<sup>4990</sup> LUCAS A., SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », art. préc., n° 28.

<sup>4991</sup> CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 83.

c'est la connaissance de l'œuvre originale qui provoque la discrimination ; désormais, c'est la discrimination qui amène à l'identification de l'œuvre protégée<sup>4992</sup>.

Pour appréhender cette fonction, il faut observer le droit d'auteur à partir d'un point de vue externe. Les propriétés intellectuelles en général<sup>4993</sup>, et le droit d'auteur en particulier, se présentent comme des dérogations au principe de liberté de commerce et d'industrie. Les droits de l'auteur constituent, par exception, des monopoles sur des utilités de la chose immatérielle alors que toutes les autres utilités des choses immatérielles constitutives du domaine public et les éléments du fond commun, relèvent, par principe, du régime de droit commun instaurant la libre concurrence. L'atteinte à la liberté de commerce et d'industrie représentée par l'institution des droits d'auteur, s'il elle se justifie diversement (moralement, économiquement, culturellement) doit néanmoins demeurer juridiquement raisonnable afin de ne pas porter excessivement atteinte au principe de libre concurrence. L'attribution des droits de propriété sur les œuvres ne pouvant se faire qu'au détriment de la liberté d'entreprise de chacun, « *plus il y a d'œuvres protégées* » écrit M. Siirainen, « plus le domaine public est restreint, et plus la liberté du commerce et de l'industrie des concurrents est entravée par des *droits sur des œuvres protégées*<sup>4994</sup> ». Nécessairement le critère d'attribution des droits d'auteur influe sur le degré de l'atteinte à la liberté du commerce. Le critère d'originalité participe donc au caractère raisonnable<sup>4995</sup> ou déraisonnable de l'atteinte à la liberté d'entreprendre puisque la quantité d'œuvres protégée est fonction du critère de protection et de son élasticité lorsqu'il est exercé. Un critère qui serait trop aisément rempli réduirait conséquemment la sphère de la liberté des tiers et partant compromettrait les avantages attendant à la libre concurrence, mais, paradoxalement, il permettrait davantage « de protéger les investissements des entreprises dans une économie de plus en plus concurrentielle<sup>4996</sup> ». Un critère trop restrictif laisserait une quantité de choses soumises à la libre exploitation, exposant de fait leurs créateurs au risque de ne pas ou peu amortir leur investissement.

---

<sup>4992</sup> On a même pu dire que la fonction conditionne « l'existence du droit », v. SIIRAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Propriétés ind.*, octobre 2010, n° 10, pp. 38-42, n° 17.

<sup>4993</sup> BRUGUIERE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Ellipses, 2011, p. 38.

<sup>4994</sup> SIIRAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », art. préc., n° 11.

<sup>4995</sup> SIRINELLI P., Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur, in *Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon*, Paris : Dalloz, 1995, p. 402 : « *L'autre règle relative à l'accès à la protection concerne l'adoption d'un critère de discrimination entre les créations. Il s'agit encore d'une démarche raisonnable* ».

<sup>4996</sup> SIIRAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », art. préc., n° 16.

**Une approche nécessairement conséquentialiste.** Tous ces effets, en principe inopérants pour définir l'originalité selon l'approche classique, demeurent centraux dans l'approche fonctionnaliste. Selon M. Siiriainen, le juge est censé prendre en compte les effets de la protection ou de la non-protection afin de reconnaître ou de refuser cette protection à travers le critère de discrimination : « si la nouveauté formelle d'une création utilitaire apparaît au juge comme très petite par rapport à l'effet technique (et malgré que cette nouveauté résulte d'une manifestation de volonté), il pourra refuser la protection par le droit d'auteur qui apparaît alors comme disproportionnée par rapport à l'innovation apportée<sup>4997</sup> ». Dans le même sens, M. Caron estime qu'« *il serait inadmissible que le créateur d'une forme banale puisse obtenir la réservation au mépris du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, lequel ne pouvant être restreint que si cela en vaut la peine.* »<sup>4998</sup>. Autrement dit, la protection ne vaut qu'en raison du surplus de bénéfice qu'elle produit. Cette approche conséquentialiste est également celle qui préside à l'analyse économique du droit d'auteur : pour MM. MacKaay et Rousseau, « *l'octroi de droits sur des créations qui ne présente pas cette caractéristique [d'originalité] constituerait une rente injustifiable, vu qu'elles n'apportent aucune contribution nouvelle au savoir accumulé*<sup>4999</sup> ».

**Finalité de la fonction discriminante de la condition d'originalité.** L'approche fonctionnaliste se pare également d'une vision finaliste. Quelle serait la finalité de la discrimination entre les œuvres protégeables et les œuvres non protégeables ? On penserait a priori que cette finalité serait essentiellement économique étant donné l'impact sur la libre concurrence sur le marché des œuvres. Un tel propos serait trop éloigné de la conception française du droit d'auteur. Une autre finalité est donc suggérée par M. Siiriainen : la fonction discriminante de la condition d'originalité, par le truchement des œuvres originales dont elle a permis la protection, aurait pour finalité l'innovation, la nouveauté « *dans l'univers des formes* » selon l'expression de M. Vivant, et tendrait en conséquence à « nous protéger contre un monde uniforme comme pouvait l'être celui issu du conformisme soviétique !<sup>5000</sup> ». Si l'on suppose que, dans le monde des choses, la finalité du droit d'auteur est épigénétique ou

---

<sup>4997</sup> SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », art. préc., n° 38.

<sup>4998</sup> CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 91.

<sup>4999</sup> MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Paris : Dalloz, 2008, 2e éd., n° 1051.

<sup>5000</sup> SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », art. préc., n° 36.

« créateur de forme »<sup>5001</sup>, le critère d'originalité veillerait à ce que ces formes soient continuellement renouvelées et serait un obstacle à l'uniformisation.

De l'approche fonctionnaliste à l'approche en termes d'équilibre des intérêts, il n'y a qu'un pas<sup>5002</sup>, franchi pour l'instant par une doctrine minoritaire.

#### *b. Le discours de l'équilibre des intérêts*

Classiquement, nous retrouvons les deux types de discours de l'équilibre des intérêts, descriptif (1.) et normatif (2.). L'un et l'autre ont pour effet de remettre en question l'approche dogmatique de l'originalité.

##### *1. Vocation descriptive*

#### **Relecture de la comparaison entre la propriété littéraire et la propriété industrielle.**

L'étude de l'originalité par le truchement de l'analyse des intérêts et de leur équilibre, quand bien même elle n'aurait qu'une vocation descriptive, conduit à remettre en cause la conception traditionnelle du critère selon laquelle seule l'existence d'un lien personnel entre l'auteur et l'œuvre est pris en compte dans la mise en œuvre du critère de protection. En raison de ce critère, la propriété littéraire est en opposition absolue, disait Desbois, avec la propriété industrielle : le droit d'auteur vise à protéger l'auteur en raison du lien personnel qui l'attache à son œuvre tandis que la propriété industrielle protège l'inventeur dans la mesure de l'utilité de son invention pour la société. Dans cette conception, en théorie, la mise en œuvre du critère subjectif d'originalité est indépendante des intérêts de la société à la protection de l'œuvre.

La méthode d'analyse des intérêts permet de rendre compte sous un jour nouveau la comparaison traditionnelle entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle lorsque celle-ci est menée à partir du seul critère de protection. Ainsi M. Strowel écrit :

---

<sup>5001</sup> V. RUYER R., « Finalité », Encyclopaedia Universalis.

<sup>5002</sup> Par exemple : « [L'originalité] Notion fuyante, fluctuante, 'notion en crise', qui, ne remplissant pas toujours la fonction qui est la sienne, n'aide pas à assurer cet équilibre entre les intérêts des auteurs qui créent et ceux des auteurs qui ont créé (...) La notion d'originalité, on le voit, mérite d'être repensée. » (KAHN A.-E., « Droit positif : de la liberté totale à la liberté encadrée », RLDI, n° 82, dossier spécial Le Plagiat, mai 2012, p. 96)

« en adoptant une condition subjective, on se donne le moyen de différencier le droit d'auteur du droit de la technique qu'est le droit des brevets, fondé sur l'exigence de nouveauté objective. Cet écart refléterait lui-même une différence quant à la balance des intérêts sous-jacents aux deux droits intellectuels : conçu dans l'intérêt particulier des créateurs, le droit d'auteur ne leur demande que d'être eux-mêmes ; motivé par l'intérêt général, le dispositif des brevets exige que l'inventeur apporte quelque chose de neuf à la collectivité<sup>5003</sup> ».

Cette approche semble a priori peu classique et en pleine conformité avec l'opinion de Desbois : le droit d'auteur privilégierait davantage les intérêts des auteurs tandis que la propriété industrielle s'intéresserait en premier lieu à la satisfaction de l'intérêt général. Pourtant cette méthode se révèle moins orthodoxe qu'il n'y paraît pour deux raisons. En premier lieu, notons que l'analyse de M. Strowel reprend quasiment les termes de Desbois en substituant toutefois au principe d'opposition invoqué par Desbois pour définir les rapports entre propriété littéraire et propriété industrielle, *l'outil* de la « balance des intérêts ». Il n'est plus possible de parler en termes d'« opposition absolue ». Propriétés littéraire et industrielle sont, au regard des intérêts qu'elles servent, relativement différentes. Cette différence se mesure moins par nature que par degré.

En second lieu, sous le prisme de la balance des intérêts, la comparaison entre propriété littéraire et artistique et propriété industrielle ne s'embarrasse plus de la justification jusnaturaliste « à la Desbois » d'après laquelle il existerait un devoir naturel de respecter l'œuvre et l'auteur. L'usage de la « balance des intérêts » permet de renseigner le fait que le législateur a voulu satisfaire tels intérêts au détriment de tels autres et non de savoir s'il s'est conformé à une norme supra-juridique. L'usage de la balance des intérêts, suppose que la source du droit est la volonté du législateur et non sa tentative de se conformer à une vérité transcendante. Or, si l'on admet que le législateur traduit les aspirations sociales, il peut être soutenu, comme le note une auteure, que le critère subjectif de l'originalité relève d'un choix de société<sup>5004</sup>, par nature contingent et variable. Le critère, si on le considère simplement

---

<sup>5003</sup> STROWEL A., th. préc., p 402.

<sup>5004</sup> MARINO L., Droit de la propriété intellectuelle, Paris : PUF, 2013, n° 83 : « *Le critère est utile, en ce qu'il permet de trier les œuvres jugées dignes de protection et celles qui ne le sont pas. Evidemment, la sélection dépendra de la définition que l'on donnera à la notion clé. Le droit reflète un choix de société : il n'est pas inné, il évolue au fil du temps, en fonction de l'idée que la société se fait de l'équilibre entre propriété privée et domaine public, entre monopole et liberté du commerce. Plus la définition est souple, plus le nombre d'œuvres protégées peut s'étendre. Ouvrir ou fermer la porte, c'est un choix* ».

comme un instrument de réalisabilité formelle du droit, serait donc destiné à évoluer avec les nouvelles exigences sociales.

**Relecture de l'objectivation de la condition de l'originalité à partir de la balance des intérêts.** Au-delà de la comparaison entre les branches du droit, la « balance des intérêts » en tant qu'instrument d'analyse, permet d'expliquer les différentes acceptions de la condition d'originalité. Ainsi, dans un premier temps, M. Alleaume constate que l'originalité « est parfois passée sous silence par le législateur ou par la jurisprudence. C'est le cas pour les bases de données (...) et pour les mesures techniques de protection et d'information. (...) Quant aux logiciels, la jurisprudence leur a substitué le critère de l'effort personnalisé » à celui de l'originalité »<sup>5005</sup>. Dans un second temps il explique ces différences de traitement :

« si le critère est différent, c'est bien parce que le législateur a tenu compte de leurs particularités et notamment du fait que, bien souvent en pratique, les logiciels, les bases de données et les mesures techniques de protection ne sont pas très originales...La loi a donc fait la balance entre les avantages et les inconvénients liés à l'absence de protection par le droit d'auteur des créations techniques qu'impliquait l'absence d'originalité, et ceux liés à la mise en place d'une protection spéciale, certes peu respectueuses des concepts traditionnels, mais plus en phase avec les nécessités économiques et les objectifs politiques et sociaux de la société contemporaine. L'intérêt général lui a paru mieux s'accommoder d'un critère d'éligibilité nouveau et peu contraignant que d'une mise à l'écart des créations utilitaires<sup>5006</sup> ».

L'emploi de la balance des intérêts ne sert pas a priori un propos normatif ; il tend à éclairer le processus de production de la norme sans participer à l'approbation ou la désapprobation de cette dernière. Néanmoins, étant données les traditionnelles récriminations que suscite la « balance des intérêts » en droit d'auteur français et les critiques adressées au mouvement d'objectivation de la condition d'originalité, le discours consistant à expliquer cette objectivation par le truchement de la « balance des intérêts » peut apparaître comme étant destiné à légitimer l'un et l'autre. Il peut également être soutenu que ce type de discours construit autour de la « balance des intérêts » tend, à la fois, à acculturer les juristes français à

---

<sup>5005</sup> ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 2, pp. 423-445 n° 15

<sup>5006</sup> Ibid.

un langage qui s'impose notamment par les instances communautaires et les traités internationaux, et, dans le même temps, à suggérer que cet instrument n'est pas nécessairement de nature à bousculer nos propres représentations en raison des rapprochements possibles entre la « balance des intérêts » et le concept d'« intérêt général ».

## 2. *Vocation normative*

Le discours normatif de la balance des intérêts dans le cadre de l'étude du critère d'originalité conduit à introduire un mode de raisonnement conséquentialiste donc pragmatique pour résoudre des problèmes traditionnellement posés en termes de connaissance. En ce sens, le travail de Desbois consistait à élaborer l'anatomie de chaque œuvre, de la plus simple à la plus complexe, afin de déterminer où se loge l'originalité, c'est-à-dire, l'expression de la personnalité de l'auteur. L'approche fonctionnaliste de l'originalité consiste à reléguer cette manière d'envisager l'originalité au profit d'un examen en termes d'intérêts donc d'utilité. Si les intérêts de l'auteur sont naturellement pris en compte, l'analyse s'intéresse également aux intérêts des tiers. En somme, le critère d'originalité est un « *facteur possible d'équilibre des intérêts*<sup>5007</sup> » qui doit lui-même répondre à des conditions pour atteindre cet objectif.

**Originalité : instrument en vue de l'« équilibre des intérêts ».** Historiquement, selon Mme Carré la condition d'originalité « *a été érigée afin de discriminer les œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées et celles auxquelles la protection devait être refusée. C'est la nécessité de circonscrire le domaine de protection et de ne pas accorder la protection du droit d'auteur à toutes les œuvres de l'esprit qui a conduit à l'élection de celle-ci. Celle-ci constitue ainsi une réponse à l'exigence de conciliation des intérêts du public et de l'auteur*<sup>5008</sup> ». Pour M. Geiger, en imposant cette condition, le producteur de normes entendait restreindre le périmètre de la protection afin de préserver le droit du public à l'information<sup>5009</sup>. La seule existence de la condition ne suffit toutefois pas à garantir l'équilibre des intérêts. Encore faut-il que la définition de la notion soit de nature à atteindre cette fin<sup>5010</sup>. Or, en l'état, l'acceptation traditionnelle (subjective) de l'originalité, que l'acceptation nouvelle (objective)

---

<sup>5007</sup> CARRE St., th. préc., n° 245.

<sup>5008</sup> CARRE St., th. préc., n° 209.

<sup>5009</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. M. Vivant, Paris : Litec, 2004, n° 237.

<sup>5010</sup> CARRE St., th. préc., n° 209.

tendent pour des raisons distinctes au déséquilibre des intérêts. En ce sens la notion d'« équilibre » se présente comme une norme à l'aune de laquelle, des énoncés critiques peuvent être formulés

**Critique de la conception dogmatique de l'originalité au nom du « déséquilibre des intérêts ».** Selon Mme Carré la conception idéalisée de l'originalité est une source de déséquilibre des intérêts<sup>5011</sup>. « La conception classique » écrit l'auteur « postule un déséquilibre des intérêts en présence, en ce qu'elle tend à affirmer la supériorité absolue de l'intérêt de l'auteur, qu'elle place au premier rang. Elle conduit à une lecture du droit d'auteur exclusivement centrée sur la personne de l'auteur. Cette définition idéalisée de l'originalité ne rend cependant pas pleinement compte de la réalité<sup>5012</sup> ». Il est vrai que la doctrine personnaliste ou classique, dans ses analyses, présente la satisfaction des intérêts de l'auteur comme le motif principal de la législation<sup>5013</sup>, la satisfaction des intérêts du public n'étant recherchée par le législateur qu'à la marge<sup>5014</sup> ou médiatement<sup>5015</sup>. Partant, l'originalité est appréhendée et défini à l'aune de ce déséquilibre. Pour l'auteure, ce « déséquilibre des intérêts » postulé par la doctrine personnaliste à l'occasion de la définition de l'originalité serait la cause du « déséquilibre dans la mise en œuvre de la condition<sup>5016</sup> ». Le tort de la doctrine personnaliste est d'avoir laissé accroire, notamment aux juges, au travers d'une représentation erronée du droit d'auteur, que celui-ci n'était finalisé que par la sauvegarde des intérêts de l'auteur.

**Critique de l'acception objective de l'originalité au nom de l'« équilibre des intérêts ».** Pour concilier les intérêts, il faut selon Mme Carré parvenir à définir un critère applicable de protection à savoir un critère « adapté, suffisamment strict et stable<sup>5017</sup> ». Concrètement, cela

---

<sup>5011</sup> CARRE St., th. préc., n° 246.

<sup>5012</sup> CARRE St., th. préc., n° 246.

<sup>5013</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 62 : « Le droit d'auteur, pris dans son ensemble, est un droit naturel et individualiste. Il est destiné à protéger l'auteur et son œuvre. Son régime n'est donc pas guidé par la recherche d'un autre intérêt que celui de l'auteur, par exemple par l'intérêt collectif ou public ».

<sup>5014</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, n° 63 : « Le droit d'auteur est conçu comme un droit subjectif et il n'est restreint par des considérations d'intérêt collectif, que de façon exceptionnelle ».

<sup>5015</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, n° 63 : « le droit d'auteur, par le seul fait qu'il protège l'ensemble des intérêts des auteurs dans leurs œuvres, constitue un encouragement indispensable à la création. De cette façon, il sert aussi l'intérêt du public au développement et à la diffusion de l'art et de la science ».

<sup>5016</sup> CARRE St., th. préc., n° 247

<sup>5017</sup> CARRE St., th. préc., n° 253.

suppose pour l'auteur à la fois de se séparer d'une approche trop subjective de la notion au profit d'une acception plus objective, tout en respectant la « finalité sociale et culturelle<sup>5018</sup> » du droit d'auteur. A défaut, le droit d'auteur constituerait un régime de droit commun des biens intellectuels en lieu et place d'un régime d'exception au principe de la liberté de commerce et d'industrie<sup>5019</sup>. Une redéfinition de la condition d'originalité doit avoir pour effet de restreindre le champ de la protection et contenir le phénomène d'affadissement de la notion tout en maintenant une cohérence avec le contenu des droits sur l'objet protégé et notamment des droits moraux. C'est la raison pour laquelle, selon Me Carré, l'acception pleinement objective de la notion d'originalité n'est pas souhaitable : « une nouvelle définition, pour garantir l'équilibre des intérêts, devrait permettre de vérifier l'existence d'un tel lien [entre l'auteur et son œuvre], afin de justifier la protection accordée<sup>5020</sup> ».

L'objectivation qu'a subi le critère d'originalité, destinée à protéger les investissements<sup>5021</sup>, a conduit à abaisser le niveau de protection et corrélativement à l'avènement d'un droit d'auteur sur l'information<sup>5022</sup>, condamnable car il participe à la « monopolisation de l'information, au détriment non seulement de la liberté de création et du droit public à l'information, mais également de la liberté d'entreprendre puisque l'exploitation de l'information, auparavant libre car res communis, s'en trouve réservée<sup>5023</sup> ». Finalement, l'abaissement du niveau de protection conduit à l'« extension exponentielle du champ d'application du droit d'auteur<sup>5024</sup> » et provoque corrélativement le « déséquilibre en défaveur du droit du public à l'information<sup>5025</sup> ».

## 2) Les domaines abordés en termes d'équilibre

Le thème de la durée (a) sera évoqué avant celui des exceptions (b).

### a) La durée

---

<sup>5018</sup> CARRE St., th. préc., n° 254.

<sup>5019</sup> CARRE St., th. préc., n° 212.

<sup>5020</sup> CARRE St., th. préc., n° 259.

<sup>5021</sup> CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 83.

<sup>5022</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 334.

<sup>5023</sup> Ibidem, n° 335.

<sup>5024</sup> Ibid, n° 334.

<sup>5025</sup> Ibid., n° 334.

**Des droits à durée déterminée.** L'une des spécificités des droits de propriété intellectuelle est qu'ils sont à durée déterminée. Exceptés le droit des titulaires de marque, indéfiniment renouvelable<sup>5026</sup>, le droit sur certains titres d'œuvres de l'esprit<sup>5027</sup> et certaines prérogatives morales de l'auteur<sup>5028</sup> et de l'artiste-interprète<sup>5029</sup> dites perpétuelles, chacun des droits intellectuels<sup>5030</sup> attribués par le législateur est affecté d'un « terme extinctif<sup>5031</sup> ». Ces droits pourvus d'une durée limitée sont alors communément qualifiés de « droits temporaires<sup>5032</sup> ».

---

<sup>5026</sup> Art. L. 712-1 du CPI.

<sup>5027</sup> Art. L. 112-4 du CPI. « La loi n'ayant pas fixé de durée maximale à la protection des titres, il faut en conclure », écrit M. Alleaume, « que leur protection est perpétuelle » (ALLEAUME Ch., « Durée de la protection », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1270, 2010, n° 5).

<sup>5028</sup> Art. L. 121-1 du CPI.

<sup>5029</sup> Article L. 212-2 du CPI. Sur la controverse relative au caractère perpétuel du droit moral de l'artiste-interprète, v. TAFFOREAU P., « Droits voisins du droit d'auteur », *Durée des droits voisins*, J.-Cl. PLA, Fasc. 1420, 2009 n° 8.

<sup>5030</sup> Le droit de propriété sur l'invention brevetée s'éteint avec l'expiration du titre, à savoir, au plus tard vingt ans à partir de la date du dépôt de la demande de brevet. Les certificats d'utilité sont délivrés pour une durée de six ans à partir du jour du dépôt de la demande et les effets des certificats complémentaires de protection ne peuvent excéder sept ans au-delà du terme légal du brevet ni dix-sept ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché (art. L. 611-2 CPI). Le droit de propriété sur une variété végétale s'éteint, en principe, vingt cinq ans après la délivrance du certificat d'obtention végétale, ou trente ans pour certains types de végétaux (Art L. 623-13 CPI). Les droits sur les dessins et modèles ont une durée de cinq ans voire de vingt cinq ans si le titulaire les proroge périodiquement (Art. L. 513-1 CPI). Le monopole d'exploitation des topographies des produits semi-conducteurs est limité à dix ans à partir du jour du dépôt ou, si elle est antérieure, de la date de la première exploitation commerciale (Art. L. 622-6 CPI).

Les droits du producteur sur la base de données ont une durée de quinze ans à partir du 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit celle de l'achèvement de sa fabrication (Art. L. 342-5 CPI), toutefois, tout nouvel investissement substantiel prolonge ces droits pour une durée identique (Art. L. 342-5 al. 3 CPI) ce qui ouvre une nouvelle fois la voie à la perpétuité des droits<sup>5030</sup>.

Les droits patrimoniaux de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes et du producteur de vidéogrammes ont, en l'état du droit positif, une durée de cinquante ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit celle, respectivement, de l'interprétation ou de sa fixation (Art. L. 211-4 1<sup>o</sup> CPI) ; de la première fixation d'une séquence sonore ou de la mise à disposition du public d'exemplaires du phonogramme ou à défaut de la première communication au public (Art. L. 211-4 2<sup>o</sup> CPI) ; de la première fixation d'une séquence d'images ou de la mise à disposition du public d'exemplaires ou de la communication au public (Art. L. 211-4 3<sup>o</sup> CPI).

<sup>5031</sup> Qualification préférée à celle de « prescription extinctive » car l'absence d'exploitation des droits est sans effet sur la nature du droit, v. CHOISY St., *Le domaine public en droit d'auteur*, Paris : Litec, avt-propos P.-Y. GAUTIER, 2002, n° 19 ; v. DROSS W., Une approche structurale de la propriété, RTD civ., 2012, p. 419 et s., n° 17.

<sup>5032</sup> Contra LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », in, *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Paris : Dalloz, Litec, 2004, p. 333, n° 30 ; SIMLER Ch., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. CARON Ch., Paris : Litec, 2010, n° 655 ; pour cette dernière auteure, les droits patrimoniaux de l'auteur constitueraient un droit de propriété perpétuel : « une propriété perpétuelle est une propriété qui dure aussi longtemps que son objet existe. A contrario, une propriété temporaire serait une propriété qui dure moins longtemps que son objet, lequel deviendrait à l'extinction du droit une chose sans maître. Or, à l'expiration du monopole de l'auteur, l'œuvre n'est pas une chose sans maître susceptible d'une nouvelle appropriation. L'œuvre présente une nouvelle nature juridique : elle est une chose commune. La disparition du droit de propriété de l'auteur, est selon nous, non la cause mais la conséquence du changement de nature juridique de l'œuvre. Comme la propriété d'une chose corporelle, la propriété de l'auteur est imprescriptible, héréditaire et dure aussi longtemps que son objet demeure appropriable. Mais le législateur ne reconnaît à l'œuvre un

Les droits patrimoniaux de l'auteur sont, en principe, d'une durée de soixante-dix ans post-mortem à compter du 1er janvier de l'année civile suivant le décès de l'auteur<sup>5033</sup>.

**Evolution de la durée des droits.** Après les intenses débats du second tiers du XIXe siècle relatifs à la nature et à la durée des droits, la loi du 14 juillet 1866 « qui marqua la fin de la controverse entre la thèse de la perpétuité et celle du droit temporaire<sup>5034</sup> » simplifie le système en étendant la durée des droits de l'auteur à cinquante années post mortem<sup>5035</sup>. La « grande loi » de 1957 maintient cette durée<sup>5036</sup>. Sous la pression des producteurs de phonogrammes, le législateur prévoit en 1985 un régime distinct pour les œuvres musicales dont la durée de protection s'élève alors à soixante-dix ans<sup>5037</sup>. Enfin, le régime est unifié pour la plupart des œuvres à la suite de la loi du 27 septembre 1997 transposant la directive européenne du 29 octobre 1993<sup>5038</sup> destinée notamment à harmoniser, en vue de l'instauration du marché commun<sup>5039</sup>, les durées de protection et le régime du domaine public<sup>5040</sup> dans l'ensemble des Etats membres.

**Les causes d'extension de la durée des droits.** Si le phénomène d'extension de la durée de protection est commun à la plupart des droits de propriété intellectuelle, il l'est particulièrement en droit d'auteur car, contrairement au domaine de l'invention, le marché des

---

caractère appropriable que pendant un laps de temps limité. A son terme – en principe soixante-dix ans après le décès de l'auteur –, l'œuvre devient une chose commune et son appropriation cesse en conséquence » (ibidem).

<sup>5033</sup> Art. L. 123-1 du CPI. Cette durée est prolongée de trente ans si l'auteur est « mort pour la France » (art. L. 123-10 du CPI). Notons également que les prorogations de guerre prévues par le législateur s'appliquent dans les cas où au 1er juillet 1995, date d'entrée en vigueur de la directive du 29 octobre 1993 étendant la durée des droits de 50 ans à 70 ans, une période de protection plus longue avait commencé à courir (Cass. Ire civ., 27 février 2007, FS P+B+R+I, ADAGP c/ Éd. Hazan : JCP, n° 14, 4 avril 2007, II 10057, comm. Ch CARON). En marge de ce régime général existent quelques règles spécifiques applicables aux œuvres particulières. Les œuvres anonymes, pseudonymes et collectives divulguées plus de soixante-dix ans après leur création, le délai n'est que de vingt-cinq ans (art. L. 123-3, al. 5 du CPI). Les œuvres posthumes divulguées après la révolution du monopole sont, quant à elles, protégées pendant vingt-cinq ans (art. L. 123-4 du CPI).

<sup>5034</sup> CASTELAIN H., « La durée de protection », RIDA, avril 1958, p. 379.

<sup>5035</sup> Le procédé est adopté en raison de sa plus grande simplicité et, une nouvelle fois, par souci d'uniformisation avec les Etats voisins, V. CHOISY St., th. préc., n° 18.

<sup>5036</sup> V. CASTELAIN H., « La durée de protection », art. préc., p. 375 et s.

<sup>5037</sup> DESURMONT Th., L'allongement de la durée de protection des œuvres musicales, RIDA 1986, n° 129, p. 63 et s. ; KEREVER A., Un aspect de la loi du 3 juillet 1985, La modernisation de la loi du 11 mars 1985, RIDA 1986, n° 127, p. 21 et s.

<sup>5038</sup> Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins ; à propos de la directive v. GUTIERREZ-LACOUR St., Le temps dans les propriétés intellectuelles, préf. M. Vivant, Paris : Litec, 2004, p. 233 et s.

<sup>5039</sup> Considérant n° 2 de la directive du 29 octobre 1993.

<sup>5040</sup> V. CJCE, 29 juin 1999, Butterfly, RTD com., 2000, p. 91, obs. FRANÇON ; Comm. com. électr., mai 2000, n° 5, comm. 51, note CARON.

œuvres de l'esprit n'est pas impacté par l'obsolescence technique. Bien de consommation d'un genre singulier, l'œuvre défie les prédictions économiques classiques en ce qu'elle est susceptible de trouver son public dès sa publication comme quelques décennies plus tard même si le phénomène est rare<sup>5041</sup>. Il est donc dans l'intérêt des titulaires de droits d'obtenir un délai toujours plus long.

De son vivant, l'auteur gagne, pour ainsi dire, une portion de sérénité supplémentaire puisqu'il sait que sa famille pourra bénéficier plus longtemps de quelques ressources complémentaires<sup>5042</sup> et dispose surtout d'un argument plus lourd à faire valoir à l'occasion de la négociation des contrats d'exploitation de son œuvre avec ses éditeurs<sup>5043</sup>. Quant aux héritiers, ceux-ci ont naturellement intérêt au prolongement de la durée de protection pour espérer percevoir les rémunérations afférentes à l'exploitation des œuvres de l'auteur défunt<sup>5044</sup>. Quant aux exploitants, leurs intérêts sont multiples et occasionnellement contradictoires. Les cessionnaires sont les véritables bénéficiaires de l'allongement de leur durée puisqu'ils pourront maintenir plus longtemps leur monopole d'exploitation sur l'œuvre dont les droits leurs ont été cédés. Les tiers non cessionnaires des droits d'exploitation ont, par contre, tout intérêt à ce que le monopole soit le plus circonscrit possible.

La pression des titulaires de droits pour protéger leurs intérêts explique cet accroissement constant de la durée des droits patrimoniaux.

**Effet du terme des droits : chute de l'œuvre dans le domaine public.** Au terme de chacune de ces durées fixées par le législateur, les droits patrimoniaux s'éteignent et consécutivement, l'œuvre tombe dans le domaine public. Le bien intellectuel qu'est l'œuvre devient une

---

<sup>5041</sup> V. LIMPERG Th., « Duration of copyright protection », RIDA, janvier 1980, n° 103, p. 78.

<sup>5042</sup> RENOARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, Paris : Jules Renouard et Cie, 1938, t.1, p. 473.

<sup>5043</sup> Ibid. Toutefois l'on peut craindre que seules les « superstars » soient en mesure de négocier face aux exploitants sur un plan d'égalité, v. en ce sens, à propos de l'extension de la durée des droits voisins, GEIGER Ch., « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », D., 2008, p. 2880 et s. ; GEIGER Ch., PASSA J., VIVANT M., « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », PI, 2009, n° 31, p. 147.

<sup>5044</sup> M. Strowel écrivait « *cet intérêt annexe à celui de l'auteur, s'il passe plus facilement inaperçu, joue cependant un rôle non négligeable dans le droit d'auteur classique puisque la règle prévoyant que la durée du droit d'auteur se prolongera 50 ans (cas de la France, de la Belgique et de nombreux autres pays) ou 70 ans (cas de l'Allemagne) après la mort de l'auteur, est organisé bien évidemment au bénéfice des personnes qui succèdent dans les droits de l'auteur.* » (STROWEL A., *Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents*, in GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Droit et intérêt*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, pp. 240-241).

« chose commune » en ce sens qu'il ne peut désormais plus faire l'objet d'aucune appropriation privative. Cette période devrait marquer la satisfaction des intérêts du plus grand nombre car, le monopole levé, chacun est, en principe, libre d'exploiter le bien dans la limite des droits d'autrui, à savoir le droit à réparation de la victime d'une concurrence déloyale<sup>5045</sup>, d'agissements parasitaires<sup>5046</sup> ou encore d'un trouble anormal<sup>5047</sup>, les droits moraux de l'auteur et de l'artiste-interprète<sup>5048</sup> et, dans une moindre mesure, les droits privatifs des titulaires attribués consécutivement à la « réappropriation » d'une création tombée dans le domaine public par le truchement du régime des œuvres composites<sup>5049</sup>, du droit des marques<sup>5050</sup> ou encore du droit des dessins et modèles<sup>5051</sup>.

En théorie, l'exploitant, n'étant plus tenu de solliciter l'autorisation du titulaire de droits sur l'œuvre ni de verser les redevances en contrepartie de cette exploitation, connaît une diminution de ses frais de production dont la répercussion sur le prix de l'exemplaire ou du service pour accéder à l'œuvre, devrait profiter aux consommateurs. En outre, le terme de monopole d'exploitation signifie que l'exploitation de l'œuvre intègre un marché pleinement concurrentiel : la pluralité d'offres devrait donc emporter de nouveau une diminution des prix. Pour ces raisons, non seulement le prix pour acquérir un exemplaire de l'œuvre ou pour y accéder devrait diminuer, mais également le prix de chacun des biens ou des services dont une fraction était destiné à compenser la perte liée au paiement d'une redevance. En réalité,

---

<sup>5045</sup> Si la doctrine s'y oppose (v. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : Litec, 2012, 4<sup>e</sup> éd., n° 569 ; égal. BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 102.35 et n° 102.40), la jurisprudence n'exclut pas de jure l'hypothèse : « l'action en concurrence déloyale peut être intentée même par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif » (Cass. com., 22 octobre 2002 : JCP E 2002, 563, note MAINGUY ; JCP E 2003, 1863, obs. CARON ; D. 2003, jurispr. p. 1031, note SERRA ; D., 2002, p. 3142, obs. CHEVRIER - Cass. com., 26 mai 2004 : JCP E, 2004, p. 1739, obs. CARON - Cass. com., 10 mai 2006 : JCP E., 2006, p. 2405, n° 3, obs. CARON ; sur les rapports entre responsabilité délictuelle et propriété intellectuelle, V. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *op. cit.*, n° 21.

<sup>5046</sup> CA Paris, 14 juin 2006 : PIBD 2006, III, p. 639 ; PI 2007, p. 124, obs. PASSA ; Contra, à l'occasion d'un brevet : « *les actes de parasitisme ne sauraient consister en la mise en oeuvre des revendications d'un brevet dont la nullité a pour conséquence, en ne conférant aucun droit privatif, de laisser celles-ci à la libre disposition de tous, dans le domaine public* » (CA Douai, 13 juin 2007, Ass. Ca va marcher c/Cordier)

<sup>5047</sup> A l'issue de la controverse sur l'image des biens, la jurisprudence consacre la règle selon laquelle « *le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal* » (Ass. plén., 7 mai 2004, Bull. civ. n° 10, JCP 2004. II. 10085, note CARON ; JCP E 2004, n° 1021, note CARON ; PI, 2004, n° 12, p. 817, obs. BENABOU ; PI, 2004, p. 833, obs. BRUGUIERE et VIVANT ; RIDA 2005, n° 203, p. 231, obs. KEREVER ; Légipresse 2004, n° 213, III, 117, note Bruguière et Gleize ; Comm. com. électr., octobre 2004, pp. 22-26, note SIIRIAINEN.

<sup>5048</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 septembre 2009 : PI, 2010, n° 34, p. 639, obs. BRUGUIERE.

<sup>5049</sup> V. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *op. cit.*, p. 512, note 88 ; DUSOLLIER S., « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *Art'Icle*, février 2006, pp. 8-9.

<sup>5050</sup> V. CHOISY St., « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. électr.*, avril 2002, p. 14.

<sup>5051</sup> *Ibidem*, p. 15.

soulignait M. Pollaud-Dulian « *l'accès à l'œuvre n'est pas plus libre et gratuit pour le public, après la fin du monopole qu'avant : les exploitants n'ont, certes, plus de redevances à verser aux héritiers de l'auteur mais ils font toujours payer leurs propres prestations (livres, disques, télédiffusion...) au public, de sorte que la révolution du monopole de l'auteur favorise peut-être la concurrence et l'exploitation de l'œuvre mais ne profite pas directement au public*<sup>5052</sup>. ». Plus que le public, qui peut néanmoins espérer une baisse de prix, ce sont les exploitants (producteurs, éditeurs...), selon M. Gautier, les « véritables gagnants de la chute dans le domaine public<sup>5053</sup> ».

Les enjeux économiques relatifs à la durée des droits sont donc particulièrement importants. En outre, contrairement aux autres éléments structurant les droits de l'auteur (objet, condition de protection, exceptions), la question de la durée des droits se résout nécessairement par une approche graduée et non selon un raisonnement binaire. Ces éléments participent à expliquer les limites temporelles des droits à travers l'idée de conciliation des intérêts. Le discours de l'« équilibre des intérêts » est employé à cette fin descriptive (i). D'un point de vue critique donc normatif, on remarquera que le discours conservateur des « équilibres du droit d'auteur » vise à combattre l'extension continue de la durée des droits (ii).

i) *L'explication de la durée fournie par le discours de l'équilibre des intérêts*

**Abandon du raisonnement nature/durée.** Au XIX<sup>e</sup> siècle, la question de la durée des droits d'auteur constituait « la cause principale des controverses relatives à leur nature et à leur assimilation à la propriété<sup>5054</sup> ». Pour résoudre cette question, il était convenu qu'il était nécessaire de régler d'abord celle de la nature du droit d'auteur, d'où l'affrontement des théories jusnaturaliste et utilitariste du droit d'auteur. Aujourd'hui, cette nécessité n'est plus admise. Au mieux il est reconnu négativement que « rien dans la nature ou les caractères du

---

<sup>5052</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 1<sup>re</sup> éd., Paris : Economica, 2005, n° 440.

<sup>5053</sup> GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 390.

<sup>5054</sup> PFISTER L., th préc., p. 679.

*droit patrimonial de l'auteur ne s'oppose à cette perpétuité*<sup>5055</sup> ». Certes, le paradoxe consistant à définir le droit d'auteur à l'aide de la propriété tout en admettant le principe de la durée limitée des droits est fréquemment souligné<sup>5056</sup> néanmoins il est considéré aujourd'hui que la perpétuité n'est plus un attribut essentiel de la propriété<sup>5057</sup>.

**Adoption unanime du discours descriptif de « l'équilibre des intérêts ».** C'est du côté de l'idée de type utilitariste de conciliation des intérêts que l'on se tourne pour expliquer le principe comme l'étendue de la durée des droits. Cette idée implique une reconnaissance de la prise en compte des intérêts du public, ce qui en France, a longtemps été contesté. Dès les années 50, Castelain notait :

« La controverse paraît close entre le contenu juridique du mot propriété tel qu'il est généralement admis pour les biens et son contenu particulier, notamment par sa limite dans le temps, quand il s'applique aux œuvres de l'esprit. Tant il est vrai que cette durée (...) semble correspondre à un juste équilibre entre deux nécessités : la première, celle d'accorder aux auteurs et à leurs héritiers, la jouissance légitime des produits pécuniaires des œuvres ; la seconde, celle de permettre au patrimoine national de s'enrichir<sup>5058</sup> ».

Même Desbois, lequel considérait qu'aucun motif d'opportunité animait le législateur, s'était résigné à admettre que la durée limitée était justifiée par la nécessité de trouver un compromis « *entre l'intérêt des ayants droit et celui de la communauté*<sup>5059</sup> ». « Il est intéressant de relever » confirmait à cette occasion M. Pollaud-Dulian « que même la *doctrine la moins favorable à la récompense admet ici une intrusion de l'intérêt public dans le régime du droit d'auteur*<sup>5060</sup> ». Sans que cela n'engage à aucune position sur la nature du droit et en dépit de la fluctuation des thèmes (intérêt général, intérêts, droits, public, collectivité

---

<sup>5055</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, n° 578.

<sup>5056</sup> Par ex. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris : Litec, 2012, 4<sup>e</sup> éd., n° 563 ; POLLAUD-DULIAN Fr., « La durée du droit d'auteur », RIDA, 1998, n° 176, p. 84.

<sup>5057</sup> V. MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., REVET T., « De la propriété comme modèle », in, *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, pp. 281-305.

<sup>5058</sup> CASTELAIN H., « La durée de protection », RIDA, avril 1958, n° 19, p. 375.

<sup>5059</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Paris : Dalloz, 1978, n° 322. Il ajoute : « Le législateur ne peut, en effet, oublier que les droits exclusifs sont exercés aux dépens de la société tout entière, alors que les œuvres de l'esprit ont une vocation naturelle à la libre propagation ».

<sup>5060</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., « La durée du droit d'auteur », RIDA, 1998, n° 176, p. 97.

etc...<sup>5061</sup>), les auteurs s'accordent désormais à reconnaître que la fixation de la durée des droits est affaire de « compromis<sup>5062</sup> », de « conciliation<sup>5063</sup> », d'« équilibre (...) entre les droits des auteurs et ceux du public<sup>5064</sup> » ou encore de « balance entre les intérêts individuels de l'auteur et de ses héritiers et l'intérêt du public<sup>5065</sup> ». Les utilisateurs ont, en effet, intérêt à pouvoir accéder 'librement' aux œuvres après un certain temps et les futurs créateurs ont intérêt à la formation « d'un domaine public assez riche » pour y puiser « des idées nouvelles (celles-ci sont toujours libres), en évitant la copie servile, la banalité et la contrefaçon<sup>5066</sup> ». La satisfaction de ces derniers intérêts (ou *l'intérêt public*<sup>5067</sup>) explique et justifie la limite temporelle affectant les droits patrimoniaux<sup>5068</sup>.

Ce discours, désormais dominant, soulève deux observations. En premier lieu, on constate que l'admission de l'idée selon laquelle la durée des droits relève de la conciliation des intérêts a été bien plus facile que dans d'autres domaines (objet, critère de protection, exceptions). Il est même surprenant que l'idée d'équilibre des intérêts qui explique, de manière si évidente, la limite des droits dans le temps n'ait pas été transposée à tout ce qui touche aux limites à l'appropriation et à la protection des droits. La question de la durée, parce qu'elle illustre « à merveille la prise en compte par le droit d'auteur des différents intérêts en présence<sup>5069</sup> » aurait peut-être fait l'objet d'un traitement plus discret par la doctrine traditionnelle. C'est ce que suggère Mme Carré lorsqu'elle constate dans les manuels la rareté des réflexions relatives

---

<sup>5061</sup> V. pour les références, CARRE S., th. préc., n° 596.

<sup>5062</sup> V. KEREVER A., « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », RIDA, janvier 1986, n° 127, p. 21 ; STOJANOVIC M., « Durée de la protection du droit d'auteur », RIDA, octobre 1984, n° 122, p. 3.

<sup>5063</sup> PLAISANT R., La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution, in Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, p. 351 ; SIMLER Ch., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. CARON Ch., Paris, Litec, 2010, n° 72.

<sup>5064</sup> VIVANT M., BRUGUIERE J.-M., op. cit., pp. 358-359 note 1 ; v. égal. DULONG De ROSNAY M., Le CROSNIER H., *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, Paris : CNRS éditions, 2013, p. 51.

<sup>5065</sup> GUTIERREZ-LACOUR St., Le temps dans les propriétés intellectuelles, préf. M. Vivant, Paris : Litec, 2004, p. 222 ; à propos des prorogations et de la durée plus courte pour les œuvres posthumes qui traduisent une balance des intérêts, v. ALLEAUME C., « La mise en balance du droit d'auteur, RIDC, 2010/2, p. 423 et s., n° 13.

<sup>5066</sup> PLAISANT R., La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution, in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, p. 351 ; v. égal., FRANÇON A., « Intérêt public et droit d'auteur en France », in, *L'intérêt public : principe du droit de la communication*, actes du séminaire inter-universitaire franco-québécois organisé à Paris le 19, 20 et 21 septembre, Paris, Victoires –Ed, 1996, p. 82.

<sup>5067</sup> FRANÇON A., « Intérêt public et droit d'auteur en France », art. préc., p. 83.

<sup>5068</sup> POLLAUD-DULIAN Fr., « La durée du droit d'auteur », RIDA, 1998, n° 176, p. 93 : « seule l'idée qu'il y a ou qu'il y aurait un intérêt collectif majeur à un accès libre aux œuvres au-delà d'une période assurant la juste rémunération, voire la récompense de l'artiste, y compris à travers la sécurité matérielle de sa famille, peut fonder cette restriction au droit de propriété » ; v. égal. STROWEL A., th. préc., n° 196.

<sup>5069</sup> GEIGER Ch, th. préc., n° 244.

à cette source d'« *intégration de l'intérêt du public*<sup>5070</sup> » qu'est la durée des droits. Ce peu d'enthousiasme de la doctrine personnaliste pour les limites temporelles des droits et la justification utilitariste qu'elles supposent, d'une part, et l'adoption désormais acquises de l'idée du compromis ou de l'équilibre entre intérêts opposés pour rendre compte de ses limites, d'autre part, peuvent se traduire comme une victoire des thèses de Renouard et de Proudhon. Si victoire il y a, elle demeure néanmoins petite, car la question de la durée étant désormais séparée de la question de la nature du droit, admettre une conciliation des intérêts comme cause de limitation des droits de l'auteur n'empêche pas de reconnaître le droit d'auteur comme une propriété, certes, spéciale.

A côté de l'idée de conciliation des intérêts, notons que la durée limitée des droits trouve encore à s'expliquer par celle de fonction sociale. Cette idée puise ses racines dans la pensée de Josserand<sup>5071</sup>, mais on la trouve également clairement exprimée par Hauriou<sup>5072</sup>. Cette justification des limites temporelles aux droits demeure toutefois encore marginale à côté de la justification de type utilitariste.

**Discours économique de l'équilibre.** L'analyse économique de la durée de la propriété littéraire et artistique poursuit l'objectif général de l'analyse économique du droit d'auteur qui est de décrire à partir des instruments de la science économique la structure des droits d'auteur et de parvenir, dans une perspective normative, à déterminer les conditions d'efficience de la production artistique. Du point de vue économique, la propriété intellectuelle en général et le droit d'auteur en particulier constituent une incitation à la création en fixant *ex ante* les conditions d'obtention d'une récompense *ex post*. La durée participe au degré de la récompense. En effet, comme nous l'avons indiqué, les titulaires de droits, et en premier lieu les auteurs, ont intérêt à ce que la durée de leurs droits soient la plus longue possible afin de percevoir les fruits de leurs travaux et investissement. Cet intérêt constitue, pour les auteurs, un motif d'embrasser l'activité créatrice, et pour les producteurs, un motif d'allouer des ressources à cette fin. En conséquence, pour le législateur, la fixation

---

<sup>5070</sup> CARRE S., th. préc., n° 596.

<sup>5071</sup> En ce sens, BRUGUIERE J.-M., *Droit des propriétés intellectuelles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Ellipses, 2011, p. 106 ; JALLAMION C., « La fortune de Josserand », *Propr. ind.*, 2010, n° 10, pp. 9-11.

<sup>5072</sup> HAURIUO M., *Principes de droit public*, préf. Beaud O., Paris : Dalloz, 2010, p. 39 « si notre droit connaît des propriétés temporaires telles que la propriété littéraire ou artistique, c'est que, après la mort de l'auteur, à *raison du caractère spécial des œuvres*, il y a des chances pour qu'elles soient mieux mises en valeur par le public que par la famille de l'auteur, et qu'ainsi la fonction soit mieux remplie ».

de la durée est un des leviers d'incitation à la création et à la production de biens intellectuels. Augmenter la durée devrait donc favoriser la production des biens, ou du moins, freiner leur sous-production. Néanmoins, les droits d'auteur étant constitutifs d'un monopole, ils réduisent la diffusion des œuvres et corrélativement leur accès par les tiers. Or, la création est un phénomène mimétique et les idées sont cumulatives : « une invention ou création est rarement réalisée ex nihilo : presque toujours elle se construit à partir de structures ou *d'information déjà connues. Chaque invention peut ainsi devenir le tremplin pour la prochaine. On parle d'innovation de filiation* »<sup>5073</sup>. En conséquence, plus il y aura de barrières à l'accès à la création moins l'innovation sera accessible et moins d'innovations de filiation seront engendrées. Une trop forte protection des ressources informationnelles existantes conduirait inévitablement à un ralentissement de leur production. Dès lors, plus la durée s'étend, « *plus l'effet monopolisant du droit risque d'être fort* »<sup>5074</sup> au détriment de la production de nouvelles créations. La question de la durée consiste, comme pour chacun des éléments de la structure de la propriété intellectuelle, à trouver *l'équilibre* entre incitation à la création et accès à la création<sup>5075</sup>.

*ii) La critique de l'extension de la durée par les deux discours de l'équilibre*

L'évolution de la durée des droits d'auteur et des droits de propriété intellectuelle en général a le mérite d'être constante : les droits durent toujours plus longtemps. Comme toute forme d'extension de ces droits privatifs, l'allongement de la durée des droits s'expose à la critique en ce qu'il retarde la tombée des œuvres dans le domaine public et (en théorie<sup>5076</sup>) l'accès aux œuvres. L'allongement de la durée compromettrait la satisfaction de l'intérêt public, quoique comme le note Mr Bruguière, l'intérêt public fait partie de ces notions dont on peut faire dire tout et son contraire : « *l'on peut en effet souligner : 'plus l'on protège (sous-entendu plus longtemps) plus on incite à créer', ceci étant favorable à l'intérêt du public qui va bénéficier*

---

<sup>5073</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 990

<sup>5074</sup> McKAY livre n° 104

<sup>5075</sup> LANDES W. M., POSNER R. A., « An economic analysis of copyright law », *Journal of legal studies*, 1989, n° 18, p. 326.

<sup>5076</sup> V. GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 390.

de nouvelles *œuvres*. L'on peut aussi dire que la temporalité est favorable au public qui va pouvoir plus rapidement accéder aux *œuvres*<sup>5077</sup> ».

La notion d'« équilibre » est également employée pour critiquer cette extension de la durée des droits. Cette extension étant a priori défavorable aux utilisateurs, nous pourrions penser que c'est le discours de « l'équilibre des intérêts » qui sera mis en avant pour condamner cette extension. Or nous constatons que le discours conservateur est également sollicité. Ainsi, dans un article critique à l'égard du projet de directive d'extension de la durée des droits voisins (directive adoptée en 2011<sup>5078</sup>), Mme Dusollier, pour nourrir son propos, avait eu recours aux deux types de discours<sup>5079</sup>. Dans un premier temps, elle considère que cette extension « *n'est pas une simple opération arithmétique mais met en jeu des questions fondamentales d'équilibre entre la réservation par un droit intellectuel, économiquement justifiée, et la nécessité de préserver un domaine public qui constitue le socle de tout le système de la propriété intellectuelle*<sup>5080</sup> ». Ce constat mettant en avant la nécessité de rechercher les intérêts et de les mettre en balance, lui permet de dérouler un argument de type utilitariste : dans la mesure où « la justification de la durée des droits intellectuels doit prendre pour point de départ le préjudice occasionné au domaine public, préjudice indispensable pour autant que la *durée soit raisonnable et proportionnée à l'effet incitatif ainsi réalisé*<sup>5081</sup> ». Ce discours que nous qualifions de réformateur fait ensuite place au discours conservateur de l'équilibre. En effet, pour conclure, l'auteure retient que « *le pire serait qu'un tel texte, excessif et mal torché, soit adopté et vienne perturber encore davantage les principes rationnels et équilibrés sur lesquels une propriété littéraire et artistique pouvait légitimement s'arc-bouter*<sup>5082</sup> ». L'extension est ici critiquée non pas directement pour ses effets nuisibles mais parce qu'elle remettrait en cause des acquis. Cela témoigne que le discours conservateur de l'équilibre n'est pas toujours au service des intérêts des titulaires de droits et qu'il peut être mobilisé pour la satisfaction des utilisateurs et des créateurs subséquents. Autrement dit, le discours conservateur de l'équilibre a pour fonction de s'opposer à tout changement, quel qu'il soit.

---

<sup>5077</sup> BRUGUIERE J.-M., Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique, *Propri. ind.*, 2010, n° 10, pp. 42-46, n° 18.

<sup>5078</sup> Directive 2011/77/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2011 modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.

<sup>5079</sup> DUSOLLIER S., « Les artistes-interprètes pris en otage ! », *Auteurs & média*, 2008/5, pp. 426-433.

<sup>5080</sup> *Ibidem*, p. 426.

<sup>5081</sup> *Ibid.*, p. 432.

<sup>5082</sup> *Ibid.*, p. 433.

## b) Les exceptions

Selon une formulation troublante<sup>5083</sup>, l'article L. 122-5 du CPI, dispose qu'une fois que « l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire » une série d'usages privés comme publics de l'œuvre, lesquels sont généralement qualifiés d'exceptions aux droits. Le sujet des exceptions au droit d'auteur représente aujourd'hui l'un des principaux thèmes, sinon le thème principal, de la matière, car, ainsi que le notent des auteurs, « étudier les exceptions au droit d'auteur, c'est dire jusqu'où il ne va pas, donc, en réalité, ce qu'il est<sup>5084</sup> ». Ce caractère capital est, finalement, assez récent. Les grands débats du XIXe siècle par exemple portaient sur la nature et les limites temporelles aux droits et ne concernaient pas leurs dérogations. Si la thématique change, la rhétorique de l'équilibre demeure à cette différence près que, après plus d'un siècle et demi, la notion d'« équilibre » charrie toute une série de significations qui se sont accumulées depuis qu'elle est utilisée.

Les occurrences de la notion dans les articles, manuels et thèses relatives au sujet des exceptions sont légion. A cela, il faut ajouter qu'en raison de la transposition de la directive DADVSI, le nombre d'exceptions aux droits est désormais tellement conséquent que leur traitement par la doctrine est quantitativement aussi important<sup>5085</sup>, voire plus<sup>5086</sup>, que celui du contenu des droits patrimoniaux. Il n'est donc pas utile ici de traiter les exceptions de manière approfondie au vu de la littérature existante sur le sujet. De plus, les discours de l'équilibre portant sur les exceptions sont principalement des énoncés destinés à justifier l'intervention du juge ou, au contraire, à le défendre d'intervenir pour étendre ou créer de nouvelles exceptions ou limitations (externes) aux droits d'auteur. Comme nous avons déjà

---

<sup>5083</sup> Le langage du législateur est, en effet, troublant. La formulation choisie ne permet pas de savoir si l'auteur a un simple devoir de ne pas interdire, une obligation (source de droits pour les utilisateurs) ou si le législateur a simplement entendu privé d'effet toute interdiction. Ce langage également usité par les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme avait déjà fait l'objet de vives critiques de la part de Bentham en raison de la confusion entre le fait et la norme qu'il entraîne : « ne peut' au lieu de 'ne doit'. Devra est le langage du législateur, peut est le langage du fait (...) Substituez le mot peut, vous dites ce qui est, et non ce qui doit être BENTHAM J., *Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques*, trad. Dumont E., Bruxelles : Hauman et cie, 1840, p. 275. ». Pris à la lettre, l'article L. 122-5 énonce un fait (*l'auteur ne peut interdire*) qui, au demeurant, est faux, puisque l'auteur peut interdire des usages, c'est-à-dire, exprimer sa volonté que les utilisateurs n'utilisent pas son œuvre selon une certaine manière. Ce que le législateur veut dire c'est que cette interdiction n'a aucun effet juridique.

<sup>5084</sup> LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, n° 334.

<sup>5085</sup> Par ex. POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014.

<sup>5086</sup> Par ex. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012 ; VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012.

évoqué ces éléments, il s'agira surtout d'exposer, dans le cadre de la problématique des exceptions, le phénomène de récupération de la notion réformatrice de « balance des intérêts » par le discours conservateur (ii). Avant cela, il s'agira à nouveau de constater l'existence des deux discours de l'équilibre, à savoir le discours réformateur de l'« équilibre des intérêts » et le discours conservateur de l'« *équilibre du droit d'auteur* » (i).

i) *La récupération de l'« équilibre des intérêts » à des fins conservatrices*

Une théorie suggère que la notion d'« isonomie » était à l'origine un terme que les aristocrates revendiquaient afin de s'opposer à la monarchie<sup>5087</sup>. Suite à une dissension au sein des aristocrates, la notion fut l'objet d'une lutte. Finalement, le groupe militant pour une répartition égalitaire du pouvoir (le démos) parvint à s'approprier le terme « isonomie » et l'opposer aux aristocrates. Ce rappel nous permet de constater que les stratégies n'ont pas, vingt-cinq siècles plus tard, changées. En effet, nous constatons depuis quelques années en France l'utilisation des formules doctrinales traditionnellement favorables aux utilisateurs (« balance des intérêts », « équilibre des intérêts ») afin de renforcer au contraire les droits des auteurs ou des titulaires de droits ou du moins de justifier la hiérarchie traditionnelle à partir de la « balance des intérêts ». Nous avons déjà évoqué la question à propos de la thèse de M. Galopin. Nous pouvons ici citer le discours de M. Sirinelli. Dans son rapport sur le projet de révision de la directive DADVSI, la notion d'« équilibre » est récurrente (26 mentions). La plupart du temps, elle est employée comme une norme destinée à favoriser les intérêts des titulaires de droit au détriment de ceux des utilisateurs :

« alors que le maintien d'un juste équilibre entre les droits et intérêts des auteurs, d'une part, et l'accès aux œuvres protégées par les utilisateurs, d'autre part, devrait aujourd'hui conduire à renforcer les prérogatives des ayants droit, le risque serait grand que les négociations aboutissent à une réduction du champ du droit exclusif et à un allongement de la liste des exceptions au droit d'auteur<sup>5088</sup> ».

---

<sup>5087</sup> V supra.

<sup>5088</sup> SIRINELLI P. (dir.), *Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*, rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, décembre 2014, p. 5.

Il est encore instructif de noter que sous le paragraphe intitulé Le cadre juridique européen en *matière de droit d'auteur* ne doit être réexaminé que de façon globale et équilibrée, dans la partie consacrée à l'« approche équilibrée » toutes les propositions sont en faveur des auteurs :

« la révision du cadre juridique européen doit donc se fixer pour objectif, non d'assouplir la protection du droit d'auteur, mais de la consolider, afin que les potentialités offertes par les technologies numériques n'aboutissent pas à tarir la production d'œuvres protégées. Dès lors, les réflexions conduites au niveau européen ne doivent pas conduire à l'allongement ou à l'adaptation de la liste des exceptions au droit d'auteur, mais à la consolidation du champ du droit exclusif, à la réduction du nombre des exceptions et à la promotion des outils contractuels permettant aux ayants droit de céder l'exploitation des droits qu'ils détiennent dans des conditions favorisant la diffusion des œuvres de l'esprit<sup>5089</sup> ».

Soulignons que la préséance des intérêts de l'auteur ne s'analyse plus en raison de la tradition du droit d'auteur qui fait prévaloir ces intérêts sans considération d'opportunité comme l'enseignait Desbois, mais à partir d'arguments de type conséquentialiste.

*ii) Le discours conservateur des « équilibres du droit d'auteur » en faveur des utilisateurs*

Le discours conservateur vise à exprimer une réprobation à l'encontre d'un changement ou d'un projet de changement. En ce sens, il peut servir aussi bien les intérêts des utilisateurs que ceux des auteurs et titulaires de droits. Nous l'avons constaté à propos de l'extension de la durée des droits. En faveur des intérêts des utilisateurs (et in fine des créateurs subséquents et de la société), nous pouvons citer Mme Buydens dans le contexte de l'adoption de la directive DADVSI en 2001 :

« Le droit d'auteur, en ce compris la protection des mesures techniques évoquée ci-dessus, risque de participer à cette appropriation des ressources intellectuelles au profit de quelques uns, menaçant l'accès du plus grand nombre à l'information en trahissant la balance des intérêts qui pourtant le fonde. Le risque est grand de voir « l'acceptation sociale » du droit d'auteur diminuer au même rythme que son bourgeonnement et sa croissance excessive. (...)

---

<sup>5089</sup> Ibid., pp. 15-16.

Si le droit d'auteur est assurément le fleuve qui irrigue la culture dans son sens le plus large, encore faut-il veiller à ce qu'il n'inonde ni ne noie ce qu'il a pour mission de nourrir. Le moment est venu de rétablir et de renforcer les digues, et donc de préserver le système des exceptions garant de l'équilibre global du droit d'auteur<sup>5090</sup>».

L'examen des « conflits internes » a montré la présence de deux discours concurrents de l'équilibre. Les « conflits externes » sont également le lieu de cette guerre des mots.

### *B) Les conflits dits externes*

On utilise désormais souvent la métaphore insulaire pour exprimer l'idée que la propriété intellectuelle ou le droit d'auteur n'est pas isolé et qu'il est nécessaire de transiger avec les exigences des autres branches du droit. Cette rencontre entre des règles et des finalités distinctes est l'occasion de deux types de discours opposés : l'un favorable, l'autre défavorable à la possibilité pour d'autres règles de droit de venir s'appliquer dans le champ traditionnellement réservé à la matière du droit d'auteur. Ces deux discours opposés trouvent encore à s'exprimer à l'aide du terme équilibre. Pour certains auteurs comme M. Dreyer, l'externalisation des conflits est une nécessité car « en interne », « le poids des intérêts économiques » paralyse la matière et empêche « de dégager un nouvel équilibre interne satisfaisant. La conciliation s'opère nécessairement dans l'extérieur<sup>5091</sup> ». On parle alors de « rééquilibrage externe du droit d'auteur<sup>5092</sup> ». C'est également l'avis de M. Siirainen qui estime « que le temps de la conception absolutiste de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire de droits qui, renfermant en eux-mêmes (dans leur régime) un équilibre entre intérêt général et intérêt privé, sont entièrement soumis à un libre usage par la volonté de leur propriétaire, est, sinon dépassé, du moins en voie de l'être si les dispositifs légaux restent en l'état<sup>5093</sup> ».

---

<sup>5090</sup> BUYDENS M., « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Comm. com. électr.*, septembre 2001, étude n° 22, p. 16.

<sup>5091</sup> DREYER E., « L'information par l'image et le droit d'auteur », *Comm. com. électr.*, mars 2004, p. 8

<sup>5092</sup> *Ibid.* p. 9.

<sup>5093</sup> SIIRAINEN F., « La propriété intellectuelle au cœur de l'économie de l'immatériel : le point de vue d'un juriste », in, VIVANT M. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, p. 60 ; v. égal. CARON Ch., « Rapport de synthèse », in, BRUGUIERE J.-M., (dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, p. 137-138.

Le discours conservateur de l'équilibre trouve également à s'exprimer dans cette problématique. Il consiste à soutenir que les équilibres ont déjà été trouvés par le législateur. M. Vivant avait d'ailleurs dressé ce constat : « lorsque la question est débattue de savoir si *d'autres branches du droit peuvent avoir à intervenir dans le champ de la propriété intellectuelle en général, et du droit d'auteur en particulier, un argument souvent avancé pour refuser cette intervention est celui qui consiste à affirmer que les équilibres existent en interne*<sup>5094</sup> ».

Les questions relatives aux « conflits externes » sont généralement complexes et mériteraient des développements bien plus longs pour en saisir la subtilité. Nous nous contenterons ici de mettre simplement en lumière la rhétorique employée, à titre d'illustration, dans le cadre des rapports entre le droit d'auteur (et plus globalement la propriété intellectuelle) et le droit de la concurrence (1) et dans le cadre de l'application de la théorie de l'abus de droit (2). D'autres « conflits externes » existent comme le conflit de droits fondamentaux (droit d'auteur versus droit à la culture, ou droit à la liberté d'expression, etc.). Toutefois, nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer quelques uns de ces conflits et il nous semble que la rhétorique demeure toujours la même. Il n'est donc pas utile de multiplier les exemples.

#### 1) Droit d'auteur vs droit de la concurrence

Les rapports de la propriété intellectuelle avec les autres branches du droit<sup>5095</sup> (droit des biens<sup>5096</sup>, droit de la consommation<sup>5097</sup>, droit public<sup>5098</sup>, etc<sup>5099</sup>.) constituent un terrain en

---

<sup>5094</sup> VIVANT M., Régulation : significations multiples, pratiques différentes, in L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation, Colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, n° 94, juin 2013, supplément, p. 49.

<sup>5095</sup> De manière générale, v. BRUGUIERE J.-M., (dir.), La propriété intellectuelle entre autres droits, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009 ; TREFIGNY P., « La propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, le droit de la consommation, et autres droits... », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), La propriété intellectuelle entre autres droits, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, pp. 51-66 ; BERGE J.-S., « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », PI, juillet 2002, pp. 9-14.

<sup>5096</sup> Le droit des biens est davantage un ascendant qu'une branche collatérale. Sur les rapports entre ces droits, v. SIMLER Ch., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. CARON Ch., Paris : Litec, 2010.

<sup>5097</sup> CARON Ch., « Le consommateur en droit d'auteur », in, Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum, Mélanges Jean Calais-Auloy, Paris : Dalloz, 2004, pp. 245-260 ; SARDAIN Fr., « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », Comm. com. électr., mai 2004, pp. 15-18.

<sup>5098</sup> WARUSFEL B., « La propriété intellectuelle comme politique publique », in, Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – *Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris : Lexisnexis, 2014, pp. 391-410.

<sup>5099</sup> GAUBIAC Y., « Droit d'auteur et santé », GP, 15 janvier 2011 n° 15, p. 17 et s

pleine expansion. La rencontre entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, fortement étudiée depuis quelques années<sup>5100</sup>, est l'une de celles qui suscitent le plus de questions et de craintes en raison du caractère phagocytant du second<sup>5101</sup> ou de son statut de « méta-droit<sup>5102</sup> ». Pourtant, la propriété intellectuelle en général semble naturellement prédisposée à être examinée à l'aune du droit de la concurrence étant donné sa fonction constitutive de monopoles. Les économistes d'ailleurs ne peuvent dissocier les deux versants : pour eux, toute question de propriété intellectuelle se résume dans la recherche d'un « équilibre économique entre l'incitation à investir et les distorsions qui sont dues au pouvoir

---

<sup>5100</sup> ARHEL P., « Application du droit de la concurrence dans le domaine des droits de propriété intellectuelle », LPA, 16 juillet 2007, n° 141, p. 6 et s. ; BACCICHETTI E., BONNET PH., « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », JCE E., 2009, n° 46, p. 18 et s. ; BLARY-CLEMENT E., « L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence », in, Colloque : « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », Le Concurrentialiste, mai 2013, pp. 2-8 ; DECOCQ G., « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in, Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds, Paris : Litec, 2007, pp. 143-159 ; DUPUIS-TOUBOL F., PERROT A., GOLD R., « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : convergence ou divergence ? », in, « Cycle de conférences de la Cour de cassation – Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique du 9 novembre 2006 », Revue Lamy de la Concurrence, avril 2007, n° 11, p. 216 et s. ; FRISON-ROCHE M.-A., « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2005, pp. 15-26 ; LEMARCHAND S., FREGET O., SARDAIN Fr., « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », PI, janvier 2003, pp. 11-23 ; MALLET-POUJOL N., « Marché de l'information – Le droit d'auteur injustement 'tourmenté' », RIDA, avril 1996, n° 168, pp. 93-203. ; MALLET-POUJOL N., « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in, BRUGUIERE J.-M., MALLET-POUJOL N., ROBIN A. (dir.), Propriété intellectuelle et droit commun, séminaire organisé à Montpellier par l'ERCIM, Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 211 et s. ; SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), La propriété intellectuelle entre autres droits, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, pp. 31-51 ; SIIRIAINEN F., « L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur », in, L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Paris : Frison-Roche, 2003, pp. 483-499 ; SIIRIAINEN F., « 'Droit d'auteur' contra 'droit de la concurrence' versus 'droit de la régulation' », RIDE, 2001/4, t. 15, pp. 413-446 ; SCHMIDT-SZALZWSKI J., « Exercice des droits de propriété intellectuelle en tant qu'abus de position dominante », in, Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet, Paris : Litec, 2010, pp. 501-511 ; SPITZ B., « Le droit d'auteur en France : un monopole menacé ? », in, Colloque : « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », Le concurrentialiste, mai 2013, pp. 9-14 ; ULLRICH H., « Droit de la concurrence, propriété intellectuelle, et accès à l'information technologique », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 249-276 ; VIVANT M., « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : conflit de droits ou question de décryptage ? », in, Technologie et concurrence : mélanges en l'honneur de Hans Ullrich, Bruxelles : Larcier, 2009, pp. 651-666.

Le thème fait également l'objet de plusieurs thèses, v. MARECHAL C., Concurrence et propriété intellectuelle, Paris : Litec, 2009 ; GSTALTER J., Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle, Bruxelles : Bruylant : 2012 ; BEAUDOIN G., *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, th. dactyl., Paris Ouest Nanterre, 2012.

<sup>5101</sup> FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », Arch. phil. droit., n° 40, 1995, p. 286 et s.

<sup>5102</sup> SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », art. préc., p. 34.

des monopoles<sup>5103</sup>». Les juristes constatent également qu'entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, existe un « équilibre<sup>5104</sup> », parfois est-il ajouté, au détriment du droit privatif (droit d'auteur<sup>5105</sup>).

Le droit de la concurrence, au travers notamment du mécanisme d'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, offre au juge les moyens de limiter l'exercice des droits de la propriété intellectuelle en imposant aux titulaires de droits des licences obligatoires comme l'ont montré quelques arrêts de la CJCE dont le plus célèbre est l'arrêt Magill<sup>5106</sup>. Le droit de la concurrence, par la médiation du juge, constitue alors un « correctif<sup>5107</sup> » au droit de la propriété intellectuelle.

### **Le droit de la concurrence : le pharmakon (remède/poison) de la propriété intellectuelle.**

Pour M. Siiriainen, le droit de la concurrence compense les excès de la propriété intellectuelle (la prolifération des droits et leur exercice au détriment de la concurrence) et permet de « (re)trouver un équilibre perdu<sup>5108</sup> ». Soulignant la « *profonde idée d'équilibre dans le droit de la concurrence*<sup>5109</sup> », l'auteur ajoute :

« Alors même que cet équilibre est insuffisamment pris en compte, mal assuré dans le cadre du droit de la propriété intellectuelle — du fait des pratiques qu'il autorise —, on va assister à une régulation (...) de la propriété intellectuelle par le droit de la concurrence quand cela est

---

<sup>5103</sup> TIROLE J., « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 69.

<sup>5104</sup> CHATRY S., *Le concours des droits de propriété intellectuelle*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2012, n° 36 ; DUPUIS-TOUBOL F., PERROT A., GOLD R., « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : convergence ou divergence ? », in, « Cycle de conférences de la Cour de cassation – Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique du 9 novembre 2006 », Revue Lamy de la Concurrence, avril 2007, n° 11, p. 216 et s. ; SIIRIAINEN F., « 'Droit d'auteur' contra 'droit de la concurrence' versus 'droit de la régulation' », RIDE, 2001/4, t. 15, pp. 437-438.

<sup>5105</sup> MALLET-POUJOL N., « Marché de l'information – Le droit d'auteur injustement 'tourmenté' », art. préc., pp. 96-97 : « On assiste à un véritable télescopage des logiques. Le droit d'auteur est sollicité pour protéger les investissements effectués sur le marché de l'information, le droit de la concurrence invoqué pour garantir l'accès à l'information et la prospérité d'une industrie de l'information. Dans ce double objectif de protection-accessibilité des gisements informationnels se cherche un point d'équilibre. Le droit d'auteur fait, à double titre, les frais de cette confrontation ».

<sup>5106</sup> CJCE, 6 avril 1995, aff. C-241/91 et C-242/91 Radio Telefís Éireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes et Magill TV Guide, , rec. I., p. 743. V. égal. CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418/01, IMS Health GmbH & Co. OHG contre NDC Health GmbH & Co. KG ; CJCE, 17 septembre 2007, aff. t-201/04 Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes.

<sup>5107</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 358.

<sup>5108</sup> SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », art. préc., p. 35.

<sup>5109</sup> Ibid. Est cité en illustration : AUGUET Y., « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in, Mélanges en l'honneur d'Yves Serra, Paris : Dalloz, 2006, pp. 29-58.

nécessaire. Cette recherche d'équilibre résume, selon nous, la convergence. Sous leur action conjuguée, les deux branches du droit vont converger vers un même but, un même point : l'équilibre entre intérêts, qui permet la poursuite du progrès économique, technique, pour la satisfaction du consommateur<sup>5110</sup> ».

Au contraire, pour Mme Carré, le droit de la concurrence tel qu'il est exercé par les juges et notamment communautaire tend à remettre en cause les « équilibres » voulus par le législateur :

il nous paraît essentiel de souligner que notre système juridique tout entier est marqué par le rôle prééminent du législateur dans la recherche de l'équilibre des intérêts, notamment par la définition des droits subjectifs ou la reconnaissance d'intérêts légitimes. (...) la reconnaissance d'un droit exclusif tel que le droit d'auteur participe de cette construction. C'est au législateur de définir les équilibres, de consacrer un droit exclusif, de dessiner, à titre particulier, les exceptions aux droits de l'auteur et non au juge. C'est au juge de sanctionner les abus de droit certes, mais l'on a pu observer que la jurisprudence, spécialement communautaire, dans son contrôle des abus de position dominante, et spécialement dans la mise en œuvre de la « théorie des facilités essentielles », en venait à condamner des positions dominantes en elle-même et à remettre en cause le droit exclusif accordé par la loi<sup>5111</sup> ».

Comme nous pouvons à nouveau le constater, le terme d'« équilibre » peut servir opportunément à défendre deux positions antithétiques.

## 2) L'abus de droit

**Abus de droit et équilibre des intérêts. Rappels.** Principe général du droit, l'abus de droit, comme nous l'avons indiqué, s'avère, en tant qu'instrument judiciaire de limitation de l'exercice des droits subjectifs, analogue aux instruments *d'équité*, de balance des intérêts ou de proportionnalité. Ils ont, autrement dit, les mêmes fonctions : pallier au caractère général de l'énoncé normatif en ayant recours à un mécanisme mettant en œuvre la logique de

---

<sup>5110</sup> SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », art. préc., p. 36.

<sup>5111</sup> CARRE St., La « théorie des facilités essentielles », « much ado about nothing », in *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris : Lexisnexis, 2014, p. 115.

*l'utilité*. En ce qui nous concerne, la différence entre l'abus de droit et ces derniers instruments réside dans son mode de formation : l'instrument n'a pas été introduit grâce à un discours mettant en avant la notion d'équilibre. Toutefois, il est très fréquent, depuis Gény<sup>5112</sup>, d'expliquer le mécanisme de l'abus de droit grâce à la notion d'équilibre des intérêts<sup>5113</sup>. Une autre différence assez notable mérite d'être soulignée : les juges, comme la doctrine<sup>5114</sup>, ont une nette préférence pour cet instrument par rapport aux instruments précités.

**Abus de droit et droit d'auteur.** L'abus de droit en droit d'auteur concerne l'exercice des droits moraux<sup>5115</sup> et des droits patrimoniaux par l'auteur ou par ses ayants-droits<sup>5116</sup>. Relativement à l'exercice des droits patrimoniaux, la théorie de l'abus de droit trouve à s'appliquer dans différents types de relations impliquant l'auteur, comme les rapports, d'un point de vue interne, qui le lient aux co-auteurs de l'œuvre<sup>5117</sup> ou à l'auteur d'une œuvre dérivée<sup>5118</sup>, ou, d'un point de vue externe, dans ses relations avec le propriétaire du support de l'œuvre<sup>5119</sup> ou ses relations contractuelles avec un exploitant<sup>5120</sup>.

A la question de savoir si la théorie de l'abus de droit peut s'appliquer dans les rapports entre l'auteur et les utilisateurs, ou dit autrement, si l'abus de droit est constitutive d'une limite externe à l'exercice des droits patrimoniaux, la doctrine répond par l'affirmative<sup>5121</sup> étant

---

<sup>5112</sup> GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, §173 ; sur le rôle de Gény pour cette théorie, v. OST Fr., « Droit et intérêt », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, p. 139.

<sup>5113</sup> V. supra. ; par ex. BENABOU V.-L., « L'abus de droit peut-il servir la cause de l'intérêt général en droit de la propriété intellectuelle ? », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 221 : « [la] ductilité de l'abus a suscité un nombre de querelles quant à ses fondements : faute, équité, détournement de finalité du droit ou encore intention de nuire. Il ne s'agit pas ici de revenir sur ses empoignades doctrinales mais, dans une optique positiviste d'accepter tous ces fondements en ce qu'ils sont utilisés, tour à tour, par le juge lorsque celui-ci entend trouver un remède à un déséquilibre qu'il observe ».

<sup>5114</sup> A l'exception de M. Geiger, V. GEIGER Ch., th. préc., n° 454.

<sup>5115</sup> N'admettant pas l'application de la théorie du vivant de l'auteur, v. POLLAUD-DULIAN Fr., « Abus de droit et droit moral », D. 1993, chr., p. 97 et s.

<sup>5116</sup> Sur le sujet, parmi de nombreuses références, v. CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998 ; LASSALLE B., « L'abus de droit moral de l'auteur défunt », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur Savelli*, Aix-en-Provence : PUAM, 1998, pp. 207-214 ; POLLAUD-DULIAN Fr., « Abus de droit et droit moral », D. 1993, chr., p. 97 et s.

<sup>5117</sup> V. CARON Ch., th. précit., n° 209 et s.

<sup>5118</sup> V. Ibidem., n° 222-224.

<sup>5119</sup> V. Ibid., n° 232 et s.

<sup>5120</sup> V. Ibid., n° 249 et s.

<sup>5121</sup> par ex., LUCAS A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 125-141, n° 30.

donné le statut de l'abus de droit dans l'ordonnement juridique (principe général du droit). La jurisprudence ne ferme pas la porte à l'application de la théorie dans cette hypothèse<sup>5122</sup>.

**Abus de l'exercice des droits de l'auteur et équilibre des intérêts.** L'expédient de la théorie de l'abus de droit est de permettre au juge « de résoudre le conflit entre différents intérêts *divergents (...)* après avoir pesé les intérêts en présence et de trancher en fonction du cas de l'espèce<sup>5123</sup> ». Ainsi que le note M. Geiger, le juge devrait, pour examiner ces intérêts, prendre en compte les particularités de l'espèce telles que la nature de l'œuvre et les intentions des parties<sup>5124</sup>. Toutefois, admet-t-il, il est fort probable que l'abus soit écarté par les juges étant donné les difficultés pour démontrer son existence : il reviendra à l'utilisateur de « détruire une présomption simple de licéité s'attachant à l'exercice de sa prérogative, puisque l'exercice correct de celle-ci est le principe et le mauvais usage l'exception<sup>5125</sup> ». En raison de ces difficultés, M. Geiger se montre bien plus favorable au recours aux droits fondamentaux et à la proportionnalité pour tenter de confiner autrement les excès dans l'exercice des droits des auteurs<sup>5126</sup>. Au contraire, pour M. Lucas, la théorie de l'abus de droit (dans le cadre du conflit entre droit d'auteur et liberté d'expression) doit précisément être préférée au test de proportionnalité. Même s'il reconnaît que l'abus de droit conduit le juge « à peser les intérêts en cause<sup>5127</sup> », cette méthode demeure moins incertaine que celle de la proportionnalité et induit une hiérarchie entre les intérêts qui s'inverse lorsqu'on réfléchit en termes de droits fondamentaux<sup>5128</sup>.

---

<sup>5122</sup> CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 30 mai 2001 : Legipresse, 2001/2, n° 25, pp. 150-151, note VARET : « que cette restriction apparaît d'autant plus proportionnée au but légitime qui est poursuivi, que tout abus peut être sanctionné, que ce soit en vertu de l'application de la théorie générale de l'abus de droit, qu'en vertu des dispositions de l'article L. 122-9 du code de la propriété intellectuelle prévoyant, en cas d'abus notoire de la part des représentants de l'auteur décédé, la mise en place de mesures appropriées ».

<sup>5123</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 453.

<sup>5124</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 453.

<sup>5125</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 454.

<sup>5126</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 454.

<sup>5127</sup> LUCAS A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), art. préc., n° 30

<sup>5128</sup> Ibidem, n° 31 : « Objectera-t-on que ce correctif de l'abus de droit aboutit au même résultat que l'application de l'article 10 de la Convention ? Ce serait un contresens. Ce texte, en effet, suppose un « test de proportionnalité », et implique donc un contrôle in concreto permettant de vérifier que le droit d'auteur, indépendamment des exceptions légales et de leur libellé, justifie la restriction apportée à la liberté d'expression ou au « droit à l'information ». Faire primer ces derniers dans des circonstances exceptionnelles, en obligeant l'utilisateur de l'œuvre à prouver l'abus, est donc, évidemment, en récuser la logique. Mais la méthode, éprouvée, nous paraît de loin préférable à celle qui consiste à borner le périmètre du droit d'auteur par la mise en balance avec des droits fondamentaux aux contours incertains ».

## **Conclusion du chapitre un**

Nous avons constaté dans ce chapitre un phénomène inédit par rapport à ce que nous avons étudié dans la première partie. Le discours de l'«équilibre des intérêts» à vocation anti-dogmatique a généré un discours concurrent de type formaliste car attaché à la structure originelle ou traditionnelle du droit d'auteur. Ce discours s'exprime également grâce à la notion d'«équilibre» et prend généralement la forme d'un énoncé dans lequel la formule «équilibres du droit d'auteur» est présente.

La concurrence de ces deux discours, cette instabilité dans les usages d'un même terme, posent un sérieux problème d'ordre scientifique.

## Chapitre 2 : « L'équilibre » : remède aux crises du droit d'auteur ?

« Ce qui a constitué un fondement suffisant, à un moment donné, peut ne pas présenter les caractères d'un fondement absolu, qui écarterait pour toujours toute contestation à ce propos<sup>5129</sup>».

Ch. Perelman

Les deux discours de l'équilibre peuvent s'analyser comme des réactions aux crises du droit d'auteur (section 1). Toutefois, la concurrence tend à affaiblir les propos. L'une des réponses aux crises du droit d'auteur peut être de rechercher une nouvelle manière de représenter ce droit (section 2) et de donner au terme une signification plus fixe.

### Section 1 : Motifs du recours aux discours de l'équilibre

Tel un mantra, la notion d'« équilibre » semble parée de vertu magique. La répéter pourrait peut-être conjurer la crise traversée par le droit d'auteur ou plutôt les crises du droit d'auteur. Celles-ci sont en effet de nature à expliquer le recours aussi insistant à la notion d'« équilibre ». L'emploi du terme, notamment dans le cadre d'une approche normative participe à une tentative de résolution des crises. Toutefois, cet emploi, dans le même temps, les révèle. Employée comme remède, la notion s'avère également un symptôme des crises qui frappent tant le droit d'auteur (I) que ses fondements (II).

---

<sup>5129</sup> PERELMAN C., *Droit, morale et philosophie*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1976, pp. 67-68.

## I) Résoudre les crises du droit d'auteur

Le droit d'auteur est traversé par plusieurs crises, notamment, une crise d'efficacité, l'ère numérique ayant facilité la diffusion des œuvres et corrélativement rendue plus compliquée son contrôle<sup>5130</sup>. Nous allons toutefois abordé les crises auxquelles la doctrine peut apporter une réponse : la crise de légitimité (A) et la crise d'identité (B).

### A) Une crise de légitimité

Nul ne conteste la crise de légitimité qui frappe la propriété intellectuelle en général<sup>5131</sup> et le droit d'auteur en particulier<sup>5132</sup>.

**Critique générale : la propriété intellectuelle, frein à la diffusion et à la production de connaissances.** La crise de légitimité du droit d'auteur résulte du sentiment, partagé par la société<sup>5133</sup> et certains spécialistes, selon lequel l'institution ne répond plus à sa « fonction

---

<sup>5130</sup> CHANTEPIE P., BENSOUSSAN A., « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », in, « Cycle de conférences de la Cour de cassation – Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique du 9 novembre 2006 », Revue Lamy de la Concurrence, avril 2007, n° 11, p. 204 et s.

<sup>5131</sup> Par ex., CHATRY S., *Le concours des droits de propriété intellectuelle*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2012, n° 3 ; MOYSE P.-E., « Abus et Propriété Intellectuelle ou du Bon Usage des Droits », in, *Intellectual Property for the 21st Century*, Montréal : Irwin Law, 2014, pp. 114-136 ; LUCAS A., « Présentation », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 1-3 ; SPADA P. M., « La légitimité de la propriété intellectuelle en 2005 », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 5-7 ; VIVANT M., « objet juridique, objet social, Réflexion sur la propriété intellectuelle », *PI*, avril 2012, n° 43, p. 269 et s. ; SIIRIAINEN F., « L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, pp. 483-499 ; SIIRIAINEN F., « 'Droit d'auteur' contra 'droit de la concurrence' versus 'droit de la régulation' », *RIDE*, 2001/4, t. 15, p. 485.

<sup>5132</sup> V. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 37 ; GELLER P. E., « La crise du droit d'auteur : 10 principes directeurs », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 21, n° 1, pp. 47-93 ; GAUTIER P.-Y., « Les nouvelles forces créatrices du droit », in, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 134 ; BENSAMOUN A., « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, avril 2010, p. 3 et s. ; PIRIOU F.-M., « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », *Diogène*, 2001/4, n° 196, pp. 119-143 ; CATALA P., *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris : PUF, 1998, p. 307 et s. ; MOSSE M., « Relégitimer la propriété intellectuelle », in, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 123-129.

<sup>5133</sup> LATRIVE FL., « La propriété intellectuelle : l'irruption du public », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 15-21.

sociale », à savoir, favoriser la création et la diffusion des œuvres de l'esprit<sup>5134</sup>. Cette crise de légitimité touche l'ensemble de la propriété intellectuelle car c'est le mécanisme juridique par lequel des produits de l'intelligence sont réservés à titre exclusif qui est accusé de réduire la diffusion des connaissances et in fine la production de connaissances, de biens ou de services utiles au plus grand nombre<sup>5135</sup>. Ce phénomène, connu sous le nom d'enclosure<sup>5136</sup>, illustre l'idée que l'excès de réservation des biens informationnels destinés à rejoindre le patrimoine commun de l'humanité, freine les innovations de filiation et réduit in fine les ressources qui pourraient alimenter ledit patrimoine. Le phénomène du copyleft qui désigne l'usage contractuel des mécanismes juridiques traditionnels de la propriété intellectuelle en faveur de la diffusion du savoir et de l'innovation traduit à la fois une réaction critique à l'égard de l'exclusivité et a fortiori une dénonciation des usages abusifs de la propriété intellectuelle qui nuisent à sa légitimité<sup>5137</sup>.

**Une surprotection juridique.** La crise de la légitimité du droit d'auteur est notamment causée par sa tendance surprotectrice. Trop de choses sont trop protégées<sup>5138</sup>. « Le droit d'auteur – et ses avatars » écrit M. Huet, « est un lieu d'excès et d'inflation<sup>5139</sup> ». « L'excès de protection, ici, est manifeste », confirme le Professeur Lucas, « la vérité, pour aller droit

---

<sup>5134</sup> V. par ex. Geiger Ch., « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », in, VIVANT M. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, pp. 79-96.

<sup>5135</sup> V. BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 408 et s. ; LATRIVE Fl., « Le débat autour de l'appropriation de la pensée », in, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 69-78 ; HENRY Cl., « Propriété intellectuelle et développement ou comment imposer au monde un système pervers », *Revue d'économie du développement*, 2004/3, vol. 18, pp. 121-144.

<sup>5136</sup> V. DUMONT B., HOLMES P., « Quelles alternatives au mouvement d'enclosures de la propriété intellectuelle ? », *Réseaux*, 2001/6 n° 110, pp. 74-91 ; MOULIER-BOUTANG Y., « Droits de propriété intellectuelle, terra nullius et capitalisme cognitif », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 66-72 ; AIGRAIN P., « La réinvention des communs physiques et des biens publics sociaux à l'ère de l'information », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 42-49.

<sup>5137</sup> Sur le copyleft, v. DUSOLIER S., « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *PI*, janvier 2006, pp. 10-21 ; XIFARAS M., « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 50-64 ; JURSS E., « Les licences creative commons : un juste équilibre entre la protection du droit d'auteur et la libre diffusion des œuvres ? », *RDAI*, 2012, n° 1, pp. 129-140 ; LE GOFFIC C., « Le développement des pratiques – la pratique contractuelle des licences libres », *RLDI*, 2011, supplément au n° 77, pp. 8-10.

<sup>5138</sup> VIVANT M., « Objet juridique, objet social, Réflexion sur la propriété intellectuelle », *PI*, avril 2012, n° 43, pp. 269-272.

<sup>5139</sup> HUET J., « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur – et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *RLDI*, juillet 2011, n° 73, p. 75.

*au but, est qu'on protège tout et n'importe quoi*<sup>5140</sup> ». Si certains regrettent que certains objets soient protégés par le droit d'auteur comme le logiciel ou les bases de données, tous admettent que les juges français ont tendance à appliquer le critère d'attribution des droits avec beaucoup trop de laxisme<sup>5141</sup>.

Un autre facteur délétère à l'égard de la légitimité du droit d'auteur est la surprotection ou « surréservation » des œuvres de l'esprit rendue possible par les mesures techniques de protection<sup>5142</sup>. Grâce à la protection juridique des mesures techniques de protection des œuvres, les titulaires de droits sont susceptibles d'empêcher ou de limiter certains usages légitimes comme par exemple des usages couverts par des exceptions<sup>5143</sup>.

**Une influence trop prégnante des groupes d'intérêts.** Par rapport aux autres sources de droit, la loi jouit naturellement d'un sentiment de légitimité en raison de son mode de production. Néanmoins, la loi de manière générale et la loi sur le droit d'auteur en particulier ne bénéficient plus pleinement de ce sentiment auprès de ceux auxquels elle est destinée en raison de l'influence des groupes de pression ou « lobbies ». Dans le domaine du droit d'auteur, M. Lapousterle a montré que cette influence, en dépit de certains effets utiles, déterminait, de manière très importante, la production des normes en la matière<sup>5144</sup>. Le législateur qui doit en principe poursuivre la satisfaction de l'intérêt général est fortement sollicité au stade de l'initiative comme au stade de la discussion de la loi par le truchement des amendements prérédigés, par des groupes cherchant à promouvoir leurs intérêts particuliers. L'élaboration de la loi Dadvsi du 1<sup>er</sup> août 2006 était, à ce titre, révélatrice de l'attitude particulièrement oppressante de ces groupes quels que soient les organes pour lesquels ils travaillaient (titulaires de droits, éditeurs de logiciels de protection et de marquage des œuvres, utilisateurs intermédiaires comme finaux<sup>5145</sup>).

---

<sup>5140</sup> LUCAS A., « De la protection à la 'surprotection' des droits de propriété intellectuelle », in, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 20. V. égal. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., p. 48 et s. et p. 150 et s.

<sup>5141</sup> Par exemple, LUCAS A., « De la protection à la 'surprotection' des droits de propriété intellectuelle », art. préc., p. 20.

<sup>5142</sup> DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005, 582 p.

<sup>5143</sup> DUSOLLIER S., id., n° 687 et s.

<sup>5144</sup> LAPOUSTERLE J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. GAUTIER P.-Y., Paris : Dalloz, 2009.

<sup>5145</sup> V. par ex., LAHARY D., « Clones, avatars, lobbies et incompréhensions autour de la loi Dadvsi », *Bulletin des bibliothèques de France*, n° 3, 2011, disponible sur <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2011-03-0046-009>

**Le droit d'auteur perçu comme une rente de situation.** Le caractère temporaire du monopole s'explique par l'absence d'utilité qu'il y aurait de réserver de manière perpétuelle les créations de l'esprit, l'idée qu'il faille trouver un compromis entre les intérêts des titulaires de droits et ceux des utilisateurs<sup>5146</sup>, enfin par le fait que les œuvres de l'esprit ont vocation à nourrir le patrimoine commun de l'humanité. La durée de ce monopole doit toutefois être suffisamment longue pour qu'il constitue à la fois une incitation à la création et une récompense légitime du travail créatif, sans être excessive au risque de retarder la tombée des œuvres dans le domaine public, et ce au détriment des utilisateurs et des créateurs subséquents<sup>5147</sup>. C'est la raison pour laquelle, la question de la durée est toujours sujette à tension : « les titulaires de droits ont toujours tendance à trouver la durée légale trop courte, tandis que les utilisateurs et le public déplorent des durées excessives<sup>5148</sup>. »

La durée post mortem actuelle des droits patrimoniaux (70 ans) est-elle appropriée ? Certains comme M. Bertrand, la jugent « totalement disproportionnée » et proposent à ce titre de réduire la durée, de prendre comme point de départ la publication de l'œuvre et d'instaurer un système de déchéance<sup>5149</sup>. Les critiques concernent également l'extension continue et « irrationnelle » de la durée des droits<sup>5150</sup>, laquelle semble moins justifiée par le souci de favoriser la créativité que de prolonger les monopoles des titulaires de droits<sup>5151</sup>. En effet, la durée des droits de l'auteur, depuis près de deux siècles, est quasiment passée d'un rapport de un à dix. Récemment, l'extension de la durée des droits voisins des artistes-interprètes par la directive européenne du 12 décembre 2006<sup>5152</sup>, justifiée officiellement pour favoriser la situation sociale des artistes et des exécutants, a été ainsi perçue comme excessive et injustifiée au regard de l'analyse économique. La doctrine a dénoncé cette extension du monopole exclusif destinée à protéger les intérêts des cessionnaires des droits bien avant ceux

---

<sup>5146</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Paris : Dalloz, 1978, n° 322.

<sup>5147</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008 : « pour favoriser le cumul des connaissances, il importe de faciliter aux créateurs, pour les créations à venir, l'accès aux créations existantes. Toute augmentation du coût d'accès aux créations existantes tend à réduire l'innovation de filiation ; une monopolisation durable des créations existantes entraverait sérieusement la créativité globale d'une société à long terme ».

<sup>5148</sup> ALLEAUME C., *Propriété intellectuelle*, Paris : Montchrestien, 2010, n° 182.

<sup>5149</sup> V. BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 106.89.

<sup>5150</sup> Ibid.

<sup>5151</sup> V. les références citées par M. Pfister, PFISTER L., « Histoire du droit d'auteur », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1110, 2010, n° 90.

<sup>5152</sup> Extension de cinquante à soixante-dix ans (v. directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins).

des titulaires initiaux de ces derniers<sup>5153</sup>. M. Huet va même jusqu'à comparer le droit d'auteur aux abus commis sous l'Ancien Régime par les classes privilégiées : « les offices de l'Ancien Régime ont été largement supprimés parce qu'ils donnaient lieu à des abus. Peu importe, on en a recréé d'autres, prétendument fondés sur le talent, voire le génie : les propriétés intellectuelles, et avant tout le droit d'auteur. Car, qui oserait prétendre que l'auteur d'un titre à la mode, très rentable mais voué à un oubli certain, a vraiment du génie. Avec le droit d'auteur, donc, nous recréons des rentes de situation dont le bénéficiaire est largement accaparé par les sociétés d'auteurs qui prétendent défendre ceux-ci<sup>5154</sup> ». Pour des auteurs, « on perd l'équilibre au profit de la « propriété » sans limite, et l'économie de rente qui y est attachée<sup>5155</sup> ».

**Le droit d'auteur comme mode de protection de l'investissement.** La protection des investissements des entreprises semble désormais l'une des finalités du droit d'auteur<sup>5156</sup>. Lorsque les acteurs du droit décident d'abaisser ou de modifier les conditions de protection des œuvres<sup>5157</sup>, ils expriment, avec plus ou moins d'assurance, une volonté de protéger les efforts, c'est-à-dire, les investissements du créateur<sup>5158</sup>. En conférant les droits plus facilement et en définissant de manière large les prérogatives<sup>5159</sup>, les acteurs du droit réduisent au profit des titulaires de droits les risques afférents à toute production d'information<sup>5160</sup> ce qui provoque in fine une augmentation des prix des biens et services intégrant ces informations au détriment des consommateurs.

**Le recours à l'« équilibre ».** Parmi toutes les notions employées pour fournir de nouvelles représentations<sup>5161</sup> ou de nouveaux modèles du droit d'auteur et restaurer une forme de

---

<sup>5153</sup> DUSOLLIER S., « Les artistes-interprètes pris en otage ! », *Auteurs & média*, 2008/5, pp. 426-433. V. égal. GEIGER Ch., « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », *D.*, n° 41, 2008. 2881.

<sup>5154</sup> HUET J., « Le beurre et l'argent du beurre », *D.* 2009, p. 2939 et s., n° 11.

<sup>5155</sup> DULONG De ROSNAY M., Le CROSNIER H., *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, Paris : CNRS éditions, 2013, p. 77.

<sup>5156</sup> V. VIVANT M., « L'investissement, rien que l'investissement », *RLDI*, mars 2005, n° 3, pp. 41-48 ; GEIGER Ch., th. préc., n° 38 ; HERMITE M.-A., « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation – L'exemple des droits intellectuels », *Arch. phil. droit*, n° 30, 1986, pp. 331-348.

<sup>5157</sup> Par le recours par exemple à une acception objective plutôt que subjective de la condition d'originalité.

<sup>5158</sup> Ce qui conduit à la restauration de la justification lockéenne de la propriété, v. BUYDENS M., op. cit., p. 284 et s.

<sup>5159</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 1143.

<sup>5160</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., id., n° 982 et s.

<sup>5161</sup> A été tenté de représenter le droit d'auteur à partir de la structure en réseau, v. VARNEROT V., « La propriété littéraire artistique en réseau », *Comm. com. électr.*, mars 2013, n° 3, étude 4 ; DUONG L.-M., « Les sources du

légitimité à la matière (« fonction<sup>5162</sup> » « fonction sociale<sup>5163</sup> », « finalité sociale<sup>5164</sup> », « intérêt général<sup>5165</sup> », « contrat social<sup>5166</sup> »), le terme « équilibre » est l'un des plus usités. Le terme permet d'ailleurs de définir certaines notions précitées comme la « fonction sociale<sup>5167</sup> » ou la « fonction<sup>5168</sup> » ; l'« intérêt général » quant à lui, est désormais compris par la « balance des intérêts<sup>5169</sup> ».

Toutefois, comme les notions précitées, le terme « équilibre » peut prendre n'importe quelle posture et servir n'importe quelle fin. Par exemple, M. Gautier en appelle à la justice et à *l'équilibre des intérêts*<sup>5170</sup>, afin de renforcer la légitimité du droit d'auteur et pour s'opposer

---

droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », D. 2010, n°13, pp. 783-789 ; sur le modèle du droit d'auteur et l'ère numérique, v. CHARDEAUX M.-A., « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », Comm. com. électr., mai 2011, pp. 10-16.

<sup>5162</sup> V. le dossier spécial « Fonction(s) des droits de propriété intellectuelle », in, Propr. Ind., octobre 2010, n° 10, dossier 1 ; SIIRIAINEN F., « La propriété intellectuelle au coeur de l'économie de l'immatériel : le point de vue d'un juriste », in, VIVANT M. (dir.), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2014, p. 51 ; V. égal. SIIRIAINEN F., « L'appropriation », in, LOQUIN E., MARTIN A. (dir.), Droit et marchandisation, actes du colloque des 18 et 19 mai 2009 organisé à Dijon par l'Université de Bourgogne et le CREDIMI-CNRS, Paris : Litec, 2010, pp. 137-161, spéc. p. 148 et s.

<sup>5163</sup> GEIGER Ch., « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », in, VIVANT M. (dir.), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2014, pp. 79-96 ; GEIGER Ch., « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D. 2010, p. 510 et s. Si l'idée de « fonction sociale » est le plus souvent attachée à Duguit, on la retrouve également chez Hauriou. Celui-ci expliquait que dans les droits individuels, la fonction du droit était le plus souvent camouflée derrière les deux éléments constitutifs de tout droit, à savoir l'« intérêt » et le « pouvoir ». Toutefois, cette fonction attribuée au droit était nécessairement inscrite dans celui-ci. Il donnait à ce titre l'exemple du droit d'auteur, v. HAURIUO M., Principes de droit public, préf. BEAUD O., Paris : Dalloz, 2010, p. 39.

<sup>5164</sup> CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl., Montpellier I : 2004, p. 1178.

<sup>5165</sup> V. BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008.

<sup>5166</sup> GITTON A., « Le droit d'auteur, un contrat social », *Légipresse*, mars 2006, n° 229, pp. 39-40.

<sup>5167</sup> GEIGER Ch., « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », art. préc., p. 511 : « L'équilibre, voilà le concept phare qui se trouve derrière la fonction sociale. Si le droit est question d'équilibre, alors il ne saurait exister de droit « absolu » pouvant être exercé de manière totalement égoïste, sans considération des conséquences que cet exercice entraîne, mais que des droits 'relativisés' » considération des conséquences que cet exercice entraîne, mais que des droits 'relativisés' par les droits des autres et le bien-être de la collectivité ».

<sup>5168</sup> SIIRIAINEN F., « La propriété intellectuelle au coeur de l'économie de l'immatériel : le point de vue d'un juriste », art. préc., p. 51 : « tout cela semble signer, à notre avis, la fin d'une certaine conception de la propriété intellectuelle et le début d'une ère nouvelle : celle d'une propriété intellectuelle « fonction ». Cette vision figure d'ailleurs expressément à l'art. 7 de l'Accord APDIC : '(Objectifs) La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer (...) à assurer un équilibre de droits et d'obligations'. Cette convergence vers l'équilibre, dans le cadre d'un changement de paradigme, n'est cependant pas sans faire naître de crainte ».

<sup>5169</sup> ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 2, pp. 423-445 ; LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 79-91 ; GALOPIN B., th. préc., n° 41 et s.

<sup>5170</sup> GAUTIER P.-Y., « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », in, La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, p. 23 : « je ne trouve pas 'brutal et vulgaire' d'assimiler l'acte de contrefaçon au vol. (...) Le vol c'est l'atteinte à la propriété légitime d'autrui. Les auteurs, depuis la loi Le Chapelier de 1793, se sont vus reconnaître un droit de propriété. Le droit c'est la justice, et la justice c'est l'équilibre entre les intérêts des uns et des autres. Or, cette société qui est proposée est déséquilibrée au détriment de ceux qui bâtissent la

aux revendications d'une culture de la gratuité et aux appels de certains « insurgés » (tirant partie de la crise de la légitimité du droit d'auteur) à la désobéissance civile. Dans le même temps, l'auteur *Du bon usage de la piraterie : culture libre, sciences ouvertes*<sup>5171</sup>, Florent Latrive -qui se réclame de Proudhon- convoque l'objectif initial du droit d'auteur : « *l'équilibre entre le créateur et le public*<sup>5172</sup> » afin de renforcer les droits des utilisateurs.

L'emploi des mêmes mots par deux auteurs dont les points de vue sont relativement divergents sur la nature et la portée du droit d'auteur, atteste à nouveau d'une part que le terme n'a aucune signification autonome (indépendante du contexte dans lequel il est utilisé) et d'autre part qu'il est destiné à rendre acceptable et légitime la représentation du droit d'auteur promue par celui qui s'en prévaut. Or, cette équivocité n'aide pas à atteindre l'objectif de légitimation poursuivi. Au contraire, le terme, par excès d'usage, devient suspect<sup>5173</sup>. M. Lucas par exemple, après avoir constaté le caractère incertain des fondements de la propriété intellectuelle, regrette cependant que certains « enterrent le système » ou que d'autres, de manière plus discrète ou hypocrite, « *dénoncent l'excès de protection et réclament un nouvel équilibre entre tous les intérêts*<sup>5174</sup> ».

---

culture ou les activités de distraction du public » ; du même auteur GAUTIER P.-Y., « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, p. 23. A propos de la pondération des intérêts comme seul moyen de redonner à la propriété intellectuelle, sa légitimité, v. égal. SPADA M., « Accueil », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 5-7.

<sup>5171</sup> LATRIVE FL., *Du bon usage de la piraterie*, Paris : Exils, 2004, 170 p.

<sup>5172</sup> LATRIVE FL., « Le débat autour de l'appropriation de la pensée », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 74 et p. 77 ; du même auteur, « La propriété intellectuelle : l'irruption du public », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, p. 20-21 : « La propriété intellectuelle avait été dessinée au profit des seuls acteurs professionnels de l'immatériel, elle doit désormais répondre à son objectif initial : garantir l'équilibre entre les créateurs et le public (...) Toute évolution de la propriété intellectuelle doit revenir à un principe fondamental : l'équilibre »

<sup>5173</sup> V. AZZARIA G., « Culture et commerce : la rhétorique de l'équilibre », in, GAGNE G. (dir.), *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective?*, Montréal : Éditions Fides, 2005, pp. 63-78.

<sup>5174</sup> LUCAS A., « Présentation », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, p. 2. Pour un regard suspect sur la notion d'« équilibre » ou de « balance » régulièrement employée par les acteurs du droit et la doctrine canadiens, v. MOYSE P.-E., « Abus et Propriété Intellectuelle ou du Bon Usage des Droits », in, *Intellectual Property for the 21st Century*, Montréal : Irwin Law, 2014, p. 134.

## B) Une crise d'identité

Jeune, le droit d'auteur français est le produit d'une riche histoire et d'une culture<sup>5175</sup> et traduit les mythes et valeurs de la société<sup>5176</sup>. Il présente des traits spécifiques, tous plus ou moins liés à la préséance des intérêts de l'auteur. Le droit moral, la titularité des droits au profit de l'auteur, le critère subjectif d'originalité, les exceptions fermées, la rédaction synthétique des droits sont autant de traits qui permettent de caractériser le droit d'auteur français et de le distinguer des modèles allemand et américain. Il est donc possible de dire que le droit d'auteur français, comme ses homologues, a une identité. Comme pour tout ce qui peut être considéré comme porteur d'une identité (une langue, une culture, une tradition), certains juristes sont particulièrement attachés au respect de l'identité du droit d'auteur « à la française<sup>5177</sup> ».

Cette identité avons-nous dit est consubstantielle à la place conférée à l'auteur par la législation. Or, différents facteurs, parce qu'ils contribuaient à relativiser la place de l'auteur voire à ériger « *un droit d'auteur sans auteur*<sup>5178</sup> », ont naturellement suscité la crainte d'une perte d'identité du droit d'auteur<sup>5179</sup>.

**L'évolution des technologies de l'information et de la communication.** Les règles de droit doivent nécessairement s'adapter au contexte économique, social et technique de la société pour pouvoir continuer d'encadrer les comportements en société. Lorsque l'évolution des technologies est devenue particulièrement rapide, la doctrine s'est immédiatement saisie de la question des rapports entre le droit d'auteur et les nouvelles technologies de l'information et de la communication<sup>5180</sup>. Dans ce cadre, certains auteurs ont redouté que la réponse juridique

---

<sup>5175</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., op. cit., p. 564 note 5.

<sup>5176</sup> MORIN J.-Fr., « L'adhésion des pays en développement au droit de la propriété intellectuelle », in VIVANT M (dir), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2014, p. 18.

<sup>5177</sup> V. POLLAUD-DULIAN F., « Une apologie du droit d'auteur 'à la française' », in, La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose, Bruxelles : Bruylant, 2012, pp. 1133-1159.

<sup>5178</sup> LATREILLE A., « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », Droit et Patrimoine, n° 162, septembre 2007, p. 28 et s.

<sup>5179</sup> V. SIRINELLI P., « Le droit d'auteur à l'aube du 3<sup>e</sup> millénaire », JCP éd.G., 2000, n° 1, I 194.

<sup>5180</sup> BECOURT D., « L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs », LPA, 2000, n° 105, pp. 5-12 ; GAUDRAT P., « Forme numérique et propriété intellectuelle », RTD com., 1<sup>e</sup> partie, 2000 p. 910 et s. ; 2<sup>e</sup> partie, 2001 p. 96 et s. ; DIETZ A., « Mutation du droit d'auteur – changement de paradigme en matière de droit d'auteur », RIDA, 1988, n° 138, p. 22-72 ; HUET J., « Quelle culture dans le 'cyber-espace' et quels droits intellectuels pour cette 'cyber-culture' ? », D. 1998, pp.185-194 ; DREIER T., « L'analogie, le digital et le droit d'auteur », in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, pp.

à cette évolution se traduise par une « *perte d'identité du droit d'auteur*<sup>5181</sup> ». C'est notamment la protection des logiciels par le droit d'auteur qui a suscité des inquiétudes. Le régime de cette protection présentait certains caractères en contradiction avec la conception personnaliste du droit. Ainsi la loi du 3 juillet 1985, en prévoyant une dévolution des droits automatiques de l'auteur salarié d'un logiciel au profit de son employeur fut perçue comme la manifestation du « *mouvement de dépersonnalisation du droit d'auteur*<sup>5182</sup> » ou comme la « *greffe du copyright sur le droit d'auteur*<sup>5183</sup> ».

La crainte d'une perte d'identité du droit d'auteur a également été intensément ressentie lorsque la Cour de cassation a adopté avec l'arrêt Pachot<sup>5184</sup> un critère davantage objectif que subjectif de protection des œuvres informatiques. L'originalité en son acception subjective (« l'empreinte de la personnalité de l'auteur ») était perçue non seulement pour Desbois comme le critère de protection des œuvres mais encore comme le fondement du droit d'auteur. Dès lors, la substitution du critère objectif au critère subjectif a provoqué un sentiment de perte d'un élément constitutif du droit d'auteur.

**Les normes internationales et communautaires.** Nous l'avons déjà constaté, la doctrine s'est inquiétée de certaines normes internationales et communautaires dont le contenu ne s'avérait pas toujours conforme à la conception personnaliste du droit d'auteur. Nous avons déjà observé les réactions de la doctrine face à la notion d'équilibre contenue dans les traités OMPI, l'Accord ADPIC et la directive Dadvsi. Un autre facteur s'avère également source d'inquiétudes : la technique légistique employée pour la rédaction des normes. En effet, l'approche française se caractérise par une formulation des droits particulièrement large. D'une part les énoncés sont peu nombreux et peu précis, d'autre part, ils contiennent de nombreuses notions à contenus variables (œuvre, auteur, originalité, etc.) destinées à protéger

---

119-131 ; HILTY R., « L'avenir du droit d'auteur dans le « dilemme numérique », RLDI, janvier 2005, n° 1, pp. 49-52 ; MEZGHANI N., « aux origines de la modernité », RIDE, 1993/2, p. 127 et s.

<sup>5181</sup> LEGEAIS R., « Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies », RIDC, 1990, n° 2, p. 689 et s. ; v. égal. CORBET J., « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », RIDA, avril 1991, n° 148, p. 59 et s. ; v. aussi. dans une perspective plus générale, SPADA M., « Accueil », in, La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 5-7.

<sup>5182</sup> LEGEAIS R., « Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies », RIDC, 1990, n° 2, p. 690.

<sup>5183</sup> EDELMAN B., « Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit », D. 1990, p. 295.

<sup>5184</sup> Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, Pachot, JCP éd. G., 1986, II, 20631, note MOUSSERON, TEYSSIE et M. VIVANT ; D. 1986, jurispr. p. 405, note EDELMAN ; RIDA 3/1986, p. 136, note LUCAS ; RTD com. 1986, p. 399, obs. FRANÇON.

un large éventail de créateurs et de créations. Cette démarche légistique atteste la volonté du législateur de ne pas concevoir les droits de l'auteur comme des exceptions à la liberté d'entreprise et à la liberté d'expression. Au contraire, le législateur dans le modèle du copyright entend préciser chacune des prérogatives de l'auteur afin que l'étendue des restrictions aux libertés publiques causée par celles-ci soit la plus réduite possible. Or, le traité OMPI en consacrant certains droits spécifiques au profit de l'auteur comme le droit de distribution à l'égard de tout type d'œuvre<sup>5185</sup> ou le droit de location pour certaines d'entre elles<sup>5186</sup> a été accusé d'introduire le style analytique du copyright et corrélativement de causer « *la faillite de l'esprit de synthèse*<sup>5187</sup> » propre à la conception française.

Ces éléments, parmi d'autres<sup>5188</sup>, suffisent à souligner la crainte d'une perte d'identité du droit d'auteur. Le discours conservateur de l'équilibre, par la répétition de l'idée que le droit d'auteur repose sur des « équilibres traditionnels<sup>5189</sup> » dont il faut assurer la conservation, tend à constituer une résistance contre l'approche conséquentialiste du droit d'auteur.

## II) Compenser la crise des fondements du droit d'auteur

**La nécessité de repenser le droit d'auteur.** M. Vivant rappelle régulièrement la nécessité d'abandonner les dogmes lorsque ceux-ci n'apparaissent plus aptes à saisir la réalité et plus encore lorsqu'ils la travestissent<sup>5190</sup>. Corrélativement, il est un « impératif indiscutable, tant intellectuel que pratique » affirme-t-il, de « repenser la propriété intellectuelle pour le XXIe

---

<sup>5185</sup> Art. 6 du traité OMPI.

<sup>5186</sup> Article 7 du traité OMPI.

<sup>5187</sup> GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, n° 187, p. 87 : « la multiplication des prérogatives, c'est la faillite de l'esprit de synthèse ».

<sup>5188</sup> Sur les manifestations du « déclin de l'auteur », v. LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., op. cit., n° 38.

<sup>5189</sup> GAUDRAT Ph., « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition », RTD com., octobre/décembre 2006, pp. 814-842, n° 3.

<sup>5190</sup> Par ex., VIVANT M., « Objet juridique, objet social, Réflexion sur la propriété intellectuelle », PI, avril 2012, n° 43, pp. 269-272. V. aussi en ce sens : BECOURT D., « L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs », LPA, 2000, n° 105, pp. 5-12.

siècle<sup>5191</sup> », autrement dit, de redonner à la science du droit les moyens d'appréhender le droit de la propriété intellectuelle tel qu'il se dessine depuis ces trois dernières décennies<sup>5192</sup>.

Relativement au droit d'auteur, l'un des changements le plus significatif est assurément « *l'irruption de la non-exclusivité*<sup>5193</sup> ». L'importance du domaine public dans les projets de normes, la place fondamentale des exceptions, le recours aux licences obligatoires par le législateur et aux licences forcées par le juge, le recours aux licences libres par les titulaires de droits (copyleft), le régime des livres indisponibles, conduisent à réduire le champ sur lequel l'auteur disposait traditionnellement d'une maîtrise absolue de son œuvre. Ce recul du régime de l'exclusivité, en tant que nouvelle réalité juridique du droit d'auteur, constitue le défi majeur des juristes qui ne peuvent faire l'économie de *repenser le droit d'auteur*.

**Le discours de l'équilibre pour éviter de repenser le droit d'auteur.** Le discours conservateur de l'équilibre nous semble constituer l'une des réponses de la doctrine pour éviter de se confronter aux modifications substantielles subies par le droit d'auteur ou du moins pour parvenir à les appréhender dans un cadre encore conforme à la tradition du droit d'auteur. Ce discours révèle donc moins un remède qu'un symptôme d'une crise de la science du droit.

Le juriste, disait Bentham, a une fonction *d'exposant* et une fonction de censeur. D'une part, il expose les règles existantes afin de favoriser leurs connaissances auprès de leurs destinataires (fonction descriptive), d'autre part, il critique le droit *tel qu'il est* au regard du droit tel qu'il devrait être (fonction normative). Ces fonctions étant distinctes, les outils et notamment le langage utilisé doivent être spécifiques à chacune d'elle. Or, le discours de l'équilibre a tendance à générer une réelle confusion entre *l'être* et le *devoir-être*. On passe subrepticement d'un énoncé de type « *le droit d'auteur repose sur des équilibres fragiles* » à « *il ne faut pas modifier ces équilibres* » sans qu'aucune réelle justification ne soit donnée.

---

<sup>5191</sup> VIVANT M., « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir », in, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?, Paris : LexisNexis, 2014, p. 14.

<sup>5192</sup> La loi du 3 juillet 1985 est souvent considérée comme le point de départ du droit d'auteur moderne, économique (voire industriel) et ouvertement favorable aux exploitants, v. EDELMAN B., « Une loi substantiellement internationale – la loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins », Journal de droit international, 1987, n° 3, pp. 555-609 ; KEREVER A., « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », RIDA, janvier 1986, n° 127, pp. 17-69.

<sup>5193</sup> DUSOLLIER S., « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 29-48.

Les différents usages du discours de l'équilibre en droit d'auteur montre que l'« équilibre » est, ce que Bentham appelait, un « principe d'arbitraire ». A l'instar du « droit naturel » ou de l'« équité » dans le discours doctrinal, l'« équilibre » dans la doctrine du droit d'auteur, est l'un de « ces mots répétés par tout le monde, sans être expliqués par personne, [et qui] n'expriment qu'un sentiment d'approbation<sup>5194</sup> ». Autrement dit, toute proposition de modification d'une règle, que ce soit en faveur de l'auteur, ou en faveur des utilisateurs, sera potentiellement toujours exposée à la critique selon laquelle elle bouleversera le « fragile équilibre » du droit d'auteur et, dans le même temps, toujours exposée à l'approbation selon laquelle cette proposition assure un « juste équilibre des intérêts en présence ». Contre une proposition de norme qui vise à réduire la liste des exceptions ou une autre qui vise au contraire à augmenter cette liste, il sera toujours possible d'invoquer, en faveur des utilisateurs ou pour défendre l'auteur, le respect des « *équilibres du droit d'auteur* » afin que les choses restent en l'état. Par contre, à l'appui d'une proposition doctrinale invitant le juge à se saisir du test des trois étapes pour étendre la liste des exceptions ou invitant le législateur au renforcement des droits de l'auteur contre le péril numérique, on convoquera « *l'équilibre des intérêts* ».

En d'autres termes, lorsque l'on est favorable à une évolution du droit d'auteur, on dira qu'elle est nécessaire pour « l'équilibre des intérêts en présence » (principe de sympathie). Lorsqu'on est opposé à cette évolution, on dira qu'elle compromet « les fragiles équilibres du droit d'auteur » (principe d'antipathie).

Dans ce type de discours, finalement, la notion d'équilibre sert de « métanorme », c'est-à-dire, une norme située au dessus des normes juridiques à l'instar de la métanorme « personnaliste » ou la métanorme du « marché »<sup>5195</sup>. Or, les métanormes qui permettent de nourrir un discours normatif sur le droit positif sont classiquement corrélées à l'un ou l'autre des deux fondements du droit d'auteur : le jusnaturalisme ou l'utilitarisme. Or ici, puisque les différentes acceptions de l'équilibre peuvent aussi bien soutenir une approche utilitariste qu'une approche personnaliste ou jusnaturaliste, il est désormais difficile sinon impossible de rattacher aujourd'hui la notion d'« équilibre » à l'un ou l'autre fondement. Privé de référence et de fondement sur lequel il serait possible de se reposer pour discourir sur le contenu du

---

<sup>5194</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST, DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, 2010, p. 205.

<sup>5195</sup> V. GELLER P. E., « Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur : la richesse sémiotique », art. préc.

droit positif, le mot ne donne alors aucune prise à la contestation ni à la contre-argumentation. La notion d'« équilibre » permet simplement de tourner en rond dans le cercle du langage.

**La carence de fondements opératoires.** Le discours de l'équilibre révèle à nos yeux une crise de la science du droit dans la mesure où le mot « équilibre » et ses avatars semblent s'être substitués dans les énoncés doctrinaux aux fondements classiques de l'institution. Cela apparaît clairement lorsqu'on compare la situation actuelle à celle du XIXe siècle. Lors des grands débats du XIXe siècle, la question de la nature et de la durée des droits d'auteur était intimement liée à celle des fondements du droit d'auteur. Une grande partie de la controverse était d'ailleurs consacrée aux fondements du droit d'auteur (droit naturel de propriété ou droit positif fondé sur l'utilité) afin de pouvoir ensuite traiter de la question de la nature de celui-ci (droit de propriété ou droit de créance) et enfin de sa durée (perpétuelle ou délimitée). Au contraire aujourd'hui, les controverses, telle que celle sur le caractère ouvert ou fermé de la liste des exceptions, sur leur interprétation, leur contractualisation<sup>5196</sup>, la fonction du triple test, etc., font généralement l'économie d'un débat sur les fondements du droit d'auteur comme s'ils ne pouvaient plus apporter de réponses aux questions essentielles ou servir à convaincre l'auditoire<sup>5197</sup>.

Signe encore du faible intérêt pour la question, celle-ci n'est que très rarement traitée dans les manuels de droit<sup>5198</sup>. Dans les travaux de thèses, l'étude des fondements est surtout traitée chez les auteurs belges<sup>5199</sup> et/ou les auteurs ayant opté pour l'approche comparative<sup>5200</sup>. Notons toutefois la récente publication de l'ouvrage de Mme Buydens relatif à l'évolution

---

<sup>5196</sup> V. ALLEAUME Ch., « La contractualisation des exceptions – la situation en France », in, *Droit d'auteur et numérique*, Quelles réponses de la DADVSI ?, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 436-442 ; DUSOLLIER S., « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », in, « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 443-452 ; COLIN C., « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? », *Comm. com. électr.*, février 2010, pp. 6-11.

<sup>5197</sup> V. cependant, DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005, 582 p.

<sup>5198</sup> Exceptés les ouvrages de M. Tafforeau, de MM. Alleaume et CRAIPEAU (v. TAFFOREAU P., *Droit de la propriété intellectuelle*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Gualino, 2012, p. 57 ; ALLEAUME C., *Propriété intellectuelle*, Paris : Montchrestien, 2010, p. 103 et s.). M. Geiger a également constaté le peu de place que la doctrine française accorde à la question des fondements du droit d'auteur (v. GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, n° 20).

<sup>5199</sup> RECHT P., *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris : LGDJ, 1969, 338 p. ; STROWEL A., th. préc., p. 77 et s. ; DUSOLLIER S., th. préc., p. 212 et s.

<sup>5200</sup> ZOLLINGER A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, préf. GAUDRAT Ph., Poitiers : LGDJ, 2008, p. 46 et s. ; GEIGER Ch., th. préc., 442 p.

historique et philosophique dans lequel la question des fondements est abondamment traitée<sup>5201</sup>.

Le peu d'intérêt suscité actuellement pour les fondements du droit d'auteur peut s'expliquer en raison de leur utilité relative. En effet, les fondements traditionnels du droit d'auteur (A) ont fait l'objet de critiques importantes (B) qui soulignent les limites de chacun des fondements du droit d'auteur. Ces critiques, si elles demeurent justifiées par leur finalité épistémologique, présentent néanmoins un inconvénient : elles tendent à saper d'un point de vue pratique la légitimité de la matière.

#### *A) Les fondements traditionnels du droit d'auteur*

Les fondements traditionnels du droit d'auteur sont, pour reprendre la distinction de M. Geiger<sup>5202</sup>, d'une part, le fondement « personnaliste », d'autre part, le « fondement utilitariste ». Le premier est centré sur la personne de l'auteur, le second sur l'apport de l'œuvre au bien-être général.

##### 1) Le fondement personnaliste

Selon la justification personnaliste, les droits de l'auteur sont la traduction de la relation particulière entre l'œuvre et l'auteur. Par le travail duquel résulte l'œuvre ou par la transmission de sa personnalité, l'auteur produit une chose qui lui est propre.

##### a) Le droit naturel de propriété selon John Locke

Le fondement personnaliste porte exclusivement sur le lien existant entre l'auteur de l'œuvre et cette dernière. On fait remonter ce fondement à la théorie de la propriété de John Locke davantage destinée à l'origine aux choses corporelles.

---

<sup>5201</sup> BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 255 et s. Mme Buydens distingue cinq fondements

<sup>5202</sup> GEIGER Ch., *th. préc.*, n° 22 et s. Selon Mme Buydens, il existe cinq justifications de la propriété intellectuelle en général (le travail, le contrat, l'occupation, l'utilité, la personnalité) (v. BUYDENS, *op. cit.*, pp. 255-347).

**John Locke.** Philosophe anglais, John Locke (1632-1704) est considéré comme une influence majeure des révolutions anglaise, américaine ou française<sup>5203</sup>. Il précède et prépare le siècle des Lumières, contribue au libéralisme économique et donne naissance, pour ainsi dire, au libéralisme politique. Il doit sa réputation à deux ouvrages essentiels. Dans l'Essai sur *l'entendement humain*, il pose les fondements de la connaissance d'après une méthode empirique, à l'opposé du rationalisme de Descartes, et démontre que la source des idées humaines n'est pas divine mais dû à un processus d'élaboration interne à chacun (la cognition<sup>5204</sup>). Cette sécularisation favorisera la reconnaissance d'un lien irréductible entre l'auteur et sa création<sup>5205</sup>. A vrai dire, c'est surtout le second traité du Gouvernement qui aura une forte influence sur la naissance de la propriété littéraire<sup>5206</sup>. Au demeurant, dans ce traité, Locke souhaite établir les origines, l'étendue et la finalité de l'autorité politique<sup>5207</sup>. Pour ce faire il doit résoudre le problème théorique de la justification naturelle de la propriété. Ce faisant, il change le cours de l'Histoire<sup>5208</sup>.

---

<sup>5203</sup> V. LESCUYER G., Histoire des idées politiques, Paris : Dalloz, 2001, n° 239.

<sup>5204</sup> HESSE C., « The rise of intellectual property, 700 B.C.--A.D. 2000 : an idea in the balance », *Daedalus*, 2002, n° 2, p. 33 : « If all knowledge was derived from the senses working upon nature, as Locke had argued in the *Essay Concerning Human Understanding* (1689), there was no role left for divine revelation. In the secular epistemology of Locke, inspiration is internalized and redefined as cognition ».

<sup>5205</sup> Alors même que durant la Renaissance, les artistes jouissaient d'une reconnaissance sans commune mesure avec le passé, on considérait encore leurs créations moins comme le résultat de la mise en œuvre de compétences personnelles et d'un travail laborieux que comme la manifestation d'une inspiration divine (v. HESSE C., op. cit., p. 28 et s. ; BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 103 et s.).

<sup>5206</sup> V. BUYDENS M., op. cit., p. 258 et s.

<sup>5207</sup> Il faut donc veiller à ne pas déconnecter sa théorie de la propriété aux fins politiques auxquelles elle est sert : « sa théorie de la propriété ne peut pas se lire indépendamment de tous les autres aspects de son Traité. Elle n'est que le pilier central qui lui sert à démontrer pourquoi le seul gouvernement légitime, au regard de la loi de nature — et donc de la raison humaine, est un gouvernement limité, un État constitutionnel. En réalité John Locke a fait une *œuvre de philosophie morale visant à établir le caractère ontologique de ce que l'on appelle la démocratie* » (LEPAGE H., op. cit., p. 73. V. aussi : GOYARD-FABRE S., « Les traités politiques de Locke », in, *Traité du gouvernement civil*, LOCKE J., Paris : GF Flammarion, 1984, p. 82).

<sup>5208</sup> LEPAGE H., *Pourquoi la propriété*, Paris : Hachette, 1985, pp. 73-74 : « Avec [Locke], la propriété entre ainsi dans une nouvelle phase de son histoire conceptuelle. Jusque-là associée essentiellement à l'émancipation des notions métaphysiques de libre arbitre et de liberté personnelle, elle devient le fondement, l'expression, le garant de la liberté et de la démocratie politique. Résultat : les lumières du XVIIIe siècle, la Révolution et l'Indépendance américaine, mais aussi la Déclaration des droits de l'homme de 1789, conçue et écrite par des hommes profondément marqués par la problématique de Locke ».

**Le rôle de la propriété dans la théorie politique de Locke.** Dans le célèbre chapitre V du second traité sur le gouvernement<sup>5209</sup>, John Locke démontre que l'homme est titulaire d'un droit naturel de propriété sur les choses.

Chez Locke, contrairement à Kant ou Hobbes, l'état de nature n'est pas un état de guerre, mais plutôt un état de paix relative. Sans personne pour les assujettir, les hommes demeurent libres et égaux<sup>5210</sup>. Ils ne sont soumis qu'à la loi de Dieu et à la loi Naturelle<sup>5211</sup> dictées par leur raison. A cet égard, ils sont titulaires de droits naturels et de devoirs.

Bien qu'étant un état de paix et de bienveillance, l'état de nature demeure défectif car dénué de toute garantie<sup>5212</sup>. En effet, l'état de nature, sans lois positives ni juge pour les appliquer, peut se transformer à tout moment en état de guerre. L'état de nature, du fait de cette insécurité latente, est impropre à sauvegarder les droits naturels de chacun. Certes la violation des droits d'autrui par un individu lui fait encourir une sanction, mais celle-ci émane d'une justice privée et anarchique. Les hommes, aspirant à un autre état à même de garantir leurs droits, s'associent « afin de vivre dans le confort, la sécurité et la paix, de jouir en sûreté de leurs propriétés, et d'être protégés contre ceux qui ne sont pas des leurs<sup>5213</sup> ». En renonçant volontairement au pouvoir que chacun tient du droit naturel, pour le confier à une autorité publique, les hommes, par convention, instituent un arbitre et un juge.

Finalement, selon Locke, la raison principale de l'institution du gouvernement est la conservation de la propriété individuelle<sup>5214</sup>. Une fois le gouvernement institué, les hommes

---

<sup>5209</sup> LOCKE J., Traité du gouvernement civil, Paris : GF Flammarion, 1984.

<sup>5210</sup> L'état de nature est « un état de parfaite liberté, un état dans lequel, sans demander de permission à personne, et sans dépendre de la volonté d'aucun autre homme, ils peuvent faire ce qu'il leur plaît, et disposer de ce qu'ils possèdent et de leurs personnes, comme ils jugent à propos, pourvu qu'ils se tiennent dans les bornes de la loi de la Nature. Cet état est aussi un état d'égalité ; en sorte que tout pouvoir et toute juridiction est réciproque, un homme n'en ayant pas plus qu'un autre » (LOCKE J., op. cit., p. 173 (§ 4)).

<sup>5211</sup> La loi de nature (the Law of Nature) est selon H. Lepage, un code moral naturel inscrit dans la raison des hommes. Cette loi impose notamment de ne pas attenter à la liberté ni à la possession des autres, de ne pas gaspiller etc. (LEPAGE H., op. cit., p. 67).

<sup>5212</sup> LOCKE J., op. cit., p. 275 (§ 127) : « les inconvénients auxquels [les hommes] s'y trouvent exposés, par l'exercice irrégulier et incertain du pouvoir que chacun a de punir les crimes des autres, les contraignent de chercher dans les lois établies d'un gouvernement, un asile et la conservation de leur propriétés ».

<sup>5213</sup> LOCKE J., op. cit., p. 250 (§ 95).

<sup>5214</sup> LOCKE J., op. cit., p. 274 (§ 124) : « la plus grande et la principale fin que se proposent les hommes, lorsqu'ils s'unissent en communauté et se soumettent à un gouvernement, c'est de conserver leurs propriétés, pour la conservation desquelles bien des choses manquent dans l'état de nature ».

Il convient de noter à cet égard, que le sens donné par Locke au mot propriété (property) est relativement ambiguë et sans aucun doute plus large que le sens qu'on donne traditionnellement au mot. Derrière property, Locke englobe le corps, la vie, la liberté, et l'ensemble des possessions de l'homme (v. LEPAGE H., Pourquoi la propriété, Paris : Hachette, 1985, p. 72 ; STROWEL A., th. préc., p. 180 : « Tantôt le mot « property » a un sens étroit, il renvoie aux choses corporelles, tantôt il revêt un sens large, la « property » incluant ici tous les droits auxquels on peut prétendre, les droits patrimoniaux mais également les droits de la personnalité. En ce sens, « property » devient synonyme de l'appartenance et de la maîtrise qui caractérise tout droit (subjectif) ».

vivent sans crainte pour leur vie et leurs biens qu'ils peuvent indéfiniment accumuler. Toutefois, pour justifier dans la société civile que les hommes sont titulaires d'un droit d'appropriation illimité<sup>5215</sup>, que le gouvernement est tenu – puisque c'est son rôle – d'instituer et de garantir, Locke doit au préalable démontrer que dans l'état de nature, les hommes détiennent déjà en eux, et conformément à la loi de nature, le grand fondement de la propriété. La société civile quant à elle, dit Leo Strauss, « crée seulement les conditions dans lesquelles les individus peuvent poursuivre sans entrave leur activité productrice-acquisitive<sup>5216</sup> ».

**La justification lockéenne de la propriété.** L'objet du chapitre V du second traité consiste d'une part, à expliquer le mécanisme par lequel les hommes, dans *l'état de nature*, acquiert à titre individuel, ce qui leur a été donné collectivement par Dieu, et d'autre part, à justifier le droit qui naît de cette appropriation. Locke démontre comment et pourquoi, avant toute institution politique<sup>5217</sup>, l'appropriation d'une chose fait naître un droit de propriété sur cette chose<sup>5218</sup>.

Par l'interprétation du texte biblique<sup>5219</sup>, Locke affirme que Dieu a donné aux hommes la terre et la raison, pour « faire de l'un et de l'autre l'usage le plus avantageux à la vie et le plus commode<sup>5220</sup> ». Locke part du même postulat que Grotius et Pufendorf, selon lequel, les choses sont communes aux hommes et rejette le postulat du don filial. Les choses sont

---

<sup>5215</sup> LOCKE J., op. cit., p. 213 (§ 50) : « dans les gouvernements où les lois règlent tout, lorsqu'on y a proposé et approuvé un moyen de posséder justement, et sans que personne puisse se plaindre qu'on lui fait tort, plus de choses qu'on en peut consumer pour sa subsistance propre, et que ce moyen c'est l'or et l'argent, lesquels peuvent demeurer éternellement entre les mains d'un homme, sans que ce qu'il en a, au-delà de ce qui lui est nécessaire, soit en danger de se pourrir et de déchoir, le consentement mutuel et unanime rend justes les démarches d'une personne qui, avec des espèces d'argent, agrandit, étend, augmente ses possessions, autant qu'il lui plaît ».

<sup>5216</sup> STRAUSS L., op. cit., p. 214.

<sup>5217</sup> Locke fait clairement la différence entre le droit de propriété naturel qui naîtrait au profit de l'homme dans l'état de nature ou société pré-politique, et celui qui naîtrait par convention entre les hommes réunis en société. Le premier n'étant d'ailleurs pas le fondement du second. L'objectif de Locke est de montrer que « la particularisation des biens relevant de la propriété commune naturelle est possible » (TULLY J., *Locke droit naturel et propriété*, Paris : PUF, 1992, p. 147).

<sup>5218</sup> LOCKE J., op. cit., p. 194 (§ 25) : « Je tâcherai de montrer comment les hommes peuvent posséder en propre diverses portions de ce que Dieu leur a donné en commun, et peuvent en jouir sans aucun accord formel fait entre tous ceux qui y ont naturellement le même droit ». L'absence d'accord formel préalable quant à l'appropriation des choses communes illustre le caractère novateur de Locke. En effet, ces prédécesseurs, notamment Pufendorf et Grotius, conditionnaient le passage de la propriété commune à la propriété privée, au consentement de tous (v. TULLY J., op. cit., pp. 142-145 ; BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, pp. 185-187).

<sup>5219</sup> TULLY J., op. cit., p. 141.

<sup>5220</sup> LOCKE J., op. cit., p. 194 (§ 26).

destinées à tous les hommes, pour leur subsistance et leur satisfaction<sup>5221</sup>. Corrélativement, aucun homme dans l'état de nature n'a de droit originel sur aucune chose. Pour tirer quelque utilité et quelque avantage de ces choses, il est nécessaire de pouvoir au préalable les approprier<sup>5222</sup>. Autrement dit, *l'usage* d'une chose suppose son appropriation. Or, comment s'approprier une chose qui a été donné – et qui appartient – à tous ?

Selon Locke, la loi divine et la loi de la nature confèrent à l'homme ce que James Tully appelle des droits inclusifs naturels<sup>5223</sup> : respectivement le droit d'usage des choses communes et le droit de se conserver en vie. Corrélativement, en vertu des mêmes lois, l'homme a le devoir de ne pas nuire à autrui, et le devoir dans la mesure du possible, de conserver la vie des autres hommes. Ces devoirs constituent inversement des droits de créance au profit des tiers<sup>5224</sup>. C'est à partir de ces droits originels inclusifs que découlent des droits dérivés exclusifs.

Si l'homme dispose originellement, au nom de la loi divine, d'un droit commun sur toute chose, il détient également nous dit Locke, un droit particulier sur sa propre personne<sup>5225</sup> qui émane de la loi naturelle. Sa personne lui appartient en propre : cette « propriété » constitue le premier droit exclusif. C'est-à-dire que l'on peut « exclure » autrui de sa propre personne, autrement dit, refuser d'être réduit en servitude. Le champ de cette propriété sur soi ne s'épuise pas dans la seule corporéité de la personne. En effet, du droit de l'homme sur sa personne résulte cette proposition fondamentale de Locke : « le travail de son corps et *l'ouvrage de ses mains, nous pouvons le dire, sont son bien propre. Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature*, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir de droit sur

---

<sup>5221</sup> Ibid.

<sup>5222</sup> LOCKE J., op. cit., pp. 194-195 (§26).

<sup>5223</sup> TULLY J., op. cit., p. 141.

<sup>5224</sup> Dès lors, on a pu distinguer chez Locke deux séries de droits en fonction de leur nature limitée ou non : les droits-libertés (liberty rights) et les droits-réclamations (claim rights), (v. GORDON W. J., « A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property », Yale Law Journal, 1993, vol. 102, p. 1541). Les premiers ne sont pas grevés de devoirs et peuvent s'exercer librement, les seconds, au contraire sont limités par des devoirs. Par exemple, le droit de se conserver en vie ne suppose aucune limite, alors que l'exercice du droit d'usage des choses communes nécessite de laisser aux autres suffisamment de bonnes choses communes, en vertu du devoir de ne pas nuire à autrui.

<sup>5225</sup> LOCKE J., op. cit., p. 195 (§ 27). « Encore que la terre et toutes les créatures inférieures soient communes et appartiennent en général à tous les hommes, chacun pourtant a un droit particulier sur sa propre personne, sur laquelle nul autre ne peut avoir aucune prétention ». Locke différencie le corps et la personne : si l'homme a un droit sur sa propre personne, en tant que producteur d'actions, d'instigateur, de générateur de faits, il n'en a pas sur son corps, qui est la création de Dieu (v. TULLY J., op. cit., p. 154 ; STROWEL A., th. préc., p. 181).

*ce qui a été acquis par cette peine et son industrie, surtout, s'il reste aux hommes assez de semblables et d'aussi bonnes choses communes*<sup>5226</sup> ».

C'est ainsi que Locke démontre que le travail est dans la société pré-politique<sup>5227</sup>, le grand fondement de la propriété<sup>5228</sup>. Lorsque les hommes consentent à céder leurs droits naturels au gouvernement chargé de garantir les droits politiques, la propriété naturelle devient la propriété privée, dont les conditions d'existence<sup>5229</sup> et d'exercice sont régies par la loi positive.

**Une faculté d'appropriation limitée dans l'état de nature.** Si l'accent de la réflexion de Locke est porté sur le fondement jusnaturaliste et individualiste de la propriété, et en particulier, lorsque celui-ci sert la cause propriétaire du droit d'auteur, il est, en revanche, rarement rappelé que Locke avait posé des limites la faculté d'appropriation. Contrairement à Hobbes, Locke pense le droit de propriété comme un droit finalisé, conforme aux desseins de Dieu. La loi divine, selon laquelle toute chose appartient aux hommes en commun, et la loi naturelle qui impose aux hommes d'agir avec raison, sont les lois suprêmes qui bornent le droit naturel de propriété, alors qu'après l'institution du gouvernement, le droit de propriété sera défini par la loi positive.

Les deux limites apportées à l'appropriation individuelle concernent d'une part les choses nécessaires à la conservation d'autrui et d'autre part les choses utilisables par autrui.

La première limite est posée dès le second paragraphe du chapitre V : « Le fruit ou le gibier qui nourrit un Sauvage des Indes, qui ne reconnaît point de bornes, qui possède les biens de *la terre en commun, lui appartient en propre, et il en est si bien le propriétaire, qu'aucun autre n'y peut avoir de droit, à moins que ce fruit ou ce gibier ne soit absolument nécessaire* pour la conservation de sa vie<sup>5230</sup> ». Dans la mesure où l'homme a le devoir de se conserver en vie ; en cas d'absolue nécessité, il peut empiéter sur la propriété d'autrui afin de prendre ce qu'il lui est indispensable. Locke ne détaille pas plus cette hypothèse, car, dans l'état de

---

<sup>5226</sup> LOCKE J., op. cit., p. 195 (§ 27).

<sup>5227</sup> LOCKE J., op. cit., p. 209 (§ 45) : « Ainsi, le travail, dans le commencement, a donné droit de propriété, partout même où il plaisait à quelqu'un de l'employer ».

<sup>5228</sup> LOCKE J., op. cit., p. 209 (§ 44) : « l'homme étant le maître et le propriétaire de sa propre personne, de toutes ses actions, de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété... ».

<sup>5229</sup> LOCKE J., op. cit., p. 209 (§ 45) : « le travail, dans le commencement a donné droit de propriété » ; STRAUSS L., op. cit., p. 210 : « Il n'y a qu'un seul privilège dont jouisse l'homme dans l'état de nature qui soit refusé à l'homme vivant en société civile : le travail ne crée plus désormais un titre suffisant à la propriété ».

<sup>5230</sup> LOCKE J., op. cit., p. 195 (§ 26).

nature, règne l'abondance<sup>5231</sup>. Néanmoins, priver autrui de l'usage d'une chose qui lui est nécessaire serait contraire à la loi de la nature<sup>5232</sup>. Il faut en conclure que dans ce cas de figure, le droit naturel de propriété (droit exclusif) serait sans effet face à l'exercice par autrui du droit de se conserver (droit inclusif).

La seconde limite à la propriété concerne le gaspillage<sup>5233</sup>. Nous avons vu que l'appropriation des choses est la condition nécessaire et suffisante à leur jouissance. Cette jouissance des choses constitue la raison pour laquelle Dieu les a données abondamment à l'homme. Ainsi, lorsque l'homme s'approprie des choses dont il ne jouit pas, il prend ce dont autrui aurait pu user, et par conséquent, compromet, sinon sa subsistance, du moins sa satisfaction<sup>5234</sup>. Puisque la nature assigne à l'homme le devoir d'user de sa raison pour que son action soit conforme à ce que prescrit la loi naturelle<sup>5235</sup>, agir de telle manière, constitue une violation de la loi de la nature. Dès lors, l'homme ne doit s'approprier que les choses qu'il va réellement

---

<sup>5231</sup> LOCKE J., op. cit. p. 203 (§ 37) : « (...) il est certain, dis-je, qu'au commencement du monde, encore que les hommes eussent droit de s'approprier, par leur travail, autant des choses de la nature qu'il leur en fallait pour leur usage et leur entretien, ce n'était pas, après tout, grand-chose, et personne ne pouvait en être incommodé et en recevoir du dommage, à cause que la même abondance subsistait toujours en son entier, en faveur de ceux qui voulaient user de la même industrie, et employer le même travail ».

<sup>5232</sup> LOCKE, op. cit., p. 175 (§ 6). « L'état de nature a la loi de la nature, qui doit le régler, et à laquelle chacun est obligé de se soumettre et d'obéir : la raison, qui est cette loi, enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre, par rapport à sa vie, à sa santé, à sa liberté, à son bien : car les hommes étant tous l'ouvrage d'un ouvrier tout-puissant et infiniment sage, les serviteurs d'un souverain maître, placés dans le monde par lui et pour ses intérêts, ils lui appartiennent en propre, et son ouvrage doit durer autant qu'il lui plaît, non autant qu'il plaît à un autre ». Plus loin : « Et lorsque sa propre conservation n'est point en danger, il doit, selon ses forces, conserver le reste des hommes ; et à moins que ce ne soit pour faire justice de quelque coupable, il ne doit jamais ôter la vie à un autre, ou préjudicier à ce qui tend à la conservation de sa vie, par exemple à sa liberté, à sa santé, à ses membres, à ses biens » (Ibid.).

<sup>5233</sup> LOCKE J., op. cit., p. 197-198 (§ 31) : « on objectera, peut-être, que si, en cueillant et en amassant des fruits de la terre, un homme acquiert un droit propre est particulier sur ces fruits, il pourra en prendre autant qu'il le voudra. Je répons qu'il ne s'ensuit point qu'il ait droit d'en user de cette manière. Car la même loi de la nature, qui donne à ceux qui cueillent et amassent des fruits en communs, un droit particulier sur ces fruits-là, renferme en même temps ce droit dans de certaines bornes. Dieu nous a donné toutes choses abondamment. C'est la voix de la raison, confirmée par celle de l'inspiration. Mais à quelle fin ces choses nous ont-elles été données de la sorte par le Seigneur ? Afin que nous en jouissions. La raison nous dit que la propriété des biens acquis par le travail, doit donc être réglée selon le bon usage qu'on en fait pour l'avantage et les commodités de la vie. Si l'on passe les bornes de la modération, et que l'on prenne plus de choses qu'on n'en a besoin, on prend, sans doute, ce qui appartient aux autres. Dieu n'a rien fait et crée pour l'homme, qu'on doive laisser corrompre et rendre inutile ».

<sup>5234</sup> LOCKE J., op. cit., p. 203-204 (§ 37) : « Avant l'appropriation des terres, celui qui amassait autant de fruits sauvages, et tuait, attrapait, ou apprivoisait autant de bêtes qu'il lui était possible, mettait, par sa peine, ces productions de la nature hors de l'état de nature, et acquérait sur elles un droit de propriété : mais si ces choses venaient à se gâter et à se corrompre pendant qu'elles étaient en sa possession, et qu'il n'en fit pas l'usage auquel elles étaient destinées; si ces fruits qu'il avait cueillis se gâtaient, si ce gibier qu'il avait pris se corrompait, avant qu'il pût s'en servir, il violait, sans doute, les lois communes de la nature, et méritait d'être puni, parce qu'il usurpait la portion de son prochain, à laquelle il n'avait nul droit, et qu'il ne pouvait posséder plus de bien qu'il lui en fallait pour la commodité de la vie ».

<sup>5235</sup> TULLY J., op. cit., p. 152.

utiliser : « l'excès d'une propriété ne consistait point dans l'étendue d'une possession, mais dans la pourriture et l'inutilité des fruits qui en proviennent » écrit Locke<sup>5236</sup>.

b) Application à la propriété littéraire

**Locke et la propriété littéraire.** John Locke n'a pas appliqué sa théorie aux créations littéraires et artistiques<sup>5237</sup> et n'est pas le chantre de la propriété intellectuelle<sup>5238</sup>. Il s'est, en revanche, prononcé sur la situation de l'édition en Angleterre dans un mémorandum daté de 1693, dans lequel, il apparaît sans surprise qu'il défendait la liberté d'impression contre le monopole des libraires londoniens. La libre concurrence selon Locke contribue à la qualité des éditions et favorise l'accès aux œuvres, tandis que le monopole produit les effets inverses<sup>5239</sup>.

**L'influence de Locke sur la propriété littéraire.** Il est admis que la pensée lockéenne du droit de propriété a fortement influencé les législateurs anglais (Statute of Anne<sup>5240</sup>), américain (législations fédérées<sup>5241</sup>) et français (lois révolutionnaires<sup>5242</sup>) et fut

---

<sup>5236</sup> LOCKE J., op. cit., p. 211 (§ 46).

<sup>5237</sup> DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005, p. 217. ; Contra : BENHAMOU F., FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, Paris : La Découverte, 2008, p. 5 : « John Locke étend la propriété naturelle de l'individu sur son corps à la propriété naturelle de l'auteur sur son œuvre, parce qu'elle est le fruit de son travail (Essay Concerning Human Understanding) ».

<sup>5238</sup> En ce sens, GORDON W. J., « A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property », *Yale Law Journal*, 1993, vol. 102, p. 1540 : « Locke's labor theory of property and allied approaches have been used so frequently as a justification for creators' ownership rights that Locke's Two Treatises have been erroneously credited with having developed an explicit defense of intellectual property » ; BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 211.

<sup>5239</sup> KING P., *The life and letters of John Locke*, New York, B. Franklin, 1972, pp. 201-209 (disponible également sur [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org)). Dans ce mémorandum, Locke critique point par point une loi de prévention des abus dans l'édition, datant de 1662, interdisant l'importation de livres étrangers. Cette loi, selon Locke, avait pour effet de consolider le monopole des libraires londoniens et in fine, de diminuer la qualité des ouvrages et leur accès. Il plaide pour la liberté d'impression comme celle qui régnait en Hollande : « This liberty, to any one, of printing them, is certainly the way to have the cheaper and the better ; and it is this which, in Holand, has produced so many fair and excellent editions of them, whilst the printers all strive to out do one another, which has also brought in great sums to the trade of Holland » (Idem., p. 205). (Cette liberté pour chacun d'imprimer, est certainement la meilleure et la moins onéreuse solution ; et c'est pourquoi la Hollande a produit tant de belles et d'excellentes éditions puisque les imprimeurs s'efforcent d'en publier continuellement, ce qui d'ailleurs a été très favorable à l'économie de la Hollande. Nous traduisons).

<sup>5240</sup> STROWEL A., th. préc., n° 145.

<sup>5241</sup> Par exemple, le préambule de la loi sur le Massachussets par exemple, v. GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA*, janvier 1991, n° 147, p. 90.

stratégiquement employée par les libraires qui souhaitent conserver, tant en France<sup>5243</sup> qu'en Angleterre<sup>5244</sup>, le monopole sur les œuvres.

**La propriété-travail.** Comme il a été affirmé, la théorie de Locke s'applique aisément<sup>5245</sup> et pertinemment<sup>5246</sup> à la propriété intellectuelle. En effet, un syllogisme semble suffire : si l'homme est propriétaire des fruits de son travail ; que l'œuvre est le fruit du travail du créateur ; alors, le créateur est le propriétaire de son œuvre. La validité de la conclusion est déterminée par la validité de la seconde proposition. Pour que l'œuvre soit considérée comme le fruit du travail de l'auteur, il faut appréhender le processus créatif comme un processus laborieux d'une part, et générateur d'un produit (l'œuvre) qui n'existait pas avant d'autre part<sup>5247</sup>. En conséquence, selon ces prémisses, l'œuvre peut correctement s'appréhender comme le fruit du travail de l'auteur et, en conséquence, comme une chose appropriable.

**La propriété-personne.** Selon Locke, l'appropriation se réalise par un phénomène de transfert de la personne à la chose. La liberté de l'homme ou ce qui revient au même sa propriété sur lui-même se projette sur les choses par la médiation du travail volontaire et personnel. Dès lors, comme le constate M. Strowel, la propriété de Locke est « arrimée aux idées de personnalité et de liberté<sup>5248</sup>. » Cette confluence se projette avec encore plus d'intensité lorsqu'il s'agit de justifier la propriété littéraire par le droit naturel de propriété : « *si l'œuvre est le prolongement de la personne, l'auteur doit en avoir la maîtrise*<sup>5249</sup> ».

Cette conception est dominante en France depuis le début du XXe siècle et connaîtra sa consécration jurisprudentielle avec la reconnaissance du droit moral, et sa consécration

---

<sup>5242</sup> V. DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005, n° 276 et s. ; STROWEL A., th. préc., p. 185 ; NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », RIDA, octobre 2002, n° 194, pp. 3-123.

<sup>5243</sup> V. BUYDENS, op. cit., p. 270 et s.

<sup>5244</sup> V. BUYDENS, op. cit., p. 260 et s.

<sup>5245</sup> PFISTER L., « Histoire du droit d'auteur », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1110, 2010, n° 28.

<sup>5246</sup> STROWEL A., th. préc., p. 235

<sup>5247</sup> Contre cet argument Renouard et Proudhon soutenaient qu'une œuvre consiste dans la réorganisation d'idées préexistantes.

<sup>5248</sup> STROWEL A., th. préc., n° 140.

<sup>5249</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, n° 25 ; M. Geiger cite Saleilles : « la propriété elle-même n'est elle pas, dans certaines conceptions, une émanation de la personnalité, au moins lorsqu'elle résulte du travail et de l'activité individuels ? » (SALEILLES R., note sous CA Paris : 1<sup>er</sup> février 1900, Lecocq, S. 1900, 2 p. 121).

doctrinale avec l'ouvrage *Le droit d'auteur* de Desbois dans lequel le critère de l'originalité – emprunte de la personnalité de l'auteur- est élevés au rang de fondement du droit d'auteur.

## 2) Le fondement utilitariste

Si Bentham n'a jamais traité de manière systématique de la propriété intellectuelle ou du droit d'auteur, l'on trouve au gré de deux de ces ouvrages (*Théorie des peines et des récompenses*<sup>5250</sup> et *Manuel d'économie politique*<sup>5251</sup>) certains développements intéressant la matière.

Selon Bentham, les droits exclusifs de l'auteur ou de l'inventeur sont un privilège correspondant à une récompense, c'est-à-dire, une « portion de la matière du bien, accordée *en considération d'un service réel ou supposé*<sup>5252</sup> ». Classiquement, lorsqu'est étudié l'utilitarisme en tant que fondement du droit d'auteur, l'accent est mis sur le « service » rendu à la société et corrélativement sur les mesures d'encouragement ou l'incitation en vue de satisfaire l'intérêt du public. L'on retrouve, bien entendu, cette idée maîtresse chez Bentham, néanmoins, l'intérêt de l'auteur n'est pas négligé et sa satisfaction ne doit pas être simplement appréhendée comme le moyen de satisfaire l'intérêt du public. La satisfaction de l'intérêt de l'auteur, aussi bien que celle du public, constitue, dans la logique utilitariste, une fin en soi. De fait, dans la pensée de Bentham l'auteur et l'inventeur ne sont pas seulement envisagés comme des agents contribuant au bien-être général ; ce sont, avant tout, des personnes dont les intérêts doivent être, comme tout un chacun, pris en compte par le législateur.

**Le privilège : source de satisfaction des intérêts du créateur.** L'attribution d'un droit exclusif ou d'un privilège à l'auteur ou à l'inventeur se justifie en premier lieu, selon Bentham par le souci de protéger les intérêts du créateur. Toute idée d'incitation ou d'encouragement est ici absente.

La raison pour laquelle cette protection est « absolument nécessaire<sup>5253</sup> » selon lui, repose sur la nature des produits du travail intellectuel. Ainsi, relativement aux inventions, il a constaté

---

<sup>5250</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, trad. E. DUMONT, Paris : Bossange, 1826.

<sup>5251</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840. Dans cet ouvrage, Bentham traite davantage des droits de l'inventeur, mais la réflexion est transposable mutatis mutandis à la propriété littéraire.

<sup>5252</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 1.

<sup>5253</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 91.

que « ce qu'un seul a pu inventer, tous sont en état de l'imiter<sup>5254</sup> ». L'auteur et l'inventeur ont donc besoin d'être secourus par les lois, pour ne pas être expulsés par leurs rivaux, ni frustrés de leur bénéfice<sup>5255</sup>. Dès lors affirme Bentham, « tout ce qui appartient au gouvernement, c'est d'assurer à l'inventeur la totalité des fruits de son industrie, et c'est ce qu'on fait par un privilège exclusif, accordé pour un certain temps<sup>5256</sup> ». Ce n'est qu'à cette condition que le produit du créateur puisse acquérir une valeur et constituer un objet d'échange<sup>5257</sup>.

L'idée que l'Etat doit permettre à l'auteur de percevoir les fruits de son travail semble très proche d'une justification de type jusnaturaliste<sup>5258</sup>. Toutefois, cette récompense ne découle pas directement d'une règle a priori et transcendante selon laquelle l'homme doit acquérir les fruits de son industrie. Elle est justifiée par l'idée que l'auteur, en même temps qu'il consacre ses efforts et son temps à la création, espère jouir de plaisirs futurs (en argent et/ou en réputation) en contrepartie des souffrances présentes (notamment l'« incertitude »<sup>5259</sup>). Donner un privilège à l'auteur sur l'exploitation de son œuvre, et ce au dépens du public, est le moyen de donner à l'auteur la chance de récolter ce à quoi il aspirait pendant son labeur<sup>5260</sup>. Le priver de ce privilège, c'est l'exposer à la merci des concurrents et à des souffrances dispensables.

### **Le privilège : source de satisfaction des intérêts des tiers (exploitants, consommateurs).**

Le privilège de l'auteur ou de l'inventeur ensuite se justifie encore par les effets qu'il produit sur les tiers. A défaut de privilège, dit-il, « tout le monde est frustré, inventeurs, ouvriers, consommateurs : tout est étouffé, bénéfice et jouissance<sup>5261</sup> ». L'attribution de droits exclusifs conduit, outre à récompenser l'auteur, à fournir aux exploitants des produits à commercialiser,

---

<sup>5254</sup> Ibid.

<sup>5255</sup> BENTHAM J., id., p. 92.

<sup>5256</sup> BENTHAM J., id., p. 74.

<sup>5257</sup> Le traitement de la propriété industrielle est ici issu du *Manuel d'économie politique*, dans lequel Bentham étudie notamment les lois du commerce et en l'occurrence la « balance réelle du commerce » consistant en la quantité de travail reçu par delà le travail donné en échange (v. BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 86-87 ; sans droit exclusif, l'inventeur ou l'auteur, n'aurait rien à échanger).

<sup>5258</sup> En effet, le droit naturel de propriété est parfois associé à l'idée de récompense, comme par exemple chez La Rochefoucauld qui évoque la « récompense due aux génies immortels » (Commission de la propriété littéraire. Collection des procès-verbaux, Paris : de Pillet, 1826, p. 39. V. égal. LAMARTINE A. De., « Rapport », Séance du 23 mars 1841, in, *Annales du parlement français*, Paris : Firmin Didot, 1841, p. 689 ; v. égal. STROWEL A., th. préc., n° 142).

<sup>5259</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 92.

<sup>5260</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 92 ; BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, trad. E. DUMONT, Paris : Bossange, 1826, p. 80.

<sup>5261</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 92.

à donner du travail aux salariés de ces derniers, et enfin à augmenter le bien-être des consommateurs.

Si l'on s'en tient au domaine littéraire et artistique, on constate que Bentham traitait cet aspect avec condescendance voire une forme de mépris dans la mesure où le seul intérêt des arts et des lettres consiste dans leur caractère divertissant. Il ne corrèle pas les privilèges exclusifs de reproduction et d'édition à la culture, à l'éducation ou au progrès en général<sup>5262</sup>. Cela étant dit, ces arts et ces lettres, en raison des plaisirs qu'ils provoquent, méritent d'être développés.

**Le privilège : une incitation à la création.** Nous avons vu que le privilège attribué aux inventeurs servait en première analyse à ne pas frustrer l'auteur. Plus classiquement, le privilège est également une récompense qui sert à encourager les créateurs à emprunter la voie peu commune de la création intellectuelle. Le privilège, en tant que récompense, est un « aiguillon »<sup>5263</sup>, c'est-à-dire un instrument destiné à « détourner de leurs occupations un certain nombre d'artistes et de savants »<sup>5264</sup>. Les privilèges de l'auteur et de l'inventeur constituent un encouragement des arts (utiles ou agréables) et des sciences<sup>5265</sup>. Les arts, qu'ils soient utiles (comme les cartes géographiques) ou agréables (comme les beaux-arts) doivent toujours être évalués en termes d'utilité.

**Le privilège : meilleur moyen de satisfaire les intérêts du plus grand nombre.** Que le privilège permette à l'auteur de percevoir les fruits de son travail et au public d'avoir une source de divertissement supplémentaire ne suffit pas encore à justifier l'institution au regard de l'utilité. En effet, le moyen employé doit encore être proportionné aux fins poursuivies et se présenter comme le moyen le plus approprié pour atteindre celles-ci.

Concernant le critère de la proportionnalité, Bentham est péremptoire : le privilège est « de toutes les récompenses la mieux proportionnée, la plus naturelle, la moins onéreuse : elle

---

<sup>5262</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 235 : « l'utilité, le mérite de tous ces arts, est exactement en proportion du plaisir qu'ils donnent : toute autre prééminence qu'on voudrait établir entre eux serait fantastique ».

<sup>5263</sup> Alors que toute peine est un « frein » (BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, t. 2, trad. E. DUMONT, Paris : Bossange, 1826, p. 55).

<sup>5264</sup> BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 129.

<sup>5265</sup> Si Bentham distingue les deux (l'art est une opération pratique, tandis que la science produit des principes spéculatifs), il reconnaît qu'ils ne peuvent totalement être séparés : « il serait difficile de trouver un art sans *mélange de science, ou une science sans mélange d'art* » (BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 233).

*produit un effet infini, et ne coûte rien*<sup>5266</sup> ». Il ajoute plus loin : « assurer à un auteur le droit de propriété sur ses ouvrages, c'est lui assurer une récompense proportionnelle au service qu'il rend, au moins dans toutes les branches où il y a un nombre suffisant d'amateurs. Il n'y a point de protecteur tel que le public ; et sa protection a un avantage décidé sur toutes les autres ; elle honore infailliblement ceux qui la reçoivent <sup>5267</sup> ».

Concernant le critère approprié, Bentham compare le régime du privilège avec celui d'une récompense versée par l'Etat à l'auteur, dont le montant serait fixe et connu à l'avance. Or ce système présente l'inconvénient de ne pas permettre de récompenser l'auteur à mesure de son succès : « toute découverte dans les arts ne peut avoir de mesure plus exacte de son utilité que son succès dans le commerce. Une somme fixe était donc une perte pour l'inventeur ou pour l'Etat : pour l'inventeur, si elle était moins que ce qu'il eût gagné par un privilège exclusif ; pour l'Etat, si elle était plus. En un mot, partout où les patentes d'invention sont établies, la récompense factice serait ou mal fondée ou superflue »<sup>5268</sup>.

Pour Bentham, le droit exclusif ou privilège temporaire apparaît donc comme le meilleur moyen de satisfaire les intérêts du plus grand nombre, à savoir, les créateurs eux-mêmes, les destinataires des créations (consommateurs, amateurs), ainsi que les intermédiaires entre les premiers et les seconds (exploitants, ouvriers)<sup>5269</sup>.

**Source de la récompense : la loi.** Pour expliquer l'idée de récompense telle qu'elle apparaît dans la justification utilitariste du droit d'auteur, on a souvent recours à la figure du

---

<sup>5266</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 92. Le privilège ne coûte rien au sens où il n'est pas une récompense dont le montant est prélevé dans les finances publiques comme la plupart des récompenses : « *S'il faut être avare des peines, il faut l'être aussi de la récompense* ; car toute récompense est le produit de la peine. Le bien et le mal ont une souche commune. La récompense est-elle en argent ? on ne donne qu'aux dépens du public : vérité triviale qu'il n'est pas besoin de prouver, mais toujours bonne à rappeler, en ajoutant que les impôts sont le fruit de la contrainte, et que, toutes choses d'ailleurs égales, plaisir de gain n'équivaut pas à mal de perte » (BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses*, p. 30).

<sup>5267</sup> BENTHAM J., *id.*, pp. 74-74.

<sup>5268</sup> BENTHAM J., *id.*, pp. 74-75. On retrouve ce critère de proportionnalité, dans la littérature économique en général, chez Hayek (HAYEK F., *Individualisme and Economic Order*, 1948/1972, p. 21 cité par STROWEL A., *th. préc.*, n° 175) et dans la littérature économique consacrée aux droits de propriété intellectuelle en particulier chez M. Mackaay ( v. MACKAAY E., « Economic incentives in markets for information and innovation, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1990, 13, pp. 872-873, cité par STROWEL A., *th. préc.*, n° 175. Le critère de proportionnalité des récompenses accordées à l'auteur aux services rendus sera par ailleurs employé d'ailleurs par la Cour Suprême *Mazer v. Stein*, 347 U.S., 201, 219, *reh'g denied* 347 U.S. 949 (1954) cité par STROWEL A., *th. préc.*, n° 179).

<sup>5269</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, p. 92.

« contrat <sup>5270</sup> » ou du « contrat social <sup>5271</sup> » en mettant en avant les contreparties entre la société et l'auteur : l'octroi du monopole d'une part, la jouissance intellectuelle d'autre part. Il y aurait ainsi un échange entre l'auteur et la société <sup>5272</sup>, ou encore une concession de la société à l'auteur <sup>5273</sup>. Si la fiction du « contrat social » permet éventuellement de mieux comprendre l'institution du droit d'auteur sous l'angle utilitariste au travers d'une représentation contractuelle <sup>5274</sup>, elle n'explique absolument rien. Cette fiction dans le cadre de la matière, à l'instar des fictions du « contrat social » en philosophie politique, sert surtout à combattre l'absolutisme. La fiction du contrat social en droit d'auteur fut une arme rhétorique employée par exemple en France au XIXe siècle contre les champions de la « propriété littéraire » qui soutenaient la reconnaissance d'un droit perpétuel. En revanche, dans un cadre descriptif, la fiction n'a guère d'utilité. Elle tend en outre à générer une confusion : le « contrat social » et l'utilitarisme ne font pas bon ménage puisque le premier se comprend généralement à travers l'idée de droits naturels, alors que le second qualifie ces derniers d'absurdité. La fiction du contrat doit céder le pas à la réalité : en l'occurrence, c'est le législateur (au sens large) qui octroie, sous la forme de l'attribution au créateur d'un monopole temporaire, cette récompense, en fonction de ce qui sert au mieux l'intérêt général. Corrélativement, la fiction de l'« équilibre contractuel » employée comme fin poursuivie par le « contrat social » <sup>5275</sup> doit être remplacée par l'idée « d'équilibre des intérêts » poursuivi par le législateur.

<sup>5270</sup> EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 2008, p. 30.

<sup>5271</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. M. VIVANT, Paris : Litec, 2004, n° 25 ; BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 364 : « *l'utilitarisme, cependant, ne peut se penser sans le contrat social, et c'est dans la combinaison des deux que s'enracine (en partie) l'explication contemporaine de la propriété intellectuelle* ».

<sup>5272</sup> EDELMAN B., *La propriété littéraire et artistique*, Paris : PUF, 2008, p. 27 : « *entre l'auteur et son public s'établit un échange fondé sur le profit : d'un côté, l'auteur doit tirer profit de son œuvre – sinon il ne produirait pas ; de l'autre, le public en tire, lui aussi, un profit – ludique, scientifique, peu importe* ».

<sup>5273</sup> GEIGER Ch., op. cit., n° 25 : « *la société, ayant besoin de productions intellectuelles pour assurer son développement et son progrès culturel, concède à l'auteur une récompense sous la forme d'un droit à l'auteur, lui permettant d'exploiter son œuvre et d'en tirer les fruits* ».

<sup>5274</sup> Parfois la figure du contrat est ambivalente comme chez B. Edelman qui parle tantôt de « véritable contrat » puis de « fiction » : « *dans la conception du copyright le monopole concédé par la société à l'auteur est le produit d'un véritable contrat. Tout se passe – dans une fiction qui est née de la théorie du contrat social – comme si d'un côté, l'auteur était le débiteur de la collectivité, qui lui a octroyé le monopole, et comme si, de l'autre côté, la collectivité était créancière de l'œuvre. Inversement, on peut dire que l'auteur est créancier de la collectivité qui lui doit un monopole, et que cette dernière en est la débitrice* » (EDELMAN B., « Une loi substantiellement internationale – la loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins », *Journal de droit international*, n° 3, 1987, pp. 568-569).

<sup>5275</sup> On est donc en présence d'un contrat dont les deux termes – monopole d'un côté, accès à l'œuvre de l'autre – doivent s'équilibrer équitablement. D'où cette conséquence fondamentale que le monopole octroyé à l'auteur est de nature sinon exclusivement économique du moins utilitaire ; il s'agira toujours de savoir si le marché de l'œuvre, qui permet le monopole, n'est pas déséquilibré au profit du droit du public à en jouir.

## *B) Les critiques décisives*

Ces fondements du droit d'auteur ont fait l'objet de critiques. Celles-ci expliquent les raisons pour lesquelles les fondements du droit d'auteur sont désormais peu employés pour porter un discours normatif sur la matière.

### 1) Critique du fondement personnaliste

**La lecture biaisée de Locke.** Si l'on attache précisément au fondement lockéen de la propriété littéraire, l'on constate que ceux qui se sont inspirés de l'auteur des *Traité de gouvernement* ont puisé dans ses réflexions seulement celle qui pourrait être utile à leur démonstration, en l'occurrence l'idée de l'appropriation par le travail, sans rechercher si la pensée de Locke se réduisait à cette idée ou si celle-ci demeurerait indépendante des autres. Mme Buydens s'est évertuée à restaurer plus complètement la pensée de Locke pour l'appliquer au travail artistique afin de savoir si les conséquences théoriques ainsi obtenues correspondent aux idées reçues. Or Mme Buydens remarque au contraire que l'application consciencieuse de la pensée de Locke – qui prévoyait des clauses de réserves à l'appropriation des choses corporelles – n'aboutirait pas à la reconnaissance d'un droit de propriété de l'auteur sur son œuvre car Locke avait prévu, du moins dans l'état de nature, que l'appropriation n'était légitime qu'à la condition que les choses restantes à la portée de l'humanité demeurent en quantité suffisante et de qualité identique. Or, selon Mme Buydens, dans certains cas, l'appropriation de « techniques nodales » ou de « points de passages obligés » (par exemple les ressorts narratifs d'une fiction) conduisent à la réduction du domaine appropriable<sup>5276</sup>. En conséquence, la condition de légitimité de l'appropriation prévue par Locke ne serait pas remplie puisque la quantité de choses disponibles aurait diminué.

**Le doute quant à l'existence du droit naturel.** Comme l'indique M. Geiger, la justification par la propriété des fruits de son travail et celle par la protection de la personnalité de l'auteur ont pour point commun de prendre racine dans le droit naturel. Or M. Geiger constate que le droit naturel tel qu'il fut employé par les champions de la « propriété littéraire » au XIXe

---

<sup>5276</sup> BUYDENS, op. cit., p. 301. Ce que Proudhon d'ailleurs avait déjà noté lorsqu'il a démontré que la protection de la forme aboutirait, à la marge, à la protection du fond.

siècle et par ses opposants, aboutit à des résultats pour le moins contradictoires. Nous l'avions également observé puisque le droit naturel, tantôt sert à justifier la propriété perpétuelle de l'auteur, tantôt, comme chez Renouard, sert à justifier un monopole légal à durée déterminée : le droit naturel de propriété étant remplacé par un 'droit naturel au salaire'. Au final, indique M. Geiger, « *le droit naturel est utilisé et modelé dans le sens qu'on veut bien lui donner*<sup>5277</sup> ». A partir de ce constat Bentham avait d'ailleurs rangé le droit naturel parmi les avatars du « principe de sympathie », c'est-à-dire, une norme imaginaire grâce à laquelle l'expression d'une préférence individuelle porte les atours d'une vérité universelle. La matière du droit d'auteur n'est pas moins protégée que les autres contre ce type de fallace ; il semble d'ailleurs que le caractère toujours un peu mystérieux de la création artistique encourage les propos de type jusnaturaliste. Toujours est-il que le droit naturel comme fondement du droit d'auteur n'est pas forcément de nature à convaincre les esprits. MM. Vivant et Bruguière, par exemple, demeurent franchement circonspects à son égard : « *même si le droit d'auteur est né sous le signe du 'droit naturel', encore faudrait-il être persuadé que le droit naturel existe pour souscrire à l'idée que le droit d'auteur en relève. Construit, déconstruit, reconstruit, il nous semble bien avoir tous les traits d'une œuvre humaine comme l'est toujours le droit*<sup>5278</sup> ».

**Un fondement limité.** Outre son existence, toujours incertaine, le droit naturel justifie insuffisamment le droit d'auteur actuel<sup>5279</sup>. Ainsi le régime des créations logicielles qui prévoit au profit de l'employeur la dévolution automatique des droits sur les logiciels créés par leurs employés<sup>5280</sup>, atteste, comme Proudhon l'avait déjà souligné, que le travail n'emporte pas toujours l'appropriation des fruits qui en résultent. En outre, le fondement personnaliste ne permet pas de déterminer la portée des droits :

« dire que l'auteur a un droit naturel sur l'œuvre, fruit de son travail et expression de sa personnalité, ne fournira pas de réponse concrète quant à la durée de son droit (qui a fortement évolué depuis les premières lois sur les droits d'auteurs), quant aux limites à apporter à ce droit (l'étendue des exceptions varie considérablement d'un pays à l'autre), ou quant aux

---

<sup>5277</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, n° 32.

<sup>5278</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, n° 32.

<sup>5279</sup> GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, n° 34.

<sup>5280</sup> Art. L. 113-9 du CPI.

prérogatives qu'entraîne ce droit (dont l'étendue varie également beaucoup, notamment entre les pays de droit d'auteur et les pays de copyright)<sup>5281</sup> ».

En outre le fondement lockéen ne devrait pas pouvoir servir à justifier les créations qui n'ont demandé aucun effort telles que celles issues d'un « éclair de génie<sup>5282</sup> ». Enfin, le fondement lockéen, si l'on s'en tient à la lettre du texte devrait également justifier certains devoirs à l'égard des titulaires de droit, comme par exemple, l'obligation d'exploiter les œuvres pour éviter le « gaspillage ».

## 2) Critique du fondement utilitariste

Nous avons vu que ce que l'on entend par « fondement utilitariste » du droit d'auteur ne correspond pas totalement à l'analyse de Bentham qui voyait dans le privilège une récompense destinée, certes, à inciter l'auteur à créer, mais également un moyen destinée à lui éviter de souffrir de la déception et de la frustration. Ce dernier point passe généralement inaperçu et le fondement utilitariste est généralement appréhendé comme l'idée que les droits exclusifs se justifient par leur effet incitatif.

Le fondement utilitariste du droit d'auteur consiste ainsi dans l'idée que l'octroi d'un droit exclusif stimule l'auteur à créer des œuvres ce qui augmente conséquemment les œuvres disponibles et satisfait ainsi l'intérêt général : de nouveaux biens sont créés et leur circulation enrichit les titulaires de droits tandis et contribue au bien-être du public. La production des œuvres concourt également à terme à augmenter le patrimoine commun de l'humanité ce qui favorise en proportion les créations futures.

**Critique du caractère incitatif du droit d'auteur.** L'une des critiques majeures relatives au fondement utilitariste du droit d'auteur consiste à souligner son approche à caractère exclusivement économique<sup>5283</sup> alors que les motifs de l'auteur de créer ne relèvent pas seulement de l'aspect rémunérateur. Si tel était le cas, peu d'œuvres auraient été produites

---

<sup>5281</sup> GEIGER Ch., th. préc., 34.

<sup>5282</sup> BUYDENS, op. cit., n° 308.

<sup>5283</sup> GEIGER Ch., th. préc., 35.

avant l'établissement des privilèges d'édition<sup>5284</sup>. Les études économiques sur la question, note Mme Buydens, ne permettent d'ailleurs pas avec assurance de prouver que la propriété intellectuelle de manière générale incite les créateurs à emprunter la voie de l'activité intellectuelle<sup>5285</sup>. Le droit d'auteur ne serait donc pas un « aiguillon » efficace pour orienter les comportements dans cette voie et pourrait ainsi constituer une barrière injustifiée à l'accès aux œuvres.

**Critique du caractère nécessaire du droit d'auteur.** Le droit d'auteur et la propriété intellectuelle en général sont censés, en tant qu'incitation, favoriser l'innovation. Pourtant, certains domaines qui relèvent de l'art ou plus généralement de la création dans lesquels le droit d'auteur a une faible importance, se révèlent innovants en dépit de l'absence de protection légale idoine ou de la rareté avec laquelle les instruments juridiques sont employés. Ainsi, les domaines de la magie, des jeux de sociétés, des fragrances de parfum sont des milieux où l'innovation est importante sans que le droit d'auteur n'apparaisse comme une réelle incitation. D'autres milieux tels que la mode<sup>5286</sup> ou l'industrie pornographique connaissent même un succès important alors que le recours au droit d'auteur est marginal<sup>5287</sup>. Ces exemples montrent que le droit d'auteur n'est ni indispensable à l'innovation, ni une condition nécessaire au développement d'une offre concurrentielle.

**Critique du caractère approprié.** En tant que mode de rémunération, le droit d'auteur présente comme intérêt de proportionner les bénéfices de l'auteur au succès rencontré par l'œuvre. Néanmoins le succès est toujours incertain. Dès lors, l'on peut se demander si l'auteur ne sera pas plus incité à créer dans un système prévoyant le versement d'une allocation durant la période de création<sup>5288</sup>.

**Conclusion de la section.** La crise du droit d'auteur affecte les fondements même de l'institution. Etant attaqués, ceux-ci ne permettent plus de légitimer correctement les droits de l'auteur.

---

<sup>5284</sup> V. BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », art. préc., p. 52 et s. ; BUYDENS, op. cit., p. 410.

<sup>5285</sup> BUYDENS, id., p. 410.

<sup>5286</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008.

<sup>5287</sup> BUYDENS, op. cit., p. 413.

<sup>5288</sup> STROWEL A., th. préc., pp. 220-221.

Les différents discours de l'équilibre tentent de camoufler les fissures de l'institution. Avant que le terme ne soit devenu totalement suspect aux yeux de la doctrine, il convient de rechercher un autre fondement du droit d'auteur destiné à légitimer l'institution et redonner à la notion d'équilibre une signification plus ferme.

## Section 2 : Tentative de légitimation du droit d'auteur

« Il ne faut pas du nouveau, mais seulement du vieux-neuf (...) Il en est du droit comme de la littérature, les thèmes classiques y sont éternels, seulement, de temps à autre, ils ne paraissent plus adaptés à la mentalité des contemporains et il convient de la renouveler dans la forme<sup>5289</sup> ».

M. Hauriou

Cette section a pour objet de proposer une nouvelle manière de présenter le droit d'auteur en tentant de fonder l'institution sur la justice aristotélicienne (II). Dans un premier temps, il est nécessaire d'indiquer les conditions qu'un tel fondement devrait réunir (I).

### I) Les conditions d'un nouveau fondement au droit d'auteur

A notre avis, deux types de conditions devraient être réunies. Les premières sont positives et relativement générales (A) à toute entreprise de la sorte, les secondes sont négatives et propres au droit d'auteur (B).

---

<sup>5289</sup> HAURIOU M., Principes de droit public, préf. Beaud O., Paris : Dalloz, 2010, p. 6.

## *A) Les conditions positives générales*

**La recherche d'un fondement : une activité « pratique ».** L'un des moyens pour légitimer un corpus de règles et le rendre plus acceptable aux yeux de ceux auxquels il est opposable consiste à lui fournir ou lui trouver un fondement solide, c'est-à-dire peu contestable. Dégager le fondement d'une institution n'est toutefois qu'un moyen parmi d'autres et ne s'avère aucunement nécessaire de manière systématique. Une institution dont les bienfaits seraient reconnus par tous, serait, à n'en point douter, acceptée et n'aurait assurément pas besoin d'être fondée. La question du fondement, si elle semble *prima facie* relever du domaine de la connaissance, est finalement destinée, sur un plan pratique, à emporter le consentement afin que les règles soient respectées sans friction. Comme l'avait noté Perelman, la question du fondement ne se pose que lorsqu'un besoin de légitimer une institution se fait ressentir :

« Toute recherche d'un fondement suppose le besoin de fondement et, si ce besoin devait se manifester à propos de n'importe quoi, le problème du fondement ne recevrait jamais de solution satisfaisante, car il conduirait à une régression sans fin. Pour que la recherche d'un fondement soit une entreprise sensée, il faut donc qu'on admette l'existence de réalités ou de principes qui servent de fondement à autre chose, et qui soient eux-mêmes incontestables ou, du moins incontestés. Par contre, ce que l'on propose de fonder devrait être soit contestable, en droit, soit contesté, en fait<sup>5290</sup> ».

En tant qu'institution, le droit d'auteur est indubitablement contesté, en droit comme en fait. En droit, notamment en raison de sa nature (le droit de propriété), en fait, parce qu'il nuit à l'innovation et à la diffusion et in fine à la production du savoir. L'ensemble des critiques adressées au droit d'auteur et à la propriété intellectuelle, sans préjuger de leur pertinence, contribue à affaiblir le droit d'auteur dans son existence même. Certes, ce n'est pas la première fois que l'institution est attaquée aussi fondamentalement. Il suffit de se souvenir des propos de Proudhon et de Renouard. Néanmoins, ces auteurs clamaient toujours avec force que la question de la rémunération des auteurs était tellement évidente qu'il n'y avait nul besoin de démontrer le principe élémentaire selon lequel l'auteur doit percevoir les fruits de son travail. Aujourd'hui, ce principe s'il demeure rarement contesté semble, au sein de la société, de moins en moins marqué dans les esprits. Les comportements des internautes qu'on

---

<sup>5290</sup> PERELMAN C., *Droit, morale et philosophie*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1976, p. 67.

qualifie de « pirates » sont d'autant plus naturels que les barrières « morales » sont franchies à l'aide de justifications mal comprises.

**Les contraintes à la représentation du droit d'auteur.** Dégager un fondement doit répondre à certaines exigences. En premier lieu, le fondement proposé se doit d'être approprié au droit positif au risque de se présenter comme une abstraction idéale. Le but étant de favoriser le développement d'une représentation plus acceptable du droit d'auteur et non de permettre le prononcé d'un discours normatif sur celui-ci, le fondement ne peut se présenter comme un principe au risque d'être invalidé à la première contradiction avec le droit positif.

En second lieu, le fondement doit également être compatible avec les aspirations sociales et avec le type de société dans lequel nous vivons, c'est-à-dire, une société capitaliste. On ne peut penser le droit d'auteur sans accepter sa fonction dans l'économie de marché. Rigaux avait déjà remarqué que le droit d'auteur marque : « *l'emprise grandissante d'une structuration économique de la société.(...) Plutôt que d'y voir un « progrès » du droit, réparant une injustice dont les créateurs du passé auraient souffert pendant des millénaires, il paraît conforme à l'objectivité scientifique d'imputer la reconnaissance des droits intellectuels à une société pour laquelle les valeurs économiques sont les seules qui 'comptent'*<sup>5291</sup> ».

En troisième lieu, le fondement ne doit s'enfermer dans les spécificités du droit national au risque d'être caduc assez rapidement au vu du rythme auquel la CJUE interprète le droit commun communautaire. De la même manière, le fondement du droit d'auteur doit pouvoir s'adapter mutadis mutandis au système du copyright. Cela signifie que le fondement proposé doit contenir à côté d'éléments fixes, des éléments variables grâce auxquels les différentes traditions peuvent être appréhendées sans être confondues.

Enfin le fondement, pour pouvoir contribuer à légitimer le droit d'auteur, doit pouvoir convaincre la doctrine ainsi que les intéressés (auteurs, public, exploitants, politiques). Il s'agit donc, dans cette démarche, de trouver un consensus.

---

<sup>5291</sup> RIGAUX Fr., Introduction à la science du droit, Bruxelles : Vie Ouvrière, p. 217.

## B) Les conditions négatives particulières

Un fondement du droit d'auteur, qui doit prendre en compte les évolutions récentes de la matière, nécessite d'éviter trois types de lacunes. Il importe d'éviter la logique unilatérale (1), la logique paritaire (2) et, enfin, la logique conflictuelle (3).

### 1) Sortir de la logique unilatérale

Le problème du fondement personnaliste du droit d'auteur est son incapacité à appréhender les utilisateurs. Dès lors, il ne peut expliquer les limites au droit d'auteur. Il est en général nécessaire de faire appel au concept d'« intérêt public » (ou tout concept étranger équipollent) pour appréhender celles-ci. Or, cet « intérêt public » est un concept externe au fondement adopté. On retrouve ce procédé par exemple chez Desbois qui d'un côté fonde le droit d'auteur sur le devoir de protéger l'expression (originale) de la personnalité de l'auteur -et récuse à ce stade tout autre motif à l'origine de l'institution comme la recherche de la satisfaction de l'intérêt public- et de l'autre, explique les limites (en l'occurrence temporelles) aux droits par l'idée d'un nécessaire « compromis<sup>5292</sup> », « et qui dit compromis », ajoute judicieusement M. Geiger « *dit...balance entre les intérêts en présence*<sup>5293</sup> ». Cette approche n'est pas satisfaisante puisque les règles positives de l'institution donnent à se comprendre tantôt à partir du fondement personnaliste (protection de l'originalité), tantôt du fondement utilitariste (compromis entre les intérêts privés et l'intérêt collectif). Le fondement du droit d'auteur devrait présenter, en dépit de la complexité et de l'hétérogénéité des intérêts en jeu, une certaine unité. Cette unité ne devra toutefois pas empêcher l'appréhension d'autres traditions juridiques. Autrement dit, le fondement du *droit d'auteur* (lato sensu) doit pouvoir également saisir le copyright, sans gommer cependant les spécificités de chaque tradition.

Toujours est-il que l'institution du droit d'auteur ne peut plus être pensée comme un corps de législation centré autour de l'auteur. Le subjectivisme et l'individualisme qui furent salvateurs

---

<sup>5292</sup> DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Paris : Dalloz, 1978, n° 322 : « si le monopole ne subsiste que pendant une période relativement brève après la mort de l'auteur, c'est qu'un compromis doit être réalisé entre l'intérêt des ayants droit et celui de la communauté. Dans une conception absolue, les droits d'auteur pourraient être perpétuels, car la suite des années et des siècles ne modifie pas la nature des œuvres de l'esprit, qui continuent à travers les âges de porter l'empreinte de l'intelligence et de la sensibilité du créateur ».

<sup>5293</sup> GEIGER Ch., th. préc., p. 188 note 3.

pour la reconnaissance des droits de l'auteur doivent désormais, non pas être abandonnés, mais intégrés dans une conception plus globale et objective de l'institution.

C'est une vérité, connue aussi bien d'Aristote que de Bentham<sup>5294</sup>, que le droit traite des rapports entre les personnes (et non ceux entre les individus et les choses). Le droit d'auteur, comme tout autre corps de règles, vise à régler les comportements entre les hommes, c'est-à-dire entre les auteurs, les exploitants et les utilisateurs par rapport aux œuvres de l'esprit. Les conflits entre l'auteur et les utilisateurs mettant en jeu les droits fondamentaux viennent rappeler, certes sur le terrain du subjectivisme, le caractère éminemment relatif des droits de l'auteur. L'importance relativement récente mais désormais fondamentale des exceptions – dont on dit qu'elles renseignent sur la philosophie de chaque système – atteste à nouveau de la nécessité d'examiner autrement les rapports entre l'auteur et des utilisateurs.

Reléguer le subjectivisme au profit d'une vision plus objective du droit d'auteur ne doit cependant provoquer une relégation de la place de l'auteur au profit de celle des utilisateurs. Il s'agira, au contraire, de « rendre à chacun sa place » dans un cadre neutre de tout a priori. Le fondement du droit d'auteur doit donc intégrer ce souci de relativité ou de bilatéralité sans que celui-ci ne se traduise pour autant en parité ou en égalité.

## 2) Sortir de la logique paritaire

Entre les auteurs et les utilisateurs, il y aura toujours et nécessairement un conflit d'intérêts. Les premiers veulent obtenir une maîtrise plus étendue sur leur création afin d'en contrôler l'exploitation, les seconds veulent avoir accès aux œuvres et pouvoir les utiliser aussi aisément que possible. C'est l'objet du droit de tenter de résoudre ce conflit en harmonisant les intérêts des uns et des autres.

Reconnaître l'existence d'un conflit d'intérêts ne saurait signifier que les intérêts sont équivalents. L'intérêt de l'auteur à percevoir les fruits de son travail ne saurait égaler l'intérêt des utilisateurs à l'accès et à l'usage de l'œuvre pour leur divertissement, leur culture ou leur

---

<sup>5294</sup> BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, p. 112 : « Là même où le droit aurait pour sujet une chose, il aurait encore pour sujet des hommes, des services à rendre par des hommes. Car un droit est l'ouvrage d'une loi. Or, une loi ne saurait avoir d'effet qu'autant qu'elle règle la conduite des hommes : et régler la conduite d'un homme en faveur d'un autre, c'est donner un droit à celui-ci, aux dépens de celui-là : c'est conférer à l'un un droit sur certains services à rendre par l'autre ».

instruction. Le recours aux droits de l'homme comme justification du droit d'auteur<sup>5295</sup> est d'ailleurs, au-delà de ces avantages, dangereux car il tend à laisser accroire que les intérêts de l'auteur protégés par le droit de propriété valent les intérêts des utilisateurs puisque les premiers sont protégés par le droit de propriété<sup>5296</sup> et certains des seconds par le droit du public à l'information ou plus généralement par la liberté d'expression dont la valeur n'est, en principe, pas supérieure à celle du droit de propriété. Dès lors il est légitime, sous cet angle, de rechercher sur une base relativement égalitaire le moyen de régler les conflits entre les deux droits et partant entre les intérêts de l'auteur et des utilisateurs<sup>5297</sup>. On objectera que la proportionnalité ou la mise en balance des intérêts est l'instrument de discrimination des intérêts, néanmoins, un tel instrument demeure – si l'on se tient à la lettre des déclarations-exogène aux déclarations de droit de l'homme. Au contraire, le fondement du droit d'auteur, à notre avis, doit ontologiquement intégrer la nécessaire hiérarchie entre les intérêts de l'auteur et ceux des utilisateurs, non pas en vertu d'une conception traditionnaliste et personnaliste du droit d'auteur, mais bien parce que l'intérêt de l'auteur, indépendamment de toute tradition juridique, présente une valeur supérieure à celui des utilisateurs.

### 3) Sortir de la logique conflictuelle

Ce que nous entendons par « sortir de la logique conflictuelle » signifie que le fondement du droit d'auteur doit à la fois intégrer les intérêts en conflit tout en les présentant de manière harmonisée.

Comme le soutenaient Bentham et Portalis<sup>5298</sup>, il faut donner aux citoyens des motifs d'aimer les lois. Cette exigence est d'autant plus grande que le public ressent une défiance à l'égard du droit d'auteur et de la propriété intellectuelle en général. Les critiques contre la propriété

---

<sup>5295</sup> GEIGER Ch., th. cit., n° 37 et s.

<sup>5296</sup> V. Art. 17 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ; Décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006.

<sup>5297</sup> GEIGER Ch., th. préc., p. 42 : « Admettre les droits de l'homme comme justification du droit d'auteur obligerait les législateurs, lors de modification du droit d'auteur, à le mettre en balance avec les autres droits de l'homme, ainsi que les juges, lors de l'application du droit d'auteur, à procéder à un arbitrage entre principes de même rang ».

<sup>5298</sup> BENTHAM J., Traité de législation civile et pénale, préf. M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST, E. DE CHAMPS, Paris : Dalloz, p. 157 : « les lois sont susceptibles d'une sorte d'éloquence qui leur est propre, et qui a bien son utilité, ne fût-ce que pour leur concilier la faveur populaire. (...) Il est aussi très-convenable que les lois portent le cachet de la tendresse paternelle, et qu'on y laisse des marques sensibles de la bienveillance qui les a dictées » ; PORTALIS, Discours préliminaire, in, Naissance du Code civil, Paris : Flammarion, 2004, p. 39 : « au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ».

intellectuelle, si elles sont pour certaines justifiées, ont pour effet pervers de donner à certains utilisateurs le sentiment qu'accéder de manière non autorisée aux œuvres de l'esprit constitue une forme de protestation contre les dérives du système. Les critiques légitimes contre la propriété intellectuelle sont ainsi détournées pour servir de justification à une « contrefaçon zen, sans complexe<sup>5299</sup> ». Le fondement qu'il s'agit de dégager doit donc sortir de la logique conflictuelle ou du rapport de force afin d'empêcher que les critiques visant la manière dont le droit d'auteur est exercé ne soient détournées pour contester l'existence même du droit d'auteur.

La justification du droit d'auteur par son rattachement aux droits de l'homme proposée par M. Geiger<sup>5300</sup>, si elle présente certains intérêts évidents, et notamment celui de synthétiser les justifications personnaliste et utilitariste, souffre de ce caractère nécessairement conflictuel. Dans les rapports entre personnes privées, les droits de l'homme, du fait du caractère ouvert de leur énoncé, font naître plus qu'ils ne résolvent les conflits de droits, rendant le recours au juge indispensable. Or, in fine, c'est bien le juge qui détient, grâce à la technique d'adjudication de la mise en balance des intérêts, le dernier mot. Le caractère dynamique des conflits entre droits de l'homme opposés et le caractère difficilement prévisible de la balance des intérêts ne procurent pas la stabilité nécessaire que requiert le fondement d'une institution. Il faut, en conséquence, rechercher un fondement qui intègre non seulement les conflits mais présente également la source même idéalisée de leur résolution.

Le fondement du droit d'auteur que nous proposons, conformément aux exigences méthodologiques qui ont été les nôtres depuis le début de cette étude, n'est pas destiné à servir une doctrine favorable aux intérêts de l'auteur ou des titulaires de droits ni une doctrine favorable aux intérêts des utilisateurs. Il a pour but favoriser un renouvellement du discours sur le droit d'auteur et fournir corrélativement des moyens de restituer à l'institution sa légitimité.

---

<sup>5299</sup> LATRIVE Fl., « Le débat autour de l'appropriation de la pensée », in, *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 70.

<sup>5300</sup> GEIGER Ch., th. préc., n° 37 et s.

## II) Proposition d'un nouveau fondement du droit d'auteur : la justice distributive

Qu'est-ce qui pourrait justifier l'attribution à l'auteur de prérogatives exclusives sur son œuvre et dans le même temps les limites ou les exceptions à celles-ci ? Ou, plus généralement qu'est-ce qui pourrait justifier l'institution du droit d'auteur en tant que corps de règles ayant pour objet les œuvres de l'esprit ?

Avant de répondre à ces questions, soulignons, comme l'a démontré Mme Buydens, que la naissance du droit d'auteur fut moins déterminée par l'évolution des moyens de reproduction des œuvres que par l'évolution des idées<sup>5301</sup>. Il était impossible, jusqu'au XVIIIe siècle de penser le droit d'auteur, c'est-à-dire d'envisager la reconnaissance de droits subjectifs à l'auteur sur son œuvre. De fait, l'institution du droit d'auteur, étant tardivement apparue, est passée, pour ainsi dire, entre les mailles du filet de l'histoire des idées juridiques et n'a pas été confrontée aux grands débats sur la justice. Cette « anomalie », aujourd'hui, n'est plus. Comme désormais, nul ne saurait nier que les auteurs ont un droit à tirer profit de leurs travaux<sup>5302</sup>, rien n'empêche de recourir aux anciens modèles de justice, auxquels le droit d'auteur s'il avait pu être envisagé aurait été confronté, afin de l'y inscrire et par là même de dégager de nouveaux moyens susceptibles de le justifier.

Sur quelle logique élémentaire faire reposer l'institution du droit d'auteur ? La réponse va sembler simpliste. A notre avis, il s'agit du droit. Non du « droit » en tant qu'ensemble de règles contraignantes issues de l'Etat destinées à encadrer les comportements des hommes, mais le droit tel qu'il était compris par Michel Villey à partir de l'œuvre d'Aristote, à savoir le juste partage des choses extérieures entre les citoyens<sup>5303</sup> connu également sous le nom de justice distributive.

**Justice distributive et droit d'auteur.** Etrangement, la justice distributive, n'a à notre connaissance jamais servie pour expliquer, et partant, justifier le droit d'auteur. Le seul

---

<sup>5301</sup> BUYDENS M., La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique, Bruxelles : Bruylant, 2012.

<sup>5302</sup> Pour paraphraser RENOARD A.-C., Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts, Paris : Jules Renouard et Cie, t.1, 1938, p. 435 : « *On peut, et l'on doit, discuter beaucoup sur la nature et l'étendue des droits des auteurs. Mais nier qu'ils aient un droit à tirer profit de leurs travaux, ce serait nier la lumière. Nous ne nous arrêterons pas à démontrer une vérité si manifeste* ».

<sup>5303</sup> VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 35-36.

auteur, Gustave Huard en 1903, à avoir procédé à un rapprochement entre l'un et l'autre s'était fourvoyé en confondant justice distributive et communisme :

« L'Homme est obligé de travailler pour se nourrir, se vêtir etc. Les produits de son travail sont des valeurs, c'est à dire des objets utiles en même temps que des objets d'échanges. Comment dans une société bien organisée doit être réglée la distribution des valeurs produites ? Il n'y a que deux systèmes possibles : ou l'Etat se chargera d'attribuer à chacun la part qui lui revient, ou quiconque produira une valeur aura seul le droit d'en jouir et d'en disposer. Le premier système est défendu par les communistes de toutes les écoles ; en supposant qu'il fût appliqué avec loyauté et discernement, il serait propre à assurer le respect de la justice distributive, chacun recevant ce qui lui est dû eu égard à son mérite ; mais il viole la liberté, car l'Etat ne saurait régler la distribution des richesses sans présider en outre à leur production, en sorte que tous les citoyens devraient accomplir telle ou telle tâche qui leur serait assignée par les pouvoirs publics. Le second système, au contraire, ne porte à la liberté aucune atteinte ; il permet, en effet, aux citoyens de déterminer à leur gré l'objet de leur activité. Il est vrai qu'en attribuant à chacun le produit de son travail, il lèse parfois la justice distributive ; mais l'assistance libre ou obligatoire peut, après coup, remédier au mal. C'est donc le second système qu'il faut préférer<sup>5304</sup> ».

L'erreur d'Huard est de ne pas voir que l'attribution « à chacun [du] produit de son travail » (logique qu'il attribue au système libéral) est une forme de justice distributive dès lors que le critère formel du « mérite » se trouve défini substantiellement par le « travail ». En outre, il estime que distribuer les richesses implique pour l'Etat de présider à leur production, ce qui ne relève aucunement de la nécessité. La confusion d'Huard entre le communisme et la justice distributive s'explique principalement en raison du contexte du début du XXe siècle (avancée du droit social, peur du marxisme, etc.).

Si l'on revient à une définition plus simple de la justice distributive (le partage des utilités en proportion du mérite de chacun), aucun lien ne s'établit avec le collectivisme ou le communisme.

Avant de montrer comment la justice distributive, et sa dépendance la justice commutative, peuvent être utiles à la représentation du droit d'auteur et partant à sa légitimation, il convient de poser, en introduction, quelques postulats. Afin de vérifier que la justice aristotélicienne est appropriée pour rendre compte de l'institution du droit d'auteur nous procéderons dans un

---

<sup>5304</sup> HUARD G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris : Marchal et Billard, 1903, t. 1, p. 41.

premier temps à l'étiologie du droit d'auteur (A) avant d'éprouver cette représentation selon une approche plus classique (B).

*Introduction : un droit sur les choses*

Il importe dans selon une démarche réaliste de s'intéresser à la chose à partir de laquelle les rapports entre les hommes sont ordonnés. Il s'agit, autrement dit, de s'intéresser à l'œuvre, en tant que chose, avant que le droit ne s'en saisisse<sup>5305</sup>. Il conviendra ensuite de présenter la nature du droit que l'auteur a sur la chose qu'est l'œuvre de l'esprit.

1) L'œuvre de l'esprit : une chose

En prétendant revêtir un « voile d'ignorance », nous allons tenter, dans un premier temps, de déterminer les caractères de l'œuvre, en tant que chose, indépendamment du droit dont elle est l'objet, et de montrer à titre d'illustration comment chacun des caractères relevés est, a posteriori, saisi par le droit.

Une œuvre de l'esprit est une chose qui présente trois caractères. Elle est personnelle, incorporelle et informationnelle<sup>5306</sup>.

**Caractère personnel.** L'œuvre présente un caractère éminemment personnel. Renouard et Proudhon ou plus récemment M. Latrive<sup>5307</sup>, ont tenté de réduire ce caractère à son degré le plus faible afin d'empêcher qu'il serve à fonder *l'appropriation* de l'œuvre, néanmoins, l'observation suffit à constater, qu'en dépit de la combinaison finie des éléments constitutifs d'une œuvre, les œuvres sont rarement identiques. Cette absence d'identité entre les œuvres s'explique simplement par la disparité des auteurs des œuvres. Indépendamment du travail et des investissements, l'œuvre est le produit d'une intelligence, d'une sensibilité, d'une histoire, autrement dit d'une personnalité unique.

---

<sup>5305</sup> DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », RTD civ., 2012, p. 419 et s., n° 22 : « Existant indépendamment de toute législation protectrice, [l'œuvre] est une chose, non pas construite par le système juridique mais à lui donnée afin qu'il s'en saisisse ».

<sup>5306</sup> Les différentes théories sur la nature du droit d'auteur reflètent ces trois caractères : le caractère personnel se retrouve dans la théorie du droit de la personnalité, le caractère incorporel dans la théorie du droit de propriété et le caractère informationnel dans la théorie du droit personnel (ou droit de créance).

<sup>5307</sup> LATRIVE F., Du bon usage de la piraterie, Paris : Exils, 2004.

Le constat du caractère éminemment personnel d'une œuvre ne saurait conduire à méconnaître dans le même temps le caractère mimétique de tout processus créatif ni ignorer que tout auteur puise nécessairement à un fonds commun d'idées accumulées depuis les débuts de l'humanité.

L'œuvre est donc le produit, en proportions diverses, de plusieurs causes ou, dit autrement, de l'activité de plusieurs agents : l'auteur de l'œuvre et les auteurs précédents dont les idées ont servi au premier. La différence entre ces deux types d'agent réside dans le fait que, par rapport à l'œuvre en question, seul l'auteur a fait preuve de volition (les créateurs précédents ont voulu créer leur œuvre mais pas celle des créateurs subséquents). L'une des fonctions du droit consistera donc à discriminer les créations en fonction de la proportion entre la contribution personnelle de l'auteur et la contribution passive de la collectivité. Si la contribution de l'auteur est dans une proportion suffisante, s'il ajoute sa part<sup>5308</sup> à celle de la société, le critère de la cause ou de l'« origine<sup>5309</sup> » est rempli et le créateur revêtira la qualité d'auteur.

Au contraire si la contribution de l'auteur n'est pas suffisante, la création en question constitue une chose commune et appartient au domaine public. Le législateur n'a donc aucune raison d'opérer un partage. Le critère grâce auquel s'opère cette discrimination est le critère de l'originalité. Le critère de l'originalité est généralement le critère par lequel le législateur délègue aux juges le soin de déterminer si la proportion (ou la part) de la participation (ou contribution) du créateur à la production de son œuvre est suffisamment importante par rapport à la proportion de la participation de la société pour justifier l'exclusion de cet œuvre du fonds commun des idées dont elle est issue et attribuer au créateur la protection légale. Dans certains systèmes cette part ou cette contribution se révèle grâce au caractère nouveau de l'œuvre, dans d'autres, grâce à son caractère personnel.

---

<sup>5308</sup> BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P. et LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, p. 133 : « pour autant que l'on considère qu'un travail a été produit, on a coutume pour parler d'une certaine personne – tout agent que l'on considère, compte tenu de son talent actif, comme celui qui a apporté la part principale dans cette production – de l'appeler l'auteur ou un auteur ». Bentham ne traite pas ici de la production artistique, mais de toute production, de tout travail en général qui a pour effet la réalisation d'un produit.

<sup>5309</sup> DROSS W., op. cit., n° 470, note 8 : (originalité des formes) : « L'originalité renvoie à un questionnement sur la provenance de la chose : c'est l'origine qui donne l'originalité à la chose ».

**Caractère incorporel.** En tant que chose, l'œuvre de l'esprit est une forme psychique extériorisée<sup>5310</sup> distincte du support corporel dans lequel elle s'incarne. Pour le juriste, il s'agit d'une chose incorporelle. La dernière fois que nous avons examiné les « choses incorporelles », elles désignaient, chez Cicéron et Gaius, les obligations et les iura in re aliena, c'est-à-dire les servitudes, les usufruits etc. Elles étaient des choses créées ex nihilo par le juriste. Il faut revenir ici à une définition plus simple : les choses incorporelles sont tout simplement des choses qui existent indépendamment de leur support ou de l'esprit du juriste, comme des œuvres, des inventions, des marques<sup>5311</sup>. En raison du caractère incorporel, l'œuvre est à la fois ubiquitaire et perpétuelle.

Selon les économistes, et avant eux Renouard dont les propos restent toujours d'actualité, l'œuvre, en raison de son incorporéité, est un bien non-rival et non-exclusif : d'une part, l'usage de l'œuvre par l'un n'empêche l'usage de la même œuvre par l'autre, d'autre part, les usages non autorisés ne peuvent être empêchés<sup>5312</sup>. Cela signifie, qu'avant toute intervention du droit, l'œuvre ne présente aucune *valeur d'échange*.

**L'œuvre est informationnelle.** L'œuvre est, selon M. Dross, « rien d'autre qu'une forme<sup>5313</sup> ». Il s'agit d'une

« forme psychique interne élaborée par l'auteur (...) que ce dernier, afin de l'extérioriser puis la communiquer à autrui, s'attache à rendre sensible, en la dotant d'une forme externe. Cette forme externe permet en retour aux tiers de se construire une forme mentale<sup>5314</sup> »

Formaliser extérieurement l'œuvre signifie de lui donner une représentation communicable et perceptible par les sens<sup>5315</sup>. Ce processus d'extériorisation a pour effet de réduire l'œuvre à une « *structure cristallisée d'informations*<sup>5316</sup> ». Cela signifie que la forme externe de l'œuvre

---

<sup>5310</sup> DROSS W., op. cit., n° 432.

<sup>5311</sup> DROSS W., op. cit., n° 428.

<sup>5312</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., Analyse économique du droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 976 et s.

<sup>5313</sup> DROSS W., op. cit., n° 432.

<sup>5314</sup> Ibid.

<sup>5315</sup> PROUDHON P.-J., Les majorats littéraires, Paris : Librairie Nationale, 1868, p. 27-28 : « *L'œuvre de l'auteur est une pensée, plus ou moins enveloppée, et qui existe en lui indépendamment de l'imprimerie, de l'écriture, je dirais presque de la parole elle-même. Le discours, dans lequel cette idée se formule ; le papier, les caractères au moyen desquels ce discours, pensée d'abord, puis parlé, est fixé et rendu visible aux yeux, ne sont pas les petits de l'idée, des fruits qui sortent d'elle, mais des moyens de manifestation dont elle se sert* ».

<sup>5316</sup> MACKAAYE E., ROUSSEAU S., Analyse économique du droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, n° 266.

est constituée d'information dont la prise de connaissance par le destinataire permettra à celui-ci de reconstituer la forme psychique conçue par l'auteur. En conséquence, l'œuvre est non seulement un objet de communication, mais encore, un moyen de communication<sup>5317</sup>, puisqu'elle contient en son sein des informations ou pour reprendre la formule de Kant, un discours<sup>5318</sup>.

Notons que le caractère informationnel de l'œuvre de l'esprit emporte une conséquence fondamentale. Puisque l'œuvre renferme un discours ou des informations, l'œuvre présente, avant toute intervention du droit, une *valeur d'usage*, alors qu'elle n'a toujours pas, rappelons-le, de valeur d'échange.

La prise en compte de ce caractère de l'œuvre trouve quelques manifestations en droit. En premier lieu, il importe que l'œuvre soit sous sa forme externe pour donner prise au droit. Parce que le « *for intérieur échappe à l'emprise du droit, c'est la forme externe que celui-ci va appréhender : le droit ne saisit la forme psychique qu'au travers de sa forme externe*<sup>5319</sup> ». En conséquence les idées ne sont pas protégeables, seule leur formalisation peut l'être<sup>5320</sup>.

Ce caractère permet en outre d'expliquer les raisons pour lesquelles les créations dont la forme n'est pas susceptibles de communiquer des informations ou, ce qui revient au même, qui ne peuvent transmettre un discours, telles que les fragrances de parfum<sup>5321</sup>, ne donnent pas prises au droit d'auteur. La communication d'informations olfactives ne permet pas au destinataire de reconstituer, dans son esprit, la forme psychique que le créateur avait élaborée dans le sien.

**Les intérêts en jeu.** A partir de ces trois caractères, nous pouvons en déduire diverses propositions très classiques sur les intérêts en jeu.

---

<sup>5317</sup> CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne : CEDIDAC, 1985, p. 118 : « *les œuvres littéraires et artistiques ont toutes un certain caractère représentatif. En d'autres termes, elles seraient des communications, et possèderaient un contenu intellectuel* ».

<sup>5318</sup> KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?*, trad. et intro. BENOIST J., Paris : PUF, 1995, p. 122.

<sup>5319</sup> DROSS W., op. cit., n° 432.

<sup>5320</sup> Sur l'exclusion des idées, v. VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, n° 115 et s. ; LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 30 ; GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 37 et s. ; POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, p. 128 et s.

<sup>5321</sup> Cass. com., 10 déc. 2013, n° 11-19.872 : « *mais attendu que le droit d'auteur ne protège les créations dans leur forme sensible, qu'autant que celle-ci est identifiable avec une précision suffisante pour permettre sa communication ; que la fragrance d'un parfum, qui, hors son procédé d'élaboration, lequel n'est pas lui-même une oeuvre de l'esprit, ne revêt pas une forme présentant cette caractéristique, ne peut dès lors bénéficier de la protection par le droit d'auteur* ».

L'œuvre reflétant la personnalité de son auteur, les intérêts de l'auteur ne peuvent pas se traduire simplement en termes pécuniaires. L'auteur a légitimement intérêt à ce que son nom soit attaché à l'œuvre, que celle-ci ne soit pas altérée ou encore qu'il puisse la retirer de la circulation. En raison du caractère personnel de l'œuvre, l'auteur a des intérêts moraux. Il est d'ailleurs révélateur qu'avant toute idée de propriété littéraire, l'existence des intérêts moraux de l'auteur avaient déjà été clairement pressentis par les romains même s'ils n'ont fait l'objet d'aucune protection juridique<sup>5322</sup>.

L'auteur d'une œuvre, avant toute intervention du législateur dispose d'un « bien » qui n'a, en raison de son incorporité, aucune valeur d'échange, alors qu'il présente, en raison de son contenu, une valeur d'usage. Si l'on met de côté le mécénat ou les récompenses publiques, l'auteur n'a donc pour seul moyen de se rémunérer, l'échange du support sur lequel l'œuvre est inscrite.

Puisque l'œuvre contient un discours (ou des informations), elle présente une valeur d'usage et intéresse, en conséquence, les utilisateurs. Les utilisateurs, à court terme, ont intérêt à accéder à l'œuvre pour de la manière la plus simple et la moins onéreuse possible ce qui s'oppose frontalement aux intérêts de l'auteur. A plus long terme cependant, les tiers ont intérêt à donner à l'auteur les moyens de produire de nouvelles créations ce qui, ici, harmonisent les intérêts de chacun.

**La fonction du droit.** Ces trois propositions suffisent à mettre en lumière l'idée que l'œuvre, avant toute intervention du droit, est une chose autour de laquelle gravitent des intérêts hétérogènes et partiellement opposés. Sous cet angle, la question liminaire relative à ce qui pourrait justifier l'institution du droit d'auteur n'apparaît plus tout à fait décisive. La question qui viendrait davantage à l'esprit serait la suivante : qu'est-ce qui ne justifierait pas l'institution du droit d'auteur ? En effet, dès lors que l'on constate l'existence d'une chose extérieure, support *d'utilités*, et que celle-ci est source de conflit d'intérêts, il appartient au droit au sens villeyen, d'intervenir pour ordonner les rapports entre les hommes en attribuant à chacun sa part.

---

<sup>5322</sup> V. BUYDENS (M.), op. cit., p. 44 et s. A ce titre Sénèque, relate Mme Buydens, avait clairement distingué l'auteur de l'œuvre, c'est-à-dire le « dominus » de la chose, et l'éditeur qui ne jouit que de *l'usus* sur celle-ci ( Id., pp. 48-49).

Le droit selon Villey, consiste dans le juste partage des choses extérieures entre les citoyens<sup>5323</sup>. Ce partage est ponctuel : le droit n'intervient que s'il y a quelque chose à partager – donc qui n'appartient en propre à personne – ou s'il y a litige entre citoyens. Chez Aristote, la répartition des choses entre les citoyens à laquelle préside la justice distributive, ne survient qu'à la constitution de la cité afin de distribuer les biens communs (charges, honneurs etc.). Autrement dit, les propriétés privées ne résultent pas d'un partage opéré par le gouvernement mais de l'initiative privée (acquisition originelle, transfert de propriété).

Les œuvres de l'esprit ne sont pas des biens communs au sens aristotélicien, pourtant, rien n'empêche de raisonner de manière analogique. Les biens communs chez Aristote, comme les œuvres en tant que choses incorporelles, n'appartiennent à personne. Dans les deux cas, le gouvernement (ou le législateur) doit intervenir pour attribuer ces choses en propre. Si le partage n'a pas lieu, la frustration risque de naître : en effet, ne pas partager ces biens consiste finalement à placer les individus dans une situation d'égalité de fait. Le citoyen méritant ou l'auteur de l'œuvre ne revêt pas, en l'absence de partage, un statut différent du citoyen inactif ou de l'utilisateur. Autrement dit, l'absence de partage équivaut à un partage égal entre personnes inégales. Dans un tel cas de figure, ceux qui méritent d'avoir une part plus importante que les autres grondent et sont découragés à créer au détriment du bien-être de la société. La finalité du droit – l'équilibre dans les rapports entre les personnes – est compromise, et partant, c'est la cité, dans toutes ses dimensions (culturelles, sociales, économiques) qui périclète.

**Définition du droit d'auteur.** Le gouvernement ou le législateur doit donc intervenir pour opérer un partage afin de « donner à chacun sa part » et de trouver l'équilibre dans les rapports entre l'auteur et l'utilisateur. Concernant les œuvres de l'esprit, le partage va se réaliser à partir des utilités de la chose incorporelle.

L'on peut donc définir le droit d'auteur comme l'ensemble des règles de partage et d'échanges des utilités de l'œuvre de l'esprit entre les personnes, fixées par la loi ou dégagées par la jurisprudence, ayant pour finalité d'équilibrer leurs intérêts respectifs.

---

<sup>5323</sup> VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, n° 35-36.

## 2) La nature du droit de l'auteur : un droit sur la chose

Le *droit d'auteur*, puisqu'il concerne la répartition des choses entre les hommes, est une branche particulière du droit des biens<sup>5324</sup>. Il déroge au régime commun des biens en raison de la nature incorporelle de l'objet à partir des usages duquel sont ordonnées les relations entre les personnes<sup>5325</sup>.

**L'approche structurale de la propriété (corporelle).** Pour les besoins de la construction du fondement proposé, nous adoptons l'analyse des droits de l'auteur en droit de propriété telle qu'elle est proposée par M. Dross dans son article « une approche structurale de la propriété<sup>5326</sup> » puis développée dans son ouvrage *Les biens*<sup>5327</sup>. M. Dross explicite les linéaments de cette analyse :

« L'approche structurale de la propriété propose de reconsidérer la propriété à travers l'analyse de la dépendance qu'elle entretient avec les choses qui en sont l'objet. Ce qui tend, en d'autres mots, à une proposition si simple qu'on pourrait la penser parée d'une évidence qu'elle n'a pourtant jamais eue : la propriété est un droit qui porte sur les choses. La propriété n'est pas une chose. La propriété n'est pas un droit qui porte sur les droits. Elle se distingue des choses. Elle se cantonne aux choses<sup>5328</sup> ».

Dans cette optique, le droit de propriété consacré par le Code civil à l'article 544 se définit comme un droit absolu sur les choses corporelles. Ce droit a pour objet l'ensemble des utilités de la chose : l'usus, le fructus et l'abusus<sup>5329</sup>. Le droit de propriété confère à son titulaire la maîtrise absolue des utilités de la chose.

---

<sup>5324</sup> SIMLER Ch., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. CARON Ch., avt-propos REBOUL Y., Paris : Litec, 2010. V. aussi : CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, n° 13.

<sup>5325</sup> RIGAUX F., Introduction à la science du droit, Bruxelles : Vie Ouvrière, p. 216 : « la maîtrise [que le droit intellectuel] confère est semblable à la propriété : comme le droit réel le droit intellectuel se distingue de l'obligation, relation bilatérale, comme la propriété il confère une maîtrise en principe totale, mais c'est l'objet respectif des deux droits qui permet de les distinguer : le droit de propriété frappe une chose de l'univers physique, le droit intellectuel porte sur une création de l'esprit communiquée à autrui et susceptible d'être génératrice d'autres idées ainsi que d'applications diverses ».

<sup>5326</sup> DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », RTD civ., 2012, p. 419 et s.

<sup>5327</sup> DROSS W., *Droit des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2014.

<sup>5328</sup> DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », RTD civ., 2012, p. 419 et s. n° 4.

<sup>5329</sup> V. DROSS W., id. ; DROSS W., *Droit des biens*, Paris : Montchrestien, 2012, n° 8.

Comme « les utilités fournies par une chose corporelle ne sont pas identiques, à celles *qu'offre une chose incorporelle*<sup>5330</sup> », le droit de propriété ayant pour objet une œuvre de l'esprit ne pourra fournir à son titulaire les mêmes prérogatives que celles du propriétaire d'une chose corporelle. Le droit de l'auteur est donc le droit de propriété sur la chose incorporelle dont les utilités sont distinctes de celle de la chose corporelle (usus, fructus, abusus).

#### A) *Etiologie du droit d'auteur*

Comme nous l'avons vu au début de cette étude l'étiologie consiste en l'analyse d'un phénomène à partir de ces quatre causes.

##### 1) Cause motrice : le législateur et le juge

La cause motrice désigne les acteurs qui vont produire les normes. Il s'agit principalement des législateurs et des juges<sup>5331</sup>.

**Le rôle indispensable du législateur.** Le législateur revêt une importance cruciale pour les créations intellectuelles. En effet, si les choses corporelles peuvent être détenues et être exploitées, quoique de manière défective, sans le droit, les choses incorporelles ne peuvent jouir de ce bénéfice. La création artistique étant un bien incorporel dont on ne peut empêcher la jouissance par les tiers. « Ce qu'un seul a pu inventer, tous sont en état de l'imiter » écrivait Bentham<sup>5332</sup>. Sans la création de droits sur l'œuvre ou sur l'invention et la protection juridique qui leur est attachée, l'auteur n'aurait aucun moyen de contrôler l'exploitation de son œuvre et récolter les fruits de son travail. Le législateur doit donc définir l'objet, les conditions ainsi que les moyens de protection de la création intellectuelle s'il veut que l'auteur ou l'inventeur puisse se réserver les bénéfices.

---

<sup>5330</sup> DROSS W., *Droit des biens*, Paris : Montchrestien, 2012, n° 8.

<sup>5331</sup> D'autres acteurs, moins importants, interviennent toutefois comme cause motrice du droit d'auteur. Il s'agit des destinataires des règles eux-mêmes, au travers des usages ou de la pratique du copyleft. Il faut également compter la doctrine et les diverses commissions qui ont un rôle tantôt décisionnel tantôt simplement consultatif. Sur les sources secondaires du droit d'auteur ( v. PRES X., *Les sources complémentaires du droit d'auteur* français, Aix-en-Provence : PUAM, 2004).

<sup>5332</sup> BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, p. 91.

**Des législateurs.** Il faut ici concevoir la notion de législateur au sens large. Le législateur vise tout organe habilité à poser des textes de droit (par opposition au juge qui, en principe, dit le droit). En ce sens, concernant le droit d'auteur en France, on peut distinguer trois législateurs. En premier lieu, le législateur au sens strict, c'est-à-dire, l'organe de l'Etat qui vote la loi selon la procédure parlementaire et dans le respect des principes démocratiques. En second lieu, les Etats qui signent entre eux des conventions bilatérales ou multilatérales (OMPI, ADPIC). Enfin, en dernier lieu, le législateur européen.

**Les juges.** Les juges dont les décisions nourrissent le droit d'auteur sont évidemment les juges nationaux (judiciaire, administratif et constitutionnel). Il faut désormais compter sur l'apport des juges communautaires, les juges de la Cour EDH, et les juges de l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

## 2) Cause matérielle : les rapports

Les propos de MM. Ghestin et Goubeaux nous semblent parfaitement appropriés à notre entreprise :

« Il est temps de revenir à de plus saines conceptions. La singulière vision subjectiviste du droit aboutit à juxtaposer une collection de prérogatives individuelles au lieu de rechercher les rapports justes entre les hommes, prenant en considération la réalité matérielle et sociale. (...) Ils ne devrait être question que de relations juridiques objectives, des rapports de chacun avec les autres, impliquant certes des avantages mais aussi des devoirs<sup>5333</sup> ».

Pour étudier la cause matérielle, il convient de distinguer parmi les éléments constitutifs de ces rapports qu'il s'agit d'ordonner, les personnes et les choses.

---

<sup>5333</sup> GHESTIN J., GHOUBEAUX, Droit civil, Introduction générale, I, Paris, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1983, p. 120.

a) Les personnes : auteur et utilisateur

Le droit d'auteur n'a pas d'autre objet que d'ordonner les rapports entre les personnes relativement aux œuvres de l'esprit<sup>5334</sup>. Les personnes en question sont d'un côté les auteurs et d'autres les utilisateurs intermédiaires et finaux. A côté de ces personnes, il faut également compter les exploitants ainsi que les organismes de gestion collective.

b) Les choses extérieures : les utilités de l'œuvre

La justice distributive consiste dans le partage des choses extérieures. Chez Aristote, il ne s'agissait pas de partager la totalité des choses extérieures, mais seulement celles qui sont en commun, c'est-à-dire, celles qui originellement appartiennent à l'Etat. Bien qu'incorporelle, l'œuvre est une chose extérieure (elle ne relève pas du *for intérieur*<sup>5335</sup>) et partant ses utilités le sont aussi.

**L'objet du partage : les utilités de l'œuvre de l'esprit.** L'œuvre de l'esprit peut être divulguée, reproduite, représentée, adaptée, attribuée, retirée, respectée, etc. Chacun de ses usages -généralement entendues par la doctrine comme des droits subjectifs- sont avant tout des utilités de la chose incorporelle qu'est l'œuvre de l'esprit qui présentent une valeur d'usage. Les nombreuses utilités de la chose peuvent être réparties entre les personnes. Ces utilités peuvent être réparties soit en propre (comme la faculté de reproduction pour usage public), soit en commun (comme la faculté de reproduction pour usage privé). Ce n'est seulement au moment de la répartition des utilités en propre que celles-ci présentent une valeur d'échange.

Les utilités attribuées en propre (ou à titre exclusif) à l'auteur génèrent des droits<sup>5336</sup> tandis que les utilités attribuées en commun à tous les utilisateurs, qualifiées *d'exceptions*, n'offrent

---

<sup>5334</sup> CHARDEAUX M.-A., « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Comm. com. électr.*, mai 2011, p. 14 : « *le droit d'auteur n'est pas conçu comme un tête-à-tête entre le propriétaire et sa chose, mais comme une relation triangulaire entre l'auteur, le public et l'œuvre* ».

<sup>5335</sup> DROSS W., *Droit des biens*, n° 432 : « *Juridiquement, parce que le for intérieur échappe à l'emprise du droit, c'est la forme externe que celui-ci va appréhender : le droit ne saisit la forme psychique qu'au travers de sa forme externe* ».

<sup>5336</sup> FABRE-MAGNAN M., *Propriété, patrimoine et lien social*, *RTD civ.*, 1997, p. 583 et s., n° 7 : « Le droit subjectif est alors la « part » attribuée à chaque personne par le droit objectif (34), et, par hypothèse, attribuer une part à quelqu'un conduit à en priver les autres. L'exclusivité est ainsi la caractéristique commune de tous les droits subjectifs et elle ne permet pas de distinguer la propriété des autres droits ».

que des facultés d'usages de la chose que l'auteur n'est, en principe, pas censé « interdire ». Si l'auteur exprime toutefois sa volonté d'interdire les usages couverts par les exceptions, l'utilisateur demeure libre de jouir des utilités qui lui sont attribuées car la loi prive d'effet cette interdiction.

Parce que l'auteur acquiert tous les droits exclusifs sur la chose incorporelle que le législateur a cru bon de créer, il dispose de la propriété de celle-ci. Etre propriétaire d'une œuvre de l'esprit signifie, au principal, avoir la faculté de jouir et de disposer de toutes les utilités de la chose incorporelle attribuées en propre par le législateur. Certaines utilités présentent un avantage d'ordre économique alors que d'autres présentent un avantage d'ordre moral.

**Nature des rapports.** Précisons que les rapports entre l'auteur et l'utilisateur ne sont pas de type commutatif et à plus forte raison de type obligationnel. Chacun des deux a la jouissance de certaines utilités de la même chose. Leur rapport est comparable au rapport entre le propriétaire et l'usufruitier ou entre un propriétaire et le bénéficiaire d'une servitude<sup>5337</sup>. Ils n'ont entre eux que des devoirs. L'auteur a le devoir de ne pas interdire, tandis que l'utilisateur a le devoir de ne pas procéder à des utilisations de la chose qui n'ont pas été prévues par la loi, ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

### 3) La cause formelle : la proportionnalité

La proportionnalité ou égalité géométrique (a), permet de résoudre le partage des utilités de l'œuvre en fonction du mérite (b).

#### a) Un partage en proportion

La cause formelle concerne la nature du partage des utilités de la chose entre l'auteur et l'utilisateur. Il existe deux types de partage : le partage égal ou le partage inégal. Le partage inégal, c'est-à-dire lorsque les parts attribuées aux copartagés ne sont pas équivalentes, est justifié dès lors que les copartagés ne se trouvent pas dans une situation de parité. L'auteur et

---

<sup>5337</sup> V. GAUTIER P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, n° 333 ; COLIN C., *Droits d'utilisation des œuvres*, préf. SIRINELLI P., Bruxelles : Larcier, 2012, p. 418 et s. ; (refuse l'assimilatio) SIMLER Ch., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. CARON Ch., Paris : Litec, 2010, p. 106 ;

l'utilisateur intègrent cette longue liste de personnes inégales auxquels il appartient au droit d'ordonner les rapports à partir d'un partage des choses en proportion de leur mérite<sup>5338</sup>.

b) Le critère du mérite

Le mérite est le critère par lequel le partage en proportion est opéré. Il ne s'agit pas ici du critère du mérite auquel le juge n'a pas le droit de recourir pour admettre la protection d'une création. Le mérite est le critère qui détermine d'une part les parts à attribuer aux personnes, et d'autre part, les conditions d'attribution des parts. N'oublions pas que chez Aristote, le critère du mérite est juridiquement un critère formel mais substantiellement un critère politique. Autrement dit, ce sont les gouvernants qui fixent le contenu du critère.

En France, l'auteur remplit le critère du mérite, selon la conception classique, s'il exprime sa personnalité dans l'œuvre, alors que dans le système du copyright, l'auteur remplit ce critère dès lors qu'il produit une création nouvelle.

4) La cause finale : l'équilibre

« Le droit se définit par sa fin<sup>5339</sup> ». Le droit d'auteur a pour finalité l'équilibre des rapports entre les personnes relativement aux œuvres de l'esprit et notamment entre l'auteur et l'utilisateur. Cet équilibre formé par le droit n'est qu'une fin subordonnée, car la finalité dernière est politique : l'équilibre entre les intérêts des auteurs et des utilisateurs s'inscrit dans un équilibre plus général intégrant des considérations d'intérêt général (politiques culturelles, éducatives, économiques, industrielles et technologiques, etc.) et des considérations liées aux droits et libertés fondamentales dans une société démocratique (liberté d'expression, liberté de création, liberté d'entreprendre, droit à la vie privée, etc.).

---

<sup>5338</sup> « Dieu et homme ; parents et enfants ; parents entre eux ; bienfaiteurs et ceux qui ont reçu un bienfait ; offensé et offenseur ; *victime d'un délit et son* auteur ; dirigeant et dirigé ; stipulant et promettant ; celui au profit duquel une déclaration de volonté a été faite et le déclarant ; celui qui a transféré une chose pour que plus tard elle lui soit rendue et celui qui a rendu aux fins de vendre, etc. » (SENN F., *De la justice et du droit*, Paris : Sirey, 1927, pp. 24-25)

<sup>5339</sup> VILLEY M., *Philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2001, n° 3.

L'étiologie du droit d'auteur a permis de vérifier que la justice aristotélicienne pouvait servir à présenter les règles générales de la matière en mettant l'accent sur les rapports entre l'auteur et l'utilisateur, sans pour autant les placer sur un pied d'égalité.

*B) Eprouver le droit d'auteur à la justice aristotélicienne*

La justice selon Aristote se sépare en justice distributive, au moment de la constitution des rapports (1), et en justice commutative, lorsque ces rapports sont soumis au mouvement (2).

1) La constitution des équilibres

Le législateur en attribuant à l'auteur une série de prérogatives exclusives (pécuniaires et morales) sur la plupart des utilités de l'œuvre de l'esprit et en attribuant à chaque utilisateur des prérogatives « inclusives<sup>5340</sup> » de certaines utilités tente d'instituer entre l'auteur et l'utilisateur un rapport équilibré. L'objet du législateur est donc de créer entre l'auteur et l'ensemble des utilisateurs des équilibres.

2) La correction des déséquilibres

La correction des déséquilibres peut avoir lieu dans deux séries d'hypothèses : immédiatement à l'issue du partage (a) ou à l'issue d'échanges volontaires ou involontaires (b).

a) La correction des déséquilibres à l'issue du partage

Le juge qui constate un déséquilibre dans les rapports entre l'auteur et les utilisateurs peut-il modifier le partage réalisé par le législateur ? Il convient ici de distinguer les hypothèses.

---

<sup>5340</sup> DUSOLLIER S., « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?, Paris : LexisNexis, 2014, p. 34 : « Le défaut d'exclusivité « crée des privilèges ou des droits d'utilisation des œuvres (...) qui sont marquées par une non-exclusivité qu'on pourrait ainsi dénommer 'inclusivité'. Dans ces espaces de non-exclusivité en effet, l'utilisation des uns est fondamentalement inclusive de celle des autres et chacun jouit de pouvoirs symétriques d'utilisation ».

**Le partage conditionné. La compensation équitable.** L'attribution de certaines utilités attribuées en commun aux utilisateurs risque de produire au détriment de l'auteur une perte de revenus. Le législateur européen conditionne donc l'attribution de certaines utilités à la compensation des préjudices éventuellement subis par les titulaires de droit. Il appartient ainsi aux Etats membres qui transposeront certaines exceptions de prévoir un mécanisme de compensation équitable destiné à compenser les pertes probables subies par l'auteur en raison de l'emploi des utilités de l'œuvre. La reproduction pour usage privée constitue l'une de ces utilités potentiellement préjudiciables à l'auteur. Lorsque l'utilisateur exerce cette faculté, il se produit une commutation involontaire entre l'auteur et celui-ci. Le mécanisme de la compensation équitable vise alors à rétablir le « juste équilibre » dans les rapports entre auteur et utilisateur en obligeant ce dernier à compenser le dommage éventuel causé au premier.

**Cas de déséquilibre au détriment de l'auteur ou de l'utilisateur.** Que ce soit le juge communautaire ou le juge national, chacun des deux a vocation à interpréter une exception aux droits d'auteur à la lumière du considérant 31 de la directive DADVSI<sup>5341</sup>. Le considérant 31 gouverne les méthodes d'interprétation des exceptions (principe d'interprétation stricte, proportionnalité, effet utile, interprétation téléologique) grâce auxquelles il est possible de réduire ou étendre le champ d'une exception et corrélativement du monopole légal.

**Cas de déséquilibre au détriment de l'auteur. Le triple test.** Le législateur a prévu l'hypothèse où son partage pourrait générer un déséquilibre dans les rapports entre l'auteur et les utilisateurs, au détriment du premier. En effet, les utilités attribuées en commun aux utilisateurs, c'est-à-dire, les exceptions aux droits de l'auteur, dit-il « ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur<sup>5342</sup> ». Il appartient donc au juge d'intervenir, sur demande de l'auteur, lorsque l'usage d'une utilité attribuée aux utilisateurs a pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et de préjudicier de manière injustifiée à ses intérêts<sup>5343</sup>. Autrement dit, il appartient au juge d'intervenir lorsqu'il constate que la proportionnalité qui devait gouverner le partage des utilités n'opère pas en pratique.

---

<sup>5341</sup> Le juge national étant toutefois tenu de se conformer à l'interprétation du juge communautaire.

<sup>5342</sup> Art. L. 122-5 du CPI.

<sup>5343</sup> V. Cass. 1re civ., 28 févr. 2006, RIDA juill. 2006, p. 323.

## Cas de déséquilibre au détriment des utilisateurs. La création de nouvelles exceptions.

Le législateur doit établir des règles générales pour s'appliquer à la plupart des situations. Il ne peut néanmoins prévoir à l'avance toutes les situations de fait. L'équilibre des rapports entre l'auteur et utilisateur ne pourra donc être systématiquement trouvé si le juge applique strictement la loi. Il appartient donc au juge de suppléer au manquement du législateur et de corriger l'attribution des parts entre l'auteur et les utilisateurs par le truchement de nouvelles exceptions au droit d'auteur<sup>5344</sup>. Historiquement<sup>5345</sup>, c'est ainsi que les exceptions aux droits de l'auteur ont été créées<sup>5346</sup>.

b) La correction des déséquilibres dans les commutations involontaires

Les commutations involontaires consistent dans des échanges de valeurs entre l'auteur et un tiers qui n'ont pas été consentis. Lorsqu'un tiers exerce les utilités de l'œuvre attribuées en propre à l'auteur, il capte des valeurs à son profit et au détriment de l'auteur. Le juge est susceptible d'intervenir pour rétablir l'équilibre. L'auteur en effet dispose d'une forme

---

<sup>5344</sup> Pour une doctrine majoritaire, il existerait un principe selon lequel il appartient au législateur et non au juge « de faire céder le droit exclusif de l'auteur » (LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 456).

<sup>5345</sup> DREYER E., « L'information par l'image et le droit d'auteur », *Comm. com. électr.*, mars 2004, p. 8 : l'histoire du droit d'auteur interdit « de considérer qu'il serait dans la tradition française de n'admettre qu'une liste limitative d'exception au droit d'auteur. Ces exceptions sont au contraire d'origine prétorienne et le juge n'a jamais renoncé à les faire évoluer ».

<sup>5346</sup> Le juge a ainsi créé l'exception de reproduction et de représentation à caractère accessoire (V. POLLAUD-DULIAN Fr, *op. cit.*, n° 1231 et s. ; LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 455 et s. ; VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, n° 570. Pour ces derniers auteurs, il ne s'agit pas d'une exception mais d'une limite naturelle au droit d'auteur). On a recours à cette exception principalement dans les cas où une œuvre architecturale ou une œuvre d'art située sur la voie publique se trouve reproduite par l'auteur à l'occasion d'une création artistique (une photographie ou un film par exemple) ayant pour cadre le lieu dans laquelle l'œuvre se trouve (V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, Buren, D. 2005, AJ. 1026, note 1026 note DALEAU). Si l'œuvre d'art ou l'œuvre architecturale ne constitue pas le sujet de l'œuvre seconde, autrement dit, si elle se situe à l'arrière-plan, sa reproduction ou sa représentation ne saurait constituer une contrefaçon. Le juge a ensuite étendue cette exception aux reproductions d'œuvres graphiques (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juin 2001, Campagne champagne, Bull. civ. I, n° 172, p. 112. – Civ 1<sup>re</sup>, 12 mai 2011, D. 2011, actu. 1409, obs. DALEAU ; D. 2011, jur. 1875, note CASTETS-RENARD ; JCP éd. G., 2011, 28, n° 814 note VIVANT ; PI, 2011, n° 40, p. 298, obs. LUCAS ; RLDI, juin 2011, n° 2374, obs. COSTES ; RIDA 2011, n° 229, p. 457, obs. SIRINELLI). Pour justifier cette exception, la Cour de cassation s'est fondée sur l'article 5, paragraphe 3, i) de la directive Dadvsi relative à l'exception d'inclusion fortuite et l'intention présumée du législateur de la transposer implicitement (Civ 1<sup>re</sup>, 12 mai 2011, préc.). Dans le cadre de son office, le juge a pu ainsi autoriser un salarié à représenter les œuvres architecturales qu'il a contribué à élaborer et dont les droits appartenaient à son ancien employeur au motif que la mise en ligne de ses œuvres « n'est que la conséquence de l'utilisation d'internet comme nécessaire véhicule d'information (TGI Paris, 20 juin 2013, RLDI, décembre 2013, n° 99, pp. 10-13, note LE GOFFIC). L'architecte qui a ainsi diffusé les images de ces œuvres sur internet afin de mettre en avant ses expériences et favoriser ses recherches d'emploi n'a donc pas réalisé de contrefaçon.

d'action en revendication<sup>5347</sup>, l'action en contrefaçon<sup>5348</sup>, qui lui permet d'une part de faire cesser les actes illicites et d'autre part de recouvrer les sommes qu'il aurait pu percevoir.

**Fonction de cessation. Rétablir le partage initial des utilités.** Lorsque le contrefacteur fait usage de l'œuvre sans le consentement de l'auteur, il remet en cause le partage opéré par le législateur. La première fonction de l'action en contrefaçon consiste donc à rétablir ce partage ce qui se manifeste par la cessation de la situation illicite que constitue l'atteinte au bien intellectuel. Puisqu'il s'agit de se référer au partage initial, la victime n'a pas à rapporter la preuve d'un préjudice, ni même celle de la faute ou de la mauvaise foi du contrefacteur<sup>5349</sup>.

**Fonction de réparation. Rétablir l'équilibre entre les patrimoines.** L'action en contrefaçon permet à la victime d'exiger la réparation du préjudice causé par l'usage indû de l'œuvre. Il appartient au juge de fixer le montant du préjudice. Pour ce faire, le législateur énonce deux moyens pour la réparation. D'une part, le juge doit évaluer le montant de l'indemnisation à partir des conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; de son préjudice moral ; et des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits<sup>5350</sup>. A défaut, le juge peut sur demande de la victime, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire, qui ne peut pas être inférieure au montant qui aurait été dû si la commutation avait été volontaire<sup>5351</sup>.

---

<sup>5347</sup> DROSS W., Droit des biens, n° 476.

<sup>5348</sup> Art. L. 122-4 du CPI.

<sup>5349</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 13 novembre 2008, n° 06-19021, Bill. Civ. I n° 258.

<sup>5350</sup> Art. L. 331-1-3 al. 1 du CPI.

<sup>5351</sup> Art. L. 331-1-3 al. 2 du CPI.

**Conclusion du chapitre deux.** Dans ce chapitre nous avons mis en lumière les crises du droit d'auteur et la crise des fondements du droit d'auteur. Celles-ci peuvent expliquer le recours systématique à la notion d'« équilibre ». Il nous a semblé nécessaire de diriger notre attention vers de nouveaux moyens de légitimer le droit d'auteur. Représenter le droit d'auteur à partir de la justice distributive semble un moyen approprié pour conjurer la crise de légitimité en plaçant ce droit sous un jour nouveau et plus acceptable.

**Conclusion du titre deux.** Dans ce titre il a été établi que les discours de l'équilibre en droit d'auteur sont proches de la cacophonie. Les mêmes mots servent à des fins différentes. Si ces usages sont destinés à répondre aux crises du droit d'auteur, ils faut reconnaître qu'ils dérangent plus qu'ils n'arrangent. Pour tenter de redonner quelque légitimité à la matière nous avons proposé de rendre compte du droit d'auteur à partir de la justice distributive. Le droit d'auteur, sous cet angle, se présente comme un ensemble de règles visant à répartir les utilités de la chose incorporelle qu'est l'œuvre entre les divers intéressés.

**Conclusion de la partie deux.** L'objectif de cette seconde partie était de déterminer si les usages du terme « équilibre » en droit d'auteur étaient, ou non, conformes aux résultats obtenus dans la première partie. Dans une approche diachronique, nous avons constaté que les usages du terme étaient stables au cours du temps. Certes, les significations attribués au terme dans les différents usages doctrinaux n'étaient pas nécessairement identiques entre eux néanmoins, une unité demeurait. En revanche, selon une approche synchronique, nous avons constaté que les usages étaient actuellement instables en raison de la concurrence de deux discours de l'équilibre, l'un étant réformateur ou ordinaire, l'autre étant conservateur et formaliste. C'est ce dernier discours qui constitue, par rapport aux résultats de la première partie, une forme d'« anomalie ».

# CONCLUSION GENERALE

Le droit d'auteur français et l'idée d'équilibre entretiennent des rapports complexes, de type « *je t'aime, moi non plus* ». A ce titre, il suffit de constater que le terme même d'« équilibre » ou celui de « balance » est utilisé pour définir le droit d'auteur français tantôt positivement (le *droit d'auteur repose sur un équilibre entre divers intérêts*), tantôt négativement (le *droit d'auteur n'a pas vocation à équilibrer les intérêts*). En dépit de la violation du principe de non-contradiction, chacun des deux énoncés précédents est significatif ce qui laisse penser que le mot ne signifie pas, dans chaque énoncé, la même chose.

Pour démêler cette histoire passionnelle, il a fallu prendre beaucoup de recul et exploiter des ressources exogènes au droit d'auteur. Nous avons dû établir un diaporama des usages du mot « équilibre » en droit afin d'obtenir quelques éléments sur sa signification.

Dans le langage des juristes, le mot « équilibre » est un terme de combat qui s'oppose au formalisme du droit et au formalisme de la science du droit. Il nourrit un discours attaché aux intérêts et invite à mettre en œuvre la logique de l'utilité consistant à identifier puis comparer les intérêts en présence. Lorsque le juge est convaincu par ce discours et qu'il y trouve un intérêt, il peut utiliser cette logique pour mettre en balance les intérêts. Pareillement, le législateur peut habiliter le juge à mettre en œuvre cette logique en mentionnant le terme d'« équilibre » (ou l'un de ses avatars) dans la loi.

Ces ressources indépendantes de la matière et objectives ont pu être exploitées pour examiner l'emploi de l'« équilibre » en droit d'auteur. Nous avons ainsi pu constater que les usages de la notion d'« équilibre » étaient dans un premier temps classiques ou « normaux », c'est-à-dire, conformes à ce qui a pu être découvert auparavant. En ce sens, l'« équilibre » était utilisé par la doctrine « sociale » pour donner une nouvelle représentation et une nouvelle finalité (concilier les intérêts) au droit d'auteur afin de lutter contre la représentation propriétaire et absolutiste défendue par les tenants de la propriété littéraire. Cette doctrine de type utilitariste (quoique non avouée) emmenée par Renouard a obtenu quelques résultats notoires avant de tomber en désuétude au XXe siècle et avec elle, son langage. Progressivement le terme

« équilibre » a servi à désigner les systèmes étrangers et notamment américain en raison de son fondement utilitariste ou le système allemand dans lequel les juges emploient une technique de mise en balance des intérêts qui peut à nouveau s'expliquer par l'utilitarisme. Le terme d'« équilibre » ou celui de « balance », à cette époque (seconde moitié du XXe siècle), permet à la doctrine de distinguer fondamentalement le système du droit d'auteur (attaché à la satisfaction des intérêts de l'auteur) du système du copyright, (attaché à la satisfaction de l'intérêt public). La fin du XXe siècle marque l'apogée de la tension entre les deux systèmes puisque dans diverses instances sont produites des normes supra-légales dans lesquelles est mentionnée la notion d'« équilibre », vilipendée par la doctrine française.

Entrée dans le langage du droit, la notion est encore employée par les acteurs du droit de manière conforme aux résultats obtenus dans la première partie de cette étude. Lorsque le législateur (*lato sensu*) emploie la mention d'« équilibre », il s'agit, dans un premier temps, d'inviter les législateurs nationaux à favoriser une conciliation des intérêts entre les auteurs et les utilisateurs, et, dans un second temps, d'habiliter les juges à interpréter certaines normes à l'aide de la « balance des intérêts ». Dotés de cet instrument, les juges ne manquent pas de l'exploiter pour créer du droit en complétant ou en suppléant les normes. Ce pouvoir créateur issu de la simple mention du terme « équilibre » dans la norme est particulièrement manifeste dans les arrêts de la CJUE. Avec cet instrument, les juges définissent plus précisément le champ des exceptions et bâtissent presque *ex nihilo* le régime de la compensation équitable.

Si l'on s'en tenait à ce constat, nous pourrions dire que les usages du terme « équilibre » sont *mutatis mutandis* analogues aux usages du terme en droit en général constatés dans la partie une. Vraie il y a une vingtaine d'années, cette affirmation est erronée aujourd'hui en raison d'un usage concurrent du terme « équilibre » en doctrine. Pour lutter contre les effets déstabilisants de l'usage des termes d'« équilibre » et de « balance des intérêts » sur la conception traditionnelle du droit d'auteur, une doctrine attachée à la tradition du droit d'auteur a utilisé la notion même d'« équilibre » afin de préserver cette conception. L'équilibre ne désigne plus la poursuite constamment renouvelée de la conciliation des intérêts mais davantage l'état d'un système qu'il convient de sauvegarder.

La coexistence des deux discours doctrinaux de l'équilibre, l'un réformateur, l'autre conservateur, n'est pas satisfaisante d'un point de vue scientifique. Le terme d'« équilibre » est au centre d'une guerre des mots et tend à devenir, en raison de l'excès d'usage, un terme

éminemment suspect. Cette cacophonie est en outre particulièrement mal venue au moment où le droit d'auteur subit de nombreuses crises et notamment une crise de légitimité.

Ces usages excessifs et contradictoires traduisent, à notre avis, un manque cruel de renouvellement de représentations du droit d'auteur. A cet égard, nous avons proposé de représenter le droit d'auteur à l'aide de la bipartition de la justice aristotélicienne. Sous cet angle le droit d'auteur peut se définir comme *l'ensemble des règles de partage et d'échanges des utilités de l'œuvre de l'esprit entre les personnes, fixées par la loi ou dégagée par la jurisprudence, ayant pour finalité d'équilibrer leurs intérêts respectifs.*

# BIBLIOGRAPHIE

et

# SOMMAIRE

# BIBLIOGRAPHIE

## I. TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

### ➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE

- ACOLLAS E., La propriété littéraire et artistique, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Delagrave, 1888, 108 p.
- ALLEAUME C., Propriété intellectuelle, Paris : Montchrestien, 2010, 370 p.
- AUFDERHEIDE P., JASZI P., Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright, Chicago : University of Chicago Press, 2011, 199 p.
- BERNAULT C., CLAVIER J.-P., Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle, Paris : Ellipses, 2008, 430 p.
- BERTRAND A. R., *Droit d'auteur*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 978 p.
- BERTRAND A. R., Le droit d'auteur et les droits voisins, Paris : Dalloz, 1999, 951 p.
- BINCTIN N., Droit de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2010, 790 p.
- BITAN H., Droit des créations immatérielles, Rueil-Malmaison : Lamy, 2010, 454 p.
- BLANC-JOUVAN G., Droit de la propriété intellectuelle, Paris : Vuibert, 2011, 259 p.
- BRUGUIERE J.-M., Droit des propriétés intellectuelles, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Ellipses, 2011, 180 p.
- CALMELS E., *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris : Cosse, 1856, 866 p.
- CARON Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2013, 565 p.
- CHATAIN M., De la Propriété littéraire, Paris : A. Cotillon, 1880, 186 p.
- COLOMBET Cl., Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1999, 507 p.
- DE BELLEFONDS X.-L., *Droits d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, 564 p.
- DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1978, 1003 p.
- EDELMAN B., *Droits d'auteur, droits voisins : Droit d'auteur et marché*, Paris : Dalloz, 1993, 360 p.
- EDELMAN B., La propriété littéraire et artistique, Paris : PUF, 2008, 127 p.
- ESCARRA J., RAULT J., HEPP F., *La doctrine française du droit d'auteur*, Paris : Grasset, 1937, 224 p.
- FOREST D., *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris : Gualino, 2010, 104 p.
- FRANÇON A., Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Paris : Litec, 1999, 303 p.
- GASTAMBIDE A., Histoire et théorie de la propriété des auteurs, Paris : Cosse et Marchal, 1862, 132 p.
- GAUTIER P.-Y., Propriété littéraire et artistique, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2015, 927 p.

HUARD G., *Traité de la propriété intellectuelle*, Paris : Marchal et Billard, 1903, t. 1, 400 p.

LUCAS A. *Propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 172 p.

LUCAS A. et H.-J., LUCAS-SCHLOETTER A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2012, 1570 p.

MARINO L., *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : PUF, 2013, 428 p.

MATHIEU M.-L., *Droit civil : les biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 398 p.

MOREAU E., *Les droits d'auteur*, Paris : Presses des Mines, 2011, 173 p.

OLAGNIER P., *Le droit d'auteur*, 2 t., Paris : LGDJ, 1934, 264 p. et 391 p.

PIOTRAUT J.-L., *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris : Ellipses, 2010, 288 p.

POLLAUD-DULIAN Fr., *Le droit d'auteur*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2014, 1761 p.

POUILLET E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris : Marchal Billard et cie, 1879, 741 p.

REMICHE B., CASSIERS V., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire*, Bruxelles : Larcier, 2010, 744 p.

RENOUARD A.-C., *Traité des droits des auteurs, dans la littérature, les sciences et les Beaux Arts*, 2 t., Paris : Jules Renouard et Cie, 1938-9, 480 p. et 500 p.

RENOUARD A.-Ch., *Traité des brevets d'invention*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Guillaumin et Cie, 1865, 556 p.

ROMBERG E., *Etudes sur la propriété artistique et littéraire*, Paris : Guillaumin, 1892, 379 p.

ROUBIER P., *Le droit de la propriété industrielle*, Paris : Sirey, 1952, t. 1, 612 p.

SIRINELLI P., *Propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2003, 226 p.

TAFFOREAU P., *Droit de la propriété intellectuelle*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Gualino, 2012, 529 p.

VIVANT M., BRUGUIÈRE J.-M., *Droit d'auteur et droits voisins*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, 814 p.

➤ **HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE**

ATIAS Ch., *Philosophie du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, 400 p.

ATIAS Ch., *Les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2011, 442 p.

AUBY J.-B., DUTHEIL de La ROCHERE J. (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2014, 1356 p.

AUTEXIER Ch., *Introduction au droit public allemand*, Paris : PUF, 1997, 379 p.

BALAUDE J.-Fr., *Les théories de la justice dans l'Antiquité*, Paris : Nathan, 1996, 128 p.

BATIFFOL H., *La philosophie du droit*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2000, 129 p.

BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, 520 p.

BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris : Dalloz, 1956, p. 226.

BENABENT A., Droit des obligations, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Lextenso, 2012, 730 p.

BERGEL J.-L., Théorie générale du droit, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, 399 p.

BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S., Les biens, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2010, 777 p.

BILLIER J.-C., MARYIOLI A., Histoire de la philosophie du droit, Paris : Armand Colin, 2001, 328 p.

BORDET M., *Précis d'histoire romaine*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Armand Collin, 1998, 327 p.

BOULOC B., Droit pénal général, 22<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2011, 728 p.

CABRILLAC R. (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Paris : Dalloz, 2013, 1001 p.

CADIET L., JEULAND E., Droit judiciaire privé, Paris : Litec, 2009, 773 p.

CARBONNIER J., Droit civil introduction, 25<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1995, 350 p.

CHAPUS R., Droit administratif général, t.1, Paris : Montchrestien, 2001, 1425 p.

CHARONDAS LOYS LE CARON, Pandectes ou digeste du droit français, Lyon : Veyrat, 1593, 432 p.

CHEVREAU E., MAUSEN Y., BOUGLE C., Histoire du droit des obligations, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2011, 312 p.

COLIN A., CAPITANT H., Droit civil français, t. 2, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1932, 1070 p.

CORNU G., Les biens, Paris : Montchrestien, 2007, 377 p.

CUNIBERTI G., Grands systèmes de droit contemporains, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, 510 p.

DABIN J., Théorie générale du droit, Paris : Dalloz, 1963, 424 p.

DAVID R., JAUFFRET-SPINOSIC C., Les grands systèmes de droit contemporains, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2002, 553 p.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Fr., BLARY-CLEMENT E., Droit commercial, 10e éd., Paris : Montchrestien, 2010, 502 p.

DEL VECCHIO G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2004, 447 p.

DUBOUCHET P., La pensée juridique avant et après le Code civil, 4<sup>e</sup> éd., Paris : L'Hermès, 1998, 473 p.

DUBOUCHET P., La pensée juridique avant et après le Code civil, t.2, le renouveau du droit naturel ou les deux sources de la pensée juridique européenne, 1<sup>e</sup> éd., Paris : L'Hermès, 1992, 240 p.

DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, t. 1, Paris : De Boccard, 1927, 794 p.

DROSS W., Droit des biens, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2014, 460 p.

FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, t.1, Contrat et engagement unilatéral, 3<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, 755 p.

FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations, t.2, Responsabilité civile et quasi-contrats, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2010, 471 p.

FASSO G., Histoire de la philosophie du droit, trad. ROUFFET C., Paris : LGDJ, 1976, 312 p.

FORSTHOFF E., Traité de droit administratif allemand, trad. FROMONT M., Bruxelles : Bruylant, 1969, 753 p.

FRIEDMANN W., Théorie générale du droit, 4<sup>e</sup> ed., Paris : LGDJ, 1965, 568 p.

FRISON-ROCHE M.-A., PAYET M.-St., Droit de la concurrence, Paris : Dalloz, 2006, 451 p.

FROMONT M., Grands systèmes de droit étrangers, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 278 p.

FRYDMAN B., HAARSCHER G., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2010, 139 p.

GARCIA K., Le droit civil européen, Bruxelles : Larcier, 2008, 674 p.

GAUDEMET J., Les naissances du droit, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2006, 389 p.

GAUDEMET J., *Les institutions de l'antiquité*, Paris : Montchrestien, 2002, 519 p.

GAUDEMET J., CHEVREAU E., Droit privé romain, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2009, 433 p.

GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1, Le contrat - le consentement, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2013, 1526 p.

GHESTIN J., GOUBEAUX G., Traité de droit civil, introduction générale, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris : 1990, 820 p.

GIRARD P. F., Manuel élémentaire de droit romain, Paris : Arthur Rousseau, 1906, 1221 p.

GONOD P., MELLERAY F., YOLKA Ph. (dir.), Traité de droit administratif, 2 t., Paris : Dalloz, 2011, 841 p. et 711 p.

GUINCHARD S., BUISSON J., Procédure pénale, 6e éd., Paris : Litec, 2010, 1485 p.

HAASCHER G., FRYDMAN B., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1998, 140 p.

HAESAERT J., Théorie générale du droit, Bruxelles : Bruylant, 1948, 497 p.

HENNETTE-VAUCHEZ St., ROMAN D., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris : Dalloz, 2013, 739 p.

ISAAC G., BLANQUET M., Droit général de l'Union européenne, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, 756 p.

JESTAZ Ph., Le droit, Paris : Dalloz, 2014, 160 p.

JOSSERAND L., Cours de droit civil français positif, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris : Sirey, 1938, p. 1149 ; t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1939, 1213 p.

LARROUMET C., Les biens, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, t.II, 2004, p. 640.

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, 569 p.

LEGEAIS R., Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2008, 494 p.

LEVY J.-P., CASTALDO A., Histoire du droit civil, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2002, 1619 p.

LEVY-ULLMANN H., *Le système juridique de l'Angleterre*, avt-propos VOGEL L., Paris : Panthéon-Assas, 1999, 574 p.

LOVISI C., Introduction historique au droit, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2007, 349 p.

MAINGUY D., Introduction générale au droit, Paris : LexisNexis, 2013, 6<sup>e</sup> éd., 360 p.

MALAURIE P., MORVAN P., Introduction générale, Paris : Défrénois, 2009, 366 p.

MALAURIE P., AYNES L., Les biens, Paris : Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2013, 407 p.

MAZEAUD H., L. et J., CHABAS F., Leçons de droit civil, Paris : Montchrestien, 1994, t. 2, vol. 2, 472 p.

MILLARD E., Théorie générale du droit, Paris : Dalloz, 2006, 140 p.

OPPETIT B., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1999, 156 p.

OURLIAC P., MALAFOSSE J. (de), Histoire du droit privé, Paris : Puf, 1961, t.1, 420 p.

PACTEAU B., Traité de contentieux administratif, Paris : 2008, PUF, 647 p.

PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, t.1 et t.2, Paris : LGDJ, 1900, 966 p. et 877 p..

RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., Droit du commerce international, Paris : Dalloz, 2011, 529 p.

RIGAUX Fr., Introduction à la science du droit, Bruxelles : Vie Ouvrière, 1974, 407 p.

ROBAYE R., Le droit romain, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles : Bruylant, 2005, 335 p.

ROUBIER P., Théorie générale du droit, Paris : Dalloz, 2005, 337 p.

SAINT-PAU J.-Ch. (dir.), Droits de la personnalité, Paris : LexisNexis, 2013, 1409 p.

SCHMIDLIN B., Droit romain privé, t. 1, Genève : Bruylant, 2008, 350 p.

SCHWARZE J., Droit administratif européen, 2 t., Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes ; Bruxelles : Bruylant, 1994, 1631 p.

SERIAUX A., Le droit naturel, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1999, 129 p.

SEVE R., Philosophie et théorie du droit, Paris : Dalloz, 2007, 390 p.

SOURIOUX J.-L., Introduction au droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1990, 243 p.

TERRE Fr., Introduction générale au droit, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2015 , 636 p.

TERRE Fr., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., Droit civil, Les obligations, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 1594 p.

THIREAU J.-L., Introduction historique au droit, Paris : Flammarion, 2001, 386 p.

TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), Traité de droit constitutionnel, t. 1, Théorie de la Constitution, Paris : Dalloz, 2012, 815 p. ; t. 3, Suprématie de la Constitution, 2012, 825 p.

TROPER M., La philosophie du droit, Paris : PUF, 2011, 127 p.

TZITZIS St., Introduction à la philosophie du droit, Paris : Vuibert, 2011, 284 p.

VILLEY M., Le droit romain, 10<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2002, 128 p.

VILLEY M., Philosophie du droit, Paris : Dalloz, 2001, 339 p.

VINEY G., Introduction à la responsabilité, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2008, 695 p.

ZOLLER E., Introduction au droit public, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 241 p.

## **II. OUVRAGES SPECIAUX**

### ➤ **PROPRIETE INTELLECTUELLE**

BAETENS J., *Le combat du droit d'auteur* : anthologie historique, Paris : Les impressions nouvelles, 2001, 187 p.

BARRETT M., Intellectual Property, New York : Aspen Publishers Online, 2008, 409 p.

BENHAMOU F., FARCHY J., *Droit d'auteur et copyright*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2014, 126 p.

BENHAMOU F., *L'économie de la culture*, Paris : La Découverte, 2008, 130 p.

BLANDIN-OBERNESSER A. ( dir.), *L'Union Européenne et internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes : travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE)*, Rennes : Apogée, 2001, 189 p.

BONCOMPAIN J., *La révolution des auteurs*, Paris : Fayard, 2001, 1772 p.

BOSSANGE H., *Opinion nouvelle sur la propriété littéraire*, Paris : Rignoux, 1836, 40 p.

BOUQUILLION P., *Les industries de la culture et de la communication : les stratégies du capitalisme*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 2008, 306 p.

BRONZO N., *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris : l'Harmattan, 2007, 180 p.

BRUGUIERE J.-M. (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, 146 p.

BUYDENS M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles : Bruylant, 2012, 490 p.

CATALA P., *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, Paris : PUF, 1998, p. 352.

CHANTEPIE P., LE DIBERDER A., *Révolution numérique et industries culturelles*, Paris : La Découverte, 2005, 122 p.

CHERPILLOD I., *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne : CEDIDAC, 1985, 197 p.

CHIMENES M., ALVISET J., *La musique sous Vichy*, Paris : Editions Complexes, 2001, 420 p.

CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation, t.1, Les protections nationales*, Paris : l'Harmattan, 2004, 350 p.

CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation, t.2, Les aspects internationaux*, Paris : l'Harmattan, 2004, 363 p.

CURIEN N., *Economie des réseaux*, Paris : La Découverte, 2005, 129 p.

CURIEN N., *L'industrie du disque*, Paris : La Découverte, 2006, 121 p.

CURIEN N., MAXWELL W., *La neutralité d'internet*, Paris : La Découverte, 2011, 126 p.

DE BRANDT J., GOURDET G. (dir.), *Immatériel : nouveaux concepts*, Paris : Economica, 2001, 249 p.

DE BROGLIE G., *Le droit d'auteur et l'Internet*, Paris : PUF, 2001, 105 p.

DERIEUX E., *Le droit des médias*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 182 p.

DERRIEUX E., GRANCHET A., *Lutte contre le téléchargement illégal*, Paris : Lamy, PUF, 2010, 266 p.

DIU I., Parinet E., *Histoire des auteurs*, Paris : Perrin, 2013, 530 p.

DOUEIHI M., *La grande conversion numérique*, Paris : Seuil, 2008, 271 p.

DULONG DE RK M., LE CROSNIER H., *Propriété intellectuelle : géopolitique et mondialisation*, Paris : CNRS éditions, 2013, 195 p.

- DUSOLLIER S. (dir.), *Le droit d'auteur: un contrôle de l'accès aux œuvres*, Cahier du CRID, n° 18, Bruxelles : Bruylant, 2000, 91 p.
- EDELMAN B., *Le sacre de l'auteur*, Paris, Seuil, 2004, 380 p.
- FABRE G., *Propriété intellectuelle, contrefaçon et innovation*, Mont Saint-Agen : Publications des Universités de Rouen et du Havre, 2009, 177 p.
- FARCHY J., *Internet et le droit d'auteur – la culture Napster*, Paris : CNRS, 2003, 204 p.
- FLICHY P., *Le sacre de l'amateur*, Paris : Seuil, 2010, 115 p.
- FLINIAUX Ch., *Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique*, Paris : Thorin, 1867, 236 p.
- FOLLEVILLE D. de, *De la Propriété littéraire et artistique*, Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1877, 39 p.
- FORAY D., *L'économie de la connaissance*, Paris : La Découverte, 2009, 126 p.
- FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, 450 p.
- GASTAMBIDE A., *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tout genre*, Paris : Legrand et Descauriel, 1837, 496 p.
- GOURNOT A.-L., *Du principe des droits d'auteur et de la perpétuité*, Paris : Dentu, 1862, 57 p.
- GREFFE X., *Economie de la propriété littéraire et artistique*, Paris : Economica, 2005, 209 p.
- GREFFE X., *Artistes et marché*, Paris : La documentation française, 2007, 304 p.
- GREFFE X., SONNAC N. (dir.), *Culture web*, Paris : Dalloz, 2009, 894 p.
- GUELLEC D., *Economie de l'innovation*, Paris : La Découverte, 2009, 124 p.
- GUILLAUME M., *L'empire des réseaux*, Paris : Descartes et Cie, 1999, 158 p.
- HORELLOU-LAFARGE C., SEGRE M., *Sociologie de la lecture*, 2<sup>e</sup> ed., Paris : La Découverte, 2007, 122 p.
- HORKHEIMER M., ADORNO T.W., KAUFHOLZ-MESSMER E., *La dialectique de la raison : fragments philosophiques*, Paris : Gallimard, 1974, 281 p.
- KANT E., *Qu'est-ce qu'un livre ?*, trad. et intro. BENOIST J., Paris : PUF, 1995, 170 p.
- LABOULAYE E., *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, Paris : Augustin Durand, 1858, 201 p.
- LALIGANT O., *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, 442 p.
- LANDES W. M., POSNER R. A., *Journal of Legal Studies, The Economic structure of intellectual property law*, Boston : Harvard University Press, 2009, 448 p.
- LATRIVE F., *Du bon usage de la piraterie*, Paris : Exils, 2004, 170 p.
- LESSIG L., *L'avenir des idées, le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Lyon : PUL, 2005, 414 p.

- LEVEQUE F., *Economie de la régulation*, Paris : La Découverte, 1993, 124 p.
- LEVEQUE F., MENIERE Y., *Economie de la propriété intellectuelle*, Paris : La Découverte, 2003, 128 p.
- LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 1998, 355 p.
- MANCINI A., *L'obsolescence du droit d'auteur et de sa philosophie*, Paris : Buenos Books International, 2006, 142 p.
- MANCINI A., *Justice et internet : une philosophie pour le monde virtuel*, Paris : Buenos Books International, 2007, 236 p.
- MARESCHAL J.-L.-H., *Les Droits de l'auteur et le droit du public relativement aux œuvres de l'esprit*, Paris : Hachette, 1866, 40 p.
- MOURLON Fr., *Examen du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique*, Paris : Marescq, 1864, 138 p.
- PIERRAT E., *La guerre des copyrights*, Paris : Fayard, 2006, 302 p.
- PIOTRAUT J.-L., *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Paris : Lavoisier, 2007, 140 p.
- PROUDHON P.-J., *Les Majorats littéraires*, Bruxelles : Office de publicité, 1862, 170 p.
- RIFKIN R., *L'âge de l'accès*, trad. Saint-Upéry M., Paris : La Découverte, 2000, 396 p.
- SAVATIER R., *Le droit de l'art et des lettres*, Paris : LGDJ, 1953, 224 p.
- STROMHOLM St., *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave*, 3 t., Stockholm : P.A. Norstedt et Söners Förlag, 1967, 498 p., 359 p., 674 p.
- STROWEL A., DERCLAYE E., *Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia : droit belge, européen et comparé*, Bruxelles : Bruylant, 2001, 488 p.
- TAMARO N., *Le droit d'auteur : fondements et principes*, Montréal : Presses de l'université de Montréal, 1994, 214 p.
- TARDIF J., FARCHY J., *Les enjeux de la mondialisation culturelle*, Paris : Hors commerce, 365 p.
- VIVANT M. (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Paris : Dalloz, 2015
- VIVANT M., *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information, et les réseaux*, Paris : IFRI, 2002, 81 p.
- WEKSTEIN I., *Droits voisins du droit d'auteur et numérique*, Paris : Litec, 2002, 212 p.
- WORMS Fr., *Etude sur la propriété littéraire*, 2 vol., Paris : Alphonse Lemerre, 1878, 411 p. et 480 p.

➤ **HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE**

- Anonyme, *Qu'est-ce que les parlemens en France*, La Haye, 1788, 74 p.
- AGOSTINI E., *Droit comparé*, 1<sup>er</sup> éd., Paris : PUF, 1988, 339 p.
- AHRENS H., *Cours de droit naturel*, t. 2, 6<sup>e</sup> éd., Leipzig : Brochhaus, 1868, 522 p.

AMBLARD P., *Régulation de l'internet, l'élaboration des règles de conduite par le dialogue interactif*, Bruxelles : Bruylant, Cahiers du Crid n° 24, 2004, 510 p.

ANDREANI T., ROSEN M. (dir.), *Structure, système, champ et théorie du sujet*, Paris : l'Harmattan, 1997, 343 p.

ANDRIEUX J.-P., *Histoire de la jurisprudence*, Paris : Vuibert, 2012, 307 p.

ANTONETTI G., *Histoire contemporaine politique et social*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1999, 630 p.

ARNAUD A.-J., *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris : PUF, 1975, 228 p.

ARNAUD A.-J., *Critique de la raison juridique*, t. 1, Paris : LGDJ, 1981, 465 p.

ARNAUD A.-J., *Entre modernité et mondialisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris : LGDJ, 1998, 185 p.

ATIAS Ch. *Epistémologie du droit, Que sais-je ?*, Paris : PUF, 1994, 128 p.

AUBIN G., BOUVERESSE J., *Introduction historique au droit du travail*, Paris : PUF, 1995, 320 p.

AUDARD Ch., *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, t.1, Paris : PUF, 1999, 340 p.

AUDARD Ch., *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Paris : Gallimard, 2009, 843 p.

AUDREN Fr., HALPERIN J.-L., *La culture juridique française*, Paris : CNRS éditions, 2013, 330 p.

AUSTIN J., *Lectures on jurisprudence*, t.2, 4<sup>e</sup> éd., London : Murray, 1879, 1169 p.

BADINTER R., *L'abolition de la peine de mort*, Paris : Dalloz, 2007, 211 p.

BALAUDE J.-Fr., *Le vocabulaire des Présocratiques*, Paris : Ellipses, 2002, 64 p.

BARAK A., *Proportionality : Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge : Cambridge University Press, 2012, 611 p.

BARASCH M. I., *Le socialisme juridique*, Paris : PUF, 1923, 132 p.

BASTID P., *Sieyès et sa pensée*, Paris : Slatkine, 1970, 671 p.

BEATTY D. M., *The Ultimate Rule of Law*, New York : Oxford University Press, 2004, 216 p.

BENOIST-LUCY, TCHIKAYA Bl., *Memento droit international public*, Paris : Hachette, 2010, 160 p.

BENTHAM J., *De la torture*, trad. COQUI G., Paris : Allia, 2012, 78 p.

BENTHAM J., *La table des ressorts de l'action*, trad., notes et intro. CLERO J.P., Paris : L'unébévue, 2008, 215 p.

BENTHAM J., *Traité de législation civile et pénale*, préf. BOZZO-REY M., BRUNON-ERNST A., DE CHAMPS E., Paris : Dalloz, 2010, 477 p.

BENTHAM J., *Garanties contre l'abus de pouvoir*, trad. et postf. LEROY M.-L., Paris : Rue d'Ulm, 2001, 285 p.

BENTHAM J., *De l'ontologie*, trad. et comm. CLERO J.-P. et LAVAL Ch., Paris : Seuil, 1997, 290 p.

BENTHAM J., *Fragment sur le gouvernement – Manuel de sophismes politiques*, trad., notes, préf. CLERO J.-P., Paris : LGDJ et Bruylant, 1996, 386 p.

BENTHAM J., *Rationale of Judicial Evidence*, t. 4, *Specially Applied to English Practice*, London : Hunt & Clarke, 1827, 645 p.

- BENTHAM J., Théorie des peines et des récompenses, t. 2, trad. DUMONT E., Paris : Bossange, 1826, 429 p.
- BENTHAM J., Traité des sophismes politiques et des sophismes anarchiques, trad. DUMONT E., Bruxelles : Hauman et cie, 1840, 343 p.
- BENTHAM J., *Manuel d'économie politique*, Bruxelles : Hauman, 1840, 122 p.
- BENTHAM J., Déontologie ou science de la morale, t. 1, trad. LAROCHE B., Paris : Charpentier, 1837, 390 p.
- BENTHAM J., *Œuvres*, Bruxelles : Human, 1830, 369 p.
- BENTHAM J., *De l'organisation judiciaire et de la codification*, trad. DUMONT E, Paris : Bossange, 1828, 483 p.
- BERNARD G., Introduction à l'histoire du droit et des institutions, Levallois-Perret : Studyrama, 2011, 567 p.
- BERTAULD A., Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon, vol. 1, Paris : Cosse et Marchal, 1869, 531 p.
- BIDOUZE Fr. (dir.), Haro sur les Parlements (1787-1790), textes choisis et présentés par, Saint-Etienne : PU Saint-Etienne : 2012, 380 p.
- BIGEON A.-A., La photographie et le droit, Paris : C. Mendel, 1894, 305 p.
- BINOCHE B., CLERO J.-P., Bentham contre les Droits de l'Homme, Paris : PUF, 2007, 274 p.
- BLACKBOURN D., The German bourgeoisie : essays on the social history of the German middle class from the late eighteenth to the early twentieth century, London : Routledge, 1991, 348 p.
- BLACKSTONE W., Commentaires sur les lois anglaises, Bruxelles : De Boubers, 1774, 503 p.
- BLAIS M.-Cl., La solidarité – *Histoire d'une idée*, Paris : Gallimard, 2007, 347 p.
- BLANC L., Organisation du travail, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Bureau de la Société de l'Industrie Fraternelle, 1847, 284 p.
- BONNECASE J., La pensée juridique française, t. II, Bordeaux : Delmas, 1933, 314 p.
- BOLTANSKI L., THEVENOT L., De la justification – Les économies de la grandeur, Paris : Gallimard, 1991, 485 p.
- BREGI J.-F., Droit romain – Les biens et la propriété, Paris : Ellipses, 2009, 234 p.
- BRISSON L., PRADEAU J.-F., Le vocabulaire de Platon, Paris : Ellipses, 1998, 63 p.
- BRUNSCHWIG J., LLOYD G. (dir.), Le savoir grec, Paris : Flammarion, 1996, 1099 p.
- BUCKLE S., Natural law and the theory of property, Oxford : Clarendon Press, 1991, 324 p.
- BURLAMAQUI J. J., Eléments du droit naturel, Paris : Delestre-Boulage, 1821, 339 p.
- CAILLE A., LAZZERI Ch., SENELLART M., Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique, Paris : La Découverte, 2001, 755 p.
- CAMBIANO G., Polis *histoire d'un modèle politique*, trad. FERMIGIER S., Paris : Aubier, 2003, 460 p.
- CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A., KLEIN M. (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris : LGDJ, 2005, 156 p.
- CANTO-SPERBER M., Ethiques grecques, Paris : PUF, 2001, 455 p.

- CANTO-SPERBER M., OGIEN R., *La philosophie morale*, Paris : PUF, 2004, 127 p.
- CAPECCHI D., *History of Virtual Work Laws: A History of Mechanics Prospective*, Milan : Springer-Verlag, 2012, 492 p.
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2004, 416 p.
- CARBONNIER J., *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 493 p.
- CARDOZO B. N., *La nature de la décision judiciaire*, trad. CALVES G., Paris : Dalloz, 2011, 122 p.
- CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris : Recueil Sirey, 1920, 788 p.
- CASTALDO A., LEVY J.-P., *Histoire du droit civil*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 785 p.
- CASTALDO A., TIMBAL P.-Cl., MAUSEN Y., *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2009, 673 p.
- CASTEL R., *Les Métamorphoses de la question sociale*, Paris : Gallimard, 1995, 494 p.
- CASTORIADIS C., *Sur le Politique de Platon*, Paris : Seuil, 1999, 196 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris : Dalloz, 2014, 431 p.
- CHARTIER R., *Les origines culturelles de la révolution française*, Paris : Seuil, 1990, 244 p.
- CHARTIER R., MARTIN H.-J., (dir.), *Histoire de l'édition française*, tome 2, *Le livre triomphant*, Paris : Promodis, 1984, 653 p.
- CHASSAT A. M., *Traité de l'interprétation des lois*, Paris : Videococq, 1836, 315 p.
- CHAVAGNEUX C., MILEWSKI F., PISANI-FERRY J. et al., *Les grandes questions économiques et sociales*, t.III, *Les enjeux de la mondialisation*, Paris : La Découverte, 2007, 124 p.
- CHRISTIANS HRISTIANS L.-L. et al., *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 735 p.
- CICERON, *Les topiques*, trad. DELCASSO, Paris : Panckoucke, 1840, 430 p.
- CLEMENT V., LE CLAINCHE C., SERRA D., *Economie de la justice et de l'équité*, Paris : Economica, 2008, 431 p.
- COASE R. H., *Le coût du droit*, Paris : PUF, 2000, 119 p.
- COHEN-ELIYA M., PORAT I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge : Cambridge University Press, 2013, 168 p.
- COMTE Ch., *Traité de la propriété*, t. 2, Paris : Ducollet, 1834, 536 p.
- CORDONNIER L., *Coopération et réciprocité*, Paris : PUF, 1997, 200 p.
- CORNIL G., *Ancien droit romain*, Bruxelles : A. Vandeveld, 1930, 153 p.
- CORNU G., *Linguistique juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2005, 440 p.
- COTELLE T. A., *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. 3, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Carililan-Goery et alii, 1840, 810 p.
- COULOUBARITSIS L., *Aux origines de la philosophie européenne*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles : De Boeck, 2003, 759 p.
- DAGOGNET F., *Philosophie de la propriété*, Paris : PUF, 1992, 233 p.

D'AGUESSEAU H.-Fr., *Œuvres*, t.1, Paris : Chaix, 1865, 500 p.

DE CAQUERAY G., Explication des passages de droit privé contenus dans les *œuvres* de Cicéron, Paris : Durand, 1857, 601 p.

DECKER M., Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droit français, allemand et anglais, 2000, Paris II, 814 p.

DEFFAINS B., LANGLAIS E., *Analyse économique du droit*, Bruxelles : De Boeck, 2009, 407 p.

DE GERANDO J. M., *Institutes du droit administratif français ou Elements du Code administratif*, Paris : Névé, 1829, 466 p.

DELATTE A., *La Constitution des États-Unis et les pythagoriciens*, Paris : Les belles lettres, 1948, 30 p.

DELATTE A., *Essai sur la politique pythagoricienne*, Paris : Edouard Champion, 1922, 295 p.

DELBREL Y., *L'essentiel de l'histoire du droit social*, Paris : Gualino, 2006, 132 p.

DELMAS-MARTY M., *Critique de l'intégration normative*, Paris : PUF, 2004, 330 p.

DEL VECCHIO G., *La justice – la vérité*, Paris : Dalloz, 1955, 245 p.

DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, 202 p.

DEMOGUE R., JAMIN Ch., *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, Paris : Dalloz, 2013, 155 p.

DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris : La mémoire du droit, 2001, 682 p.

DE ROMMILLY J., *La loi dans la pensée grecque*, Paris : Les belles lettres, 2002, 268 p.

DE ROMMILLY J., *La douceur dans la pensée grecque*, Paris : Les belles lettres, 1979, 346 p.

DEWERPE A., *Le monde du travail 1800-1950*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Armand Colin, 1998, 179 p.

DIJON X., *Droit naturel*, t. 1, les questions du droit, Paris : PUF, 1998, 618 p.

DOCKES E., *Valeurs de la démocratie*, Paris : Dalloz, 2005, 183 p.

DOMAT J., *Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Durand, 1777, 436 p.

DONZELOT J., *L'invention du social*, Paris : Fayard, 1984, 267 p.

DRAÏ R., *Œil pour œil – le mythe de la loi du talion*, Paris : Joseph Clims, 1986, 189 p.

DUCOS M., *Rome et le droit*, Paris : Librairie Générale Française, 1996, 192 p.

DUCOS M., *L'influence grecque sur la loi des douze tables*, préf.. MAGDELAIN A, Paris : PUF, 1978, 94 p.

DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris : La mémoire du droit, 1999, 206 p.

DUGUIT L., *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris : Alcan, 1908, 165 p.

DUMEZIL G., *Idées romaines*, Paris : Gallimard, 1969, 311 p.

DUMONT J.-P., *Les Présocratiques*, Paris : La Pléiade, 1988, 1640 p.

DUMONT L., *Essais sur l'individualisme*, Paris : Seuil, 1991, 315 p.

- DUNOYER L. H., *Blackstone et Pothier*, Paris : Rousseau, 1927, 169 p.
- DU PASQUIER C., *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel : Delachaux & Niestlé, 1948, 364 p.
- DUPRET B., *Droit et sciences sociales*, Paris : Armand Colin, 2006, 207 p.
- DUPUY J.-P., *Libéralisme et justice sociale*, Paris : Hachette, 1992, 375 p.
- DURKHEIM E., *De la division du travail social*, Paris : PUF, 1967, 416 p.
- DURIF J., *Le talion et le début de la justice publique*, Lyon : Bosc, 1937, 76 p.
- DURPAIRE Fr., *Histoire des Etats-Unis*, Paris : PUF, 2013, 127 p.
- EHRlich E., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 4e éd., New Brunswick : Transactions Publishers, 2009, 541 p.
- ELLUL J., *Le fondement théologique du droit*, préf. MODERNE Fr., Paris : Dalloz, 2008, 109 p.
- ELLUL J., *Histoire des institutions*, t.1-2, 8<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1992, 629 p.
- ESMEIN A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1912, 902 p.
- EWALD F., *L'Etat providence*, Paris : Grasset, 1986, 608 p.
- EWALD F., *Histoire de l'Etat providence*, Paris : Grasset, 1996, 317 p.
- FARAGO F., *La justice*, Paris : Armand Colin, 2002, 242 p.
- FALCON Y TELLA M. J., *Equity and law*, Leiden : Brill, 2008, 334 p.
- FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris : PUF, 2004, 210 p.
- FARNSWORTH E.A., *Introduction au système économique des USA*, Paris : LGDJ, 1986, 236 p.
- FERGUSON A., *Essai sur l'histoire de la société civile*, trad. BERGER A., révisée GAUTIER P., Paris : PUF, 1992, 380 p.
- FILHO C. S., *Histoire critique des monopoles*, Paris : LGDJ, 2010, 132 p.
- FLEINER Fr., *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. EISENMANN Ch., Paris : delagrave, 1933, 280 p.
- FLEURY L., *Sociologie des pratiques culturelles*, Paris : Armand Colin, 2008, 127 p.
- FOGEN M. T., *Histoires du droit romain*, Paris : Editions de la maison des sciences, 2007, 231 p.
- FONTANIER J.-M., *Le vocabulaire latin de la philosophie*, Paris : Ellipses, 2002, 127 p.
- FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, Paris : Seuil/Gallimard, 2004, 356 p.
- FRYDMAN B., *Le sens des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2011, 708 p.
- FRYDMAN B., *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles : Fondation Roi Baudouin, 1998, 98 p. ( version en ligne : [http://www.kbs-frb.be/uploadedFiles/KBS-FRB/Files/FR/PUB\\_0976\\_Les\\_transformations\\_du\\_droit\\_moderne.pdf](http://www.kbs-frb.be/uploadedFiles/KBS-FRB/Files/FR/PUB_0976_Les_transformations_du_droit_moderne.pdf))
- FULLER L. L., *Legal Fictions*, Stanford, Stanford University Press, 1967, 142 p.

GAUDEMET E., *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, présentat. JAMIN Ch. et JESTAZ Ph., Paris : La mémoire du droit, 2002, 207 p.

GAUDEMET J., *Les sources du droit canonique*, Paris : éditions du Cerf, 1993, 262 p.

GENY Fr., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1919, t.1, 446 p., t.2 422 p.

GENY Fr., *Science et technique en droit privé positif*, t. 2, Paris : Sirey, 1913, 569 p.

GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 740 p.

GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, 681 p.

GERNET L., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris : Sirey, 1955, 245 p.

GLOTZ G., *La cité grecque*, Paris : Albin Michel, 1988, 467 p.

GOBRY I., *Le vocabulaire grec de la philosophie*, Paris : Ellipses, 2002, 143 p.

GOODWIN H. E., *The Equity of the king's court before the reign of Edward the First*, Leipzig : Grubel & Sommerlatte, 1899, 60 p.

GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris : PUF, 1992, 388 p.

GOYARD-FABRE S., *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Paris : Vrin, 2002, 372 p.

GRANDAZZI A., *Les origines de Rome*, Paris : PUF, 2003, 128 p.

GRAWITZ M., *Méthodes des sciences sociales*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2001, 1023 p.

GRIMAL P., *La civilisation romaine*, Paris : Flammarion, 2009, 481 p.

GRIMAUDET Fr., *Œuvres*, Paris : Fouët, 1669,

GROTIUS H., *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. PRADIER-FODERE P., Paris : PUF, 1999, 867 p.

GUESLIN A., *Gens pauvres - pauvres gens*, Paris : Aubier, 1998, 315 p.

GURVITCH G., *La déclaration des droits sociaux*, Paris : Dalloz, 2009, 174 p.

GURVITCH G., *Eléments de sociologie juridique*, Paris : Dalloz, 2012, 267 p.

**HAAS G. H., *The concept of equity in Calvin's ethics*, Waterloo : Wilfrid Laurier University Press, 1997, 205 p.**

HAENEL H., FRISON-ROCHE, M.-A., *Le juge et le politique*, Paris : PUF, 1998, 265 p.

HALEVY E., *La formation du radicalisme philosophique*, vol.3, Paris : PUF, 1995, 448 p.

HAURIOU M., *Principes de droit public*, préf. BEAUD O., Paris : Dalloz, 2010, 734 p.

HAURIOU M., *Ecrits sociologiques*, préf. AUDREN F., MILLET M., Paris : Dalloz, 2008, 659 p.

HAURIOU M., *Cours de science sociale*, Paris : Larose, 1896, 432 p.

HAYEK F.A., *La constitution de la liberté*, trad. AUDOUIN R. et GARELLO J., Paris : Litec, 1994, p. 530.

- HALPERIN J.-L., Histoire du droit privé français depuis 1804, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, 392 p.
- HALPERIN J.-L., Profils des mondialisations du droit, Paris : Dalloz, 2009, 433 p.
- HALPERIN J.-L., Histoire du droit des biens, Paris : Economica, 2008, 370 p.
- HOBBS Th., Léviathan, trad. et introd. TRICAUD Fr., Paris : Dalloz, 1999, 780 p.
- HOJER O., *La théorie de l'équilibre et le droit des gens*, Paris : PEDONE A., 1917, 167 p.
- HOLMES W. O. Jr., The common law, Toronto, University of Toronto Law School, 2011, 381 p. disponible sur <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>
- HUET M., Droit de l'architecture, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2001, 961 p.
- HUMBOLDT W. V., *Essai sur les limites de l'action de l'Etat*, Paris : Les belles lettres, 2004, 206 p.
- HUSSON L., Nouvelles études sur la pensée juridique, Paris, Dalloz, 1974, 521 p.
- IHERING R. V., La lutte pour le droit, Paris, Dalloz, 2006, 113 p.
- IHERING R. V., *L'évolution du droit*, 3<sup>e</sup> éd., trad. DE MEULENAERE O., Paris : Chevalier-Marescq, 1901, 400 p.
- IHERING R. V., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, 2 vol., Bologne : Forni, 1969, 369 p. et 457 p.
- JACOB R., Images de la justice, préf. TRUCHE P. et Ezratty M., Paris : Le Léopard d'Or, 1994, 256 p.
- JACOBSEN M. C., Jean Bodin et le dilemme de la philosophie politique moderne, Copenhague : Museum Tusulanum Press, 2000, 184 p.
- JESTAZ P., JAMIN C., La doctrine, Paris : Dalloz, 2004, 314 p.
- JONESCO C., *L'œuvre de Raymond Saleilles en droit civil comparé*, Paris : Jouve, 1919, 133 p.
- JOSSERAND L., Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, Paris : Dalloz, 2006, 446 p.
- JOSSERAND L., Evolutions et actualités, Paris : Sirey, 1936, 183 p.
- JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus de droit*, Paris : Dalloz, 1927, 454 p.
- JOUANJAN O., Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918), Paris : PUF, 2005, 364 p.
- JOURDAIN E., Proudhon un socialisme libertaire, Paris : Michalon, 2009, 109 p.
- JOURDAIN P., Les principes de la responsabilité civile, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 180 p.
- JULIEN M.-P., ROSSELIN C., La culture matérielle, Paris : La Découverte, 2005, 121 p.
- KANT E., Doctrine du droit, préf. VILLEY M., intro. et trad. PHILONENKO A., Paris : Vrin, 1971, 280 p.**
- KAYSER P., *Jalons d'une recherche émérite, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, 412 p.
- KELLERHALS J., MODAK M., PERRENOUD D., Le sentiment de justice dans les relations sociales, Paris : PUF, 1997, 127 p.
- KELSEN H., Théorie générale des normes, trad. BEAUD O., MALKANI F., Paris : PUF, 1996, 604 p.

- KELSEN H., Théorie pure du droit, trad. EISENMANN Ch., Paris : Dalloz, 1962, 496 p.
- KIRAT T., MARTY F., Economie du droit et de la règlementation, Paris : Gualino, 2007, 184 p.
- KLINCK D. R., Conscience, equity and the Court of Chancery in early modern England, Farnham, Surrey; Burlington : Ashgate, 2010, 315 p.
- KOUBI G., Propriété et révolution, Paris : CNRS, 1990, 286 p.
- KRUGER P., Manuel des antiquités romaines - Histoire des sources de droit romain, vol. 16, Paris : Thorin et fils, 1894, 552 p.
- KUNNECKE M., Tradition and Change in Administrative Law, Berlin : Springer, 2007, 278 p.
- LAFERRIERE E., Traité de la juridiction administrative, t. 1, Paris : Berger-Levrault, 1887, 670 p.
- LALLEMENT M., Histoire des idées sociologiques, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Armand Colin, 2012, 2 t., 236 p. et 262 p.
- LAMBERT E., Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis, Paris : Dalloz, 2005, préf. MODERNE Fr., 276 p.
- LAMBERT-FAIVRE Y., PORCHY-SIMON St., Droit du dommage corporel, 7<sup>e</sup> éd., Paris ; Dalloz, 2012, 944 p.
- LAURENT A., *Histoire de l'individualisme*, Que sais-je ?, Paris : PUF, 1993, 124 p.
- LAVAL C., CLERO J.-P., Le vocabulaire de Jeremy Bentham, Paris : Ellipses, 2002, 68 p.
- LAVAL C., Bentham, les artifices du capitalisme, Paris : PUF, 2003, 127 p.
- LEFEBVRE Ch., Les pouvoirs du juge en droit canonique, Paris : Sirey, 1938, 340 p.
- LEGENDRE P., Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris : PUF, 1968, 580 p.
- LE GOFF J., Georges Gurvitch, le pluralisme créateur, Paris : Michalon, 2012, 129 p.
- LE GOFF J., Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004, 621 p.
- LEMENNICIER B., Economie du droit, Paris : Cujas, 1991, 182 p.
- LEMENNICIER B., *La morale face à l'économie*, Paris : éditions d'Organisation, 2006, 288 p.
- LEPAGE H., Pourquoi la propriété, Paris : Hachette, 1985, 472 p.
- LERAT Ch., La Cour suprême des Etats-Unis : pouvoirs et évolution historique, 7<sup>e</sup> éd., Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, 330 p.
- LEVEQUE P., VIDAL-NAQUET P., *Clisthène l'Athénien*, Paris : Les Belles Lettres, 1964, 163 p.
- LEVY-BRUHL H., Sociologie du droit, Paris : PUF, 1990 , (7<sup>e</sup> éd), 127 p.
- LEVY-BRUHL H., Aspects sociologiques du droit, Paris : Rivière et cie, 1955, 189 p.
- MACKAAYE E., ROUSSEAU S., Analyse économique du droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, 729 p.
- MC CLOSKEY R. G., La Cour suprême des Etats-Unis, Paris : Vent d'ouest, 1965, 319 p.
- MALAURIE P., Anthologie de la pensée juridique, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Cujas, 2001, 376 p.

MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6<sup>e</sup> éd., 2012, Paris : Dalloz, 200 p.

MARTIN H.-J., *Le livre français sous l'ancien régime*, Paris : Promodis, 1987, p. 302 p.

MARTIN X., *Mythologie du Code Napoléon*, Bouère : DMM, 2003, 510 p.

MATHIEU-IZORCHE M.-L., *Le raisonnement juridique*, Paris : PUF, 2001, 439 p.

MAURER H., *Droit administratif allemand*, trad. FROMONT M., Paris : LGDJ, 1994, 421 p.

MAURY A., *Recherches sur l'origine des représentations figurées de la psychostasie*, Paris : Leleux, 1844, 31 p.

MAYER O., *Le droit administratif allemand*, t. 2, Paris : Giard et Brière, 1904, 317 p.

MEYER Ph., TRIADOU P., *Leçons d'histoire de la pensée médicale*, Paris : Odile Jacob, 1996, 397 p.

MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Paris : Maspero, 1976, 389 p.

MILL J. S., *L'Utilitarisme*, trad. TANESSE G., Paris : Garnier Flammarion, 2008, 181 p.

MOMMSENT T., *Le droit public romain*, t. 6, trad. GIRARD F., Paris : Thorin, 1889, 1<sup>e</sup> partie, 491 p. ; 2<sup>e</sup> partie, 497 p.

MONTERO E. (dir.), *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*, Bruxelles : Bruylant, 1999, 479 p.

MOOR P., *Dynamique du système juridique*, Paris : LGDJ, 2010, 338 p.

MORAND Ch.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris : LGDJ, 1999, 224 p.

MORIN G., *La révolte du droit contre le Code*, Paris : Sirey, 1945, 119 p.

MUCCHIELLI L., *La découverte du social*, Paris : La Découverte, 1998, 574 p.

MUIRHEAD J., *Introduction historique au droit privé de Rome*, Paris : Durand et Pedone-Lauriel, 1889, 618 p.

MULLER Fr., *Discours de la méthode juridique*, trad. JOUANJAN O., Paris : PUF, 1996, 438 p.

NAPOLI P., *Naissance de la police moderne*, Paris : La Découverte, 2003, 312 p.

NORENA C. F., *Imperial Ideals in the Roman West*, New York, Cambridge University Press, 2011, 440 p.

OGUS A., FAURE M., *Economie du droit : le cas français*, Paris : Panthéon Assas, 2002, 176 p.

OLSZAK N., *Histoire du droit du travail*, Paris : Economica, 2011, 135 p.

ORIANNE P., *Introduction au système juridique*, Bruxelles : Bruylant, 1982, 355 p.

OST Fr., VAN DE KERCHOVE M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris : PUF, 1988, 254 p.

OST Fr., VAN DE KERCHOVE M., (dir.), *Le jeu : un paradigme pour le droit*, Paris : LGDJ, 1992, 302 p.

OST Fr., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

PATAULT A.-M., *Introduction historique au droit des biens*, Paris : PUF, 1989, 336 p.

PAUL C., *Du droit et des libertés sur internet*, Paris : La documentation française, 2001, 173 p.

PELLEGRIN P., *Le vocabulaire d'Aristote*, Paris : Ellipses, 2001, 64 p.

PEQUIGNOT B., *Pour une critique de la raison anthropologique*, Paris : L'Harmattan, 1990, 262 p.

PERELMAN Ch., *Ethique et droit*, Bruxelles : Editions de l'université de Bruxelles, 2012, 829 p.

PERELMAN Ch., *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, Paris : Dalloz, 1999, 190 p.

PERELMAN Ch., *Droit, morale et philosophie*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1976, 204 p.

PERELMAN Ch., *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, préf. Villey M., Paris : Dalloz, 1984, 202 p.

PERELMAN Ch., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles : Editions de l'université de Bruxelles, 1976, 734 p.

PICHOT-BRAVARD Ph., *Histoire constitutionnelle des Parlements de l'Ancienne France*, Paris : Ellipses, 2012, 137 p.

PICHONNAZ P., *Les fondements romains du droit privé*, Genève : Schulthess, 2008, 570 p.

PINTO R., *Des juges qui ne gouvernement pas*, Paris : Sirey, 1933, 298 p.

PINTO R., *La Cour suprême et le New Deal*, Paris : Sirey, 1938, 266 p.

POSNER R.A., *Droit et littérature*, Paris : PUF, 1996, 465 p.

POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, préf. HALPÉRIN J.-L., Paris : Dalloz, 2011, 469 p.

POTHIER R.-J., *Traité de la vente des retraits et du bail à rente*, Paris : Lebigre, 1832, 996 p.

POUND R., *Jurisprudence*, Saint-Paul, Minn : West Publishing Co., 1959, vol III, 565 p.

PROUDHON P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ?*, Paris : Librairie Générale Française, 2009, 445 p.

PROUDHON P.-J., *De la justice dans la révolution et dans l'Eglise*, in *Œuvres complètes*, Paris : Marpon et Flammarion, 1870, 380 p.

PROUDHON P.-J., *Théorie de la propriété*, Paris : Lacroix, Verboeckhover, 1866, 288 p.

PROUDHON P.-J., *La guerre et la paix*, vol. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dentu, 1861, 412 p.

QUIVIGER P.-Y., *Le secret du droit naturel ou après Villey*, Paris : Garnier, 2012, 190 p.

RANGEON F., *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. VEDEL G., Paris : Economica, 1986, 246 p.

RAINELLI J., *L'organisation mondiale du commerce*, Paris : La Découverte, 2004, 126 p.

RAWLS J., *Théorie de la justice*, trad. AUDARD C., Paris : Points, 2009 [1<sup>e</sup> ed. 1971], 667 p.

RENAUT M.-H., *Histoire du droit de propriété*, Paris : Ellipses, 2004, 128 p.

RENOUARD A.-Ch., *Discours prononcés à la Cour de cassation, 1871-1877*, Paris : Ollendorff, 1879, 172 p.

RIALS S. (dir.), *Le droit des Modernes (XIV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles)*, Paris : LGDJ, 1994, 231 p.

RICOEUR P., *De l'interprétation – essai sur Freud*, Paris : Seuil, 1965, 582 p.

RIDEAU J., *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, Académie de Droit International de la Haye : Martinus Nijhoff, 1999, 468 p.

- RIGNAUDIERE A., Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne, 4<sup>e</sup> éd., Paris : Economica, 2010, 893 p.
- RIGAUX Fr., La loi des juges, Paris : Odile Jacob, 1997, 320 p.
- RIPERT G., Le déclin du droit, Paris : LGDJ, 1949, 226 p.
- RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4<sup>e</sup> éd, Paris : LGDJ, 1949, 421 p.
- RIPERT G., Le régime démocratique et le droit civil moderne, Paris : LGDJ, 1940, 422 p.
- RIPERT G., Les forces créatrices du droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1958, 431 p.
- RIVERO J., MOUTOUH H., Libertés publiques, t. 1, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2003, 275 p.
- RIVERO J., Cours de libertés publiques, Paris : Les cours de droit, 1965-1966, 350 p.
- ROCHER J.-C., *Aux sources de l'Ethique Juridique* – les présocratiques, Paris : Fac 2000, 112 p.
- ROSANVALLON P., Le capitalisme utopique, Paris : Seuil, 1999, 259 p.
- ROUSSEAU D., Droit du contentieux constitutionnel, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 584 p.
- ROVELLI C., Anaximandre et la naissance de la pensée scientifique, trad. Smerlak M., Paris : Dunod, 2009, 185 p.
- ROYER J.-P., Histoire de la justice en France, Paris : PUF, 2001, 3<sup>e</sup> éd., 1032 p.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, Somme Théologique, disponible sur :  
[http://docteurangelique.free.fr/saint\\_thomas\\_d\\_aquin.html](http://docteurangelique.free.fr/saint_thomas_d_aquin.html)
- SALEILLES R., Les accidents de travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle, Paris : Arthur Rousseau, 1897, 90 p.
- SALEILLES R., De la déclaration de volonté, Paris : Pichon, 421 p.
- SAVIGNY F. C. V., Traité de droit romain, 8 t., trad. GUÉNOUX C., Paris : Firmin Didot frères, 1840-1860.
- SCELLE G., Précis de droit des gens, Paris : Dalloz, 2008, 312 p.
- SCHIAVONE A., *Ius L'invention du droit* en occident, trad. BOUFFARTIGUE G. et J., Paris : Belin, 2008, 543 p.
- SCHIAVONE A., *L'histoire brisée*, Paris : trad. BOUFFARTIGUE G. et J., Paris : Belin, 2003, 369 p.
- SCHILLER A. A., Roman law: mechanisms of development, La Haye : Mouton, 1978, 606 p.
- SCHMITT C., Les trois types de pensée juridique, Paris : PUF, 1995, 115 p.
- SCHMITT C., Parlementarisme et démocratie, préf. PASQUINO P., trad. SCHLEGEL J.-L., Paris : Seuil, 1988, 216 p.
- SCHMITZ J., *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, préf. MAZÈRES J.-A., avt-propos SFEZ L., Paris : L'Harmattan, 2013, 525 p.
- SCHOUPPE J.-P., Le droit canonique, préf. J. Gaudemet, Bruxelles : Story-Scientia, 1991, 239 p.
- SENN F., De la justice et du droit, Paris : Sirey, 1927, 96 p.
- SERVERIN E., Sociologie du droit, Paris : La Découverte, 2000, 125 p.

- SERVIDIO-DELABRE E., Common law, Paris : Dalloz, 2004, 249 p.
- SHAPIRO C., VARIAN H., *Economie de l'information*, Bruxelles : De Boeck, 1999, 315 p.
- SINGH M. P., German Administrative Law in Common Law Perspective, Berlin : Springer, 2001, 377 p.
- SIMONNOT P., Economie du droit, t.1, *L'invention de l'Etat*, Paris : Les belles lettres, 2003, 430 p.
- SIMONNOT P., Economie du droit, t.2, Les personnes et les choses, Paris : Les belles lettres, 2004, 430 p.
- SIROEL J.-M., L'OMC et la mondialisation des économies, Paris : Centre d'Études et de Recherches Économiques et Sociales Appliquées, Université de Paris-Dauphine, 1998, 123 p., disponible sur : <http://www.dauphine.fr/siroen/TexteCGC.pdf>
- STOLLEIS M., Histoire du droit public en Allemagne, trad. SENELLART M., Paris : PUF, 1998, 654 p.
- STRAUSS L., Droit naturel et histoire, Paris : Flammarion, 1986, 323 p.
- STRAUSS L., CROUSEY J., Histoire de la philosophie politique, Paris : PUF, 1999, 1077 p.
- STRUYE P., La responsabilité civile extra-*contractuelle devant l'évolution du droit*, Bruxelles : Bruylant, 1947, 243 p.
- SUEUR J.-J., Une introduction à la théorie du droit, Paris : l'Harmattan, 2001, 208 p.
- SUPIOT A., Homo juridicus, Paris : Seuil, 2005, 330 p.
- TANON L., *L'évolution du droit et la conscience sociale*, Paris : Germer Baillière, 1900, 169 p.
- TARDE G., Les transformations du droit, Paris : Berg International, 1993, 216 p.
- TERRE D., Les questions morales du droit, Paris : PUF, 2007, 362 p.
- THOMAS Y., Les opérations du droit, Paris : Gallimard/Seuil, 2011, 375 p.
- TOURET D., Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 2003, 320 p.
- TREVES R., Sociologie du droit, Paris : PUF, 1995, 282 p.
- TRIGEAUD J.-M., Métaphysique et éthique au fondement du droit, Bordeaux : Biere, 1995, 460 p.
- TRIGEAUD J.-M., Humanisme de la liberté et philosophie de la justice, Bordeaux : Biere, 1985, t. 1, 173 p.
- TROPER M., *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris : PUF, 1994, 358 p.
- TULLY J., Locke droit naturel et propriété, trad. HUTNER C. J., Paris : PUF, 1992, 256 p.
- TUNC A., TUNC S., Le système constitutionnel des Etats-*Unis d'Amérique*, préf. DAVID R., Paris : Domat Montchrestien, 1954, 507 p.
- TUSSEAU G., Jeremy Bentham - La guerre des mots, Paris : Dalloz, 2011, 185 p.
- TUSSEAU G., Jeremy Bentham et le droit constitutionnel : *une approche de l'utilitarisme juridique*, Paris : l'Harmattan, 2001, 320 p.
- TZITZIS St., Les grandes questions de la philosophie pénale, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Buenos Books International, 2007, 145 p.
- TZITZIS St., La philosophie pénale, Paris : PUF, 1996, 128 p.

- VANDERLINDEN J., Histoire de la common law, Bruxelles : Bruylant ; Cowansville : Yvon Blais, 1996, 104 p.
- VAN DE KERCHOVE M., OST Fr., Le système juridique entre ordre et désordre, Paris : PUF, 1988, 254 p.
- VAN DE KERCHOVE M., OST Fr., Le droit ou les paradoxes du jeu, Paris : PUF, 1992, 270 p.
- VERGNIERES S., Ethique et politique chez Aristote, Paris : PUF, 1995, 320 p.
- VIALA A., Philosophie du droit, Paris : Ellipses, 2010, 240 p.
- VIALLE P., La Cour suprême et la représentation politique aux Etats-Unis, préf. LASSALE J.-P., Paris : LGDJ, 1972, 243 p.
- VILLEY M., *Le droit et les droits de l'homme*, Paris : PUF, 2008, 173 p.
- VILLEY M., La formation de la pensée juridique moderne, Paris : PUF, 2006, 624 p.
- VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 2002, 316 p.
- VILLEY M., Les carnets, Paris : PUF, 1995, 560 p.
- VILLEY M., Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais), Paris : Dalloz, 1976, 275 p.
- VILLEY M., Seize essais sur la philosophie du droit, Paris : Dalloz, 1969, 370 p.
- VILLEY M., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1957, 437 p.
- VINCENT M.-B., Histoire de la société allemande au XXe siècle, Paris, La Découverte, 2011, 130 p.
- VIRALLY M., La pensée juridique, Paris : LGDJ, 1998, 225 p.
- VONGLIS B., *La lettre et l'esprit de la loi*, Paris : Sirey, 1968, 220 p.
- WALINE M., *L'individualisme et le droit*, préf. MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., Paris : Dalloz, 2007, 436 p.
- WEBER M., Sociologie du droit, préf. RAYNAUD Ph., introd. et trad. GROSCLAUDE J., Paris : PUF, 1986, 245 p.
- WEBER M., Rudolf Stammler et le matérialisme historique, trad. COUTU M. et LEYDET D., intro., COUTU M., LEYDET D., ROCHER G. et al., Laval : Presses Universitaires de Laval, 2001, 198 p.
- WITZ Cl., Le droit allemand, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 180 p.
- WOTLING P. (dir.), La justice, Paris : Vrin, 2007, 199 p.
- ZOLLER E., Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, Paris : Dalloz, 2010, 922 p.

### **III. OUVRAGES NON JURIDIQUES**

- ANAXIMANDRE, Fragments et témoignages, traduction, introduction et commentaire de CONCHE M., Paris : PUF, 1991, 253 p.
- ARENDT H., Essai sur la révolution, trad. CHRESTIEN M., Paris : Gallimard, 1985, 495 p.
- ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, trad. FRADIER G., Paris : Calmann-Lévy, 1983, 412 p.
- ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, trad. BARTHELEMY SAINT-HILAIRE J., Paris : Librairie Générale Française, 1992, 447 p.

ARISTOTE, Les Politiques, trad. PELLEGRIN P., Paris : Flammarion, 1990, 575 p.

ARISTOTE, Métaphysiques, trad. PIERRON A. et ZEVORT C., Paris : Ebrad, 1840, 663 p.

ARNSPERGER C., VAN PARIJS P., Ethique économique et sociale, Paris : La Découverte, 125 p.

ARTUS P., La nouvelle économie, Paris : La Découverte, 2002, 124 p.

AULU-GELLE, Les Nuits attiques, 2 t., trad. M. CHARPENTIER - M. BLANCHET, *Œuvres complètes d'Aulu-Gelle*, Paris, Garnier, 1927, 370 p. et 420 p.

BENOIST L., Signes symboles et mythes, 10<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2009, 129 p.

BERGSON H, Les deux sources de la morale et de la religion, 58<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1948, 320 p.

BOUGLE C., Les sciences sociales en Allemagne, 3<sup>e</sup> éd., Paris : F. Alcan, 1912, 172 p.

CANGUILHEM G., Le normal et le pathologique, Paris : PUF, 2003, 224 p.

CHAVEE H. J., *Essai d'étymologie philosophique*, Bruxelles : Meline, Cans et Compagnie, 1844, p. 263.

CHENIQUE F., Eléments de logique classique, Paris : L'Harmattan, 2006, 392 p.

COMTE A., *Œuvres choisies*, intro. GOUHIER H., Paris : Aubier, 1943, 317 p.

DE CAIX DE SAINT-AMOUR A., La langue latine, Paris : Hachette, 1868, p. 452 p.

DE LA SALLE A., La balance naturelle, Londres, 1788, 2 vol., 536 p. et 563 p.

DELORME J., GRANAROLO P. (dir.), *Eloge de l'équilibre*, Paris : L'Harmattan, 2009, 156 p.

DESPLANCQES S., *L'Égypte ancienne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2010, 128 p.

D'HALICARNASSE D., Les antiquités romaines, Paris : Lottin, 1723, 694 p.

EPICURE, Lettres et maximes, trad. Conche M., Paris, PUF, 2003, 7<sup>e</sup> ed., 328 p.

HERODOTE, *L'enquête*, trad. BARGUET A., Paris : Folio Classique, 1990, 2 t., 608 et 638 p.

HEIDEGGER M., Chemins qui ne mènent nulle part, trad. BROKMEIER W., Paris : Gallimard, 1962, 315 p.

HOMERE, Iliade, trad. LASSERRE E., présent. METAYER J., Paris : Flammarion, 2000, 512 p.

HORACE, *Les Œuvres*, trad. JANIN J., 2<sup>e</sup> éd., Paris : Hachette, 1878, 380 p.

KING P., The life and letters of John Locke, New York : Franklin B., 1972, 503 p.

KOHLER R., Jean Piaget : De la biologie à l'épistémologie, Lausanne : Presses polytechniques et universitaires romandes, 2009, 141 p.

LACROIX J., *La sociologie d'Auguste Comte*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1967, 116 p.

LANNOYE P., TREPANT I., *L'OMC quand le politique se soumet au marché*, Paris : Couleurs livres, 2007, 107 p.

LAVROFF DM. G., Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle, 9<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2007, 195 p.

LESCUYER G., Histoire des idées politiques, Paris : Dalloz, 2001, 677 p.

LOCKE J., Traité du gouvernement civil, trad. MAZEL D., Paris : GF, 1984, 407 p.

- LUCIANIS S., *L'éclair immobile dans la plaine, philosophie et politique du temps chez Lucrèce*, Louvain : Peeters, 2000, 345 p.
- LUHMANN N., *Politique et complexité*, Paris : Les éditions du Cerf, 1999, 185 p.
- MACPHERSON C. B., *La théorie politique de l'individualisme possessif*, Paris : Gallimard, 2004, 606 p.
- MANENT P., *Les libéraux*, Paris : Gallimard, 2001, 891 p.
- MARIS B., *Des économistes au-dessus de tout soupçon ou la grande mascarade des prédictions*, Paris : Albin Michel, 1990, 336 p.
- MATTELART A., *La mondialisation de la communication*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2010, 128 p.
- MATTELART A., *Histoire de la société de l'information*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : La Découverte, 2009, 121 p.
- MINOIS G., *Histoire de l'enfer*, Paris : PUF, 1994, 127 p.
- NIETZSCHE Fr., *Le voyageur et son ombre*, trad. ALBERT H., Paris, Denoël/Gonthier, 1975 [1902], 205 p.
- NIETZSCHE Fr., *Généalogie de la morale*, trad. ALBERT H., Paris, Nathan, 1981, 239 p.
- NIETZSCHE Fr., *Introduction à l'étude des dialogues de Platon*, trad. SEYDEN O., Paris, éditions de l'éclat, 2005 [1913], 144 p.
- PAYOT D., *Le philosophe et l'architecte*, Paris : Aubier Montaigne, 1982, 239 p.
- PIAGET J., *Six études de psychologie*, Paris : Denoël, 1964, 217 p.
- PLATON, *Gorgias*, trad. CANTO-SPERBER M., Paris : Garnier Flammarion, 2007, 382 p.
- PLATON, *La République*, trad. BACCOU R., Paris : Garnier Flammarion, 1966, 510 p.
- POLANYI K., *La grande transformation*, Paris : Gallimard, 1983, 423 p.
- POLICAR A., *Bouglé*, Paris : Michalon, 2009, 131 p.
- POLYBE, *Histoire générale*, trad. THUILLIER D., in, *Bibliothèque historique et militaire dédiée à l'armée et à la garde nationale*, t.2, Paris : Librairie De L'art Militaire, 1836, disponible en ligne sur : <http://remacle.org/bloodwolf/historiens/polybe/index.htm>.
- ROCHER G., *Talcott Parsons et la sociologie américaine*, 1988, 183 p., disponible sur : [http://classiques.uqac.ca/contemporains/rocher\\_guy/Talcott\\_parsons\\_socio\\_amer/talcott\\_parsons.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/rocher_guy/Talcott_parsons_socio_amer/talcott_parsons.html)
- SOKAL A., BRICMONT J., *Impostures intellectuelles*, Paris : LGF, 1997, 411 p.
- THUCYDIDE , *La guerre du Péloponèse, Livre II*, trad. DE ROMILLY J., Paris : Les Belles lettres, 1962 106 p.
- TRAUNECKER Cl., *Les dieux de l'Égypte*, Paris : PUF, 2012, 128 p.
- VAN PARIJS Ph., *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris : Seuil, 1991, 315 p.
- VERGARA F., *Introduction aux fondements philosophiques du libéralisme*, Paris : La découverte, 1992, 150 p.
- VERNANT J.-P., *Les origines de la pensée grecque*, Paris : PUF, 1981, 133 p.
- WARNIER J.-P., *La mondialisation de la culture*, 4<sup>e</sup> ed., Paris : La découverte, 2008, 129 p.
- WOLFF J., *Histoire de la pensée économique*, Paris : Montchrestien, 1991, 305 p.

#### **IV. THESES, MONOGRAPHIES**

##### **➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE**

- BEAUDOIN G., *Pratiques anticoncurrentielles et droit d'auteur*, th. dactyl., Paris Ouest Nanterre, 2012, 545 p.
- BENABOU V.-L., *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*, préf. FRANÇON A., Bruxelles : Bruylant, 1997, 591 p.
- BENSAMOUN A., *Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur*, préf. SIRINELLI P., Aix-en-Provence : PUAM, 2008, 668 p.
- BERGE J.-S., *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préf. LAGARDE P. Paris : LGDJ, 1996, 462 p.
- BERNAULT C., *La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel*, Paris : LGDJ, 2003, 455 p.
- BLANC-JOUVAN G., *L'après-contrat : étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. GAUTIER P.-Y., Aix-en-Provence : PUAM, 2003, 447 p.
- BOFFA R., *La destination de la chose*, préf. MATHIEU-IZORCHE M.-L., Paris : Défrénois, 2008, 490 p.
- BOUCHET-LE MAPPIAN E., *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, préf. LUCAS A., Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2013, 374 p.
- BUTEAU M., *Le droit de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*, Paris : Larose et Tenin, 1909, 180 p.
- CARON Ch., *Abus de droit et droit d'auteur*, préf. FRANÇON A., Paris : Litec, 1998, 341 p.
- CARRE St., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl., Montpellier I : 2004, 2 vol., 1015 p.
- CASTETS-RENARD C., *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris : Harmattan, 2003, 516 p.
- CHARDEAUX M.-A., *Les choses communes*, préf. LOISEAU G., Paris : LGDJ, 2006, 487 p.
- CHATILLON C., *Les choses empreintes de subjectivité*, préf. LIBCHABER R., Paris : Editions Universitaires Européennes, Sarrebruck, 2010, 408 p.
- CHATRY S., *Le concours des droits de propriété intellectuelle*, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2012, 458 p.
- CHOISY St., *Le domaine public en droit d'auteur*, avt-propos GAUTIER P.-Y., Paris : Litec, 2002, 290 p.
- COLIN C., *Droits d'utilisation des œuvres*, préf. SIRINELLI P., Bruxelles : Larcier, 2012, 739 p.
- CORNU M., *Le droit culturel des biens*, préf. TALLON D., Bruxelles : Bruylant, 1996, 619 p.
- CRISTEA L. N., *Contribution à l'étude du droit d'auteur*, Paris : LGDJ, 1938, 304 p.
- DAVIES G., *Copyright and the public interest*, th. dactyl., Aberystwyth : 1997, 288 p.
- DOCK M.-C., *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur*, Paris : LGDJ, 1962, 219 p.
- DRAI L., *Le droit du travail intellectuel*, préf. VERKINDT P.-Y., Paris : LGDJ, 2005, 304 p.

- DREYER E., *Le dépôt légal, essai sur une garantie nécessaire au droit du public à l'information*, Paris : LGDJ, 2003, 473 p.
- DUSOLLIER S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, préf. LUCAS A., avt-propos POUILLET Y., Bruxelles : Larcier, 2005, 582 p.
- FALK H., *Les privilèges de librairie sous l'ancien régime*, Paris : Arthur Rousseau, 1906, 186 p.
- FIOCCA L.-E., *L'analyse économique du droit d'auteur dans la société de l'information*, th. dactyl., Aix-en-Provence : 2002, 493 p.
- FONSCOLOMBE H. de, *Essai sur la propriété littéraire*, Paris : Marescq, 1880, 118 p.
- FRANÇON A., *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis*, Paris : Arthur Rousseau, 1955, 274 p.
- GALOPIN B., *Les exceptions à usage public en droit d'auteur*, préf. SIRINELLI P., Paris : LexisNexis, 2012, 488 p.
- GEIGER Ch., *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, 442 p.
- GERVAIS D., *L'accord sur les ADPIC*, Bruxelles : Larcier, 2010, 734 p.
- GSTALTER J., *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle*, Bruxelles : Bruylant : 2012, 1023 p.
- GUTIERREZ-LACOUR St., *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 2004, 560 p.
- HADDADIN S., *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, th. dactyl., Poitiers : 2008, 432 p.
- HUBNER N., *Les influences philosophiques sur la doctrine du droit d'auteur en Allemagne et en France : Kant, Fichte, Hegel et Schopenhauer*, th. dactyl., Montpellier : 2005, 393 p.
- KHALVADJIAN B., *Le contrat d'auteur, outil d'anticipation : pour l'équilibre des droits dans le temps*, Aix-en-Provence : PUAM, 2008, 412 p.
- LAPOUSTERLE J., *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. GAUTIER P.-Y., Paris : Dalloz, 2009, 420 p.
- LARONZE B., *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, Aix-en-Provence : PUAM, 2006, 333 p.
- LATIL A., *Création et droits fondamentaux*, th. dactyl., Lyon 3 : 341 p.
- LEBRET G. A., *La propriété littéraire et artistique - Du droit des auteurs et des artistes sur leurs œuvres*, Paris : Lahure, 1878, 153 p.
- LESUEUR J., *Conflits de droits – illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2009, 458 p.
- LUCAS -SCHLOETTER A., *Droit moral et droits de la personnalité*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, 2 t., 850 p.
- MARECHAL C., *Concurrence et propriété intellectuelle*, Préf. G. BONET, Paris : Litec, 2009, 475 p.
- MOYSEP P.-E., *Le droit de distribution électronique – Essai sur le droit de distribution des œuvres en droit d'auteur canadien, américain, anglais et français*, th. dactyl., Université de Montréal : 2006, 700 p.
- NGOMBEL. Y., *Le droit d'auteur français et le copyright américain, fondements historiques. Etude comparative*, th. dactyl., Nantes : 2000, 389 p.
- NICAUD B., *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, th. dactyl., Limoges : 2011, 611 p.

- NOEL S., *Les effets pervers du formalisme (étude à partir du contrat d'auteur)*, th. dactyl., Panthéon-Assas : 2012, 428 p.
- PELISSIER A., *Possession et meubles incorporels*, Paris : Dalloz, 2001, 374 p.
- PFISTER L., *L'auteur, propriétaire de son œuvre ? : la formation du droit d'auteur du XVIe siècle à la loi de 1957*, th. dactyl., Strasbourg, université Robert Schuman : 1999, 969 p.
- PIERROUX E., *La propriété des œuvres d'art corporelles*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, 2 t., 684 p.
- PIGNARD I., *La liberté de création*, th. dactyl., Nice Sophia Antipolis : 2013, 588 p.
- PIGNATARI O., *Le support en droit d'auteur*, préf. GAUDRAT Ph., Bruxelles : Larcier, 2013, 699 p.
- PRADES R., *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl., Paris XII : 1999, 481 p.
- PRES X., *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 440 p.
- RAYNARD J., *Droit d'auteur et conflits de lois : essai sur la nature juridique du droit d'auteur*, préf. VIVANT M., Paris : Litec, 1990, 743 p.
- RECHT P., *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, Paris : LGDJ, 1969, 338 p.
- ROBIN A., *La copropriété intellectuelle*, Clermont-Ferrand : LGDJ, 2005, 542 p.
- SFETEA J., *De la nature personnelle du droit d'auteur*, Paris : Jouve et Cie, 1923, 244 p.
- SIMLER Ch., *Droit d'auteur et droit commun des biens*, préf. CARON Ch., Paris : Litec, 2010, 513 p.
- STROWEL A., *Droit d'auteur et copyright, convergences et divergences*, préf. VAN BUNNEN L., Bruxelles : Bruylant, 1993, 724 p.
- WALRAVENS N., *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, préf. SCHMITT J.-M., Paris : Economica, 2005, 521 p.
- WEILLER D., *Abus du droit et propriété littéraire et artistique*, th. dactyl., Strasbourg : 1962, 241 p.
- WISTRAND H., *Les exceptions apportées au droit de l'auteur sur ses œuvres*, Paris : Montchrestien, 1968, 421 p.
- ZHANG S., *De l'OMPI au GATT, la protection internationale des droits de propriété intellectuelle*, Paris : Litec, 1994, 384 p.
- ZOLLINGER A., *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, préf. GAUDRAT Ph., Poitiers : LGDJ, 2008, 475 p.
- ZOLYNSKI C., *Méthode de transposition des directives communautaires*, préf. GAUTIER P. Y., Paris : Dalloz, 2007, 449 p.

### ➤ **HORS PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

- AFROUKH M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 622 p.
- ALBIGES Ch., *L'équité en droit privé*, préf. CABRILLAC R., Paris : LGDJ, 2000, 380 p.
- AMSELEK P., *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, Paris : LGDJ, 1964, 464 p.
- ANCEL M., *La "Common Law" d'Angleterre*, Paris : Rousseau, 1927, 209 p.

- ARNAUD A.-J., Les origines doctrinales du code civil français, Paris : LGDJ, 1969, 378 p.
- BALLOT E., Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, préf. CESARO J.-Fr., Paris : Mare & Martin, 2014, 554 p.
- BAUZON S., Le métier de juriste- du droit politique chez Michel Villey, Laval : Presses de l'Université Laval, 2003, 226 p.
- BENVINDO J. Z., On the limits of constitutional adjudication – Deconstructing Balancing and judicial activism, Heidelberg : Springer-Verlag, 2010, 421 p.
- BERG O., La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages, préf. VINEY G., avt-propos FRANK R., Bruxelles, Paris : Bruylant, LGDJ, 2006, 379 p.
- BERLIOZ P., La notion de bien, préf. AYNÈS L., Paris : LGDJ, 596 p.
- BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préf. SOURIOUX J.-L., Paris : LGDJ, 1999, 465 p.
- BORGETTO M., La notion de fraternité en droit public français, préf. ARDANT Ph., Paris : LGDJ, 1993, 689 p.
- BOUDOT M., Le dogme de la solution unique, th. datyl., Aix-Marseille, 1999, 394 p.
- BOURGET R., La science juridique et le droit financier et fiscal, préf. SIMON ACOSTA E., Paris : Dalloz, 2012, 1347 p.
- BOUVERESSE A., Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, préf. SIMON D., Bruxelles : Bruylant, 2010, 657 p.
- BRUNET F., La normativité en droit, préf. PICARD E., post-scriptum SUPIOT A., Paris : Mare & Martin, 2012, 678 p.
- CALANDRI L., Recherche sur la notion de régulation en droit administratif, préf. REGOURD S., Paris : LGDJ, 2009, 733 p.
- CALMES S., Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, préf. TRUCHET D., Paris : Dalloz, 2001, 711 p.
- CARPANO E., Etat de droit et droits européens : *l'évolution du modèle de l'état de droit dans le cadre de l'euro-pénétration des systèmes juridiques*, préf. DEBARD Th., postf. ZILLER J., Paris : L'Harmattan, 2005, 662 p.
- CHAMARD C., La distinction des biens publics et des biens privés, préf. UNTERMAIER J., Paris : Dalloz, 2004, 768 p.
- CHAMBOST A.-S., Proudhon et la norme, Rennes : PUR, 2004, 300 p.
- CHANTEPIE G., La lésion, préf. VINEY G., Paris : LGDJ, 2006, 579 p.
- CHENEDE Fr., Les commutations en droit privé, Paris : Economica, 2008, 558 p.
- CHRISTOFFERSEN J., Fair balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden : Martinus Nijhoff, 2009, 669 p.
- COLOMBINE M., La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, préf. SUDRE Fr., Paris : Dalloz, 2014, 572 p.
- COLSON R., La fonction de juger, Clermont-Ferrand : Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006, 352 p.

CORNESSE I., La proportionnalité en droit du travail, préf. ANTONMATTEI P.-H., Paris : Litec, 2001, 567 p.

DAHMEN K. B., Interactions du droit international et du droit de l'Union européenne : un pluralisme juridique rénové en matière de propriété industrielle, Paris : L'Harmattan, 2013, 663 p.

DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. LEVENEUR L., Paris : Dalloz, 2002, 1000 p.

DEBRUCHE A., Équité du juge et territoires du droit privé, préf. JACOB R., Bruxelles : Bruylant ; Cowansville : Y. Blais, 2008, 623 p.

DE MOY J.-M., *L'exception en droit privé*, Aix-en-Provence : PUAM, 2011, 398 p.

DE SCHUTTER O., Fonction de juge et droits fondamentaux, Bruxelles : Bruylant, 1999, 1164 p.

DESSENS A., *Essai sur la notion d'équité*, Toulouse, Boisseau, 1934, 256 p.

DIJOUX R., Contractualisation des droits fondamentaux, Paris : L'harmattan, 2012, 582 p.

DUCOS M., Les Romains et la loi, Paris : Les belles lettres, 1984, 520 p.

DUCOULOMBIER P., *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, préf. BENOIT-ROHMER F., Bruxelles : Bruylant, 2011, 745 p.

DUPONT J.-C. K., *Procès et sociabilité en matière de droits de l'homme*, th. dactyl., Nancy 2, 2009, 423 p.

ECK L., *L'abus de droit en droit constitutionnel*, préf. DEBARD T., Paris : L'harmattan, 2010, 691 p.

EMILIOU N., The principle of proportionality in European law, Londres : Kluwer, 1996, 288 p.

FEREY S., *Une histoire de l'analyse économique du droit : calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 317 p.

FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, préf. THIEBERGE C., Paris : LGDJ, 2002, 651 p.

FOREST G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. LEDUC F., Paris : Dalloz, 2012, 550 p.

FOUCHARD A., Aristocratie et démocratie, Besançon : Annales littéraires de l'Université de Franche-Comté, 1997, 526 p.

FOULETIER M., *Recherches sur l'équité en droit public français*, préf. PACTEAU B., Paris : LGDJ, 2003, 298 p.

GAILLET A., *L'individu contre l'Etat*, préf. JOUANJAN O., Paris : Dalloz, 2012, 531 p.

GENIAUT B., La proportionnalité dans les relations du travail, préf. JEAMMAUD A., Paris : Dalloz, 2009, 474 p.

GOMAA N. M. K., *Théorie des sources de l'obligation*, Paris : LGDJ, 1968, 318 p.

GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris : Arthur Rousseau, 1912, 470 p.

GOURDON P., *L'exclusivité*, préf. LE CANNU P., Paris : LGDJ, 2006, 370 p.

GUEVREMONT V., *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruxelles : Bruylant, 2013, 664 p.

HEUSCHLING L., Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law, préf. DREYFUS Fr., Paris : Dalloz, 2002, 740 p.

HOLDERBACH-MARTIN V., Les principes généraux non écrits du droit communautaire, th. dactyl., Nice-Sophia Antipolis : 2001, 2 t., 845 p.

JALUZOT B., La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais, préf. FERRAND Fr., Paris : Dalloz, 2001, 605 p.

JUSTIN J., *Des actions 'in bonum et aequum conceptae'*, Dijon : Imprimerie et lithographie Carré, 1894, 84 p.

LASSALE J.-P., La Cour suprême et le problème communiste aux Etats-Unis, préf. LAMBERT J., Paris : Armand Colin, 1960, 279 p.

LAURENT J., La propriété des biens, Paris : LGDJ, 2012, 568 p.

LECUYER G., *Liberté d'expression et responsabilité*, préf. CADIET L., Paris : Dalloz, 2006, 615 p.

LEONARD T., Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Bruxelles : Larcier, 2005, 895 p.

LOSCHAK D., Le rôle politique du juge administratif français, Paris : LGDJ, 1972, 350 p.

LUFF D., *Le droit de l'Organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2004, 1277 p.

MAILLOT J.-M., La théorie administrativiste des principes généraux du droit, préf. AUTIN J.-L., Paris : Dalloz, 2003, 708 p.

MARZAL YETANO A., La dynamique du principe de proportionnalité, th. dactyl., Paris I : 2013, 551 p.

MAZIERE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. TEYSSIE B., Aix-en-Provence : PUAM, 2003, 477 p.

MEILLER E., La notion de servitude, préf. ZENATI-CASTAING Fr., Paris : LGDJ, 2012, 644 p.

MEINDL Fr.-X. T., La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, préf. ROUSSEAU D., Paris : LGDJ, 2003, 514 p.

MEKHANTAR J., Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale, th. dactyl., Paris II : 1990, 716 p.

MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat*, préf. GHESTIN J., Paris : LGDJ, 2004, 910 p.

MICHAUT Fr., *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*, Paris : L'Harmattan, 2000, 414 p.

MICHEL A., Les rapports de la rhétorique et de la *philosophie dans l'œuvre de Cicéron*, Louvain : Peeters, 2003, 761 p.

MORVAN P., Le principe de droit privé, Paris : Panthéon-Assas, 1999, 787 p.

MUZNY P., *La technique de proportionnalité et le juge de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. SUDRE Fr., Aix-en-Provence : PUAM, 2005, 2 t., 734 p.

PAPADOPOULOU R.-E., Principes généraux du droit et droit communautaire, Bruxelles : Bruylant, 1996, 319 p.

PAYET M.-S., Droit de la concurrence et droit de la consommation, Paris : Dalloz, 2001, 513 p.

PECH-LE GAC, La proportionnalité en droit privé des contrats, préf. MUIR-WATT H., Paris : LGDJ, 2000, 580 p.

PERRIN F., L'intérêt général et le libéralisme politique, Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2012, 430 p.

PEROT-MOREL M.-A., De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat, th. dactyl., Grenoble : 1961, 296 p.

PHILIPPE X., Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, préf. DEBBASCH Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 1990, 541 p.

PLANTE G., Michel Villey et la science du juste, th. Laval (Québec), 2004, Notre-Dame-du-MontCarmel : Société scientifique parallèle, 2007, 455 p., disponible sur : [http://classiques.uqac.ca/contemporains/plante\\_gilles/michel\\_villey\\_science\\_juste/michel\\_villey\\_science\\_juste.pdf](http://classiques.uqac.ca/contemporains/plante_gilles/michel_villey_science_juste/michel_villey_science_juste.pdf)

PORTUESE A., *Le principe d'efficacité économique dans la jurisprudence économique*, Paris : Publibook, 2014, 562 p.

QUEZEL-AMBRUNAZ Ch., Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, préf. BRUN Ph., Paris : Dalloz, 2010, 750 p.

RAÏSSAC G., Les controverses relatives à la juridiction administrative, Paris : Sirey, 1937, 214 p.

RABAULT H., *L'interprétation des normes : l'objectivité de la méthode herméneutique*, Paris : L'Harmattan, 1997, 375 p.

RIDEAU Fr., La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée, préf. Chêne Ch., Aix-en-Provence : PUAM, 2004, 411 p.

SAINT-JAMES V., *La conciliation des Droits de l'homme et des libertés publiques en droit public français*, Paris : PUF, 1995, 476 p.

SCHMIDT NOEL A., La limitation des droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé, th. dactyl., Neuchatel : 2011, 341 p.

SCHMIED Fr., Les effets des accords de l'OMC dans l'ordre juridique de l'Union européenne et de ses États membres, préf. MOUTON J.-D. et CACHARD O., Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2012, 597 p.

SCHMITZ J., *La théorie de l'institution* du doyen Maurice Hauriou, préf. MAZÈRES J.-A., avt-propos SFEZ L., Paris : L'Harmattan, 2013, 525 p.

SCHNERB J.-M., Une jurisprudence d'équité du conseil d'Etat, le risque administratif, Strasbourg : De Bussac, 1946, 207 p.

SERVERIN E., De la jurisprudence en droit privé : *théorie d'une pratique*, Lyon : Presses universitaires de Lyon, 1985, 458 p.

SHAKANKIRI M. E., La philosophie juridique de Jeremy Bentham, Paris : LGDJ, 1970, 469 p.

STATI M.-O., Le standard juridique, préf. DEMOGUE R., Paris : Duchemin, 1927, 398 p.

THIREAU J.-L., Charles du Moulin, 1500-1566, vol.1, Genève : Droz, 1980, 459 p.

TOULLIER M., La résolution des conflits entre droits fondamentaux en droit constitutionnel comparé franco-italien, Paris I, 2001, 666 p.

TOUTSAKOVITCH M., *Elaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény*, Paris : Bossuet, 1938, 187 p.

TOUZEIL-DIVINA M., La doctrine publiciste 1800-1880, Paris : La mémoire du Droit, 2009, 309 p.

TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, préf. TROPER M., Paris : Dalloz, 2006, 813 p.

VAN DROOGHENBROECK S., La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux, préf. OST Fr. et TULKENS Fr., Bruxelles : Bruylant, 2001, 785 p.

VEDEL G., DEVOLVE P., Droit administratif, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1992, 716 p.

VIALLE P., La Cour suprême et la représentation politique aux Etats-Unis, préf. LASSALE J.-P., Paris : LGDJ, 1972, 243 p.

VIDAL L., L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruxelles : Bruylant, 2005, 1392 p.

VIEU M.-H., Le principe de proportionnalité devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes, La Réunion : 2000, th. dactyl, 459 p.

XIFARAS M., La propriété – Etude de philosophie du droit, Paris, PUF, 2004, 542 p.

XYNOPOULOS G., Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre, préf. GAUDEMET Y., Paris : LGDJ, 1995, 463 p.

ZATTARA A.-F., La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété, Paris : LGDJ, 2001, 720 p.

## **V. CHRONIQUES ET ETUDES DOCTRINALES**

### **➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE**

ABELLO A., « La propriété intellectuelle, une 'propriété de marché' », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2005, pp. 341-372.

AGOSTINELLI X., « Les limites au droit moral de l'auteur », RRJ, 1995/2, pp. 583-615.

AGOSTINI E., « Corporel et incorporel – Etre, voir et avoir », D. 2004, pp. 821-823.

AIGRAIN P., « La réinvention des communs physiques et des biens publics sociaux à l'ère de l'information », Multitudes, 2010/2, n° 41, pp. 42-49.

ALLAËYS P., « Hypothèses de forfait en droit d'auteur », PI, juillet 2007, pp. 269-278.

ALLEAUME Ch., « Les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche en droit français », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 137-145.

ALLEAUME Ch., « La mise en balance du droit d'auteur », RIDC, 2010, n° 2, pp. 423-445.

ALLEAUME Ch., « Le projet de loi 'Création et Internet' du 18 juin 2008 », PI, octobre 2008, pp. 388-392.

ALLEAUME Ch., « La contractualisation des exceptions – la situation en France », in, *Droit d'auteur et numérique*, Quelles réponses de la DADVSI ?, colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 436-442.

ALLEAUME Ch., « Les exceptions de pédagogie et de recherche », Comm. com. électr., novembre 2006, pp. 13-17.

ANCEL M.-E., « Loi applicable à la contrefaçon de droit d'auteur : inquiétant retour à l'origine (commentaire de l'arrêt Cass. 1<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2007, Jean L. c/ sté Universal City studios Inc., sté Les Presses Solar, sté United International Pictures, sté MCA Inc.) », Comm. com. électr., avril 2008, pp. 5-8.

- ANTIPPAS J., « Le droit de la personne sur son image face à la liberté artistique : plaidoyer pour une résistance », *RLDI*, avril 2010, n° 59, pp. 76-84.
- ARAGONES A., « Saleilles et les accidents du travail : le droit moderniste face à l'Etat social », in, Raymond Saleilles et au-delà actes du colloque international des 29 et 30 mars 2012 organisé par l'Institut d'histoire du droit, le Centre de droit des affaires et gestion de l'Université Paris Descartes et l'Ecole de droit de Sciences Po, Paris : Dalloz, 2013, pp. 128-141.
- ARHEL P., « L'ADPIC : un équilibre entre propriété intellectuelle et concurrence », *LPA*, 17 novembre 2010, n° 229, pp. 3-8.
- ARHEL P., « Lutte contre la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce », *LPA*, 24 août 2007, pp. 3-7.
- ARHEL P., « Application du droit de la concurrence dans le domaine des droits de propriété intellectuelle », *LPA*, 16 juillet 2007, n° 141, p. 6 et s.
- AZZARIA G., « Culture et commerce : la rhétorique de l'équilibre », in, GAGNE G. (dir.), *La diversité culturelle : vers une convention internationale effective?*, Montréal : Éditions Fides, 2005, pp. 63-78.
- BACCICHETTI E., BONNET Ph., « Droit des pratiques anticoncurrentielles et droits de propriété intellectuelle », *JCE E.*, 2009, n° 46, p. 18 et s.
- BALANA S., « L'industrie du parfum à l'assaut du droit d'auteur...fumus boni juris ? », *PI*, juillet 2005, n° 16, pp. 254-268.
- BALZAC H. DE, « Lettre adressée aux écrivains français du XIXe siècle », *Revue de Paris*, 1834, t. 11, pp. 62-82.
- BARDIN M., « Le droit d'accès à internet : entre 'choix de société' et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, mars 2013, pp. 79-87.
- BARRE M., « L'OMPI et la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle », in, *La mondialisation du droit*, colloque organisé par le CREDIMI du 13 au 15 septembre 1999 à Dijon, Paris, Litec, 2000, pp. 277-295.
- BASOMBRIO I., « L'Uruguay Round et la propriété intellectuelle », *Bull. dr. Auteur*, 1991, vol. XXV, n° 2, p.16 et s.
- BATIFFOL H., « Préface », *Arch. phil. droit.*, n° 27, 1982, p. 2 et s.
- BATIFFOL H., « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Arch. phil. droit.*, n° 24, 1979, pp. 9-16.
- BAUDRILLART H., « Un Jurisconsulte économiste - M. Charles Renouard », *Revue des deux mondes*, 1880, vol. 40, pp. 802-829.
- BECOURT D., « L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs », *LPA*, 2000, n° 105, pp. 5-12.
- BECOURT D., « La trilogie auteur-œuvre-public », *LPA*, 1<sup>e</sup> partie, 13 décembre 1993, n° 149, pp. 10-15 ; 2<sup>e</sup> partie, 20 décembre 1993, n° 152, pp. 22-23 ; 3<sup>e</sup> partie, 27 décembre 1993, n° 155, pp. 8-12 ; 4<sup>e</sup> partie, 10 janvier 1994, n° 4, pp. 4-8.
- BECOURT D., « Essai de terminologie comparative », *LPA*, 7 mars 1990, n° 29, pp. 12-18.
- BECOURT D., *La Révolution française et le droit d'auteur pour un nouvel universalisme*, *RIDA*, janvier 1990, n° 143, pp. 231-287 ; *Bulletin du droit d'auteur*, 1990, vol. XXIV, n° 4, pp. 4-14.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Etre interopérable ou ne pas être : telle est la question ! (à propos de l'arrêt Microsoft du Tribunal de première instance des communautés européennes du 17 septembre 2007) », *Comm. com. électr.*, mars 2008, pp. 8-12.

BELLEFLAMME P. « L'économie de la propriété intellectuelle. Introduction et description du contenu », *Reflots et perspectives de la vie économique*, 2006/4, tome XLV, pp. 5-9.

BELLINI E., « Moral right et droit moral : une question de paradigmes », *RIDA*, avril 2005, n° 204, pp. 2-52.

BELOT F., « Pour une meilleure protection des valeurs économiques », *LPA*, 6 décembre 2006, n° 243, pp. 6-12.

BENABOU V. L., « L'originalité, un Janus juridique. Regard sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 17-34.

BENABOU V.-L., « Un contre-exemple : bref aperçu sur le rôle créateur de la jurisprudence », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, *RLDI*, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 21-26.

BENABOU V.-L., « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *PI*, avril 2012, n° 43, pp. 140-153.

BENABOU V.-L., « Que reste-t-il de la rémunération pour copie privée ? », *Légipresse*, oct./nov. 2011, n° 287 et n° 288, pp. 537-545 et pp. 603 et s.

BENABOU V.-L., « L'abus de droit peut-il servir la cause de l'intérêt général en droit de la propriété intellectuelle ? », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 221-248.

BENABOU V.-L., « De l'efficacité de l'exception elle-même à sa confrontation aux mesures techniques », in, « *Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?* », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, pp. 423-435.

BENABOU V.-L., « Propriété intellectuelle et diversité culturelle ? Approche juridique », in, BRUGUIÈRE J.-M. (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 76-91.

BENABOU V.-L., « Patatras ! A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *PI*, juillet 2006, pp. 240-242.

BENABOU V.-L., « Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée », *Légipresse*, mai 2006, n° 231, pp. 71-80.

BENABOU V.-L., « Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa) », *PI*, juillet 2005, pp. 269-276.

BENABOU V.-L., « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *PI*, janvier 2005, pp. 53-58.

BENABOU V.-L., « L'exception au droit d'auteur pour l'enseignement et la recherche ou la recherche d'une conciliation entre l'accès à la connaissance et le droit d'auteur », in, Programme de Numérisation pour l'Enseignement et la Recherche (PNER), France : Maison des sciences de l'Homme de Paris, 2002, disponible sur : [http://hal.inria.fr/docs/00/00/15/70/PDF/Juri5\\_Benabou\\_V2.pdf](http://hal.inria.fr/docs/00/00/15/70/PDF/Juri5_Benabou_V2.pdf)

BENABOU V.-L., « Puiser à la source du droit d'auteur », *RIDA*, avril 2002, n° 194, pp. 3-109.

BENABOU V.-L., « La directive « société de l'information » et l'acquis communautaire : une anamorphose ? », in, Colloque : « *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives* », colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, *PI*, janvier 2002, pp. 58-65.

BENABOU V.-L., « "Survol" de la directive relative à la protection des droits d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », RLDI, décembre 2001, supplément au n° 44 p. 15 et s.

BENABOU V.-L., « La directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information : valse à trois temps avec l'acquis communautaire », Comm. com. électr., octobre 2001, pp. 8-11.

BENHAMOU F., « De l'appropriation du texte lorsque disparaît le livre : réflexions à propos du livre numérique », in, Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 45-50.

BENHAMOU F., « Economie, culture, intervention publique. Contribution à l'histoire d'un ménage à trois », in, Histoire des industries culturelles en France, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles, Actes du colloque tenu à la Sorbonne en décembre 2001, Paris, Association pour le développement de l'histoire économique, 2002, pp. 15-21.

BENHAMOU F., « Les fondements économiques du droit d'auteur à l'épreuve de la mondialisation », in, Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, actes du colloque organisé par l'ERICIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris, Dalloz, 2004, pp. 55-68.

BENIZRI Y.-A., « Droit d'auteur et co (régulation) : la politique du droit d'auteur sur l'Internet », R.D. McGill, 2008, n° 53, pp. 375-427.

BENSAMOUN A., « Portrait d'un droit d'auteur en crise », RIDA, avril 2010, p. 3 et s.

BENSAMOUN A., « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : ' qui trop embrasse mal étreint' », D. 2010, p. 2919 et s.

BENSAMOUN A., « La copie privée : victoire ou défaite du droit d'auteur ? », in, Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ?, colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, pp. 21-28.

BERGE J.-S., « Entre autres droits, la propriété intellectuelle », PI, juillet 2002, pp. 9-14.

BERNAULT C., « L'originalité dans les œuvres des arts appliqués », Comm. com. électr., septembre 2010, n° 9, étude 18.

BERNAULT C., « La loi du 1<sup>er</sup> août 2006 et peer-to-peer : le pire est-il derrière nous ? », Légipresse, n° 236, novembre 2006, pp. 127-132.

BERNAULT C., « La loi du 1<sup>er</sup> août 2006 et l'interopérabilité : éléments pour décoder », RLDI, septembre 2006, n° 19, pp. 59-65.

BERNAULT C., « La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur », RLDI, avril 2006, n° 15, pp. 56-62.

BERNARD A., « Mondialisation, culture économique et droit », in, CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), Intérêt culturel et mondialisation, t. 2, les aspects internationaux, Paris : l'Harmattan, 2004, pp. 145-179.

BERTRAND Br., SIRINELLI J., « La proportionnalité », in, AUBY J.-B., L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public, Paris : Dalloz, 2010, pp. 623-638.

BESSY C., « Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés », Revue d'économie industrielle, n° 116, 2006.

BILLARD E., « Du principe de perpétuité de la propriété littéraire », Revue pratique de droit français, 1883, t. 83, pp. 385-443.

- BINCTIN N., « Les biens intellectuels : contributions à l'étude des choses », *Comm. com. électr.*, juin 2006, pp. 8-12.
- BITAN H., « Réflexions sur la loi ' Création et Internet ' et sur le projet de loi ' HADOPI 2 ' », *RLDI*, juillet 2009, pp. 121-126.
- BLANC X., « La licence globale », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 125-126.
- BLANC-JOUVAN G., « Le droit d'auteur face au téléchargement », in, TEYSSIE B. (dir.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris : Panthéon-Assas, 2012, pp. 223-230.
- BLANDIN-OBERNESSER A., « La politique juridique de l'Union dans le domaine d'internet : entre réglementation, régulation et autorégulation », in, BLANDIN-OBERNESSER A. (dir.), *L'Union Européenne et internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes : travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE)*, Rennes : Apogée, 2001, pp. 19-30.
- BLARY-CLEMENT E., « L'innovation et son partage : finalité économique commune des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence », in, *Colloque : « Le droit de la concurrence et l'analyse économique »*, *Le Concurrentialiste*, mai 2013, pp. 2-8.
- BOROWSKY S., « La vidéo à la demande : une innovation technologique qui bouleverse la chronologie des médias », *Comm. com. électr.*, septembre 2006, pp. 17-20.
- BOUBEKEUR I., « De la « loi HADOPI » à la ' loi HADOPI 2 ' - Analyse de la décision du Conseil constitutionnel 2009-580 DC et de ses conséquences », *RLDI*, juillet 2009, pp. 107-113.
- BOUTET M., « Considérations générales », *RIDA*, avril 1958, n° 19, pp. 13-21.
- BOYTHA G., « La justification de la protection des droits d'auteur à la lumière de leur développement historique », *RIDA*, janvier 1992, n° 151, pp. 52-100.
- BREART E., « Parlez-moi de droits intellectuels ! », *LPA*, 2001, n° 157, p. 20 et s.
- BRESSE P., « Brevetabilité des logiciels : un débat d'experts aboutissant à la confrontation entre deux modèles politico-économiques », *RLDI*, janvier 2005, n° 1, pp. 11-12.
- BRUGUIÈRE J.-M., « L'originalité selon Rendu, Rimbaud et ...Rama Yade », *RLDI*, mai 2012, n°82, dossier spécial « Le plagiat », p. 73 et s.
- BRUGUIERE J.-M., « L'articulation du droit d'auteur et des droits voisins », in, BRUGUIÈRE J.-M. (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, actes du colloque du 19 novembre 2010, organisé à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, pp. 67-77.
- BRUGUIERE J.-M., « Faits et méfaits de la perpétuité dans la propriété littéraire et artistique », *Propr. ind.*, 2010, n° 10, pp. 42-46.
- BRUGUIERE J.-M., « Introduction », in, BRUGUIÈRE J.-M. (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 1-19.
- BRUGUIERE J.-M., « Image des biens : la troublante métamorphose », *D.* 2004, p. 1545.
- BUFFET DELMAS D'AUTANE X, DE NOBLET E., « L'adaptation communautaire du droit d'auteur et des droits voisins à un environnement numérique », *GP*, 24 juin 2000, n° 176, p. 26 et s.
- BUEB R., « Les auteurs, le droit et la loi : épopée législative du droit d'auteur », *LPA*, 6 décembre 2007, n° 244, p. 4 et s.

BUYDENS M., « Introduction. L'intérêt général, une notion protéiforme », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 1-49.

BUYDENS M., « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE*, 2006/4, t. XX, 4, pp. 433-474.

BUYDENS M., « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Comm. com. électr.*, septembre 2001, étude n° 22, pp. 10-16.

CAPRIOLI E. A., « Dispositions techniques et droit d'auteur dans la société de l'information », in, *Mélanges Jean Sortais*, Bruxelles : Bruylant, 2002, pp. 39-72.

CAPRIOLI E., « Mesures techniques de protection et d'information des droits d'auteur », *Comm. com. électr.*, novembre 2006, pp. 25-31.

CARON Ch., « A l'abordage ! », *Comm. com. électr.*, mars 2015, n° 3, repère 3.

CARON Ch., « Les exceptions au monopole : zone de turbulences en droit d'auteur », *JCP éd. G.*, 2013, pp. 753-754.

CARON Ch., « Rémunération pour copie privée : apports de la loi nouvelle », *JCP éd. G.*, 2012, p. 66 et s.

CARON Ch., « Les exceptions au regard du fondement du droit d'auteur en droit français », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 19-25.

CARON Ch., « Lettre au Professeur Georges B\*\*\*\* sur le droit d'auteur économique », in, *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, Paris : LexisNexis, 2010, pp. 127-132.

CARON Ch., « Le projet de loi Création et Internet, in, *Contrefaçon et Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.*, colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, pp. 93-97.

CARON Ch., « Brèves observation sur l'abus des droits de la personnalité », *GP*, 2007, n° 37, p. 47 et s.

CARON Ch., « Droit moral ou droits moraux », *LPA*, 2007, n° 244, p. 28 et s.

CARON Ch., « Le droit d'auteur de l'an 2440 », in, *Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris : Litec, 2007, pp. 105-115.

CARON Ch., « Quelques considérations sur le phénomène du peer-to-peer », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 105-109.

CARON Ch., « Dialogues informels sur la propriété intellectuelle », in, *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris : Dalloz, 2006, pp. 87-97.

CARON Ch., « L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle », in, *Etudes offertes à Jacques Dupichot*, Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 61-77.

CARON Ch., « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP éd. G.*, 2004, I 162.

CARON Ch., « Le consommateur en droit d'auteur », in, *Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum, Mélanges Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 245-260.

- CARON Ch., « Une certaine idée du droit d'auteur : la vision des écrivains », in, Une certaine idée du droit, mélanges André Ducocq, Paris : Litec, 2004, pp. 49-61.
- CARON Ch., « Les licences de logiciels dits 'libres' à l'épreuve du droit d'auteur français », D. 2003, p. 1556 et s.
- CARON Ch., « La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen », Comm. com. électr., mai 2001, n° 5, pp. 20-23.
- CARON Ch., « Les clairs-obscurs de la rémunération pour copie privée », D. 2001, p. 3421 et s.
- CARRE St., « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit de l'auteur de l'Union », in, La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe, Paris : LexisNexis, 2013, pp. 1-58.
- CARRE St., « La ' théorie des facilités essentielles ' – ' Much ado about nothing ?' », in, Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – *Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris : Lexisnexis, 2014, pp. 87-116.
- CARRE St., « Le vertige de l'irrecevabilité », RIDA, juillet 2009, n° 221, pp. 65-213.
- CARREAU C., « Propriété intellectuelle et abus de droit », in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, pp. 17-41.
- CASATI Ch., « Un projet de loi sur la propriété littéraire et artistique », Revue pratique de droit français, 1862, t. 13, pp. 115-139.
- CASTELAIN H., « La durée de protection », RIDA, avril 1958, n° 19, p. 375 et s.
- CATALA P., « Au-delà du droit d'auteur », in, Jean Foyer in memoriam, Paris : Litec, 2010, pp. 215-230.
- CATALA P., « La ' propriété' de l'information », in, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris : Dalloz, 1985, pp. 97-112.
- CATALA P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », D. 1984, chr. XVII, pp. 97-105.
- CERVETTI P.-D., « Pour un droit d'auteur pédagogique », RLDI, cahier spécial, janvier 2011, n° 67, pp. 69-74.
- CHAIGNEAU A., « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », RIDE, 3/2014, t. XXVIII, pp. 335-350.
- CHALINE P., « L'informatique et le régime des sources », D. 1997, p. 162 et s.
- CHANTEPIE P., « Economie du web 2.0 : économie de contrefaçon ou de nouvelles gratuités ? », in, Contrefaçon et Internet : *les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.*, actes de colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, pp. 39-45.
- CHANTEPIE P., « Le dilemme numérique sous l'éclairage de l'analyse économique », PI, avril 2006, pp. 136-146.
- CHANTEPIE P., BENSOUSSAN A., « Le droit d'auteur à l'épreuve des nouvelles technologies », in, « Cycle de conférences de la Cour de cassation – Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique du 9 novembre 2006 », Revue Lamy de la Concurrence, avril 2007, n° 11, p. 204 et s.
- CHANTEPIE P., « Les 'taches aveugles' de la directive n° 2001/29 : copie privée numérique à la demande et compensation équitable », RLDI, février 2005, n° 2, pp. 55-62.

- CHAMAYOU G., « Le débat américain sur liberté, innovation, domaine public », *Contretemps*, 2002, n° 5, pp. 38-50.
- CHAMOIX J.-P., « Droit naturel ou droit économique ? », in, *L'appropriation de l'information*, séminaire organisé par l'Association Droit et informatique du 12 au 14 novembre 1984 à Paris, Paris : Librairies techniques, 1986, pp. 165-167.
- CHARDEAUX M.-A., « Le droit d'auteur et Internet : entre rupture et continuité », *Comm. com. électr.*, mai 2011, pp. 10-16.
- CHOISY St., « La réappropriation du domaine public par le droit de la propriété intellectuelle », *Comm. com. électr.*, avril 2002, pp. 12-15.
- CIUCA V. M. et A., « L'âme myriapode, la multiplication des choses et le droit de la créativité », *Innovations*, 2010/2, n° 32, pp. 181-185.
- CLEMENT-FONTAINE M., « Un renouveau des biens communs : des biens matériels aux biens immatériels », in, *Les modèles propriétaires au XXIe siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 51-67.*
- CLEMENT-FONTAINE M., « Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ? », *PI*, janvier 2008, pp. 69-76.
- COHEN D., « La liberté de créer », in, CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A., REVET T. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 511-531.
- COHEN E., « Mondialisation », in, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 3-12.
- COLIN C., « La contractualisation des exceptions en droit d'auteur : oxymore ou pléonasme ? », *Comm. com. électr.*, février 2010, pp. 6-11.
- COMTE H., « Le renforcement des mesures de surveillance et de contrôle », *LPA*, 11 janvier 1995, n° 5, p. 20.
- CORBET J., « Le développement technique conduit-il à un changement de la notion d'auteur ? », *RIDA*, avril 1991, n° 148, pp. 59-101.
- CORBION L., « La propriété devant la Cour européenne des droits de l'homme », in, *Qu'en est-il de la propriété ? : L'appropriation en débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005 organisé par l'IFR Mutation des normes juridiques, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2007, pp. 73-80.
- CORNISH W., « La loi de la Reine Anne 1709-1710 : contexte historique », in, *De 1710 au Cyberspace : une célébration de 300 ans de droit d'auteur qui se tourne vers son avenir*, Londres, 2009, disponible sur <http://www.blaca.org/alai2009.htm>
- CORNU M., « Des créations de fonctionnaires aux œuvres orphelines, la tentation de la dépossession », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, *RLDI*, 2009, supplément au n° 49, pp. 6-9.
- CORNU M., « La protection du patrimoine culturel immatériel », in, CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation, t.2, les aspects internationaux*, Paris : l'Harmattan, 2004, pp. 197-218.
- CORNU M., « Le droit d'auteur à l'épreuve de la culture », in, BRUGUIÈRE J.-M. (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 129-146.
- CORNU M., « Droits de l'architecte et aménagement de l'espace public », *AJDA*, 2004, p. 2114 et s.

CORNU M., « Le droit de la culture dans les turbulences du marché mondial », in, Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 69-79.

COULAUD M., « L'adoption au Sénat du projet de loi 'Création et internet' : la confirmation d'une méthode de régulation consensuelle en propriété littéraire et artistique », RLDI, février 2009, pp. 85-93.

COULAUD M., « Droit d'auteur et téléchargement de fichiers ou le désaccord parfait ? », RLDI, janvier 2006, n° 12, pp. 47-50.

COULAUD M., MARIEZ J.-S., « L'évolution de la protection des œuvres sur les réseaux numériques ou le choix du mode contractuel », RLDI, janvier 2008, n° 34, pp. 53-68.

CRAIPEAU N., « La contamination du droit d'auteur par le développement technique », LPA, 2007, n° 244, p. 41 et s.

CRETOIS P., « La propriété repensée par l'accès », RIDE, 3/2014, t. XXVIII, pp. 319-334.

CROELLA C., « Le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », Legicom, 2/1995, n° 8, pp. 99-104.

DABIN J., « Les droits intellectuels comme catégorie juridique », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, pp. 413-446.

DARANGON E., « Etude sur le statut juridique de l'information », D. 1998 p. 63 et s.

DECOCQ G., « Abus de droit de la propriété intellectuelle et abus de position dominante », in, Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds, Paris : Litec, 2007, pp. 143-159.

DEGUERGUE M., « Des influence sur les jugements des juges », in, *L'office du juge*, actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, organisé par DARCY G., LABROT V. et DOAT M., pp. 370-388, disponible sur : [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.html](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.html)

DE LAMBERTERIE I. ., « Les ressources informationnelles en jouissance partagée : quels modèles propriétaires ? », in, Les modèles propriétaires au XXIe siècle , actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 75-86.

DE LAMBERTERIE I., « De l'incitation à la création au droit à la culture : quelle dynamique pour les droits d'auteur aujourd'hui ? », Réseaux, 1998, vol. 16, n° 88-89, pp. 77-90.

DE LAMBERTERIE I., « L'adaptation du droit au progrès technologique : l'exemple de la protection des logiciels », Arch. phil. droit, n° 36, 1991, pp. 15-163.

DE MARTINO G., « Plateformes web 2.0 et ayants droit : quels accords ? », in, Contrefaçon et Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2., actes du colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, pp. 47-51.

DENOYELLE Fr., FIGINI V., « L'histoire de la photographie, reconnaissance et protection -L'évolution de la notion de créateur en photographie : une approche historique », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, pp. 106-108.

DEPAMBOUR-TARRIDE L., « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », Arch. phil. droit, 1995, n° 40, pp. 264-285.

DEROBERT - RATEL Ch., « Les premiers débats historiques sur la contrefaçon photographique », disponible sur : <http://junon.u-3mrs.fr/u3ired01/Main%20docu/contrefacon-derobert.pdf>

- DE ROQUEFEUIL B., DELVOIE A., « Exploitation normale d'une œuvre numérique : vers le 'Fair Use' américain ? », GP, 20 juillet 2004, n° 202, p. 29 et s.
- DERIEUX E., « Validation par le Conseil constitutionnel de l'essentiel des dispositions de la loi 'Hadopi 2', RLDI, novembre 2009, pp. 6-8.
- DERIEUX E., « Numérique et droit d'auteur », JCP éd. G., 2001, n° 41, I 353.
- DESBOIS H., « La conception française du droit moral de l'auteur », in, Mélanges en l'honneur de Jean Dabin. 2, Droit positif, Bruxelles : Bruylant, Paris : Sirey, 1963, pp. 519-540.
- DESBOIS H., « La loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique », D., 1957, chron., p. 165 et s.
- DESBOIS H., « Commentaire de la loi du 11 mars 1957 », D., 1957, législation, p. 350 s.
- DESURMONT Th., « Le régime de la copie privée », Comm. com. électr., novembre 2006, pp. 18-20.
- DESURMONT Th., « La transposition en France de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », RIDA, octobre 2006, n° 210, pp. 111-183.
- DESURMONT Th., « Réflexions sur les rapports entre la convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles et la protection du droit d'auteur », RIDA, avril 2006, n° 208, pp. 3-19.
- DESURMONT Th., « L'allongement de la durée de protection des œuvres musicales », RIDA, 1986, n° 129, pp. 41-76.
- DE WERRA J., « L'art et la propriété intellectuelle », Les cahiers de propriété intellectuelle, 2011, vol. 23, n° 3, pp. 1311-1395.
- DE WERRA J., « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les Traités de l'OMPI, Le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », RIDA, juillet 2001, n° 147, pp. 75-205.
- DIETZ A., « Mutation du droit d'auteur – changement de paradigme en matière de droit d'auteur », RIDA, 1988, n° 138, p. 22-72.
- DOCK M.-C., « Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire », RIDA, janvier 1974, LXXIX, pp. 127-203.
- DOURGNON J., « L'impact de l'interopérabilité pour les consommateurs », RLDI, janvier 2007, supplément au n° 23, pp. 32-33.
- DREIER T., « Interopérabilité : la France, un exemple à suivre ? », in, « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 419-422.
- DREIER T., « L'analogie, le digital et le droit d'auteur », in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, pp. 119-131.
- DREXL J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », RIDE, 3/ 2003, t. XVII, pp. 387-409.
- DREYER E., « La liberté d'expression comme 'droit' concurrent, in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, pp. 29-33.

- DREYER E., « Les nouvelles incriminations...Retour sur cinquante ans de droit pénal d'auteur », LPA, 2007, n° 244, p. 52 et s.
- DREYER E., « La protection pénale du droit moral de l'auteur », *Comm. com. électr.*, septembre 2007, pp. 14-17.
- DREYER E., « L'information par l'image et le droit d'auteur », *Comm. com. électr.*, mars 2004, pp. 8-11.
- DREYFUS B., « Quelle est la nature de la mesure de suspension de l'accès à internet prévue par le projet de loi 'Création et Internet' », *RLDI*, mai 2009, pp. 96-100.
- DROSS W., « Une approche structurale de la propriété », *RTD civ.*, 2012, p. 419 et s.
- DUBUISSON F., « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information : vrai ou faux débat ? », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 71-101.
- DUMONT B., HOLMES P., « Quelles alternatives au mouvement d'enclosures de la propriété intellectuelle ? », *Réseaux*, 2001/6 no 110, pp. 74-91.
- DUONG L.-M., « Les sources du droit d'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *D.* 2010, n°13, pp. 783-789.
- DUPUIS-TOUBOL F., PERROT A., GOLD R., « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : convergence ou divergence ? », in, « Cycle de conférences de la Cour de cassation – Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique du 9 novembre 2006 », *Revue Lamy de la Concurrence*, avril 2007, n° 11, p. 216 et s.
- DUSOLLIER S., « Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle », in, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 29-48.
- DUSOLLIER S., « Les artistes-interprètes pris en otage ! », *Auteurs & média*, 2008/5, pp. 426-433.
- DUSOLLIER S., « Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle ? », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, acte du colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 117-147.
- DUSOLLIER S., « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », in, « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, pp. 443-452.
- DUSOLLIER S., « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *PI*, janvier 2006, pp. 10-21.
- DUSOLLIER S., « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *I.R.D.I.*, 2005, p. 213-223.
- DUSOLLIER S., « L'introuvable interface entre exceptions au droit d'auteur et mesures techniques de protection », *Comm. com. électr.*, novembre 2006, pp. 21-24.
- DUSOLLIER S., « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *Art'Icle*, février 2006, pp. 8-9.
- DUSOLLIER S., « L'utilisation légitime de l'œuvre : un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.*, novembre 2005, pp. 17-20.
- DUSOLLIER S., « L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle », *Cahiers marxistes*, 2005, n° 232, pp. 9-34.

- DUSOLLIER S., « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels*, 2005/2, pp. 213-223.
- DUSOLLIER S., « Droit d'auteur et accès au savoir », *Les Nouvelles*, 2004/3-4, vol. 10, pp. 5-7.
- EDELMAN B., « La création dans l'art contemporain », *D.* 2009, p. 38 et s.
- EDELMAN B., « Vers une définition du droit de communication au public », *D.* 2007, p. 1236 et s.
- EDELMAN B., « De la propriété-personne à la valeur-désir », *D.* 2004, p. 155 et s.
- EDELMAN B., « Les bases de données ou le triomphe des droits voisins », *D.* 2000, p. 89.
- EDELMAN B., « L'œil du droit », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 377-393.
- EDELMAN B., « La rue et le droit d'auteur », *D.* 1992, chr. XVIII, pp. 91-97.
- EDELMAN B., « Entre copyright et droit d'auteur : l'intégrité de l'œuvre de l'esprit », *D.* 1990, p. 295.
- EDELMAN B., « Une loi substantiellement internationale – la loi du 3 juillet 1985 sur les droits d'auteur et droits voisins », *Journal de droit international*, 1987, n° 3, pp. 555-609.
- EDELMAN B., « Création et banalité », *D.* 1983, chr. XIII, pp. 73-77.
- EL SAYEGH D., « Le Conseil constitutionnel et la loi Création et Internet : une décision en trompe-l'œil », *Légipresse*, juill./août 2003, n° 263, pp. 97-98.
- EMERICH Y., « Propriété, relation et exclusivité : étude de droit comparé », *RRJ*, 2009, n° 129, pp. 1841-1854.
- EMERICH Y., « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexions autour de la propriété des créances », *Les Cahiers de droit*, vol. 46, n° 4, 2005, pp. 905-939.
- EMILE-ZOLA-PLACE E., « L'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle : une gestion collective d'un genre nouveau », *Légipresse* n° 295, juin 2012, pp. 355-363.
- ESCARRA J., « Le projet de loi français sur la propriété littéraire et artistique », *RIDA*, octobre 1954, n° 5, pp. 3-33.
- FABRE-MAGNAN M., « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.*, 1997, p. 583 et s.
- FARCHY J., ROCHELANDET F., « La remise en cause du droit d'auteur sur internet : de l'illusion technologique à l'émergence de barrières à l'entrée », *Revue d'économie industrielle*, 2002-2, n° 99, pp. 49-64.
- FARCHY J., ROCHELANDET F., « La mise en place du droit d'auteur dans les industries du disque et du cinéma en France », in, *Histoire des industries culturelles en France, XIXe-XXe siècles, actes du colloque tenu à la Sorbonne en décembre 2001*, Paris : Association pour le développement de l'histoire économique, 2002, pp. 156-182.
- FARCHY J., « Analyse économique des exceptions », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, *RLDI*, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 27-29.
- FARCHY J., « De nouveaux modèles pour le droit d'auteur – Le point de vue de l'économiste », in, « *Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?* », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, pp. 404-407.

FARCHY J., « L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable », PI, octobre 2006, pp. 388-395.

FARCHY J., « Exception, diversité, pluralisme : quelle politique culturelle pour l'Europe demain ? », in, CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), Intérêt culturel et mondialisation, t.2, les aspects internationaux, Paris : l'Harmattan, 2004, pp. 271-293.

FAVREAU A., « La valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle », in, « Les pratiques contemporaines de la propriété intellectuelle », journée d'études JC-RDST et Cuerpi tenue à Grenoble le 30 septembre 2011, RLDI, supplément au n° 77, décembre 2011, pp. 64-69.

FERRY-FALL M.-A., « La tentation de la dépossession : les œuvres orphelines », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, pp. 10-13.

FISCOR M., « Le 'test des trois étapes' : pourquoi on ne signe pas la Déclaration de Munich », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, Actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 55-61.

FICSOR M., « Combien de quoi ? Les 'trois conditions cumulatives' et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », RIDA, avril 2002, n° 192, pp. 110-250.

FLEUTIAUX J., « Web 2.0 et contrefaçon de droit d'auteur : de nouveaux outils pour de nouveaux usages », in, Contrefaçon et Internet : *les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.*, colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, pp. 7-11.

FOREST D., « La promesse et l'obstacle Cartographie des nouvelles critiques du droit d'auteur », RLDI, novembre 2010, n° 64, pp. 63-69.

FOREST D., « Droit d'auteur et données personnelles, un mariage morganatique ? », RLDI, mars 2011, n° 69, pp. 80-89.

FOUILLAND F., « L'auteur personne morale, éléments pour une théorie de l'emprunt de personnalité artistique », Comm. com. électr., décembre 2008, pp. 8-14.

FRANÇON A., « Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », RTD com., 2001, p. 701 et s.

FRANÇON A., « Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur », RTD com., 1997 p. 451 et s.

FRANÇON A., « La notion de public selon le droit d'auteur français », in, Droit et vie des affaires : études à la mémoire d'Alain Sayag, Paris : Litec, 1997, pp. 243-251.

FRANÇON A., « Les conventions internationales de droit d'auteur comme facteur d'harmonisation des législations nationales », in, Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé, Paris : GLN-Joly/Litec, 1991, pp. 391-397.

FRANÇON A., « Le droit d'auteur au-delà des frontières : une comparaison des conceptions civiliste et de common law », RIDA, n° 149, juillet 1991, pp. 3-33.

FRANÇON A., « Intérêt public et droit d'auteur en France », in, *L'intérêt public* : principe du droit de la communication, actes du séminaire inter-universitaire franco-québécois organisé à Paris le 19, 20 et 21 septembre, Paris : Victoires – Ed, 1996, pp. 77-82.

FRANÇON A., « Influence du droit européen sur le droit d'auteur », RTD com., 1991, p. 218 et s.

- FRANÇON A., « Influence du droit de la propriété industrielle sur le droit d'auteur », RTD com., 1991, p. 218 et s.
- FRANÇON A., « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », D. 1976, chron., pp. 55-62.
- FRISON-ROCHE M.-A., « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2005, pp. 15-26.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit d'accès à l'information ou le nouveau équilibre de la propriété », in, Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala, Paris : Litec, 2001, pp. 759-769.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Les biens de l'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », in, Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 165-175.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Vers une rente pour autrui », Droit et Patrimoine, octobre 2003, n° 119, pp. 73-76.
- FROMAGEAU J., « Mondialisation et culture : les interrogations d'un juriste », in, CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), Intérêt culturel et mondialisation, t.1, les protections nationales, Paris : l'Harmattan, 2004, pp. 11-36.
- GALLOPIN B., « Les exceptions au droit d'auteur : la place des usages », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 30-34.
- GALLOUX J.-C., « La distinction entre la personne et la chose », in, Nouvelles technologies et propriété, actes du colloque tenu à Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Montréal : Thémis, 1991, pp. 213-215.
- GALLOUX J.-C., « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in, Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet, Paris : Litec, 2010, pp. 199-215.
- GAUBIAC Y., « Droit d'auteur et santé », GP, 15 janvier 2011 n° 15, p. 17 et s.
- GAUBIAC Y., « La copie privée est-elle un cas spécial », in, Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds, Paris : Litec, 2007, pp. 181-193.
- GAUBIAC Y., « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce », RIDA, octobre 1995, n° 166, pp. 3-55.
- GAUBIAC Y., « L'épuisement des droits dans l'environnement analogique et numérique », Bull. dr. Auteur, vol. XXXVI, 2002, n° 4, pp. 2-17.
- GAUBIAC Y., « La liberté de citer une œuvre de l'esprit », RIDA, janvier 1997, n° 171, pp. 3-77.
- GAUBIAC Y., « Les exceptions la méthode suivie et les résultats obtenus », in, « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives », colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, PI, janvier 2002, pp. 17-24.
- GAUBIAC Y., « Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle », RIDA, janvier 2007, n° 211, pp. 91-139.
- GAUBIAC Y., « Dimension de la copie privée dans le monde numérique de la communication », Comm. com. électr., juin 2008, pp. 13-20.
- GAUBIAC Y., « Droit d'auteur et intérêt général », PI, juillet 2010, pp. 814-822.

GAUBIAC Y., « De l'amélioration du dispositif normatif de la Convention de Berne », LPA, 11 janvier 1995 n° 5, p. 10 et s.

GAUBIAC Y., « La rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 », RTD com., 1986, n° 4, pp. 491-511.

GAUDEMET E., « L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie juridique et en philosophie du droit », in, *Les sources du droit, recueil d'étude en l'honneur de François Gény*, II, Paris : Sirey, 1934, pp. 1-15.

GAUDRAT Ph., « La structure juridique des propriétés intellectuelles », in, *Les modèles propriétaires au XXIe siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI*, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 179-192.

GAUDRAT Ph., « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », RTD com., 2011, p. 562 et s.

GAUDRAT Ph., « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », RTD com., 2009, pp. 323-356.

GAUDRAT Ph., « Technique et droit, deux révélateurs réciproques », RTD com., 2008, p. 94 et s.

GAUDRAT Ph., « Prêt public & droit de location : l'art et la manière », RTD com., 2008, pp. 752-772.

GAUDRAT Ph., « L'importance de la référence propriétaire dans la loi du 11 mars 1957 », RIDA, janvier 2009, n° 221, pp. 3-63.

GAUDRAT Ph., « Le droit d'auteur au lendemain de la transposition », RTD com., octobre/décembre 2006, pp. 814-842.

GAUDRAT Ph., « Marchandisation », in, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 31-49.

GAUDRAT Ph., « Droit d'auteur et mondialisation : le laboratoire communautaire », in, CORNU M., Mezghani N. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation, t.2, les aspects internationaux*, Paris : l'Harmattan, 2004, pp. 295-363.

GAUDRAT Ph., « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la 'société de l'information' », RTD com., 2003, I, p. 87 et s. ; II, p. 285 et s. ; III, p. 503 et s.

GAUDRAT Ph., « Les démêlés intemporels d'un couple à succès : le créateur et l'investisseur », RIDA, octobre 2001, n° 190, pp. 71-243.

GAUDRAT Ph., « Du logiciel-support à l'illicéité de la copie privée numérique : chronique d'une subversion annoncée », RTD com., 1ere partie, 2001, p. 890 et s. ; 2e partie, 2002, p. 55 et s.

GAUDRAT Ph., « Forme numérique et propriété intellectuelle », RTD com., 1e partie, 2000 p. 910 et s. ; 2e partie, 2001 p. 96 et s.

GAUDRAT Ph., SARDAIN Fr., « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Comm. com. électr.*, novembre 2005, pp. 6-16.

GAULLIER Fl., « La preuve de l'originalité, une charge complexe ; La preuve de l'originalité : mission impossible ? », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, pp. 126-132.

GAUTIER P.-Y., « Les nouvelles forces créatrices du droit », in, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 133-140.

GAUTIER P.-Y., « Réflexions sur François Gény : l'actualité méthodologique de Science et technique », in, CACHARD O., LICARI F.-X., LORMANT F., (dir.), *La pensée de François Gény*, actes du colloque international des 21 et 22 octobre 2011 de Nancy-Metz, Paris : Dalloz, 2013, pp. 49-55.

GAUTIER P.-Y., « Pour une réelle régulation du droit d'auteur : le respect de la hiérarchie entre droit exclusif et exceptions », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 54-57.

GAUTIER P.-Y., « Les exceptions au regard du droit de l'Union européenne », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 37-41.

GAUTIER P.-Y., « Le triomphe de la théorie de l'arrière-plan », *Comm. com. électr.*, novembre 2008, pp. 20-22.

GAUTIER P.-Y., « L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le 'test des trois étapes' », *Comm. com. électr.*, novembre 2006, pp. 9-13.

GAUTIER P.-Y., « Pour ou contre la propriété intellectuelle : propos introductifs », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 23-26.

GAUTIER P.-Y., « La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – Synthèse », *PI*, avril 2005, pp. 156-158.

GAUTIER P.-Y., « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839 et s.

GAUTIER P.-Y., « Du droit applicable dans le 'village planétaire', au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, p. 131 et s.

GAUTIER P.-Y., « L'art et le droit naturel », *Arch. phil. droit*, 1995, n° 40, pp. 206-218.

GAUTIER P.-Y., « Les critères qualitatifs pour la protection littéraire et artistique en droit français », *Revue internationale de droit comparé*, avril-juin 1994, vol. 46, n° 2, pp. 507-519.

GEIGER Ch., « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », in, VIVANT M. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, pp. 79-96.

GEIGER Ch., « Legalize it ? Quelques réflexions sur la mise en œuvre du droit d'auteur dans le contexte de l'utilisation non autorisée des œuvres sur internet », in, *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris : Lexisnexis, 2014, pp. 167-187.

GEIGER Ch., « Effectivité et flexibilité : deux impératifs de l'adaptation du droit des 'exceptions' », in, *L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation*, colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément n° 94, pp. 41-46.

GEIGER Ch., « L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle : quel apport ? Quelles perspectives ? », in, *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Paris : LexisNexis, 2013, pp. 1-58.

GEIGER Ch., « Droit d'auteur et droit du public à l'information : relation conflictuelle ou pacifique ? », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 103-122.

- GEIGER Ch., « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », D. 2010 p. 510 et s.
- GEIGER Ch., « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité », in, Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet, Paris : Litec, 2010, pp. 249-265.
- GEIGER Ch., « L'influence historique et actuelle de la loi de la Reine Anne en France », in, De 1710 au Cyberspace : une célébration de 300 ans de droit d'auteur qui se tourne vers son avenir, Londres, 2009, disponible sur : <http://www.blaca.org/alai2009.htm>
- GEIGER Ch., « L'avenir du droit d'auteur en Europe : Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information », JCP, 23 novembre 2009, n° 48, pp. 50-57.
- GEIGER Ch., « Intérêt général, droit d'accès à l'information et droit de propriété. La propriété intellectuelle analysée à la lumière des droits fondamentaux », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 178-177.
- GEIGER Ch., « Vers une propriété intellectuelle éternelle ? », D.2008, n° 41, p. 2880 et s.
- GEIGER Ch., « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre », RLDI, avril 2007, n° 26, pp. 58-65.
- GEIGER Ch., « Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information », *e.Bulletin du droit d'auteur*, janvier-mars 2007, disponible sur [http://portal.unesco.org/culture/fr/files/34481/11829579661test\\_trois\\_etapes.pdf/test\\_trois\\_etapes.pdf](http://portal.unesco.org/culture/fr/files/34481/11829579661test_trois_etapes.pdf/test_trois_etapes.pdf)
- GEIGER Ch., « Le test des trois étapes, un danger pour l'équilibre du droit d'auteur ? », RLDI, avril 2006, n° 15, pp. 49-55.
- GEIGER Ch., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », RIDE, 2006/4 t. XX, 4, pp. 389-432.
- GEIGER Ch., « De la nature juridique des limites au droit d'auteur », PI, octobre 2004, pp. 882-891.
- GEIGER Ch., et al., « Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au Livre vert sur ' le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance ' », PI, juillet 2009, pp. 231-244.
- GEIGER Ch., GRIFFITHS J., HILTY R. M., Déclaration en vue d'une interprétation du « test des trois étapes » respectant les équilibres du droit d'auteur – Introduction, PI, octobre 2008, pp. 399-402.
- GEIGER Ch., PASSA J., VIVANT M., « La proposition de directive sur l'extension de la durée de certains droits voisins : une remise en cause injustifiée du domaine public », PI, 2009, n° 31, pp. 146-149.
- GEIGER Ch., VIVANT M., « Vous avez dit propriété ? (ou la « propriété » intellectuelle dans le nouvel ordre juridique de l'Union européenne) », PI, avril 2010, n° 35, pp. 753-756.
- GENDREAU Y., « La civilisation du droit d'auteur au Canada », RIDC, vol. 52, n° 1, janvier-mars 2000, pp. 101-123.
- GERVAIS D., « Originalité(s) », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur André Lucas*, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 389-400.
- GELLER P. E., « Vers une métanorme directrice pour le droit d'auteur : la richesse sémiotique », RIDA, janvier 1994, n° 159, pp. 2-108.
- GELLER P. E., « La dissolution de la propriété intellectuelle », PI, janvier 2006, pp. 4-9.

- GILLIERON P., « Google Book Settlement - Vers un nouveau modèle de gestion des droits d'auteur dans l'environnement numérique ? », RLDI, juin 2009, pp. 6-7.
- GINSBURG J. C., « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », RIDA, janvier 1991, n° 147, pp. 128-289.
- GINSBURG J. C., « Vers un droit d'auteur supranational ? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, n° 187, pp. 2-52.
- GINSBURG J. C., « Peer-to-peer : les conséquences de l'affaire Grokster », PI, octobre 2007, pp. 408-412.
- GINSBURG J. C., « Propriété littéraire et propriété tout court : une relation ambiguë », Conférence organisée par l'IEJUC à Toulouse le 6 décembre 2007, Droit et ville, 2008, n° 65, p. 11-22.
- GINSBURG J. C., « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur », Comm. com. électr., mai 2009, pp. 7-10.
- GINSBURG J. C., SIRINELLI P., « Google book search – Les enjeux internationaux pour le droit d'auteur », JCP éd. G., 2010, n° 17, 486.
- GIRARDET A., « Articuler les droits de propriété intellectuelle sans les confondre ou la difficile recherche de frontières ! », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, actes du colloque du 19 novembre 2010, organisé à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, pp. 115-122.
- GITTON A., « Le droit d'auteur, un contrat social », Légipresse, mars 2006, n° 229, pp. 39-40.
- GLEIZE B., « La culture à l'épreuve de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 (et vice versa) », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 103-128.
- GOLDSMITH F., « L'interopérabilité et la loi du 1er août 2006 », RLDI, janvier 2007, supplément au n° 23, pp. 42-47.
- GOTZEN F., « Une approche synthétique des exceptions au droit d'auteur dans le droit de l'Union européenne », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 43-52.
- GOTZEN Fr., « Le droit d'auteur en Europe : Quo vadis ? Quelques conclusions après la transposition de la directive d'harmonisation dans la société de l'information », RIDA, janvier 2007, n° 211, pp. 3-89.
- GOUTAL J.-L., « Perspective internationale », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 27-35.
- GOUTAL J.-L., « Propriété intellectuelle et développement : la remise en cause de notre modèle », Prop. Ind., novembre 2003, n° 11, chron. 20.
- GOUTAL J.-L., « L'environnement de la directive 'droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information' en droit international et comparé », Comm. com. électr., février 2002, p. 9 et s.
- GOUTAL J.-L., « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », RIDA, janvier 2001, n° 187, pp. 67-109.
- GOUTAL J.-L., « Le rôle normatif de l'Organisation Mondiale du Commerce », 11 janvier 1995, n° 5, p. 24 et s.
- GORDON W. J., « Fair use as market failure : a structural and economic analysis of the betamax case and its predecessors », Columbia Law Review, 1982, vol. 82, pp. 1600-1657.

GORDON W. J., « A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property », *Yale Law Journal*, 1993, vol. 102, pp. 1540-1578.

GOUTTEFARDE F., « Les communautés européennes et les rétorsions croisées à l'OMC : aspects de la politique juridique extérieure de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, 2004, n° 17/2, pp. 34-79.

GUILLEBAUD C. et al., « La musique n'a pas d'auteur, *Ethnographies du copyright* », *Gradhiva*, 2010/2, n° 12, pp. 5-19.

HARGREAVES I., « La réforme en cours au Royaume-Uni », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 49-51.

HASSLER Th., « La sophistication du droit de la propriété intellectuelle », in, *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris : Lexisnexis, 2014, pp. 193-207.

HENRY Cl., « Développement durable et propriété intellectuelle », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2005, pp. 223-238

HENRY Cl., « Propriété intellectuelle et développement ou comment imposer au monde un système perverti », *Revue d'économie du développement*, 2004/3, vol. 18, pp. 121-144.

HERMITTE M.-A., « Les concepts mous de la propriété industrielle : passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché », in, EDELMAN B., HERMITTE M.-A (dir.), *L'Homme, la nature et le droit*, Paris : Christian Bourgois, 1988, pp. 85-98.

HERMITTE M.-A., « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation – L'exemple des droits intellectuels », *Arch. phil. droit*, n° 30, 1986, pp. 331-348.

HESSE C., « The rise of intellectual property, 700 B.C.--A.D. 2000 : an idea in the balance », *Daedalus*, 2002, n° 2, pp. 26-45.

HILTY R., « L'avenir du droit d'auteur dans le « dilemme numérique », *RLDI*, janvier 2005, n° 1, pp. 49-52.

HIRSOUX E., « La défense judiciaire des droits : pénalisation et dépenalisation », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, *RLDI*, 2009, supplément au n° 49, pp. 14-17.

HOEREN Th., « Les limitations au droit d'auteur en droit allemand », in, HILTY R. M., GEIGER Ch. (dir.), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Paris : LexisNexis, 2007, pp. 291-321.

HORN J., « Les évolutions récentes du contentieux civil de la contrefaçon », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, *RLDI*, 2009, supplément au n° 49, pp. 18-20.

HUET J., « Un bien qui répand la terreur : le droit d'auteur –et ses avatars (ou : quand il faut interdire d'interdire) », *RLDI*, juillet 2011, n° 73, pp. 73-76.

HUET J., « Le beurre et l'argent du beurre », *D.* 2009, p. 2939 et s.

HUET J., « Quelle culture dans le 'cyber-espace' et quels droits intellectuels pour cette 'cyber-culture'« ?, *D.* 1998, pp.185-194.

HUET J., « L'Europe des logiciels : les droits des utilisateurs », *D.* 1992 p. 315 et s.

HUGHES J., « The philosophy of intellectual property, Georgetown Law Journal », décembre 1988, vol. 77, pp. 287-366, disponible sur : <http://www.justinhughes.net/docs/a-ip01.pdf>

HUGOT O., « Copyright et innovation technologique : de Sony à Grokster, avancées et faux pas de la Cour suprême », RLDI, octobre 2005, n° 9, pp. 6-11.

JACQUIER S., MAXWELL W., BUFFET DELMAS X., « Industries de contenu : quel avenir pour les licences territoriales ? », RLDI, mars 2009, pp. 63-71.

JAILLARDON E., « Le droit d'auteur et la convention de Marrakech : ouverture », LPA, 11 janvier 1995, n° 5, p. 3 et s.

JALLAMION C., « La fortune de Josserand », Propr. ind, 2010, n° 10, pp. 9-11.

JOSSELIN-GALL M., « Le commerce international du droit de propriété littéraire et artistique : quelques incertitudes », RTD com, juillet-septembre 1996, pp. 427-441.

JURSS E., « Les licences creative commons : un juste équilibre entre la protection du droit d'auteur et la libre diffusion des œuvres ? », RDAI, 2012, n° 1, pp. 129-140.

KAHN A.-E., « Droit positif : de la liberté totale à la liberté encadrée », RLDI, n° 82, dossier spécial Le Plagiat, mai 2012, p. 96 et s.

KAMINA P., « Droit d'auteur et discriminations », in, Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds, Paris : Litec, 2007, pp. 253-269.

KANTOROWICZ E. H., « La souveraineté de l'artiste. Note sur quelques maximes juridiques et les théories de l'art à la Renaissance », trad. MAYALI L., in, Mourir pour la patrie et autres textes, Paris : Fayard, 2004, pp. 45-73.

KARNELL G., « Traitement national, copie privée sonore ou audiovisuelle et interprétation de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques », in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, pp. 267-283.

KAUFMAN G., « Exposing the Suspicious Foundation of Society's Primacy in Copyright Law: Five Accidents », Columbia- V LA Journal of Law & the Arts, 1986, 10, pp. 381-420.

KEREVER A., « La directive européenne d'harmonisation de certains aspects des droits d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », Bull. dr. Auteur, janvier-mars 2001, vol. XXXV, n° 1, pp. 3-19.

KEREVER A., « Un aspect de la loi du 3 juillet 1985 : la modernisation de la loi du 11 mars 1957 », RIDA, janvier 1986, n° 127, pp. 17-69.

KEREVER A., « Les clauses 'à risques' de la nouvelle convention », LPA, 11 janvier 1995 n° 5, p. 41 et s.

KEREVER A., « Le GATT et le droit d'auteur international », RTD com., 1994, p. 629 et s.

KEREVER A., « Droit d'auteur et mondialisation », Cahier de la propriété intellectuelle, vol. 10, n° 1, octobre 1997, pp. 19-41.

KHAN B., « Le piratage du copyright par les Américains au XIXe siècle », L'Économie Politique, 2004/2, n° 22, pp. 53-75.

LABORIER P., « Conservation ou rénovation ? Transitions de la politique culturelle », Politix, 1996, vol. 9, n° 33, pp. 111-132.

LAHARY D., « Clones, avatars, lobbies et incompréhensions autour de la loi Dadvisi », Bulletin des bibliothèques de France, n° 3, 2011, disponible sur <http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2011-03-0046-009>

LAHARY D., « Les bibliothèques et la loi DADVSI : survivre dans un débat fracassant », in, *Droits d'auteur*, loi DADVSI : les conséquences pour les bibliothèques, actes de la journée d'étude du 20 juin 2006 organisée par l'enssib, pp. 17-30, disponible sur : <<http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notice-1150>>

LALIGANT O., « La Révolution française et le droit d'auteur ou pérennité de l'objet de la protection », RIDA, janvier 1991, n° 147, pp. 3-123.

LANDES W. M., POSNER R. A., « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, 1989, n° 18, p. 326 et s.

LAPORTE-LEGEAIS M.-E., « Le droit de divulgation de l'auteur s'épuise par la première communication au public », JCP éd. E., 2002, n° 50, 1806.

LARERE Br., « Les limites controversées au monopole », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, pp. 34-37.

LARRERE C., « Droit naturel et physiocratie », *Arch. phil. droit*, 1992, n° 37, pp. 69-88.

LARRIERE J., « Les frontières de la propriété : les idées », in, *Qu'en est-il de la propriété ? : L'appropriation en débat*, actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005 organisé par l'IFR Mutation des normes juridiques, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2007, pp. 129-145.

LASCOUMES P., « intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie », in, Gerard Ph., Ost Fr., Van De Kerchove M. (dir), *Droit et intérêt*, vol. 1, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 103-118.

LASSALLE B., « L'abus de droit moral de l'auteur défunt », in, *Mélanges en l'honneur du Professeur Savelli*, Aix-en-Provence : PUAM, 1998, pp. 207-214.

LATOURNERIE A., « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie Politique*, 2004/2, n° 22, pp. 21-33.

LATOURNERIE A., « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », *Multitudes*, 2001/2 n° 5, pp. 37-62.

LATREILLE A., « Conditions de régulation et périmètre des exceptions », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 6-12.

LATREILLE A., « L'histoire de la photographie, reconnaissance et protection », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, pp. 109-112.

LATREILLE A., « Variations autour de la définition de l'acte de copie privée », *Comm. com. électr.*, novembre 2010, n° 11, étude 21, p. 7 et s.

LATREILLE A., « Logiciel, objets de propriété », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, pp. 38-41.

LATREILLE A., *L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur*, *Droit et Patrimoine*, *Droit & Patrimoine*, septembre 2007, n° 162, p. 28 et s.

LATREILLE A., « Le cadre légal des mesures techniques de protection et d'information », *D.* 2006, p. 2171 et s.

LATREILLE A., « La protection des dispositifs techniques, entre suspicion et sacralisation », in, *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives*, colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, *PI*, janvier 2002, p. 51 et s.

- LATRIVE Fl., « Le débat autour de l'appropriation de la pensée », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 69-78.
- LATRIVE Fl., « La propriété intellectuelle : l'irruption du public », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 15-21.
- LAYDU J.-B., « Droit moral et copyright : les nouveaux frères ennemis ? », LPA, 22 juillet 1994, n° 87, pp.13-19.
- LEAFFER M., « Internet 2.0 : une perspective américaine », in, *Contrefaçon et Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.*, colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, pp. 123-131.
- LEBOIS A., « Le droit de location et la structure des droits patrimoniaux : la théorie du droit de destination bousculée », D. 2002, p. 2322 et s.
- LE CROSNIER H., « Le libre accès à la connaissance, à la culture, aux émotions et à l'élaboration collective », in, *Pouvoir Savoir*, Caen : C & F éditions, 2005, pp. 219-223.
- LECUYER H., « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », in, Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 31 et s.
- LEFRANC D., « La contrefaçon en droit d'auteur. Naissance – extension – scission », PI, janvier 2009, pp. 19-30.
- LEFRANC D., « L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité) », D 2002, p. 1926 et s.
- LE GAC-PECH S., « Retour sur la proportionnalité », in, *Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris : Montchrestien-Lextenso, 2012, pp. 473-500.
- LEGEAIS R., « Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies », in, *À la recherche d'un nouveau droit fondamental à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé*, Mélanges Raymond Legeais, Paris : Cujas, 2003, pp. 263-279.
- LEGEAIS R., « Le droit d'auteur face aux nouvelles technologies », RIDC, 1990, n° 2, pp. 677-692.
- LE GOFFIC C., « Le développement des pratiques – la pratique contractuelle des licences libres », RLDI, 2011, supplément au n° 77, pp. 8-10.
- LEMARCHAND S., FREGET O., SARDAIN Fr., « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », PI, janvier 2003, pp. 11-23.
- LEMASURIER J., « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe 'bilan-coût avantages' », in, *Mélanges Waline*, LGDJ, 1974, T. II, pp. 551-562.
- LEPAGE A., « Vue générale sur les exceptions et les limitations au droit d'auteur dans l'environnement numérique », *e.Bulletin du droit d'auteur*, janvier - mars 2003, 18 p., disponible sur : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139696F.pdf>
- LEPAGE H., « L'analyse économique et la théorie du droit de propriété », *Droits*, 1985, n° 1, pp. 91-105.
- LESUEUR J., « Les droits opposés dans les champs des propriétés incorporelles », *Comm. com. électr.*, juillet-août 2008, pp. 5-10.
- LESUEUR J., « Les conflits d'intérêts dans les lois Hadopi I et II », *Comm. com. électr.*, décembre 2009, pp. 8-12.

- LEWINSKI S. V., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international aujourd'hui », RIDA, juillet 1994, n° 161, pp. 4-96.
- LEWINSKI S. V., « Américanisation », in, Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 13-30.
- LEWINSKI S. V., « Américanisation de la propriété intellectuelle », PI, janvier 2004, pp. 482-491.
- LEWINSKI S. V., « Réflexions sur le rôle et le fonctionnement des sociétés d'auteurs », PI, janvier 2006, pp. 22-30.
- LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », in, Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire, Paris : Dalloz, Litec, 2004, pp. 297-372.
- LIMPERG Th., « Duration of copyright protection », RIDA, janvier 1980, n° 103, pp.53-91.
- LITMAN J., « Revising Copyright Law for the Information Age », Oregon Law Review, 1996, n° 75, p. 19 et s.
- LÖHR I., « Le droit d'auteur et la Première Guerre mondiale : un exemple de coopération transnationale européenne », Le Mouvement Social, 2013/3 n° 244, pp. 67-80.
- LOISEAU G., « Pour un droit des choses », D. 2006, p. 3015 et s.
- LOUREAU R., « Chercheur surimpliqué », L Homme et la société, 1995, n° 115, pp. 39-46.
- LUBY M., « Directive CE n° 2001-29 du 22 mai 2001, 'sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information' », RTD com., 2001, p. 1044 et s.
- LUCAS A., « De la protection à la 'surprotection' des droits de propriété intellectuelle », in, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 17-27.
- LUCAS A., « Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle », in, Les modèles propriétaires au XXIe siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 9-24.
- LUCAS A., « Rapport de synthèse », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), Les exceptions au droit d'auteur, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 159-166.
- LUCAS A., « Les dits et les non-dits de la copie privée », PI, avril 2012, n° 43, p. 232 et s.
- LUCAS A., « L'harmonisation du droit d'auteur », in, Harmonisation of European IP law, contributions in honour of Frank Gotzen, Bruxelles : Bruylant, Larcier, 2012, pp. 19-28.
- LUCAS A., « Droit d'auteur et liberté d'expression au sens strict », disponible sur : [www.ifj.org/docs/Athènes1-%20A%20Lucas.doc](http://www.ifj.org/docs/Athènes1-%20A%20Lucas.doc)
- LUCAS A., « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in, Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet, Paris : Litec, 2010, pp. 341-359.
- LUCAS A., « Rapport de synthèse », in, « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 461-465.

- LUCAS A., « L'intérêt général dans l'évolution du droit d'auteur », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 79-91.
- LUCAS A., « Droit d'auteur, liberté d'expression et 'droit du public à l'information' », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 125-141.
- LUCAS A., « Présentation », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 1-3.
- LUCAS A., « Droit d'auteur et multimédia », in, *Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon*, Paris : Dalloz, 1995, pp. 325-335.
- LUCAS A., SIRINELLI P., « L'originalité en droit d'auteur », JCP éd. G, 1993, I, 3681, pp. 253-260.
- LUCAS-SCHLOETTER A., « Le droit moral en Allemagne », *Cahier de la propriété intellectuelle*, vol. 25, janvier 2013, n° 1, pp. 35-59.
- LUCAS-SCHLOETTER A., « La contrefaçon artistique : état des lieux », *Comm. com. électr.*, février 2011, pp. 7-13.
- LUCAS-SCHLOETTER A., SCHULZE G., « Questionnaire Allemagne », in, « Le droit moral au 21ème siècle Le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante », *Congres de l'ALAI*, Bruxelles, 2014, 20 p., disponible sur [http://alai2014.org/IMG/pdf/alai\\_2014\\_-\\_questionnaire\\_-\\_germany.pdf](http://alai2014.org/IMG/pdf/alai_2014_-_questionnaire_-_germany.pdf)
- LUNNEY G. S. Jr, « Fair Use and Market Failure: Sony Revisited », *Boston University Law Review*, 2002, vol. 82, p. 975 et s.
- MADERO M., « Tabula picta. L'écriture, la peinture et leur support dans le droit médiéval », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2001, n° 4-5, 2001, pp. 831-847.
- MACHLUP Fr., PENROSE E., « The Patent Controversy in Nineteenth Century », *The Journal of Economic History*, mai 1950, vol. X, n° 1, pp. 1-29.
- MACKAAY E., « La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique du droit », *Droit et Patrimoine*, 2003, n° 119, pp. 61-67.
- MACKAAY E., « Les biens informationnels - le droit de suite dans les idées ? », in, *L'appropriation de l'information*, séminaire organisé par l'Association Droit et informatique du 12 au 14 novembre 1984 à Paris, Paris : Librairies techniques, 1986, pp. 26-46.
- MACKAAY E., « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », in, *Nouvelles technologies et propriété*, actes du colloque tenu à Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Montréal : Thémis, 1991, pp. 217-247.
- MACKAAY E., « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Droit de l'informatique*, 1986/2, pp. 75-79.
- MALLET-POUJOL N., « Rapport de synthèse », *RLDI*, 2012, n° 82, dossier spécial Le Plagiat, pp.103-105.
- MALLET-POUJOL N., « Droit d'auteur et droit de la concurrence : à propos de l'abus de position dominante en droit d'auteur », in, BRUGUIERE J.-M., MALLET-POUJOL N., ROBIN A. (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, séminaire organisé à Montpellier par l'ERCIM, Aix-en-Provence : PUAM, 2007, p. 211 et s.
- MALLET-POUJOL N., « Exception culturelle et audiovisuel : le regard d'un juriste », in, CORNU M., MEZGHANI N. (dir.), *Intérêt culturel et mondialisation, t.2 : Les aspects internationaux*, Paris : l'Harmattan, 2004, pp. 245-270.

- MALLET-POUJOL N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », D. 1997, p. 330 et s.
- MALLET-POUJOL N., « Marché de l'information – Le droit d'auteur injustement 'tourmenté'... », RIDA, avril 1996, n° 168, pp. 93-203.
- MANGOLTE P.-A., « Copyright et propriété intellectuelle », *Gradhiva*, 12/2010, p. 21 et s.
- MARINO L., « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », JCP, n° 30, p. 829 et s.
- MARTIN A., « Les biens publics mondiaux », in, LOQUIN E., MARTIN A. (dir.), *Droit et marchandisation, actes du colloque des 18 et 19 mai 2009 organisé à Dijon par l'Université de Bourgogne et le CREDIMI-CNRS*, Paris : Litec, 2010, pp. 407-438.
- MARTIN R., « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD civ.*, 1975, pp. 52-65.
- MASSA Ch-H., STROWEL A., « La proposition de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle : déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie », *Comm. com. électr.*, février 2004, p. 9 et s.
- MASSON Ch., « Le projet Jean Zay : le droit d'auteur fondé sur un contrat social », *Comm. com. électr.*, avril 2010, n° 4, alerte 36.
- MATHYSSENS J., « Les projets de loi sur le droit d'auteur en France au cours du siècle dernier », *RIDA*, 1954, IV, p. 3 et s.
- MAXWELL W., « Deux modèles outre-Atlantique », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, *RLDI*, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 51-54.
- MAXWELL W., BOLGER K., ZEGGANE T., « Un regard transatlantique sur les 'scènes à faire' et autres banalités en droit d'auteur », *PI*, janvier 2009, pp. 31-38.
- MENIERE Y., « Les fonctions de la propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Propr. ind.*, 2010, n° 10, pp. 12-16.
- MEURIS Fl., « Les œuvres transformatives : métamorphose du droit d'auteur ? », *Comm. com. électr.*, n° 11, novembre 2014, alerte 74.
- MEZGHANI N., « aux origines de la modernité », *RIDE*, 1993/2, p. 127 et s.
- MIRAT E., « La loi HADOPI : beaucoup de bruit pour rien ? », *RLDI*, juillet 2009, pp. 117-120.
- MOLLER M., « A propos du Livre Vert », *RIDA*, n° 141, 1989, pp. 23-55.
- MORILLOT A., « De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1872, p. 29 et s.
- MORILLOT A., « De la nature du droit d'auteur considéré à un point de vue général », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1878, p. 111 et s.
- MORIN J.-Fr., « L'adhésion des pays en développement au droit de la propriété intellectuelle », in, VIVANT M. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, pp. 3-22.
- MÖRNER A., « L'Uruguay Round du GATT et le Droit d'auteur », *Bull. dr. Auteur*, 1991, vol. XXV, n° 2, p. 7 et s.

- MOSCATI L., « Le Code civil et le destin de la propriété intellectuelle en Europe », *Droits*, 2008, n° 47, pp. 149-171.
- MOSSE M., « Relégitimer la propriété intellectuelle », in, *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*, Paris : LexisNexis, 2014, pp.123-129.
- MOSSE M., « Logiciels et propriété intellectuelle : des relations originales et enrichies de dynamiques croisées », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, RLDI, 2009, supplément au n° 49, pp. 42-44.
- MOULIER-BOUTANG Y., « Droits de propriété intellectuelle, terra nullius et capitalisme cognitif », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 66-72.
- MOURLON F., « Fragments législatifs – examen du projet de loi sur la propriété littéraire et artistique », *Revue pratique de droit français*, 1864, vol. 17, p. 192 et s.
- MOUSSERON J.-M., « Valeurs, biens, droits », in, *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris : Dalloz, 1991, pp. 277-283.
- MOUSSERON J.-M., RAYNARD J., REVET T., « De la propriété comme modèle », in, *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris : Litec, 1993, pp. 281-305.
- MOYSE P.-E., « Abus et Propriété Intellectuelle ou du Bon Usage des Droits », in, *Intellectual Property for the 21st Century*, Montréal : Irwin Law, 2014, pp. 114-136.
- MOYSE P.-E., « La nature du droit d’auteur : droit de propriété ou monopole ? », *R.D. McGill*, 1998, n° 43, pp. 507-563.
- NABHAN V., « Canada : prise en compte par la loi des nouveaux usages et consécration par la jurisprudence d’un droit à l’exception en faveur de l’usager », in, « L’effectivité des exceptions au droit d’auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 35-40.
- NGOMBE L. Y., « Droit naturel, droit d’auteur français et copyright américain – rétrospective et prospective », *RIDA*, octobre 2002, n° 194, pp. 3-123.
- NGOMBE L. Y., « Le droit d’auteur hors de France », *Comm. com. électr.*, avril 2009, pp. 14-16.
- ORMESSON-ERSAINT B., « La protection des œuvres du domaine public », *RIDA*, avril 1983, n° 116, pp. 73-151.
- PASSA J., « Caractère impératif ou supplétif des exceptions au droit d’auteur ? », in, *L’effectivité des exceptions au droit d’auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation*, colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 13-18.
- PASSA J., « Droit de destination et droit de distribution », *LPA*, 2007, n° 244, p. 32 et s.
- PASSA J., « La propriété de l’information : un malentendu ? », *Droit & Patrimoine*, mars 2001, p. 64 et s.
- PASSA J., « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information », *JCP éd. G.*, 2001, I, 331.
- PARCHOMOVSKY G., WEISER Ph. J., « Beyond fair use », *Cornell law Review*, 2010, p. 91 et s.
- PATTERSON L. R., « Understanding Fair Use », *Law and Contemporary problems*, 1992, vol. 55, n° 2, p. 249 et s.

PEREAU J.-L., « Les relations de l'OMC avec l'Union Européenne et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle après l'entrée en vigueur de la convention de Marrakech », LPA, 11 janvier 1995, n° 5, p. 47 et s.

PEREIRA K. C., « L'application des théories philosophiques justifiant la propriété intellectuelle dans les situations d'urgence », Les cahiers de propriété intellectuelle, octobre 2006, vol. 18, n° 3, pp. 455-481.

PERIMET-MARQUET H., « Regard sur les nouveaux biens », JCP éd. G., 2010, n° 44, 1100.

PETITI L.-E., « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in, PETITI L.-E., DECAUX E. et IMBERT P.-H. (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme. *Commentaire article par article* sous la direction de, Paris, Economica, 1995, p. 31 et s.

PFISTER L., « Les modèles propriétaires. Quelques réflexions en guise de synthèse et de conclusions provisoires », in, Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 239-254.

PFISTER L., « La 'révolution' de la communication radiophonique, une onde de choc sur le droit d'auteur », in, TEYSSIE B. (dir.), La communication numérique, un droit, des droits, Paris : Panthéon-Assas, 2012, pp. 183-222.

PFISTER L., « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX<sup>e</sup> siècle », RIDA, juillet 2005, n° 205, pp. 117-209.

PFISTER L., « Mort et transfiguration du droit d'auteur », Bulletin des bibliothèques de France, 2006, t. 51, n° 5, pp. 5-13.

PIATTI M.-Ch., « Commerce électronique et propriétés intellectuelles », RTD com., janvier/mars 2006, pp. 1-23.

PIATTI M.-Ch., « L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques », RTD com., 2006, p. 1 et s.

PIATTI M.-Ch., « Le droit d'auteur et la convention de Marrakech », LPA, 11 janvier 1995, n° 5, p. 5 et s.

PIEDELIEVRE A., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », in, Aspects du droit privé en fin du 20<sup>e</sup> siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart, Paris : LGDJ, 1986, pp. 55-62.

PIERRAT E., « ' L'exception bibliothèque ' ou l'histoire d'un imprévu dans la loi Dadvsi », Légipresse, avril 2006, n° 230, pp. 57-58.

PIERRAT E., « Une utopie en forme de négation du droit d'auteur », Le Débat, 2001/5, n° 117, pp. 49-52.

PIERRAT E., « Les enjeux économiques et politiques de la propriété intellectuelle dans l'univers numérique », in, « Droits d'auteur, loi DADVSI : les conséquences pour les bibliothèques », actes de la journée d'étude du 20 juin 2006 organisée par l'enssib, pp. 4-15, disponible sur : <http://www.enssib.fr/bibliotheque-numerique/notice-1150>

PIRIOU F.-M., « Légitimité de l'auteur à la propriété intellectuelle », Diogène, 2001/4, n° 196, pp. 119-143.

PLAISANT R., « La durée du droit pécuniaire de l'auteur et son évolution », in, Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur de André Françon, Paris : Dalloz, 1995, pp. 351-363.

PLANIOL M., « Etudes sur la responsabilité civile », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905, p. 273 et s.

PLANIOL M., « Etudes sur la responsabilité civile », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1906, pp. 80-99.

POLLAUD-DULIAN F., « L'exception de copie privée en France », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 79-93.

POLLAUD-DULIAN F., « Une apologie du droit d'auteur 'à la française' », in, *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2012, pp. 1133-1159.

POLLAUD-DULIAN F., « Le langage du droit d'auteur français », in, *Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris : Litec, 2007, pp. 413-426.

POLLAUD-DULIAN Fr., « La loi du 11 mars 1957 a cinquante ans – Bilan et perspectives », *RIDA*, 2007, n° 213 p. 3 et s.

POLLAUD-DULIAN Fr., « Mesures techniques de protection : en attendant la loi », *RTD com.*, 2006, p. 98 et s.

POLLAUD-DULIAN Fr., « Balzac et la propriété littéraire », in, *L'année balzacienne*, 2003, p. 197 et s

POLLAUD-DULIAN Fr., « Les droits exclusifs consacrés par la directive », in, « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives », colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, *PI*, Janvier 2002, pp. 7-16.

POLLAUD-DULIAN Fr., « De la prescription en droit d'auteur », *RTD civ.*, 1999, p. 585 et s.

POLLAUD-DULIAN Fr., « La durée du droit d'auteur », *RIDA*, 1998, n° 176, pp. 83-165.

POLLAUD-DULIAN Fr., « Droit moral et droits de la personnalité », *JCP éd. G.*, 1994, n° 29, I 3780.

POLLAUD-DULIAN Fr., « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993, p. 97 et s.

POLLAUD-DULIAN Fr., « Architecture et droit d'auteur », *Revue de droit immobilier*, 1990, p. 431 et s.

POULLET Y., « Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 53-68.

POULLET Y., LEONARD Th., « Les libertés comme fondement de la protection des données normatives », in, RIGAUX Fr., *La vie privée - une liberté parmi d'autre ?*, Bruxelles : Larcier, 1992, pp. 231-277.

PRASSOLOFF A., « Le droit de graver et les progrès du droit d'auteur », *Romantisme*, 1996, n° 93, pp. 21-26.

PROULX S., GOLDENBERG A., « Internet et la culture de la gratuité », *Revue du MAUSS*, 2010/1, n° 35, pp. 503-517.

QUAEDVLIEG A., « Droit d'auteur et parfums : le nez, l'esprit et l'industrie », *RIDA*, octobre 2011, n° 230, pp. 7-77.

RAYNARD J., « Entre brevet et droit d'auteur », *JCP éd. G.*, 2013, pp. 678-683.

REMICHE B., « L'ordre concurrentiel et l'accord APDIC », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, pp. 311-321.

REMICHE B., « Propriété intellectuelle : intérêts d'entreprise et intérêt général », in, *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Paris : Dalloz, 1998, pp. 525-538.

REMICHE B., CASSIERS V., « Lutte anti-contrefaçon et transferts de technologies nord-sud : un véritable enjeu », *RIDE*, 3/ 2009, t. XXIII, pp. 277-324.

RENEAUD F., « Droit d'accès du public à la culture et droit d'accès à l'œuvre pour les auteurs et ceux qui les produisent (l'ambivalence de la loi DADVSI) », in, Etudes en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères, Paris : Litec, 2009, pp. 715-729.

RENEAUD F., « La loi du 18 juin 2003 : une nouvelle réglementation du prêt public des livres dans les bibliothèques », RIDA, janvier 2004, n° 199, pp. 65-109.

RENEAUD F., « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique », RLDI, octobre 2008, n° 42, pp. 63-70.

RENOUARD A.-Ch., «Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence», Revue de Législation et Jurisprudence, 1836-1837, t. V, pp. 81-92.

RENET Th., « L'incorporel en droit des biens », RLDC, novembre 2009, suppl. n° 65, p. 34 et s.

RENET Th., « Rapport français – Les nouveaux biens », in, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIII, Paris : Dalloz, 2006, pp. 271-290.

RICKETSON S., « La durée de la protection dans le cadre de la Convention de Berne » *Le droit d'auteur*, 1991, pp. 91-102.

RIOU A., « Histoire et actualité du droit de la culture », LPA, 1994, n° 144, pp.8-12.

ROCHELANDET F., « Propriété intellectuelle », Communications, 2011/11, n° 88, pp. 121-130.

ROCHFELD J., « Entre propriété et accès », in, BELLIVIER Fl., NOUVILLE Chr. (dir.), La bioéquité, Paris : Autrement, 2009, pp. 69-87.

ROGARD P., « Après Hadopi : les dix propositions de la SACD pour construire la nouvelle économie de la création à l'ère numériques », Légipresse, n° 266, sept. 2009, pp. 153-154.

ROJINSKY C., « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », PI, avril 2008, n° 26, pp. 160-163.

ROJINSKY C., « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur », Expertises, 2005, n° 294, po. 255 et s.

ROUSSEAU D., « Après Hadopi 1 et Hadopi 2, Hadopi 3 ? », Légipresse, déc. 2009, n° 267, pp. 173-174.

ROUSSEAU D., « Hado-pirate la Constitution : le Conseil sanctionne ! », RLDI, juillet 2009, pp. 103-105.

SAGOT-DAVAUROUX D., « La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat sur le droit d'auteur au milieu du XIXe siècle », *L'économie politique*, février 2004, n° 22, pp. 34-52.

SAPIRO G., GOBILLE B., « Propriétaires ou travailleurs intellectuels ? », Le Mouvement Social, 1/2006, n° 214, pp. 113-139.

SARDAIN F., « La place du public dans la structure propriétaire du droit d'auteur », in, Les modèles propriétaires au XXIe siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 39-74.

SARDAIN Fr., « Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres », Comm. com. électr., mai 2004, pp. 15-18.

SCHLEIHAGEN B., « Les directives de l'Union européenne en matière de copyright et les actions de lobbying d'EBLIDA », *Bulletin d'informations de l'Association des Bibliothécaires Français*, n° 182, pp. 79-85.

SCHMIDT-SZALZWSKI J., « Exercice des droits de propriété intellectuelle en tant qu'abus de position dominante », in, Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet, Paris : Litec, 2010, pp. 501-511.

SCHMIDT-SZALEWSKI, RODA C., « L'évolution de la jurisprudence communautaire en matière d'abus de position dominante dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle », in, La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe, Paris : LexisNexis, 2013, pp. 181-193.

SENFLEBEN M., « Ni flexibilité ni sécurité juridique », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 63-72.

SENFLEBEN M., « L'application du triple test : vers un système de fair use européen ? », in, « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 453-460.

SERIAUX A., « Appréhender le phénomène juridique à l'aune de la justice : l'autre versant du dialogue philosophique », *Jurisprudence : revue critique*, 2012, vol. 3, pp. 41-46.

SERIAUX A., « Qualifier ou l'entre-deux du droit », in, *La diversité du droit : mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles : Bruylant, 2012, pp. 1267-1285.

SERIAUX A., « L'espace public », in, *Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Paris : Litec, 2007, pp. 433-442.

SERIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », in, *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, pp. 777-788.

SIIRIAINEN F., « Des « démembrements » du droit d'auteur : de la théorie à la théorie, par le détour de la pratique », *RIDE*, 2014/3, t. XXVIII, pp. 387-399.

SIIRIAINEN F., « La propriété intellectuelle au coeur de l'économie de l'immatériel : le point de vue d'un juriste », in, VIVANT M. (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris : LGDJ, 2014, pp. 37-64.

SIIRIAINEN F., « L'appropriation », in, LOQUIN E., MARTIN A. (dir.), *Droit et marchandisation*, actes du colloque des 18 et 19 mai 2009 organisé à Dijon par l'Université de Bourgogne et le CREDIMI-CNRS, Paris : Litec, 2010, pp. 137-161.

SIIRIAINEN F., « Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction... », *Propr. ind.*, octobre 2010, n° 10, pp. 38-42.

SIIRIAINEN F., « Le droit à la culture et l'accès aux œuvres de l'esprit », in, *Droit économique et droits de l'homme*, actes du colloque organisé par le Centre de recherche en droit économique les 22 et 23 janvier 2009 à Nice, Bruxelles : Larcier, 2009, pp. 439-461.

SIIRIAINEN F., « Propriété intellectuelle et concurrence. Problématique de la convergence », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, pp. 31-51.

SIIRIAINEN F., « Une autre image de ' l'image des biens '...et de la propriété », *Comm. com. électr.*, octobre 2004, pp. 22-26.

SIIRIAINEN F., « L'ordre concurrentiel et le droit d'auteur », in, *L'ordre concurrentiel : mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris : Frison-Roche, 2003, pp. 483-499.

- SIIRIAINEN F., « Les ‘réalités immatérielles’ et le droit », in, DE BRANDT J. et GOURDET G. (dir.), *Immatériel : nouveaux concepts*, Paris : Economica, 2001, pp. 33-41.
- SIIRIAINEN F., « ‘Droit d’auteur’ contra ‘droit de la concurrence’ versus ‘droit de la régulation’ », *RIDE*, 2001/4, t. 15, pp. 413-446.
- SIIRIAINEN F., « L’appropriation de l’information : grandeur ou décadence de la propriété ? », in, DE BRANDT J. et GOURDET G. (dir.), *Immatériel : nouveaux concepts*, Paris : Economica, 2001, pp. 127-165.
- SIMLER P., « Qu’est-ce que la propriété ? », in, *Qu’en est-il de la propriété ? : L’appropriation en débat*, actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005 organisé par l’IFR Mutation des normes juridiques, Toulouse, Presses de l’Université des sciences sociales, 2007, pp. 251-257.
- SINGH A., « Le streaming et la loi ‘Création et Internet’ », *RLDI*, juin 2009, pp. 92-93.
- SINODINOUT T., « Voyage des sources du test des trois étapes aux sources du droit d’auteur », *RLDI*, août 2007, n° 30, pp. 67-76.
- SIRINELLI P., « Propos introductifs », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d’auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l’Afpida, l’ALAI et l’IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 9-16.
- SIRINELLI P., « La réponse graduée et le rôle des intermédiaires : éviter l’apocalypse ou un retour aux sources ? », in, *De 1710 au Cyberespace : une célébration de 300 ans de droit d’auteur qui se tourne vers son avenir*, Londres, 2009, disponible sur <http://www.blaca.org/alai2009.htm>
- SIRINELLI P., « Propos introductifs », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, *RLDI*, 2009, supplément au n° 49, pp. 4-5.
- SIRINELLI P., « La responsabilité des prestataires de l’internet : l’exemple des sites contributifs », in, « Quel avenir pour la propriété littéraire et artistique ? », colloque organisé par le CERDI le 26 mars 2009, *RLDI*, 2009, supplément au n° 49, pp. 78-83.
- SIRINELLI P., « La transposition de la directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information - La situation en France », *PI*, avril 2005, pp. 129-135.
- SIRINELLI P., « Le contexte du peer-to-peer », in, *La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, colloque organisé par l’IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 97-104.
- SIRINELLI P., « La reconnaissance d’une garantie d’exception de copie privée », *RLDI*, octobre 2006, supplément au n° 20, pp. 21-28.
- SIRINELLI P., « De nouveaux modèles pour le droit d’auteur – Le point de vue du juriste », in, « Droit d’auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l’IRPI et l’AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, *PI*, octobre 2007, pp. 397-403.
- SIRINELLI P., « L’évolution juridique du droit d’auteur », *Réseaux*, 2001/6, n° 110, pp. 42-59.
- SIRINELLI P., « La directive « société de l’information » : apport réel ou fictif du droit d’auteur ? », in, *Commerce électronique et propriétés intellectuelles*, actes du colloque organisé à Paris le 7 novembre 2000 par l’IRPI, Paris : Litec, pp. 79-96.
- SIRINELLI P., « Le droit d’auteur à l’aube du 3<sup>e</sup> millénaire », *JCP éd.G.*, 2000, n° 1, I 194.
- SIRINELLI P., « Brèves observations sur le ‘raisonnable’ en droit d’auteur », in, *Propriétés intellectuelles : mélanges en l’honneur de André Françon*, Paris : Dalloz, 1995, 436 pp. 397-413.

- SPADA P. M., « La légitimité de la propriété intellectuelle en 2005 », in, La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 5-7.
- SPITZ B., « Le droit d'auteur en France : un monopole menacé ? », in, Colloque : « Le droit de la concurrence et l'analyse économique », Le concurrentialiste, mai 2013, pp. 9-14.
- SPITZ B., « Droit d'auteur, copyright et parodie, ou le mythe de l'usage loyal », RIDA, avril 2005, n° 204, pp. 55-153.
- STOJANOVIC M., « Durée de la protection du droit d'auteur », RIDA, octobre 1984, n° 122, pp. 3-21.
- STROWEL A., « De ' l'abus de droit ' au principe de ' proportionnalité ' : un changement de style ? », in, Liber amicorum Michel Mahieu, Bruxelles : Larcier, 2008, pp. 293-303.
- STROWEL A., TULKENS F., « Équilibrer la liberté d'expression et le droit d'auteur », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression* : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 9-38.
- STROWEL A., « L'œuvre selon le droit d'auteur », Droits, 1993, n° 18, pp. 79-88.
- STROWEL A., « Le P2P : un problème pressant en attente d'une réponse législative ? », in, La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 111-118.
- STROWEL A., « La loi Création et Internet : de la confirmation d'un ' droit d'accès ' en droit d'auteur à l'analyse de la proportionnalité de la réponse graduée », in, Contrefaçon et Internet : les enjeux *du droit d'auteur sur le WEB 2.*, colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, pp. 99- 121.
- STROWEL A., « Droit d'auteur et accès à l'information - De quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », Cahier de la propriété intellectuelle, octobre 1999, vol. 12 , n° 1, pp. 185-208, disponible sur : <http://cpi.robic.ca/>
- STROWEL A., « Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), Images et usages de la nature en droit, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 289-339.
- STROWEL A., « Considérations sur le droit d'auteur à la lumière des intérêts sous-jacents », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), Droit et intérêt, vol. 3 : Droit positif, droit comparé et histoire du droit, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 233-288.
- STRUBEL X., « Société de l'information et droit d'auteur », in, BLANDIN-OBERNESSER A. (dir.), *L'Union Européenne et internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes : travaux de la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE)*, Rennes : Apogée, 2001, pp. 135-148.
- SZUSKIN L., FOURQUES DE RUYTER S., « ' Sans contrefaçon ' ? Une étude comparée de la lutte contre le piratage en ligne des droits d'auteurs et voisins », RLDI, juin 2009, pp. 70-91.
- TAILLEUR A., « Du droit des auteurs - la propriété littéraire, est-ce la propriété ? », Revue pratique de droit français, 1863, t. 16, pp. 145-168.
- THIOLLIERE M., « Pourquoi Hadopi ? », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, actes du colloque du 19 novembre 2010, organisé à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, pp. 95-101.

TILLIET H., « Pour l'application du droit exclusif des auteurs », in, La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens, colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, pp. 119-124.

TILLIET H., « Les dispositions relatives à l'encouragement de l'offre légale et à la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux de communication au public en ligne dans les lois des 12 juin et 28 octobre 2009 », RIDA, janvier 2010, n° 233, pp. 77-243.

TIROLE J., « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », LPA, 19 mai 2005, n° 99, p. 67.

TORREMANNS P. L. C., « Le droit d'auteur en tant que droit de l'Homme », PI, avril 2007, pp. 173-183.

TOUBON A., « Allocation d'ouverture », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 3-5.

TOURNIER A., « Le bilan de la loi », RIDA, janvier 1958, n° 19, p. 73 et s.

TRAN WASESCHA Th.-L., « L'accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », in, FRISON-ROCHE M.-A., ABELLO A. (dir.), Droit et économie de la propriété intellectuelle, Paris : LGDJ, 2005, pp. 135-173.

TREFIGNY P., « La propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, le droit de la consommation, et autres droits... », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), La propriété intellectuelle entre autres droits, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, pp. 51-66.

TREPPOZ E., « Faut-il repenser l'objet du droit d'auteur ? Faut-il repenser le contenu du droit d'auteur ? », RLDI, mai 2012, n°82, dossier spécial « Le plagiat », p. 82 et s.

TREPPOZ E., « Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires », D. 2011, p. 2487 et s.

TREPPOZ E., « L'adaptation des exception du droit d'auteur au numérique : vers une recherche d'alignement », Comm. com. électr., juillet-août 2010, pp. 6-9.

TREPPOZ E., « La collectivisation du droit d'auteur : le coût des exceptions en droit d'auteur », Journée lyonnaise du droit du e-learning, juin 2007, disponible sur : [http://www.droit-elearning.com/IMG/pdf/collectiv\\_DA.pdf](http://www.droit-elearning.com/IMG/pdf/collectiv_DA.pdf)

TREZEGUET M., « Présentation de la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet », RLDI, juillet 2009, pp. 90-95.

TREZEGUET M., « Présentation de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (loi ' hadopi ' 2) », RLDI, décembre 2009, pp. 77-79.

TRICOIRE A., « Définir l'œuvre, le défi du droit d'auteur », D. 2014, p. 2007 et s.

TRICOIRE A., « Hadopi : et l'œuvre ? », Légipresse, n° 264, sept. 2009, pp. 117-118.

ULLRICH H., « Droit de la concurrence, propriété intellectuelle, et accès à l'information technologique », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 249-276.

VARET V., « Droit d'auteur : la nouvelle exception à fin d'information », Légipresse, n° 237, déc. 2006, pp. 145-151.

VARNEROT V., « La propriété littéraire artistique en réseau », Comm. com. électr., mars 2013, n° 3, étude 4.

- VERCKEN G., « Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ? », RLDI, octobre 2006, supplément au n° 20, pp. 15-20.
- VERCKEN G., « La consécration des mesures techniques de protection, un combat d'arrière-garde ? », in, « Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ? », colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIDA à Paris le 9 mars 2007, PI, octobre 2007, pp. 413-418.
- VIGNY A. DE., « De Mademoiselle Sedaine et de la propriété littéraire – Lettre à Messieurs les Députés », Revue des Deux Mondes, 4<sup>e</sup> série, t. 25, 1841, pp. 221 et s.
- VINCENT J., « L'originalité en question : Approche juridique pour la photographie et les autres formes d'expression », RLDI, 2011, n° 70, dossier spécial, pp. 118-120.
- VINCENT Ph., « L'impact des négociations de l'Uruguay Round sur les pays en développement », Revue Belge de droit international, 1995/2, pp. 487-513.
- VINJE V. T., « Droit d'auteur et digitalisation : un résultat favorable à Genève, les nouveaux traités de l'OMPI », Droit informatique et telecoms, 1996/4, p. 53 et s.
- VIVANT M., « La propriété intellectuelle : un objet à redécouvrir », in, Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?, Paris : LexisNexis, 2014, pp. 5-15.
- VIVANT M., « Régulation : significations multiples, pratiques différentes », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, RLDI, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 47-49.
- VIVANT M., « Droit d'auteur : le Paradis pour le boulon ? L'enfer pour le parfum ? », RLDI, n° 91, mars 2013, pp. 57-61.
- VIVANT M., « Les exceptions à des fins d'information d'actualité en droit français », in, LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque organisé à Paris le 21 mars 2011 par l'Afpida, l'ALAI et l'IRDP, Paris : Dalloz, 2012, pp. 109-117.
- VIVANT M., « Objet juridique, objet social, Réflexion sur la propriété intellectuelle », PI, avril 2012, n° 43, pp. 269-272.
- VIVANT M., « Lex protectionis et loi réelle », D, 2011, p. 2351 et s.
- VIVANT M., « Cavere et agere. Réflexions sur le métier de juriste à partir d'une figure d'exception : Jean Foyer », in, Jean Foyer in memoriam, Paris : Litec, 2010, pp. 437-444.
- VIVANT M., « Les métamorphoses de l'œuvre », D. 2010, p. 776.
- VIVANT M., « La pratique de la gratuité en droit d'auteur », RLDI, mai 2010, n° 60, pp. 59-62.
- VIVANT M., « Prendre la contrefaçon au sérieux », D. 2009, p. 1839 et s.
- VIVANT M., « Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : conflit de droits ou question de décryptage ? », in, Technologie et concurrence : mélanges en l'honneur de Hans Ullrich, Bruxelles : Larcier, 2009, pp. 651-666.
- VIVANT M., « Conclusion : l'intérêt général servi par une reconnaissance éclairée des droits de propriété intellectuelle », in, BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 276-290.

- VIVANT M., « Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... », *PI*, avril 2007, pp. 193-201.
- VIVANT M., « Synthèse des débats », in, « Cycle de conférences de la Cour de cassation – Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique du 9 novembre 2006 », *Revue Lamy de la Concurrence*, avril 2007, n° 11, pp. 222-224.
- VIVANT M., « Droit et culture : brèves réflexions sur la propriété intellectuelle à l'épreuve de la mondialisation », in, BRUGUIERE J.-M. (dir.), *Droit d'auteur et culture*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 25-33.
- VIVANT M., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE*, 2006, p. 361 et s.
- VIVANT M., « L'investissement, rien que l'investissement », *RLDI*, mars 2005, n° 3, pp. 41-48.
- VIVANT M., « La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information – France analyse critique et prospective », *PI*, avril 2005, pp. 146-153.
- VIVANT M., « Economie du droit ou une interrogation sur les lois : le point de vue du juriste », in, « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », actes de conférences organisées par la Chaire Régulation de Sciences po et la Cour de cassation à Paris en 2003 et 2004, *LPA*, 2005, n° 99, pp. 75-77.
- VIVANT M., « La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Rapport de synthèse », in, *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, pp. 177-185.
- VIVANT M., « Savoir et avoir », *Arch. phil. droit*, n° 47, 2003, pp. 333-353.
- VIVANT M., « Rapport de synthèse », in, « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives », colloque organisé par IRPI et l'AFPIDA à Paris le 25 octobre 2001, *PI*, Janvier 2002, pp. 71-75.
- VIVANT M., « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », in, *Mélanges Jean Mouly*, Paris : Litec, 1998, vol. 2, pp. 441-455.
- VIVANT M., « An 2000 : l'information appropriée ? », in, *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris : Litec, 1997, pp. 651-665.
- VIVANT M., « Entre droit d'auteur et Copyright : l'Europe au carrefour des logiques », *Cahier de la propriété intellectuelle*, vol. 10, n° 1, octobre 1997, pp. 41-56.
- VIVANT M., « Cybermonde : Droit et droit des réseaux », *JCP éd. G.*, 1996, n° 43, I 3969.
- VIVANT M., « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », *D.* 1995, p. 197 et s.
- VIVANT M., « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in, *Propriétés intellectuelles : mélanges en l'honneur d'André Françon*, Paris : Dalloz, 1995, pp. 415-428.
- VIVANT M., « Le programme d'ordinateur au Pays des Muses – observations sur la directive du 14 mai 1991 », *JCP éd. E.*, 1991, n° 47, 94.
- VIVANT M., « Le logiciel au pays des Merveilles », *JCP*, 1985, I, 3208.
- VIVANT M., GEIGER Ch., « Autre regard », *PI*, *Chroniques*, octobre 2008, pp. 483-492.
- VOORHOOF D., « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect du droit d'auteur ? », in, STROWEL A., TULKENS F. (dir.), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs*, Bruxelles : Larcier, 2006, pp. 39-69.

XIFARAS M., « Le copyleft et la théorie de la propriété », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 50-64.

ZENATI-CASTAING Fr., « La propriété, mécanisme fondamental du droit », in, *Qu'en est-il de la propriété ? : L'appropriation en débat*, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2005 organisé par l'IFR Mutation des normes juridiques, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2007, pp. 243-249 ; (disponible également à la RTD civ., 2006, p. 445 et s).

ZENATI Fr., « Du droit de reproduire les biens », *D.* 2004, p. 962 et s.

ZENATI Fr., « L'immatériel et les choses », *Arch. phil. droit*, n° 43, 1999, pp. 79-95.

ZILLER J., « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », *RIDE*, 3/ 2003, t. XVII, pp. 495-510.

ZOLLINGER A., « Le droit au respect des biens, ou la difficile définition du droit de propriété en tant que droit de l'Homme », in, *Les modèles propriétaires au XXIe siècle*, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 31-40.

ZOLLINGER A., « Droit d'auteur français et copyright américain : pluralisme et influences des modèles culturels », *RIDA*, n° 233, juillet 2012, pp. 3-37.

ZOLLINGER A., « La lutte des parlements : les droits de l'Homme opposés à la riposte graduée », *Légipresse*, n° 262, juin 2009, pp. 77-80.

ZOLYNSKI C., « Les limites de l'harmonisation communautaire », in, « L'effectivité des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : les usages, la loi, la régulation », colloque organisé par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) le 19 avril 2013, *RLDI*, juin 2013, supplément au n° 94, pp. 18-20.

## ➤ **HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE**

AGOSTINI E., « De l'équité », *D.* 1978, chr. 2, pp. 7-12.

AIGRAIN P., « La réinvention des communs physiques et des biens publics sociaux à l'ère de l'information », *Multitudes*, 2010/2, n° 41, pp. 42-49.

ALAUX J., « Ordre et désordre en territoire grec VIII-IVe siècles av. J.C », in, *Désordre(s)*, Paris : PUF, 1997, pp. 17-28.

ALBIGES Ch., « L'équité dans le jugement – étude de droit privé », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, Actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 107-123.

ALENIKOFF T. A., « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale Law Journal*, 1987, vol. 96, p. 943 et s.

ALEXY R., « Balancing, constitutional review, and representation », *International Journal of Constitutional Law*, Octobre 2005, vol. 3, n° 4, pp. 572-581.

ALEXY R., « Constitutional Rights, Balancing and Rationality », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 2, juin 2003, pp. 131-140.

ALEXY R., « On balancing and subsumption. A structural comparaison », *Ratio Juris*, vol. 16, n° 4, décembre 2003, pp. 433-449.

AL RAI B., « Formation du concept d'équité dans le droit de l'Eglise ou équité canonique », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, pp. 47-64.

AMES J. B., « The origin of uses and trusts », in, *Select Essays in anglo-american legal history*, Boston : Little Brown, 1906, p. 737 et s.

ANDERSEN R., « Le juge de l'excès de pouvoir et la mise en balance des intérêts en présence », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir), *Droit et intérêt*, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 141-152.

ARGYRIADIS-KERVEGAN C., « Rudolf Gneist : la justice administrative, institution nécessaire de l'Etat de droit », in, JOUJOUAN O. (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 235 et s.

ARNAUD A.-J. et N., « Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique », *Arch. phil. droit*, n° 21, 1976, pp. 130-151.

ATIAS Ch., « Le déclin de l'argument de justice », *Jurisprudence : revue critique*, vol. 3, 2012, pp. 15-28.

ATIAS C., « La propriété foncière : une tradition libérale à inventer », in, *Un droit inviolable et sacré : la propriété*, Paris : ADEF, 1991, pp. 119-126.

ATIENZA M., « L'argumentation », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.3, Paris : Dalloz, 2012, p. 505 et s.

AUBENQUE P., « La loi selon Aristote », *Arch. phil. droit*, n° 25, 1980, pp.147-157.

AUDREN F., FILLON C., « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD civ.*, 2009, pp. 39-78.

AUGUET Y., « L'équilibre, finalité du droit de la concurrence », in, *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris : Dalloz, 2006, pp. 29-58.

AZZI T., « Les relations entre la responsabilité délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, pp. 227-251

BAECHLER J., « Le schème de l'équilibre en sociologie historique », in, *Pareto aujourd'hui*, Paris : PUF, 1999, pp. 221-240.

BAILLON-PASSE Ch., « Relire Josserand », *D.* 2003, p. 1571 et s.

BAILLON-PASSE Ch., « Réponse à Jean-Pascal Chazal : 'mission accomplie, on va relire Josserand' », *D.* 2003, pp. 2190-2191.

BALAUDE J.-Fr., « Instituer le bien », in, WOTLING P. (dir.), *La justice*, Paris : Vrin, 2007, pp. 10-34.

BALDUS C., « Les lectures de François Géný : la doctrine française et l'Ecole des Pandectes », in, CACHARD O., LICARI F.-X., LORMANT F., (dir.), *La pensée de François Géný, actes du colloque international des 21 et 22 octobre 2011 de Nancy-Metz*, Paris : Dalloz, 2013, p. 37 et s.

BALMER Th. A., « Some Thoughts on proportionality », *Oregon Law Review*, vol. 87, 2008, pp. 783- 818.

BALON J., KAUFMANN Ek., « Aequitatis iudicium. Königsgerecht und Billigkeit in der Rechtsordnung des frühen Mittelalter », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1961, vol. 39, n° 2, pp. 530-532.

BARBERIS M., « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.1, Paris : Dalloz, 2012, p. 112 et s.

BARENOT P.-N., HAKIM N., « La jurisprudence et la doctrine : retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, t. 41, 2012, p. 251-297.

BARRIERE L.-A., « Une approche historique de la summa divisio droit public-droit privé », in, *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé*, actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009 à Saint-Etienne par le CERCRID, Paris, Dalloz, 2010, pp. 7-30.

BARROCHE J., « Maurice Hauriou, juriste catholique ou libéral ? », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008/2 n° 28, pp. 307-335.

BARTENSTEIN K., « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », *Les Cahiers de Droit*, vol. 43, n° 4, 2002, pp. 651-684.

BARTON J. L., « Equity in the medieval Common Law », in, Newman R. A. (dir.), *Equity in the world's legal systems*, Bruxelles : Bruylant, 1973, pp. 140-155.

BATIFFOL H., « Questions de l'interprétation juridique », *Arch. phil. droit*, n° 17, 1972, pp. 9-27.

BATIFFOL H., « compte rendu : Helmut COING, 'Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie' », *Arch. phil. droit*, n° 14, 1969, pp. 368-370.

BAUDOIN J.-L., « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », in, *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, pp. 29-44.

BAUZON S., « La prudence du juge », in, *La prudence*, actes du colloque organisé à l'Académie des sciences morales et politiques, le 19 octobre 2007 à Paris, disponible sur :

[http://www.asmp.fr/travaux/colloques/2007\\_10\\_19\\_prudence.pdf](http://www.asmp.fr/travaux/colloques/2007_10_19_prudence.pdf), pp. 35-44.

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'équilibre du contrat en droit commercial », in, LARDEUX G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, pp. 27-40.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Conclusion », in, Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », LPA, 30 septembre 1998, n° 117, pp. 68 et s.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Rapport introductif », in, Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 3 et s.

BELLEAU M.-Cl., « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », *Les Cahiers de droit*, 1999, vol. 40, n° 3, pp. 507-544.

BENFERHAT Y., « Æquitas iudicis, æquitas Principis », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3<sup>e</sup> série, LVI, 2009, pp. 55-73.

BERG O., « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ.*, 2006, p. 53 et s.

BERGEL J.-L., « Rapport général », in, *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIII, Paris, Dalloz, 2006, pp. 203-220.

BERGER V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme », in, Colloque : « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 40 et s.

BERNARD G., « Proudhon et la justice », in, Pierre Joseph Proudhon - *L'ordre dans l'anarchie*, actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, pp. 9-27.

- BERNARD A., « Law and Economics, une science idiote ? », D. 2008, n° 40, pp. 2806-2813.
- BISCARDI A., « On aequitas and Epieikeia », in, Rabello M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 1-11.
- BIEZUNSKA-MALOWIST I., LEVEQUE P., « Eunomie et isonomie : Włodzimierz Lengauer, Pojecie równosci w greckich koncepcjach politycznych od Homera, do konca V w. p. n. e. [La notion d'égalité dans la pensée politique grecque d'Homère au Ve s. av.n.è.] », *Dialogues d'histoire ancienne*, Vol. 15, n° 2, 1989, pp. 474-477.
- BLOCHER J., « Categoricalism and balancing in first and second amendment analysis », *New York University Law Review*, vol. 84, mai 2009, n° 2, p. 375 et s.
- BOBBIO N., « Sur le positivisme juridique », in, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris : Dalloz, 1961, t.1, pp. 53-71.
- BONBLED N., LYS M., PIJKE G., « Le juge constitutionnel, le contentieux de la suspension et la pondération des intérêts », in, *Mélanges en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2007, pp. 187-207.
- BOTTIN M., « Droit romain et jus commune. Considérations sur les fondements juridiques de la liberté des mers », in, *Droit international et coopération internationale, Hommage à Jean-André Touscoz*, Nice : France-Europe Editions, 2007, pp. 1225-1238.
- BOUDOT M., « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... – juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2/2007, vol. 59, pp. 35-47.
- BOURDIEU P., « Pierre Leveque et Pierre Vidal-Naquet, Clithène l'Athénien », *L'Homme*, 1964, tome 4, n° 3, pp. 143-144.
- BOURGEOIS B., « Proudhon et la dialectique », in, *Pierre Joseph Proudhon - L'ordre dans l'anarchie*, Actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, pp. 29-39.
- BOUSTA Rh., « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 4/2011, n° 88, pp. 913-930.
- BOUSTA Rh., « La 'spécificité' du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 4-2007, pp. 859-877.
- BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in, *Mélanges Boyer*, t.1, Paris : Sirey, 1962, pp. 210-235.
- BOZZO-REY M., « Loi, fiction et logique dans la pensée juridique de Jeremy Bentham », *Les annales de droit, Publications des Université de Rouen et du Havre*, 2009, n° 3, pp. 28-50.
- BRAIBANT G., « Le principe de proportionnalité », in, *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, Paris : LGDJ, 1974, pp. 297-306.
- BREDIN J.-D., « A la recherche de l'aequitas mercatoria », in, *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussourian*, Paris : Dalloz, 1994, pp. 109-118.
- BRIMO A., « Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat », *Arch. phil. droit*, 1976, n° 21, pp. 99-110.
- BRITO J. D. S., « Droits et utilité chez Bentham », *Arch. phil. droit*, 1991, n° 36, pp. 93-119.
- BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits*, n° 39, 2004, pp. 197-217.

- BRUNDSCHWIG J., « The Aristotelian Theory of Equity », in, FREDE M. and STRIKER G., *Rationality in greek thought*, Oxford : Clarendon Press, 1996, pp. 115-155.
- BUERGISSER M., PERRIN J.-F., « Interessensjurisprudenz statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », in, *Droit et intérêt*, vol. 3, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 327-353.
- BURGE A., « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 et s.
- CADIET L., « Une justice contractuelle, l'autre », in, *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, pp. 177-199.
- CADIET L., « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 87-108.
- CADIET L., « Jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire en matière sociale : le jeu des influences », *Droit social*, 1991, p. 200 et s.
- CALLIESS F.-P., RENNER M., « À la croisée du droit et des normes sociales : l'évolution de la gouvernance mondiale », *RIDE*, 1/2013, t. XXVII, pp. 163-186.
- CAMBIANO G., « Pathologie et analogie politique », in, *Formes de pensée dans la collection hippocratique, actes du 4ème colloque international hippocratique de Lausanne, 1981*, Genève : Droz, 1983, pp. 441-458.
- CANIVET G., « La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », in, « *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche* », actes de conférences organisées par la Chaire Régulation de Sciences po et la Cour de cassation à Paris en 2003 et 2004, *LPA*, 2005, n° 99, pp. 23-27.
- CANIVET G., « Economie, droit et justice », in, « *L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation* », actes du colloque organisé par le DESS droit des affaires et fiscalité de Paris I et l'ACE-JA à Paris le 13 mai 2004, *GP*, mars-avril 2005, pp. 715-718.
- CANTECOR G. « Le pragmatisme », *L'année psychologique*, 1907, vol. 14, pp. 355-379.
- CAPITANT H., « De l'abus de droit », *RTD civ.*, 1928, pp. 365-376.
- CAPORAL St., « Edouard Lambert, théoricien de la Jurisprudence Sociologique », *Juridicia*, 01/2009, p. 185 et s.
- CASTBERG F., « La convention européenne des droits de l'homme et l'idée de justice », in, *René Cassin amicorum discipulorumque liber*, Paris : Pedone, 1969, t.1, pp. 29-47.
- CATALA P., « Des contrats déséquilibrés », in, *Etudes à la mémoire de Fernand Charles Jeantet*, Paris : LexisNexis, 2010, pp. 77-90.
- CATTANEO M., « Austin et l'utilitarisme », *Arch. phil. droit*, 1970, n° 15, pp. 121-132.
- CAUSIN E., « la logique sociale de la déontologie », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 419 et s.
- CAZENEUVE J., « La sociologie de Georges Gurvitch », *Revue française de sociologie*, VII, 1966, pp. 5-13.
- CHAGNOLLAUD D., « Les techniques de contrôle », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.3, Paris : Dalloz, 2012, pp. 147-168.

- CHAMPEIL-DESPLATS V., « Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique », in, CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris : Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 21-34.
- CHARPENTIER E., « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1996, n° 26, pp. 299-320.
- CHAZAL J.-P., « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2, vol. 65, pp. 85-133.
- CHAZAL J.-P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit*, 2001, n° 45, pp. 303-333.
- CHAZAL J.-P., « L'autonomie de la volonté et la ' libre recherche scientifique ' », *RDC*, 2004, n° 3, p. 621 et s.
- CHAZAL J.-P., « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil », *RTD civ.*, 2001, p. 265 et s.
- CHAZAL J.-P., « Théorie de la cause et justice contractuelle », *JCP éd. G*, 15 juillet 1998, n° 29, I, p. 152.
- CHAZEL F., « L'entrée de Pareto dans la sociologie américaine et son appropriation sélective par Talcott Parsons et George Homans », in, *Pareto aujourd'hui*, Paris : PUF, 1999, pp. 129-152.
- CHEFFERT J.-M., « Théorie économique et recherche pluridisciplinaire », in, MONTERO E. (dir.), *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*, Bruxelles : Bruylant, 1999, pp. 317-333.
- CHENEDE Fr., « Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion », partie I, *RDC*, 2012, n° 1, p. 241 et s. ; partie II, n° 3, p. 1017 et s.
- CHENEDE Fr., « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative – du mythe à la réalité », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2012, vol. 4, pp. 155-182.
- CHETARD G., La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2013, p. 51 et s.
- CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*, juillet-septembre 1972, vol. 24, n° 3, pp. 657-676.
- CIULEI G., Les rapports de l'équité avec le droit et la justice dans l'œuvre de Cicéron, *Revue historique de droit français et étranger*, 1968, pp. 639-647.
- CLERO J.-P., « Le calcul benthamien des plaisirs et des peines », *Archives de Philosophie*, 2/2015, t. 78, pp. 229-258.
- CLERO J.-P., « Bentham et Montesquieu », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2012/1, n° 35, pp. 171-182.
- CLERO J.-P., « Le tournant de la condamnabilité – Bentham et les lumières », *Revue de l'Institut Rhone-Alpin de Sciences Criminelles*, 2012, n° 3, pp. 55-90.
- CLERO J.-P., « L'utilitarisme contemporain, une théorie générale des valeurs », *Cités*, 2002/2, n° 10, pp. 17-36.
- COHEN-ELIYA M., PORAT I., « Proportionality and the Culture of Justification, *American Journal of Comparative Law* », 2011, n° 59, p. 463 et s.
- COHEN-ELIYA M., PORAT I., « American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins », *International Journal of Constitutional Law*, 2010, p. 263 et s.

- COMBY J., « L'impossible propriété absolue », in, *Un droit inviolable et sacré : la propriété*, Paris : ADEF, 1991, pp. 9-20.
- COMMONS J. R., « La valeur raisonnable dans l'économie politique américaine », in, *Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, vol. 3, Paris : LGDJ, 1938, pp. 383-399.
- COUTU M., « Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle », *Droit et société*, 2004/1, n° 56-57, pp. 233-256.
- COSTA J.-P., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *AJDA*, 1988, p. 434 et s.
- CUCHE P., « A la recherche du fondement du droit – Y a-t-il un romantisme juridique », *RTD civ.*, 1929, pp. 57-72.
- DAVID R., « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ*, 1986, pp. 109-157.
- DE BECHILLON D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973 et s.
- DE CHAMPS E., « Le 'moment utilitaire' ? L'utilitarisme en France sous la Restauration », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 2014, n° 123, pp. 73-89.
- DE CHAMPS E., « Propriété et statut personnel chez Jeremy Bentham », in, BACHOFEN B. (dir.), *Le libéralisme au miroir du droit*, Paris : ENS éd., 2008, pp. 117-143.
- DEFFAINS B., « Le défi de l'analyse économique du droit : le point de vue de l'économiste », in, « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », actes de conférences organisées par la Chaire Régulation de Sciences po et la Cour de cassation à Paris en 2003 et 2004, *LPA*, 2005, n° 99, pp. 6-13.
- DELEULE D., « De l'individualisme libéral à la sociologie : un intermédiaire paradoxal », *Arch. phil. droit*, n° 37, 1992, pp. 89-100.
- DEROUSSIN D., « Raymond Saleilles : le droit, la méthode et la postérité », in, AUDREN Fr., CHENE Ch., MATHEY N. et alii (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà...*, Paris : Dalloz, 2013, p. 171.
- DEROUSSIN D., « L. Josserand : le droit comme science sociale ? », in, DEROUSSIN D. (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République*, Paris : La mémoire du droit, 2007, pp. 63-119.
- DESPOTOPOULOS C., « Les concepts de juste et de justice selon Aristote », *Arch. phil. droit*, 1969, n° 14, pp. 283-308.
- DESPOTOPOULOS C., « La notion de synallagma chez Aristote », *Arch. phil. droit*, 1968, n° 13, pp. 115-127.
- DESSERTAUX M., « A quel critérium peut-on reconnaître les cas d'application de la libre recherche scientifique ? », in, *Les sources du droit, recueil d'étude en l'honneur de François Gény*, II, Paris : Sirey, 1934, pp. 423-433.
- DETIENNE M., « En Grèce archaïque : géométrie, politique et société », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1965, vol. 20, n° 3, pp. 425-441.
- DEUMIER P., ENCINAS DE MUNAGORRI R., « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier Président de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2006, pp. 505-517.
- DE WITTE J., « Scènes de la psychostasie homérique », *Revue archéologique*, 15 janv. 1845, pp. 1-12.
- DIJON X., « Esquisse historique des références philosophiques », in, CHRISTIA L.-L., COPPENS Fr., DIJON X. et al. (dir.), *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, Bruxelles : Bruylant, 2008, pp. 23-97.

- DION N., « Le juge et le désir du juste », D. 1999, p. 195 et s.
- DISSAUX N., « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », RTD civ., 2008, p. 417 et s.
- DOGNIN P.-D., « La justice distributive », Revue des sciences philosophiques et théologiques, t. XXXIX, 1955, p. 18 et s.
- DOUCHY-LOUDOT M., « Le droit naturel et les droits de l'homme dans la recherche du juste », in, Justices et droit du procès: du légalisme procédural à l'humanisme processuel : mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Paris : Dalloz, 2010, pp. 239-248.
- DORLENCOURT L., « Equité », Revue pratique de droit français, 1860, t. 10, pp. 357-368.
- DRAGO G., « La conciliation entre principes constitutionnels », D.1991, p. 265 et s.
- DUBOIS M., « The virtue of Aequitas in the Moral Philosophy of Thomas Aquinas », in, Rabello M. A. (dir.), Aequitas and equity, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 140-150.
- DUCOS M., « Le 'Tableau du droit universel' de Jean Bodin et la tradition romaine », Bulletin de l'Association Guillaume Budé, mars 1987, n° 1, pp. 49-61.
- DUFOUR A., « Droit naturel/droit positif », Arch. phil. Dr., n° 35, 1990, pp. 59-79.
- DUNAND Ph., « Le code: une quête d'éternité ? Analyse historique du concept de code », in, Le temps et le droit, Recueil de travaux offerts à la Journée de la Société suisse des juristes, Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2008, pp 79-100.
- DUPRAT J.-P., « Genèse et développement de la légistique », in, DRAGO R. (dir.), La confection de la loi, Paris : PUF, 2005, pp. 9-45.
- DUROI G. A. W., « Encore quelques réflexions sur l'action in rem et l'action in personam, sur le Jus in re et l'obligatio », Themis, 1826, t. 8, pp. 1-35.
- DURRY G., « La conception jurisprudentielle et l'abus de droit », RTD civ., 1972, p. 315 et s.
- ECHAPPE O., « L'équité en droit canonique », Justices, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 7-16.
- EISENMANN Ch., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », Arch. phil. droit, 1961, n° 11, pp. 25-43.
- EISSEN M.-A., « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in, PETITI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article, Paris : Economica, 1999, pp. 65-81.
- ELMI G. T., « La méthode des jurisconsultes romains – Entre justice distributive et justice commutative », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, pp. 101-114.
- ENGL E., « The History of the General Principle of Proportionality: An Overview », Dartmouth Law Journal, 2012, n° 10, pp. 1-11.
- EVANS S., STONE A., « Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethic? », Draft for discussion at the VII<sup>th</sup> World Congress of the International Association of Constitutional Law Athens, 11-15 June 2007 - Workshop 15: Balancing and proportionality in constitutional review, disponible sur : [http://www.enlsyn.gr/fr/workshops/workshop15\(fr\).htm](http://www.enlsyn.gr/fr/workshops/workshop15(fr).htm)
- FARJAT G., « La notion de droit économique », Arch. phil. droit, 1992, n° 37, pp. 27-62.

- FERREIRA DA CUNHA P., « L'équité – Le legs réaliste classique et la pensée de Michel Villey », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 53-64.
- FERREIRA DA CUNHA P., « La balance, le glaive et le bandeau – Essai de symbologie juridique », *Arch. phil. droit*, 1995, n° 40, pp. 106-120.
- FLORY Th., « Commerce – Chronique de droit international économique », *Annuaire français de droit international*, vol. 32, 1986. pp. 603-662.
- FONBAUSTIER L., « John Locke et les implications politico-juridiques de la sociabilité », in, *Le droit des Modernes (XIVe-XVIIIe siècles)*, Paris : LGDJ, 1994, pp. 112-133.
- FONBAUSTIER L., « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue française de droit administratif*, 2004, p. 1053 et s.
- FONTAINE F. WEIGEL G., « Principe d'équité et droit de la régulation », *RLDI*, mai 2008, n° 38, pp. 97-94.
- FONTAINE L., « Le pluralisme comme théorie des normes », in, FONTAINE L. (dir.), *Droit et pluralisme : actes du colloque de Caen les 30 novembre et 1er décembre 2006 organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2007, pp. 125-160.
- FORRAY V., « La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes », *RTD civ.*, 2009, p. 463 et s.
- FOUCHARD A., « Des 'citoyens égaux' en Grèce ancienne, *Dialogues d'histoire ancienne*, 1986, vol. 12, pp. 147-172.
- FRAISSE R., « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, actes de colloque », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 74 et s.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Régulation versus concurrence », in, *Au-delà des codes : Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphanie*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 171-185.
- FRISON-ROCHE M.-A., « L'actualité de la pensée de Michel Villey », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 177-192.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du Bon juge Magnaud », in, *Mélanges en l'honneur du doyen Wiederkehr*, Paris : Dalloz, 2009, pp. 335-342.
- FRISON-ROCHE M.-A., « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in, « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », actes de conférences organisées par la Chaire Régulation de Sciences po et la Cour de cassation à Paris en 2003 et 2004, *LPA*, 2005, n° 99, pp. 15-22.
- FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *Arch. phil. droit*, 1995, n° 40, pp. 286-313.
- FROMION-HEBRARD B., « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », *LPA*, 2000, n° 100, p. 30 et s.
- FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA* juin 1995, n° spécial, pp. 156-166.
- FRYDMAN B., « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in, MBONGO P. (dir.), *La qualité des décisions de justice, actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 par l'institut de droit public de la Faculté de droit de Poitiers*, Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe, 2007, pp. 18-30.

- FRYDMAN B., « Le projet scientifique de François Géný », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), François Géný, mythes et réalités, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 213-234.
- FRYDMAN B., « L'évolution des normes de scientificité en droit », in, ANDREANI T., DESBROUSSES H. (dir.), *Objet des sciences sociales et normes de scientificité*, Paris : L'harmattan, 1997, pp. 91-109.
- FRYDMAN B., « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit », in, ANDREANI T., ROSEN M. (dir.), *Structure, système, champ et théorie du sujet*, Paris : l'Harmattan, 1997, pp. 127-146.
- GAILLE-NIKODIMOV M., « A la recherche d'une définition des institutions de la liberté », *Revue de philosophie, histoire des idées, pensée politique*, juin 2003, n° 1, pp. 70-86.
- GANDT F. DE, « Galilée et la naissance de la dynamique : recherches de P. Galluzzi sur le terme 'momento' », *Revue d'histoire des sciences*, 1983, tome 36, n° 3-4, pp. 319-324.
- GARAPON A., « L'idée de droit social : Georges Gurvitch », in, BOURETZ P. (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, pp. 215-228.
- GARELO P., « Présentation d'un débat fondamental économique et de ses implications pour les rapports entre droit et économie – Théories de l'équilibre ou théories de l'ordre », *RRJ*, 1995-1, pp. 419-432.
- GASSIN R., « De l'intérêt pour le juriste de la pensée philosophique de Frédéric Nietzsche : le texte et l'interprétation », in, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel - Le droit entre autonomie et ouverture*, Bruxelles : Larcier, 2013, pp. 233-246.
- GAUDEMET J., « Tentatives de systématisation de droit à Rome », *Arch. phil. droit*, 1986, n° 31, p. 11 et s.
- GAUDEMET J., « Quelques remarques sur le droit naturel à Rome », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1952, pp. 445-467.
- GAUTIER P.-Y., « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.*, 1995, n° 4, pp. 797-834.
- GEORGE R. P., « Natural Law », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2008, vol. 31, n° 1, pp. 171-196.
- GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M., « Avant-propos », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir), *Droit et intérêt*, vol. 1, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, pp. 7-24.
- GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M., « Avant-propos », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 7-11.
- GERMAIN L. R. F., « Les origines helléniques du contrat », in, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, t. 1, pp. 471-481.
- GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, 2000, n° 92, pp. 81-100.
- GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, pp. 1-10.
- GILLARDIN J., « Les principes du code civil d'après Bentham », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 549.
- GILLI J.-P., « La responsabilité d'équité de la puissance publique », *D.* 1971, chr. p. 373 et s.

- GIOMARD Fr., « Droits fondamentaux et contrôle du pouvoir de l'employeur », in, LYON-CAEN A. et LOKIEC P. (dir.), *Droit social et droits fondamentaux*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 61-91.
- GIRARDET A., « L'équité du juge : si on levait le voile », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 1-6.
- GODEFRIDI D., « Arbitraire et droit dans l'Athènes antique », *Folia Electronica Classica*, n° 19, 1, janvier-juin 2010, disponible sur <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/FE/19/athenes.pdf>, 13 p.
- GOESEL-Le BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, disponible sur <http://juspoliticum.com/Le-controle-de-proportionnalite.html>
- GOESEL-Le BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : Présentation générale », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », actes de colloque, LPA, 5 mars 2009, p. 62 et s.
- GOESEL-Le BIHAN V., « Discours introductif : Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », actes de colloque, LPA, 5 mars 2009, p. 5 et s.
- GOESEL-Le BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 1997, pp. 227 à 267.
- GOGOS D., « Nouvelles tendances d'interprétation du droit privé allemand », *RIDC.*, juillet-septembre 1957, vol. 9, n° 3, pp. 528-536.
- GONZALEZ DE LA VEGA G., « Two different approaches in constitutional interpretation with special focus in religious freedom. A comparative study between germany and the United States », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLI, n° 122, mai-août, 2008, pp. 795-833.\*
- GOYARD-FABRE S., « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », *Cahiers de philosophie politique et juridique d l'université de Caen*, 1998, n° 13, pp. 23-44.
- GOYARD-FABRE S., « La justice – Une problématique embarrassante », *Philopsis*, 10 juillet 2011, disponible sur : [http://www.philopsis.fr/IMG/pdf\\_justice-goyard-fabre.pdf](http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-goyard-fabre.pdf), 23 p.
- GOYARD-FABRE S., « La chose juridique dans l'idéalisme moderne », *Arch. phil. droit*, 1979, n° 24, pp. 151-171.
- GRAULICH L., « A propos du gouvernement des juges », *RTD civ.*, 1932, pp. 77-85.
- GROBON S., « La primauté du commerce sur les droits de l'homme dans le cadre de l'OMC », in, CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris : Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 177-193.
- GRUA Fr., « La fée et l'horloge », *RTD civ.*, 2001, p. 319 et s.
- GUASTINI R., « L'interprétation de la constitution », in, TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t.1, Paris : Dalloz, 2012, p. 466 et s.
- GUENZOU Y., « Les querelles doctrinales », *RTD civ.*, 2013, p. 47 et s.
- GUIBAL M., « De la proportionnalité », *AJDA*, 1878, pp. 477-487.
- GUIBOURG R. A., « La balance de la justice et le système des poids et mesures », *Jurisprudence : revue critique*, 2012, vol. 3, pp. 81-87.

- GUINCHARD S., « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ? », in, Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? : mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris : Ed. Frison-Roche, 1999, pp. 139-174.
- GUINCHARD S., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile », LPA, 12 avril 1999, n° 72, p. 4 et s.
- GURVITCH G., « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, 1933, 3-4, pp. 55-90.
- GURVITCH G., « Les idées maîtresses de Maurice Hauriou », Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, n° 1-2, pp. 155-194.
- GUTMAN D., « La fonction sociale de la doctrine juridique », RTD civ., 2002, p. 455 et s.
- GUYOMAR M., « Un droit en équilibre », in, Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Bruxelles : Bruylant, 2009, pp. 533-544.
- GUYON Y., « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in, Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur, Paris : Banque éd., 2000, pp. 75-85.
- HAARSCHER G., « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », Série des Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2007/1, 51 p., disponible sur <http://www.philodroit.be> ou in *Juger les droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 139 et s.
- HABA P. E., « Pas assez 'épistémologique'...mais pourtant bien vu », Arch. phil. droit, 1997, n° 42, pp. 241-256.
- HARCOURT B. E., KREEGER J., « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux États-Unis aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », Revue de science criminelle, 2010, p. 31 et s.
- HART H. L. A., « La démystification du droit », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 301-352.
- HASSLER T., « La crise d'identité des droits de la personnalité », LPA, 2004, n° 244, p. 3 et s.
- HAURIOU M., « L'ordre social, la justice et le droit », RTD civ., 1927, pp. 795-825.
- HAURIOU M., « La formation du droit administratif depuis l'an VIII », Revue générale d'administration, 1892, p. 385 et s., disponible sur : <http://www.blogdroitadministratif.net/index.php/hauriou-RGA-1892-1>
- HERRERA C. M., « Droit et socialisme à la Faculté de droit de Lyon », in, DEROUSSIN D. (dir.), Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III<sup>e</sup> République, Paris : La mémoire du droit, 2007, pp. 279-302.
- HERVIEU N., « Droits de l'homme et libertés économiques devant les juges européens : l'illusion d'une harmonie », in, CHAMPEIL-DESPLATS V., LOCHAK D. (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Paris : Presses Universitaires de Paris Ouest, 2011, pp. 215-229.
- HOLMES W. O., « Early english Equity, in, Select Essays in anglo-american legal history », Boston : Little Brown, 1906, pp. 705-722.
- HORWITZ M. J., « The place of Justice Holmes in American legal thought », in, GORDON R. W. (dir.), The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr, Stanford : Stanford University Press, 1992, pp. 31-71.
- HUBERT R., « Contribution à l'étude sociologique des origines de la notion de droit naturel », Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1933, n° 3-4, pp. 91-159.

- HUMBERT M., « Les XII tables, une codification ? », *Droits*, 1998, n° 27, pp. 87-111.
- HUMBERT M., « The concept of Equity in the Corpus Iuris Civilis and its Interpretation by Pothier », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 29-47.
- HUMBERT M., « La crise politique du Ve siècle et la législation décemvirale », in, *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au Ve siècle av. JC*, actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987), Rome : Publications de l'École française de Rome, 1990, n° 137, 1990, pp. 263-287.
- HUMMEL J., « La volonté dans la pensée juridique de Ihering », *Droits*, 1998, n° 28, pp. 72-81.
- HUVELIN P., « Les tablettes magiques et le droit romain », in, *Etudes d'histoire du droit commercial romain*, Paris : Sirey, 1929, 298 p.
- JANDA R., « Etat des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents », *Arch. phil. droit*, 1992, n° 37, pp. 173-178.
- JAMIN Ch., « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée », *Droits*, 2010, n° 51, pp. 137-159.
- JAMIN Ch., « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in, LEWKOVICZ G., XIFARAS M. (dir.), *Repenser le contrat*, Paris : Dalloz, 2009, pp. 175-220.
- JAMIN Ch., « Demogue et son temps », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2006, n° 56, pp. 5-19.
- JAMIN Ch., « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in, *L'architecture du droit : mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, pp. 501-517.
- JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in, *Le contrat au début du XXIe siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, Paris : LGDJ, 2001, pp. 441-472.
- JAMIN Ch., « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, vol. 52, n° 4, 2000, pp. 733-751.
- JAMIN Ch., « François Gény d'un siècle à l'autre », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), *François Gény, mythes et réalités*, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 3-33.
- JAMIN Ch., « Henri Capitant et René Demogue, notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in, *L'avenir du droit, mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris : Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, pp. 125-139.
- JAMIN Ch., « Loi n° 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales », *RTD civ.*, 1996, p. 1009 et s.
- JEAMMAUD A., « Le droit du travail en changement », *Droit social*, 1998, p. 211 et s.
- JEAN J.-P., ROYER J.-P., « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, pp. 127-142.
- JESTAZ Ph., « Une image française de la loi et du juge », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), *François Gény, mythes et réalités*, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 37 et s.
- JESTAZ Ph., « Les sources du droit : un déplacement d'un pôle à l'autre », *Revue générale de droit*, n° 27, 1996, pp. 5-19.

- JOBART J.-C., « La notion de Constitution chez Aristote », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/1 n° 65, pp. 97-143.
- JOUJOUAN O., « Présentation », in, JOUJOUAN O. (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 7-52.
- KALFECHE Gr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions administratives », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 46 et s.
- KALINOWSKI G., « Philosophie et logique de l'interprétation en droit », *Arch. phil. droit*, 1972, n° 17, pp. 39-49.
- KATROUGALOS G., AKOUMIANAKI D., « L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux », *Revue du droit public*, sept-oct. 2012, n° 5, pp. 1381-1405.
- KAYSER P., « La justice selon Aristote », *RRJ*, 1996, pp. 316-322.
- KAYSER P., « L'image des biens (1985) », in, *Jalons d'une recherche émérite, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, pp. 113-131.
- KAYSER P., « Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France », in, *Jalons d'une recherche émérite, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, pp. 255-309.
- KAYSER P., « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », in, *Jalons d'une recherche émérite, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, pp. 223-253.
- KAYSER P., « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », in, *Jalons d'une recherche émérite, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, pp. 164-221.
- KAYSER P., « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », in, *Jalons d'une recherche émérite, écrits de Pierre Kayser parus de 1981 à 2001*, Aix-en-Provence : PUAM, 2003, pp. 312-368.
- KELLOGG R. Fr., « Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism », *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, vol. 23, n° 1, 1987, pp. 99-120.
- KELSEN H., « Justice et droit naturel », in, *Annales de Philosophie politique*, t. 3, Paris : PUF, 1959, pp. 1-125.
- KENNEDY D., « Three globalizations of law and legal thought : 1850-2000 », in, TRUBEK D. M., SANTOS A. (dir.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge : Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.
- KENNEDY D., « A transnational genealogy of Proportionality in Private law », in, BROWNSWORD R., MICKLITZ H.-W., WEATHERILL St. et alii., *The Foundations of European Private Law*, Oxford and Portland : Hart, 2011, pp. 187-220.
- KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2006, n° 56, pp. 163-211.
- KENNEDY D., BELLEAU M.-Cl., « François Gény aux États-Unis », in, *François Gény, mythe et réalités*, Paris : Dalloz, 2000 pp. 295-320.
- KERJAN L., « Premier amendement et liberté d'expression », in, « *La Cour Suprême des Etats Unis 1789-1989* », *Americana*, 1990, n° 6, pp. 161-172.
- KIRAT Th., « La méthode de jurisprudence comparative d'Edouard Lambert et son destin tragique », in, DEROUSSIN D. (dir.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République*, Paris : La mémoire du droit, 2007, pp. 213-233.

KIRAT Th., « La décision judiciaire, entre formalisme et pragmatisme », in, GOMEL B., MEDA D., SERVERIN S. (dir), *L'emploi en ruptures*, actes du séminaire de recherche tenu en 2007 et 2008 à Paris et organisé par le Centre d'études de l'emploi, Paris : Dalloz, 2009, pp. 139-154.

KUMM M., WARREN A. D., « Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing, 2 janvier 2013 », in, *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Huscroft, Miller and Webber, eds., Forthcoming, NYU School of Law, Public Law Research Paper, n° 13-03, disponible sur : <http://ssrn.com/abstract=2195663>

LABORIER P., « La 'bonne police'. Sciences camérales et pouvoir absolutiste dans les États allemands », *Politix*, 4/1999, vol. 12, n° 48, pp. 7-35.

LAFORE R., « Solidarité et doctrine publiciste – Le 'solidarisme juridique' hier et aujourd'hui », in, *Solidarité(s) Perspectives juridiques*, actes du colloque des 3 et 4 mars 2008, Toulouse : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 2009, pp. 47-82.

LAGET-ANNAMAYER A., « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *RTD eur.*, 2006, p. 249 et s.

LAMBERT-FAIVRE Y., « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.*, p. 1 et s.

LANDAU P., « 'Aequitas' in the 'Corpus Iuris Canonici' », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 128-139.

LARDEUX G., « En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique », in, Lardeux G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, pp. 60-74.

LASSERRE-KIESOW V., « L'ordre des sources ou Le renouvellement des sources du droit », *D.* 2006, p. 2279 et s.

LAVAL Ch., « Fiction et utilité chez Jeremy Bentham », 2006, disponible sur :

[http://www.centrebentham.fr/Articles/Fiction\\_utilite.pdf](http://www.centrebentham.fr/Articles/Fiction_utilite.pdf)

LAVAL Ch., « Bentham et les crimes imaginaires du sexe », 2006, p. 16, disponible sur :

[http://www.centrebentham.fr/Articles/Bentham\\_crimes\\_sexe.pdf](http://www.centrebentham.fr/Articles/Bentham_crimes_sexe.pdf)

LAVAL Ch., « Jeremy Bentham et le gouvernement des intérêts », *Revue du MAUSS*, n° 27, 2006/1, pp. 289-306.

LAVAL Ch., « La chaîne invisible » - Jeremy Bentham et le néo-libéralisme, *Revue d'études Benthamiennes*, 1/2006, disponible sur <http://etudes-benthamiennes.revues.org/63>

LAVAL Ch., « Le 'Sense of Interest' de Jeremy Bentham », *Économies et Sociétés*, 12/1993, n° 18, pp. 147-169.

LAVALLEE S., « Le droit à l'environnement : pour l'équilibre des intérêts, pour un développement durable ? », in, BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F. (dir.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles : Larcier, 2009, pp. 363-403.

LAW, D. S., « Generic Constitutional Law », *Minnesota Law Review*, 2005, vol. 89, pp. 652-751.

LAZZARIN G., « Le juge administratif et la doctrine de François Gény – Réflexions sur la méthode de la 'balance des intérêts' », *JCP éd. Administrations et Collectivités territoriales*, 20 juin 2011, n° 25, p. 2222 et s.

LE BERRE Ch., « Les 'fondements économiques' du droit de la concurrence », in, *Droit et économie : interférences et interactions : études en l'honneur du professeur Michel Bazex*, Paris : Litec, 2009, pp. 187-202.

- LELOUP S., « Conséquences anticipées et comportements face au risque dans la pensée économique de Jeremy Bentham », *Revue économique*, 2002, vol. 53, n° 3, pp. 415-423.
- LELOUP S., « Pour en finir avec l'usure. L'enjeu de la controverse entre Adam Smith et Jeremy Bentham », *Revue économique*, 2000, vol. 51, n° 4, pp. 913-936.
- LEROY M.-L., « Quantité et qualité des plaisirs chez Bentham », *Revue d'études benthamiennes*, 4/2008, disponible sur : <http://etudes-benthamiennes.revues.org/180>
- LESNE-FERRET M., « La terre et l'appropriation collective : approche historique », in, *Les modèles propriétaires au XXIe siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 129-146.*
- LE TOURNEAU P., « Le droit et l'éthique », in, *Droit et technique : études à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds, Paris : Litec, 2007, pp. 281-312.*
- LICHERE F., « En droit public : équilibre contractuel et intérêt général », in, LARDEUX G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, pp. 82-97.
- LIVET P., « Obligation et théorie des jeux », *Arch. phil. droit*, 2000, n° 44, pp. 163-178.
- LUHMANN N., « Le droit comme système social », *Droit et société*, 1994, n° 11/12, pp. 53-67.
- LUHMANN N., « La restitution du douzième chameau : du sens d'une analyse sociologique du droit », *Droit et Société*, 2001, n° 47, pp. 15-73.
- McFADDEN P. M., « The balancing test », *Boston College Law Review*, 1988, vol. 29, issue 3, n° 3, art. 2, p. 585 et s.
- MACAREL L. A., « Des tribunaux administratifs », *Revue Française*, septembre 1828, p. 58 et s.
- MACKAAY E., « Le droit saisi par le jeu », in, OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Le jeu : un paradigme pour le droit*, Paris : LGDJ, 1992, pp. 81-108.
- MACKAAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, n° 53, pp. 33-50.
- MAGDELAIN A., « Le ius archaïque », in, *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, t. 98, n° 1, 1986, pp. 265-358.
- MALAUURIE P., « La pensée juridique du droit civil au XXe siècle », *JCP éd.G.*, 2001, I, p. 283.
- MALAUURIE Ph., « La jurisprudence combattue par la loi », in, *Mélanges René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 603-620.
- MALLAN C., « Il était une fois la philosophie », *Archives de Philosophie*, 2005/1, tome 68, pp. 107-126.
- MARGUENAUD J.-P., « Les sources possibles d'inspiration – les droits de l'homme », in, LE GAC-PECH S. (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles : Larcier, 2010, pp.79-90.
- MARGOLIN J.-C., « Aequitas, Aequalitas et auctoritas dans la pensée d'Erasmus », in, *Aequitas, aequalitas, auctoritas, actes du colloque international du Centre de recherche en philosophie politique et sociale de l'Université d'Ottawa (1990)*, Paris : J. Vrin, 1992, pp. 33-49.
- MARI E., « Jeremy Bentham : du 'souffle pestilentiel de la fiction' dans le droit, à la théorie du droit comme fiction », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 353-390.

- MARKESINIS B. S., « La notion de considération dans la common law : vieux problèmes ; nouvelles théories », *Revue internationale de droit comparé*, 1983, vol. 35, n° 4, pp. 735-766.
- MARTENS P., « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in, *Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t.1, pp. 49-68.
- MARTIN R., « Les mots du droit et les choses d'ailleurs », *D.* 1999, p. 231 et s.
- MARTINEAU A.-Ch., « La technique du balancement par l'Organe d'appel de l'OMC (études de la justification dans les discours juridiques) », *Revue du droit public*, juillet 2007, n° 4, p. 991 et s.
- MATHEY N., « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », in, *1804-2004 Le Code civil – un passé un présent un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 211-223.
- MATHIEU-IZORCHE M.-L., « L'altérité », in, *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Paris : Société de législation comparée, 2005, pp. 59-74.
- MATHIS Kl., « Consequentialism in Law », in, MATHIS Kl. (dir.), *Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations*, Dordrecht : Springer, 2011, pp. 3-31.
- MATTEI H., « Analyse économique du droit et hégémonie de la pensée juridique américaine : un essai sur l'ascension et la chute du prestige culturel », in, « L'analyse économique du droit des contrats : outil de comparaison, facteur d'harmonisation », actes du colloque organisé par le DESS droit des affaires et fiscalité de Paris I et l'ACE-JA à Paris le 13 mai 2004, GP, mars-avril 2005, pp. 743-749.
- MAURY A., « Remarques sur la psychostasie », *Revue archéologique*, 1846, Année II, partie 2, pp. 707-717.
- MAZEAUD D., « La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises », in, *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris : LexisNexis, 2012, pp. 905-927.
- MAZEAUD A., « Proportionnalité en droit social », in, *Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? »*, LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 64 et s.
- MAZEAUD D., « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in, *Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? »*, LPA, 30 septembre 1998, n° 117, p. 12 et s.
- MBONGO P., « Bentham », LPA, 8 mai 2003, n° 92, pp. 4-10.
- MBONGO P., « Due process of Law et Procès équitable », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2014, n° 44, pp. 49-59.
- MEKKI M., « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in, MAZEAUD D., MOORE B., *Les conflits d'intérêts*, actes du colloque organisé le 20 novembre 2012 par l'Association Henri Capitant et l'équipe de Droit Privé de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Paris : Dalloz, 2013, pp. 3-30.
- MEKKI M., « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in, *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris : LGDJ, 2008, p. 739 et s.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in, *Colloque : « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français »*, LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 70 et s.
- MENAGER L. R., « Nature et mobiles de l'opposition entre la plèbe et le patriarcat », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1972, t. XIX, pp. 369-397.
- MENICHETTI J., « Pierre-Louis Roederer : la science sociale au Conseil d'État. », *Napoleonica. La Revue*, 1/2013, n° 16, pp. 17-48

- MIAILLE M., « La régulation dans les manuels de droit administratif », *Penser la science administrative dans la post-modernité : mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris : LGDJ, 2013, pp. 467-480.
- MICHALET C.-A., « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », in, LOQUIN E., KESSEDJIAN C. (dir.), *La mondialisation du droit, colloque organisé à Dijon les 13, 14 et 15 septembre 1999*, Paris : Litec, Travaux du Credimi, 2000, vol. 19, pp. 12-55.
- MICHAUT F., « Le rôle créateur du juge selon l'école de la ' sociological jurisprudence ' et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC*, 1987, n° 2, pp. 343-371.
- MICHON C., « L'epieikeia aristotélicienne comme correctif de la loi », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2010, vol. 2, pp. 33-49.
- MOLFESSIS N., « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », in, Colloque : « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 21 et s.
- MOOR P., « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in, *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 319-341.
- MOREAU DE BELLAING L., « Le solidarisme et ses commentaires actuels », in, CHEVALLIER J., COCHART D., HAROCHE Cl. et al., *La solidarité un sentiment républicain, actes du colloque tenu le 25 octobre 1991 à Amiens, organisé par le CURAPP et l' Université de Paris 7*, Paris : PUF, 1992, pp. 85-99.
- MORVAN P., « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007, p. 835 et s.
- MOULY J., MARGUENAUD J.-P., « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.* 2005, p. 36 et s.
- NADER L., STARR J., « Is Equity Universal ? », in, NEWMAN R. A. (dir.), *Equity in the world's legal systems*, Bruxelles : Bruylant, 1973, pp. 126-137.
- NAIM-GESBERT E., « Le contrôle de proportionnalité du juge administratif en droit de l'environnement », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 54 et s.
- NAPOLI P., « Qu'est-ce qu'une mesure de police ? », janvier 2003, disponible sur : <http://multitudes.samizdat.net/Qu'est-ce qu'une mesure de police ?>
- NAPOLI P., « Le discours de la police et de l'arithmétique politique (XVIe-XVIIIe siècle) », in, CAILLE A., LAZZERI Ch., SENELLART M., *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, Paris : La Découverte, 2001, pp. 281-292.
- NAPOLI P., « ' Police ' et ' Polizei ' : deux notions à l'âge libéral », in, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, actes du colloque des 8 et 9 décembre 1995, organisé à la Faculté de Strasbourg : Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, 1997, pp. 79-101.
- NERON S., « Le standard juridique, un instrument juridique complexe », *JCP éd. G.*, 19 Septembre 2011, n° 38, 1003.
- NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en ' droit civil ' », *RIDC*, avril-juin 1964, vol. 16, n° 2, pp. 289-295.
- NIORT J.-Fr., « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ*, 1994-3, pp. 773-794.
- NIORT J.-Fr., « Droit, économie et libéralisme dans l'esprit du Code Napoléon », *Arch. phil. droit*, 1992, n° 37, pp. 101-120.
- NIVET F., « Equité et légalité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 157-193.

NOUVEL Y.. « L'unité du système commercial multilatéral », *Annuaire français de droit international*, 2000, vol. 46, pp. 654-670.

OLECK H. L., « Historical Nature of Equity Jurisprudence », *Fordham Law Review*, 1951, n° 20, p. 23 et s., disponible sur : <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol20/iss1/2>

OLSZAK N., « L'utilisation politique du droit des obligations dans la pensée de la belle époque », *RRJ*, 1995-1, pp. 31-43.

OPPETIT B., « Droit et économie », *Arch. phil. droit*, n° 37, 1992, pp. 17-26.

OPPETIT B., « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in, *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris : Litec, 1990, pp. 317-330.

OST F., « L'amour de la loi parfaite », in, BOULAD-AYOUB J., MELKEVIK B. et ROBERT P. (dir.), *L'amour des lois*, Laval : L'harmattan, 1996, pp. 53-77.

OST Fr., « Le juste milieu, in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), pour une approche dialectique du rapport homme – nature », *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 13-73.

OST F., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in, BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, pp. 241-272.

OST Fr., « Droit et intérêt », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 197 p.

OST Fr., « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 163-230.

OST Fr., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1-70.

PAQUES M., « Propriété, équilibre et valeurs », in, *Mélanges en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2007, pp. 1137-1151.

PARIS C. C., « Le juste, le juge et l'arbitre dans la philosophie politique aristotélicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, pp. 11-32.

PATAULT A.-M., « Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République », *Revue historique de droit français et étranger*, 1977, pp. 239-256.

PATTERSON W., « La philosophie du droit en Amérique », *RTD civ.*, 1930, pp. 973-998.

PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, 215 p.

PELLE S., « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011, p. 1230 et s.

PEPPE L., « La complexité juridique et sociale du mot dignitas », in, *Obligations, procès et droit savant*, Mélanges en hommage à Jean Beauchard, Paris : LGDJ, 2013, pp.491-523.

PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », *Arch. phil. droit*, 1972, n° 17, pp. 29-37.

PHILIPPE X., « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, actes de colloque », LPA, 5 mars 2009 n° 46, p. 6 et s.

PIAGET J., « Les relations entre la morale et le droit », in, *Etudes sociologiques*, 2<sup>e</sup> éd., Genève : Droz, 1965, pp. 172-203.

PICARD E., « Le ou les jusnaturalismes ? », in, ROUSSEAU D., VIALA A. (dir.), *Le droit, de quelle nature ?*, actes du colloque organisé les 8 et 9 mars 2007 à Montpellier (C.E.R.C.O.P.), Paris : Montchrestien, 2010, pp. 23-80.

PIERI G., « Ius et iurisprudentia », *Arch. phil. droit*, 1986, n° 30, pp. 53-60.

PIERRE N., « François Géný et la responsabilité civile : le droit-science et le sens de l'histoire », in, CACHARD O., LICARI F.-X., LORMANT F., (dir.), *La pensée de François Géný*, actes du colloque international des 21 et 22 octobre 2011 de Nancy-Metz, Paris : Dalloz, 2013, pp. 154-171.

PIKEL L. O., « Common Law and Conscience in the ancient Court of Chancery », in, *Select Essays in anglo-american legal history*, Boston : Little Brown, 1906, pp. 722-737.

PIMONT S., « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.*, 2009, p. 417 et s.

PINELLI C., « ‘ Gouvernement des juges ’, petite histoire du terme », disponible sur :

[http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13\\_gouvernement.pdf](http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/13_gouvernement.pdf)

PLOUFFE J., VALLET E., « Les commissions du Congrès », in, GAGNON Fr. (dir.), *Le Congrès des Etats-Unis*, Paris : PUQ, 2006, pp. 127-152.

POLIN R., « Économie et politique au XVII<sup>e</sup> siècle : l' ‘ Oceana ’ de James Harrington », *Revue française de science politique*, 1952, n° 1, pp. 24-41.

PREMONT M.-Cl., « François Géný et les enjeux de la responsabilité civile », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), *François Géný, mythes et réalités*, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 101-160.

PUIG P., « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », in, *Colloque : « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français »*, LPA, 5 mars 2009, p. 93 et s.

PUIGELIER C., « Le droit est-il bergsonien ? », in, PUIGELIER C., SAINT-SERNIN B. (dir.), *Le droit à la lumière de Bergson : mémoire et évolution*, Paris : Panthéon-Assas, 2013, pp. 101-121.

PULIDO C. B., « The Rationality of Balancing, *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie* », 2006, n° 2, p. 92 et s., disponible sur : [http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/bernal\\_rationality\\_of\\_balancing.pdf](http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bernal_rationality_of_balancing.pdf)

RABBI-BALDI CABANILLAS R., « Michel Villey et la question des droits de l'homme », in, *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 157-175.

RADBRUCH G., « La théorie anglo-américaine du droit vue par un juriste du continent », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1936, pp. 29-45.

RAISER Th., « Les relations entre la sociologie du droit et les sciences juridiques », *Droit et société*, n° 11-12, 1989, pp. 117-132.

RAMPAZZO N., « Critique de la lecture villeyenne du droit romain », in, DELSOL C., BAUZON S. (dir.), *Michel Villey le juste partage*, Paris : Dalloz, 2007, p. 115 et s.

RAMPENBERG R.-M., « Pérennité et évolution des res incorporeales après le droit romain », Arch. phil. droit, n° 43, 1999, pp. 35-43.

RAPP L., L'avenir de la régulation, RLDI, juin 2006, n° 16, pp. 51-56.

RAVANAS J., « Le contrôle de conventionalité, exercé par la Cour de cassation, d'une mesure judiciaire ordonnée au titre de l'article 9 alinéa 2 du code civil », D. 2001, p. 1571 et s.

RAYNAUD Ph., « L'équité dans la philosophie politique », in, Egalité et équité – Antagonisme ou complémentarité ?, actes du colloque organisé par le CERAP le 13 novembre 1997 à Paris, Paris : Economica, 1999, pp. 3-12.

RAYNAUD Ph., « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris : LGDJ, 2001, pp. 5-16.

RAYNAUD Ph., « L'équité shakespearienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2010, vol. 2, pp. 49-57.

REALE M., « La situation actuelle de la théorie tridimensionnelle du droit », Arch. phil. droit, n° 32, 1987, pp. 369-384.

REIMANN M., « Droit positif et culture juridique - L'américanisation du droit européen par réception », Arch. phil. droit, n° 45, 2001, pp. 61-75.

REMY P., « Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand », Droit social, 2008, n° 4, p. 902 et s.

REMY P., « Planiol : un civiliste à la Belle Epoque », RTD civ., 2002, p. 31 et s.

REMY P., « Eloge de l'exégèse », Droits, 1985, n° 1, pp. 115-123.

REGNIER P., « Les contradictions littéraires d'un révolutionnaire : Proudhon », Littérature, n° 24, 1976, pp. 63-82.

RENAUT A., « Les positivismes et le droit : du positivisme philosophique au positivisme juridique », *Cahiers de philosophie politique et juridique d l'université de Caen*, 1998, n° 13, pp. 9-22.

RENOUX-ZAGAME M.-F., « Le ' royaume de la loi ' : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », Justices, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 17-38.

RENOUX-ZAGAME M.-F., « Du droit de Dieu au droit de l'homme : sur les origines théologiques du concept moderne de propriété », Droits, 1985, n° 1, pp. 17-31.

RETTNERER D., « La restauration de l'équilibre des relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs dans la grande distribution », D. 2003, p. 1210 et s.

RIGAUD L., « A propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », RIDC, juillet-septembre 1963, vol. 15, n° 3, pp. 557-567.

RIGAUX Fr., « Le juge, arbitre de la certitude du droit », in, MACKAAY E. (dir.), *Les certitudes du droit – Certainty and the Law*, Montréal : Themis, 2004, pp. 17-55.

RIGAUX Fr., « Les paradoxes de la protection de la vie privée », in, TABATONI P. (dir.), *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, t.1, Paris : Puf, 2000, pp. 38-48.

RIGAUX Fr., « La liberté de la vie privée », RIDC, juillet-septembre 1991, vol. 43, n° 3, pp. 539-563.

RIGAUX Fr., « La liberté d'expression et ses limites », RTDH, 1995, pp. 401-415.

- RIGOTTI F., « La théorie politique et ses métaphores », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1990, tome 68, fascicule 3, pp. 548-564.
- RISTOPH A., « Proportionality as a Principle of Limited Government », *Duke Law Journal*, 2005, n° 55, pp. 263-331.
- RIVERO J., « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final », *RIDC*, 1989, vol. 41, n° 4, pp. 919-926.
- RIVERO J., « Apologie pour les ‘ faiseurs de systèmes ‘ », *D. 1851*, chr. 23, p. 99 et s.
- ROBAYE R., « Du ‘ dominium ex iure Quiritium ’ à la propriété du Code civil des Français », *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 1997, XLIV, pp. 311-332.
- ROBERT Ch.-N., « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 53-64.
- ROLLAND L., « Les abstractions logiques et les pratiques juridiques comme sources de droit », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), *François Génys, mythes et réalités*, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 161-178.
- ROLLAND P., « Un ‘ cardinal vert ’ Raymond Saleilles », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2008/2, n° 28, p. 273-305.
- ROMEYER-DHERBEY G., « L'un et l'autre dans la cité d'Aristote », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2005/2, t. 130, n° 1, p. 191-202.
- ROMEYER-DHERBEY G., « Chose, cause et œuvre chez Aristote », *Arch. phil. droit*, 1979, n° 24, pp. 127-137.
- ROTONDI M., « Considérations sur la fonction de l'équité dans un système de droit positif écrit », in, *Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : Pedone, 1974, t.1, pp. 42-57.
- ROUHETTE G., « Rapport français », in, *Le contrat aujourd'hui – comparaisons franco-anglaises*, Paris : LGDJ, 1987, pp. 27-55.
- ROSSETTI M., « L'indemnisation du préjudice corporel et l'équité : les “racines communes” des réglementations européennes », 2006, disponible sur : [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2006\\_55/droit\\_europeen\\_marco\\_rossetti\\_9659.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/droit_europeen_marco_rossetti_9659.html), 44 p.
- SAKELLARIDOU M., « La généalogie de la proportionnalité, VIIe congrès mondial de l'association internationale de droit constitutionnel », Athènes, 11-15 juin 2007, atelier 15 : Equilibre et proportionnalité dans l'interprétation des constitutions, disponible sur [http://www.enelsyn.gr/fr/workshops/workshop15\(fr\).htm](http://www.enelsyn.gr/fr/workshops/workshop15(fr).htm)
- SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 109-122.
- SALAS D., « Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou », in, BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris : Esprit, 1991, pp. 193-214.
- SALEILLES R., « La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieur du Canada », *RTD civ.*, 1911, pp. 23-59.
- SALEILLES R., « Le Code civil et la méthode historique », in, *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, Paris : A. Rousseau, Tome 1, 1904, p. 114 et s.
- SCHAEGIS C., « La fonction rhétorique de l'équité, in, *Egalité et équité – Antagonisme ou complémentarité ?* », actes du colloque organisé par le CERAP le 13 novembre 1997 à Paris, Paris : Economica, 1999, pp. 13-21.

SCHLINK B., « Proportionality in constitutional law : why everywhere but here ? », *Duke journal of comparative & international law*, 2012, vol. 22, pp. 291-302.

SCHMIDT-ASSMANN E., « Les influences réciproques entre les droits administratifs nationaux et le droit administratif européen », *AJDA*, juin 1996, n° HS, p. 156 et s.

SCHMITT A., « Le pragmatisme : une idée américaine », *Revue française d'études américaines*, 2010/2, n° 124, pp. 3-10.

SCHULTZ T., « Pesée d'intérêts : réflexions autour de la notion d'intérêt », *Dirritto & questioni pubbliche*, 2003, n° 3, pp. 299-313.

SEFTON-GREEN S., « Les genèses de l'équité dans le common law », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, pp. 65-77.

SEILLER B., « Bilan, balance des intérêts, adéquation, proportionnalité... », *JCP éd. Administrations et collectivités territoriales*, 24 septembre 2012, n° 38, p. 2316 et s.

SEHELLART M., « La science de la police et l'Etat de bien-être (Wohlfahrtsstaat) en Allemagne », in, CAILLE A., LAZZERI Ch., SEHELLART M. (dir.), *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, Paris : La Découverte, 2001, pp. 473-483.

SERMET L., « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme : Présentation générale », in, Colloque : « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 26 et s.

SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : Présentation générale », in, Colloque : « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 86 et s.

SEUBE J.-B., « Le droit civil hors le Code civil – Le droit des biens hors le Code civil », *LPA*, 2005, n° 118, p. 4 et s.

SEVE R., « Droit et économie : quatre paradigmes », *Arch. phil. droit*, 1992, n° 37, pp. 63-68.

SEVE R., « La métaphysique et l'utilitarisme », *Arch. phil. droit*, 1991, n° 36, pp. 155-166.

SEVE R., « Bentham le grec ? Bentham le moderne ? », in, GERARD Ph., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 255-277.

SEVE R., « L'utilitarisme comme philosophie de l'avenir », in, *Le droit et le futur, actes du IIIe colloque de l'Association française de philosophie du droit, tenu à l'Université Paris II les 4 et 5 novembre 1983*, Paris : PUF, 1985, pp. 50-62.

SHAKANKIRI M. E., « Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart », *Arch. phil. droit*, n° 15, 1970, pp. 113-149.

SIGOT N., « ' Be quiet ', mais modérément : le rôle de l'État dans la pensée économique de Jeremy Bentham », *Revue économique*, 1993, vol. 44, n° 1, pp. 23-50.

SIMLER P., « L'équilibre du contrat en droit du crédit », in, LARDEUX G. (dir.), *L'équilibre du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2012, pp. 15-26.

SIMON D., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français », *actes de colloque*, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 17 et s.

- SOUBOUBBOTNIK M., « Le tissu de la fiction : approche de Bentham », *Revue du Littoral*, 10/1992, n° 36, pp. 65-81.
- SOURIOUX J.-L., « Le concept d'intersubjectivité au prisme du vocabulaire juridique », in, *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel - Le droit entre autonomie et ouverture*, Bruxelles : Larcier, 2013, pp. 470-476.
- SOURIOUX J.-L., « Genèse de l'équité en droit français », in, *L'équité ou les équités*, Paris : Société de législation comparée, 2004, pp. 9-15.
- SPECTOR H., « Value Pluralism and the Two Concepts of Rights », *Rationality, Markets and Morals Journal*, 2009, vol. 0, pp. 355-371.
- SPENCE G., « The history of the court of Chancery », in, *Select Essays in anglo-american legal history*, Boston : Little Brown, 1906, pp. 219-255.
- STEINER Ph., « Caméralisme et économie politique en Allemagne », *Revue économique*, 1990, vol. 41, n°6, pp. 1081-1086.
- STROWEL A., « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit – autour de Bentham et Posner », *Arch. phil. droit*, 1992, n° 37, pp. 143-172.
- STROWEL A., « Analyse et utilitarisme dans les pensées juridiques de Bentham et de Hart », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles : Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 301-352.
- SULTANY N., « The Legacy of Justice Aharon Barak: A Critical Review », *Harvard International Law Journal Online*, 2007, vol. 48, pp. 83-92.
- SUPIOT A., « Pourquoi un droit du travail ? », *Droit social*, 1990, p. 485 et s.
- SWEET A. S., MATHEWS J., « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, paper 14, 2008, disponible sur : [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/14](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14)
- SWEET A. S., MATHEWS J., « All things in proportion? American rights review and the problem of balancing », *Emory law journal*, vol. 60, 2011, p. 102 et s.
- TANCELIN M., « Pour en finir avec le mythe de la modernité de Gény », in, THOMASSET C., VANDERLINDEN J., JESTAZ P. (dir.), *François Gény, mythes et réalités*, Cowansville : Y. Blais ; Paris : Dalloz ; Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 373-380.
- TERRE D., « Le pluralisme et le droit », *Arch. phil. droit*, 2005, n° 49, pp. 68-83.
- TERRE F., « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G*, 15 juin 2009, p. 52 et s.
- TERRE F., « Réflexions sur un couple instable : équité et égalité », *Arch. phil. droit*, 2008, n° 51, pp. 21-27.
- TERRE F., « Variation de sociologie juridique sur les biens », *Arch. phil. droit*, 1979, n° 24, pp. 17-29.
- TERRE F., « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Revue de droit d'Assas*, févr. 2011, n° 3, p. 38 et s.
- TERRE F., SEVE R., « Droit », *Arch. phil. droit*, 1990, n° 35, pp. 43-57.
- TESTU F. X., « Les glossateurs », *RTD civ.*, 1993, p. 279 et s.
- THERY R., « Puniton et vengeance », in, PUIGELIER C., TERRE Fr. (dir.), *La vengeance*, Paris : Panthéon-Assas éd., 2011, pp. 185-199.

- THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, pp. 357-385.
- THIREAU J.-L., « La doctrine avant le Code civil », in, *La doctrine juridique*, Paris : PUF, 1993, pp. 13-51.
- THIREAU J.-L., « Cicéron et le droit naturel au XVI<sup>e</sup> siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de science juridique*, 1987, n° 4, pp. 55-85.
- THOMAS P., « Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1901, pp. 541-584.
- THOMAS Y., « Res, chose et patrimoine », *Arch. phil. droit*, 1980, n° 25, pp. 413-426.
- THROSBY D., « Economic analysis of artist's behaviour : some current issues », *Revue d'économie politique*, 2010/1, vol. 120, pp. 47-56.
- TIMSIT G., « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, XXXVIII-117, 2000, pp. 83-94.
- TISSIER A., « Le code civil et les classes ouvrières », in, *Le Code civil 1804-1904 : livre du Centenaire*, t.1, Paris : A. Rousseau, 1904, pp. 71-91.
- TITRIGA R., « The 'jurisprudence of interests' (Interessenjurisprudenz) from Germany : History, Accomplishments, Evaluation », *International Journal of Law, Language and Discourse*, vol. 3, n° 1, 2013, pp. 55-78.
- TORRE-SCHAUB M., « Liberté de commerce et libre concurrence », in, STANZIANI A. (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit*, Paris : LGDJ, 2007, pp. 213-222.
- TREMBLAY L., « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », in, TREMBLAY L., WEBBER G., *La limitation des droits de la Charte : essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal : Thémis, 2009, pp. 77-114.
- TREMORIN Y., « Propriété, nature et dénaturation : prolégomènes a un examen du statut de la propriété foncière en droit de l'environnement », in, *Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle, actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, pp. 107-128.*
- TRIANANTAPHYLLOPOULOS J., « Aristotle's equity », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 12-22.
- TRUCHOT L., « L'équité dans le jugement en droit communautaire », in, PAVIA M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement, actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000*, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 29-39.
- TRUYOL Y SERRA A., « John Austin et la philosophie du droit », *Arch. phil. droit*, n° 15, 1970, pp. 151-163.
- TUNC A., « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, janvier/mars 1998, n° 9, pp. 123-131.
- TUNC A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in, *L'hypothèse du non-droit*, XXX<sup>e</sup> séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Marcinelle : Nouvelle Maison d'Édition, 1978, pp. 281-299.
- TUNC A., « Les tendances récentes de la Cour Suprême des États-Unis en matière de libertés publiques », *Revue de droit public et de science politique*, 1952, pp. 421-442.

TUSSEAU G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle', RFDA, 2009, p. 641 et s.

TUSSEAU G., « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, pp. 408-431.

TZITZIS St., « Le juge dans la cité à travers la philosophie politique d'Aristote », *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, décembre 2012, n° 4, pp. 15-30, disponible sur : <http://www.eumed.net/rev/rehipip/04/st.pdf>.

TZITZIS St., « Proudhon et Jésus », in, Pierre Joseph Proudhon - *L'ordre dans l'anarchie* », actes du colloque organisé le 7 mai 2009 par le Centre de Recherches Hannah Arendt, Paris : Editions Cujas, 2009, pp. 157-171.

TZITZIS St., « De la justice hellénique aux Droits de l'Homme de la révolution française », *Arch. phil. droit*, n° 36, 1991, pp. 241-252.

VALLANÇON F., « Loi naturelle et droit naturel », in, Michel Villey le juste partage, Paris : Dalloz, 2007, pp. 65-75.

VALLANÇON Fr., « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *Civitas*, n° 8, mars 2003, disponible sur : <http://www.civitas-institut.com/content/view/6/110/>

VAN COMPERNOLLE J., « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles : Bruylant, 1993, pp. 495-506.

VAN DE KERCHOVE M., « Bentham et Kelsen », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2012/2, vol. 69, pp. 106-120.

VAN DROOGHENBROECK S., « Le temps, la proportionnalité et le juge européen des droits de l'Homme », in, GERARD P., OST Fr., VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaire Saint-Louis, 2000, pp. 335-394.

VERGARA F., « Utilitarisme et hédonisme », *Economies et sociétés*, 10/1995, pp. 31-60.

VILLEY M., « Signification philosophique du droit romain », *Arch. phil. droit*, n° 26, 1981, pp. 381-393.

VILLEY M., « Préface historique », *Arch. phil. droit*, n° 26, 1981, pp. 1-10.

VILLEY M., « La justice harmonique selon Bodin », *Arch. phil. droit*, n° 15, 1970, pp. 301-315.

VILLEY M., « François Géný et la renaissance du droit naturel », in, *Le centenaire du doyen François Géný, recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962*, Paris : Dalloz, 1963, pp. 39-56.

VILLEY M., « une définition du droit », *Arch. phil. droit*, n° 4, 1959, p. 47 et s.

VILLEY M., « Les origines de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. droit*, n° 2, 1953-1954, pp. 163-187.

VILLEY M., « Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité », *Revue historique de droit français et étranger*, 1953, pp. 475-497.

VILLEY M., « Logique d'Aristote et droit romain », *Revue historique de droit français et étranger*, 1951, pp. 309-328.

VILLEY M., « Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne », in, *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Paris : Sirey, 1950, pp. 187-225.

- VILLEY M., « L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains », *Revue historique de droit français et étranger*, 1946-1947, pp. 201-227.
- VLACHOS G., « Thémis et Nomos », *Arch. phil. droit*, n° 19, 1974, pp. 318-338.
- VLASTOS G., « Isonomia, The American journal of Philology », vol. 74, n° 4, 1953, pp. 337-366.
- VLASTOS G., « Equality and Justice in Early Greek Cosmologies », *Classical Philology*, vol. 42, n° 3, Juillet 1947, pp. 156-178.
- VOLOKHINE Y., « Le dieu Thot et la parole », *Revue de l'histoire des religions*, t. 221, n° 2, 2004, pp. 131-156.
- VULLIERME J-L., « La chose, (le bien) et la métaphysique », *Arch. phil. droit*, n° 24, 1979, pp. 31-53.
- VULLIERME J-L., « Droit et poésie – Enquête sur les fondements ontologiques du juste et de l'utile », *Arch. phil. droit*, n° 36, 1991, pp. 11-33.
- WALLACE-HADRILL A., « The emperor and his virtues », *Historia*, vol. 30, n° 3, 1981, pp. 298-323.
- WALTER Ch., « L'équité en droit constitutionnel allemand », in, PAVIA A M.-L. (dir.), *L'équité dans le jugement*, actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP, les 3 et 4 novembre 2000, Paris : L'Harmattan, 2003, pp. 55-71.
- WARUSFEL B., « La propriété intellectuelle comme politique publique », in, *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé – Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris : Lexisnexus, 2014, pp. 391-410.
- WARUSFEL B., CONAN M., THOMAS-TUAL B., « Les transformations du droit public », actes de la journée d'études organisée le 20 juin 2008 à Brest, Paris : La mémoire du Droit, 2010, pp. 161-212.
- WASSERSTROM R., « Equity in the Philosophy of Law », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 163-178.
- WATSON A., « Equity in time of Cicero », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 23-28.
- WEBER G., « Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, n° 1, 2010, pp. 179-202.
- WEIRICH P., « Auguste Comte, John Stuart Mill et l'économie politique », *Bulletin de la Société Américaine de Philosophie de Langue Française*, vol. 8, n° 1, 1996, pp. 40-53.
- WHITMAN J. Q., « Ihering parmi les Français, 1870-1918 », in, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Actes du colloque des 8 et 9 décembre 1995, organisé à la Faculté de Strasbourg : *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, 1997, pp. 151-164.
- WINKEL L., « Le droit romain et la philosophie du droit grecque, quelques problèmes de méthode », *Revue d'histoire du droit*, 1997, pp. 373-384.
- WINKEL L., « L'histoire du droit, exemple d'une science interdisciplinaire », in, *La frontière des origines à nos jours*, actes des journées de la Société internationale d'Histoire du droit, tenues à Bayonne, les 15, 16, 17 mai 1997, Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 1998, pp. 125-138.
- WOLOWSKI L., « Bulletin législatif », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1839, t. 10, p. 209 et s.

WOTLING P., « Quand la puissance fait preuve d'esprit – Origine et logique de la justice selon Nietzsche », in, WOTLING P. (dir.), *La justice*, Paris : Vrin, 2007, pp. 113-140.

WÜRTENBERGER Th., « L'Etat de droit avant 'l'Etat de droit' », in, JOUJOUAN O. (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 79-100.

WÜRTENBERGER Th., NEIDHARDT St., « Distance et rapprochement entre le droit administratif allemand et le droit administratif français », 16 p., disponible sur : [http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/thomas\\_wurterberger.pdf](http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/thomas_wurterberger.pdf)

XIFARAS M., « Fictions juridiques », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 3, n° 2011, p. 451-510.

XIFARAS M., « Y a-t-il une théorie de la propriété chez Pierre-Joseph Proudhon ? », *Corpus revue philosophique*, n° 47, 2004, pp. 229-282.

XIFARAS M., « Introduction », in, XIFARAS M. (dir.), *Généalogie des savoirs juridiques contemporains*, Bruxelles : Bruylant, 2007, pp. 1-14.

XYNOPOULOS G., « Réflexions sur le contrôle de proportionnalité en Europe continentale et en Grèce », in, *Mélanges en l'honneur d'Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, pp. 461-545

ZAKI M. S., « Définir l'équité », *Arch. phil. droit*, n° 35, 1990, pp. 87-118.

ZATTARA-GROS A.-Fr., « Le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH en matière de droit de propriété », in, « Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, actes de colloque », *LPA*, 5 mars 2009 n° 46, p. 32 et s.

ZENATI Fr., « Le droit et l'économie au-delà de Marx », *Arch. phil. droit*, n° 37, 1992, pp. 121-131.

ZENATI Fr., « Le juge et l'équité », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, 1985, n° 4, p. 88 et s.

ZIEGLER K.-H., « Aequitas in Roman International Law », in, RABELLO M. A. (dir.), *Aequitas and equity*, Jerusalem : Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, the Hebrew University of Jerusalem, 1993, pp. 48-63.

ZILLER J., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, juin 1996, n° HS, pp. 185-188.

ZIMMER W., « Une conception organiciste de l'Etat de droit : Otto Bähr et Otto von Gierke », in, JOUJOUAN O. (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 219-234.

ZOLLER E., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'Etat », *Arch. phil. droit*, n° 49, 2005, pp. 109-122.

ZWAETHOED D., « Volonté et biens : la perspective des théories de la justice distributive », in, STRICKLER Y., SIIRIAINEN F. (dir.), *Volonté et biens*, Paris : L'Harmattan, 2013, p. 71-92.

## **VI. ACTES DE COLLOQUES**

BUYDENS M., DUSOLLIER S. (dir.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, actes du colloque organisé par l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 avril 2006, Bruxelles : Bruylant, 2008, 296 p.

BRUGUIERE J.-M., (dir.), *La propriété intellectuelle entre autres droits*, colloque organisé le 19 novembre 2008 à Grenoble par le CUERPI, Paris : Dalloz, 2009, 139 p.

BRUGUIERE J.-M., MALLET-POUJOL N., ROBIN A. (dir.), *Propriété intellectuelle et droit commun*, séminaire organisé à Montpellier par l'ERCIM, Aix-en-Provence : PUAM, 2007, 400 p.

CHAMOIX J.-P. (dir.), *L'appropriation de l'information*, séminaire organisé par l'Association Droit et informatique du 12 au 14 novembre 1984 à Paris, Paris : Librairies techniques, 1986, 184 p.

LUCAS A., SIRINELLI P., BENSAMOUN A. (dir.), *Les exceptions au droit d'auteur*, actes du colloque du 21 mars 2011 à Paris organisé par l'AFPIDA, Paris : Dalloz, 2012, 166 p.

MACKAAY E. (dir.), *Nouvelles technologies et propriété*, actes du colloque tenu à Montréal les 9 et 10 novembre 1989, Montréal : Thémis, 1991, 249 p.

STRICKLER Y., SIIRIAINEN F. (dir.), *Volonté et biens : regards croisés*, actes du colloque tenu à Nice les 14 et 15 décembre 2012 organisé par le CERDP, Paris : L'Harmattan, 2013, 345 p.

STROWEL A., TRIAILLE J.-P. (dir.), *Google et les nouveaux services en ligne*, Bruxelles : Larcier, 2008, 267 p.

VIVANT M. (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, actes du colloque organisé par l'ERCIM les 27 et 28 juin 2002 à Montpellier, Paris : Dalloz, 2004, 185 p.

*Les modèles propriétaires au XXI<sup>e</sup> siècle : actes du colloque international des 10 et 11 décembre 2009 à la Faculté de droit de Poitiers, en hommage au professeur Henri-Jacques Lucas organisé par le CECOJI, Poitiers : Presses universitaires juridiques ; Paris : LJDJ, 2012, 254 p.*

*Contrefaçon et Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le WEB 2.0*, actes du colloque organisé par l'IRPI à Paris le 27 octobre 2008, Paris : Litec, 2009, 211 p.

*La propriété intellectuelle en question(s) : regards croisés européens*, actes du colloque organisé par l'IRPI à Nantes les 16 et 17 juin 2005, Paris : Litec, 2006, 224 p.

## **VII. REPERTOIRES ET ENCYCLOPEDIES**

ALBIGES Ch., « Equité », Rép. civ. Dalloz, 2009.

ALLEAUME Ch., « Durée de la protection », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1270, 2010.

ARHEL P., « Propriété intellectuelle (OMC) », Rép. droit international Dalloz, 2012.

BENABOU V.-L., « Le processus d'harmonisation communautaire du droit d'auteur », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1840, 2003.

BERGE J.-S., « Nature du droit d'auteur - Objet matériel », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. n° 1130, 2001.

BERNAULT C., « objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. Règles générales », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1135, 2012.

BINCTIN N., « Rémunération pour copie », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc., 1510, 2013.

CASTETS-RENARD C., « Droit d'auteur », Rép. Communautaire Dalloz, 2014.

COURTIEU G., « Droit à réparation – abus de droit. Notion », J.-Cl. Civil Code, fasc. 131-10, 2005.

DAVERAT X., « Droits voisins du droit d'auteur- Nature des droits voisins », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1410, 2008.

GAUDRAT PH., « Objet du droit d'auteur. - Œuvres protégées. - Notion d'œuvre », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, Fasc. 1134, 2014.

GAUDRAT Ph., « Propriété littéraire et artistique (1<sup>o</sup> Propriété des créateurs) », Rép. civ. Dalloz, 2007.

GAUDRAT PH., « Propriété littéraire et artistique (2<sup>o</sup> Droits des exploitants) », Rép. civ. Dalloz, 2007.

GAUDRAT PH., « Droits des auteurs - Droits moraux. Théorie générale du droit moral », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1210, 2001.

LUCAS A., « Droits des auteurs. – Droits patrimoniaux. – Exceptions au droit exclusif », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1248, 2010.

LUCAS -SCHLOETTER A., « Nature du droit d'auteur – Droit d'auteur et droits de la personnalité », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1118, 2008.

MONNIER P., RUIZ FABRI H., « Organisation Mondiale du Commerce – Droit institutionnel », J.-Cl. Droit international, fasc. 130-10, 2009.

PECH L., « Liberté d'expression : aperçus de droit comparé », J.-Cl. Communication, fasc. 1250, 2010.

PFISTER L., « Histoire du droit d'auteur », J.-Cl. Civil Annexes, PLA, fasc. 1110, 2010.

PIN X., « Quasi-contrats – Enrichissement sans cause – Fondements de l'action en restitution de l'enrichissement sans cause », J.-Cl Civil Code, fasc. 10, 2007.

SZYMCZAK D., « Convention européenne des droits de l'homme : application interne », Répertoire de droit européen Dalloz, 2014.

WEISS A. (dir.), *Pandectes françaises – Propriété littéraire, artistique et industrielle*, Paris : Chevallier-Marescq et Plon, 1894.

### **VIII. DICTIONNAIRES ET LEXIQUES**

ALLAND D., RIALS S. (ss la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy, PUF, 2003.

ARABEYRE P., HALPERIN J.-L., KRYNEN J. (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français – XIIIe-XXe siècle*, Paris : PUF, 2007.

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, 1988, 487 p.

BEITONE A., DOLLO C., ALPE Y. et al., *Lexique de sociologie*, Paris : Dalloz, 2010, 425 p.

BERNAULT C., CLAVIER J.-P., *Dictionnaire du droit de la propriété intellectuelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Ellipses, 2015.

BLAY M., *Dictionnaire des concepts philosophiques*, Paris : Larousse, Cnrs, 2013, 879 p.

BREAL M., BAILLY A., *Dictionnaire étymologique latin*, Paris : Hachette, 1885.

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris : PUF, 2004.

CAYLA O., HALPERIN J.-L. (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris : Dalloz, 2008.

CHAGNOLLAUD D., DRAGO G. (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris : Dalloz, 2010.

CHEVALIER J., GHEERBRANT A., *Dictionnaire des symboles*, Paris : Robert Laffont, 1982.

DAREMBERG C, SAGLIO E. (dir.), *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, Paris : Hachette, 1873-1874.

GAFFIOT F., *Dictionnaire Latin-Français*, Paris : Hachette, 1934.

LIDDELL H. G., SCOTT R., A Greek-English Lexicon, révisé et augmenté par Sir Jones H. S. et McKenzie R., Oxford : Clarendon Press, 1940, disponible sur : <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/>

NAY O. (dir.), *Lexique de science politique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 201.

NAZ R. (dir.), *Dictionnaire de droit canonique*, Paris : Letouzey et Ané, 1935-1965.

RAYNAUD P., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 1996.

REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris : Le Robert, 2012.

SILEM A., Albertini J.-M. (dir.), *Lexique d'économie*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz.

VAN LANG A., GONDOUIN G., INSERGUET-BRISSET V., *Dictionnaire de droit administratif*, Paris : Dalloz, 2011.

## **IX. DOCUMENTS, AVIS ET RAPPORTS**

BANGEMANN M. (dir.), *Europe and the global information society*, 26 mai 1994, 32 p.

Cercle de la Librairie, de L'imprimerie et de la Papeterie Française et Commission des Auteurs Compositeurs Dramatiques, *Observations sur les questions de propriété littéraire et artistique*, Paris : Cercle de librairie, 1958, 14 p.

Committee For A Study On Promoting Access To Scientific And Technical Data For The Public Interest et alii., *A Question of Balance : Private Rights and the Public Interest in Scientific and Technical Databases*, Washington : National research Council, 1999, 158 p.

LAKANAL J., « Exposé sommaire des travaux », Paris : Firmin Didot, 1838, 231 p.

LA ROCHEFOUCAULD, « Rapport au Roi », *Thémis*, 1826, t. 8, pp. 93-99.

LE CHAPELIER, I-R-G., « Rapport au nom du comité de constitution, sur la pétition des auteurs dramatiques, dans la séance du jeudi 13 janvier 1791 », Paris : Imprimerie Nationale, 1791, 26 p.

MULLER M. (dir), « Les droit d'auteur », *Rapport du Conseil Economique et Social présenté au nom de la section du cadre de vie*, Paris, 2004.

SIRINELLI P. (dir.), « Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information », *Rapport rendu au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique*, décembre 2014, 87 p.

SIRINELLI P., « Exceptions et limites aux droit d'auteur et droits voisins », in, *Atelier OMPI sur la mise en œuvre du traite de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traite de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 6 et 7 décembre 1999, 48 p. (WCT-WPPT/IMP/1)

TIROLE J., *Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion*, in, *Propriété intellectuelle : Rapports*, Conseil d'Analyse Economique, Paris : La Documentation française, 2003, p. 9 et s.

« Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules, D1 Copyright, juillet 2014, 101 p.

« Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle », COM (2011) 287, 24 mai 2011, 29 p.

« Une stratégie numérique pour l'Europe », COM (2010) 245 final, 19 mai 2010.

« Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future. A reflection Document of DG INFSO and DG MARKT », 22 octobre 2009, disponible sur : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/content\\_online/reflection\\_paper%20web\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/content_online/reflection_paper%20web_en.pdf)

« Livre vert Le droit d’auteur dans l’économie de la connaissance », COM (2008) 466/3, 20 p.

« Follow-up to the Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society », COM (96) 568, final, 20 novembre 1996.

« Livre vert de la Commission européenne du sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information », COM (1995) 382 final, 27 juillet 1995.

« Livre vert sur le droit d’auteur et les droits voisins dans la société de l’information », COM (95) 382 final, 19 juillet 1995.

« Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des Régions », COM (94) 347 final, Bruxelles, le 19 juillet 1994.

« Follow-up to the Green Paper », COM (90) 584 final, 17 janvier 1991.

« Green Paper on copyright and the challenge of technology – Copyright issues requiring immediate action », COM (88) 172, 7 juin 1988, 237 p.

« L'action communautaire dans le secteur culturel - Communication de la Commission au Conseil du 22 novembre 1977 », Bulletin des Communautés européennes Supplément, n° 6/77, 28 p.

REMERCIEMENTS.....	5
SOMMAIRE .....	7
PRINCIPALES ABREVIATIONS .....	9
INTRODUCTION.....	15
A propos du sujet.....	19
A propos de l’objet d’étude.....	21
A propos de la méthode.....	21
A propos des enjeux .....	24
Problématique.....	29

Annonce de plan.....	29
Partie une : Analyse des discours de l'équilibre en droit .....	31
Titre préliminaire : le symbole de la balance .....	37
Chapitre 1 : L'origine égyptienne du symbole.....	41
Chapitre 2 : La diffusion du symbole.....	46
Chapitre 3 : L'instrumentalisation du symbole .....	50
Titre 1 : Le discours ancien de l'équilibre.....	55
Chapitre 1 : Les racines du discours : la philosophie juridique d'Aristote .....	56
Section 1 : Les préalables à la pensée d'Aristote .....	61
I) Le discours de l'« isonomie » .....	61
A) L'acception scientifique de l'isonomie .....	64
1) Isonomie et cosmologie chez Anaximandre de Milet .....	64
2) Isonomie et médecine chez Alcmeon de Croton .....	68
B) L'acception politique de l'isonomie.....	69
1) Le sens originel .....	70
2) Le sens moderne.....	72
II) La réaction platonicienne au discours isonomique .....	74
A) Source de la pensée de Platon : le pythagorisme .....	75
1) Une philosophie du nombre .....	75
2) Prodromes d'une philosophie du droit .....	77
a) Le critère de l'antipeponthos dans les échanges et les rétributions.....	77
b) Le critère de la proportion pour les distributions .....	79
B) L'équilibre platonicien fondé sur l'égalité géométrique .....	83
1) Le principe d'égalité géométrique comme fondement de « l'équilibre platonicien » .....	85
2) La justice constitutive de l'ordre hiérarchique de la cité .....	87
Conclusion de la section une.....	90
Section 2 : L'équilibre dans la pensée juridique d'Aristote .....	91
I) L'identification de l'équilibre par l'étiologie du droit .....	102
A) La cause motrice : le législateur et le juge .....	103
B) La cause matérielle : les rapports entre les personnes relatifs aux biens ...	107
C) La cause formelle : l'égalité .....	108
D) La cause finale : l'équilibre.....	110
1) L'équilibre : approche statique.....	112
2) L'équilibre : approche dynamique .....	114
II) Eprouver l'équilibre à l'aune de la justice aristotélicienne .....	116
A) La fonction constitutive des équilibres de la justice distributive .....	116

1) Les éléments constitutifs de l'équilibre poursuivi.....	117
2) La nature de l'équilibre poursuivi .....	119
B) La fonction correctrice des déséquilibres de la justice commutative .....	119
1) La prévention des déséquilibres lors des échanges volontaires .....	121
2) La correction judiciaire des déséquilibres .....	124
Conclusion de la section deux .....	126
Conclusion du premier chapitre. ....	126
Chapitre 2 : Le discours de l'équilibre à Rome (aequum, aequitas) .....	129
Section 1: Le discours de l'aequum .....	130
I) La formation de la notion d'aequum .....	130
A) La formation du ius civile .....	130
1) Le droit romain archaïque .....	130
2) L'isonomie à la romaine.....	135
a) L'isonomie : réponse à la 'question sociale' romaine .....	135
b) Les effets mitigés de la réponse isonomique.....	137
3) Naissance du ius civile .....	139
B) La réaction au ius civile .....	142
1) Emergence du ius honorarium.....	143
2) La correction de l'« iniquité » du ius civile .....	145
C) Apparition de la notion d'aequum.....	147
1) Premières vues sur l'aequum.....	147
2) Eléments de signification de la notion .....	150
a) Aequum et epieikeia .....	150
b) Aequum et proportionnalité .....	154
II) Les fonctions de la notion d'aequum .....	156
A) Le dépassement du formalisme en droit : illustration à partir des actions in bonum et aequum conceptae .....	156
1) Nature des actions .....	156
2) Finalité des actions : la conciliation des intérêts des parties .....	160
a) Dans l'action iniuria .....	160
b) Dans l'action rei uxoriae .....	161
B) Le dépassement du formalisme dans la science du droit .....	163
1) La fonction critique de « Ius est ars boni et aequi » de Celse .....	164
2) La perte avec Ulpian de la fonction critique de « ius est ars boni et aequi »	167
Conclusion de la section une .....	169
Section 2 : Le discours de l'aequitas .....	170
I) L'aequitas : consécration jusnaturaliste de l'aequum .....	170

A)	Conditions d'apparition de la notion d'aequitas .....	170
1)	Les crises de l'époque tardo-républicaine .....	170
2)	La réception du jusnaturalisme grec.....	171
B)	Apparition de la notion d'aequitas .....	173
II)	L'aequitas dans le discours de Cicéron .....	176
A)	Rôle de l'aequitas dans le projet de Cicéron .....	178
1)	Le projet : fonder le ius civile sur la loi naturelle .....	179
2)	L'aequitas : instrument de liaison entre le ius civile et le droit naturel .	180
3)	Mode de découverte de l'aequitas .....	181
B)	Les fonctions de l'aequitas dans les rapports interindividuels.....	184
1)	La fonction correctrice dans les rapports relatifs aux choses corporelles	186
a)	La nature des rapports consécutifs à la répartition des choses .....	187
i)	La répartition spontanée des choses par l'appropriation privative...	187
ii)	L'altérité relative aux choses corporelle : l'exclusion .....	192
b)	Exercice de la fonction correctrice de l'aequitas.....	193
2)	La fonction constitutive de l'aequitas dans les rapports relatifs aux choses incorporelles .....	195
a)	La nature des rapports consécutifs aux partages des choses incorporelles	195
i)	Les iura, choses incorporelles .....	195
ii)	L'altérité relative aux iura : l'inclusion.....	199
b)	Exercice de la fonction constitutive de l'aequitas .....	201
	Conclusion de la section deux .....	204
	Conclusion du chapitre deux. ....	205
	Chapitre 3 : Les fruits du discours (aequitas, equity, équité).....	206
	Section 1 : Introduction de l'instrument.....	217
I)	Diffusion de l'équité dans divers ordres juridiques .....	219
A)	Réception en droit canonique : l'aequitas canonica .....	219
1)	La distinction initiale entre aequitas et misericordia.....	221
2)	La progressive assimilation de l'aequitas à la misericordia.....	223
B)	Réception en droit anglais : l'Equity.....	224
1)	Fortune et infortune de la Common law.....	225
2)	La réaction contre le formalisme fondée sur la « conscience » .....	229
3)	De la « conscience » à l'« equity ».....	234
C)	Réception en droit français : l'équité .....	238
1)	L'équité à l'époque mérovingienne.....	239
2)	L'équité à l'époque de la formation des Parlements .....	241
II)	Réception de l'équité en doctrine.....	243

A) L'équité chez les médiévistes.....	246
1) L'aequitas chez les glossateurs .....	246
2) L'aequitas chez les post-glossateurs .....	250
B) L'équité chez les auteurs sous l'Ancien Régime .....	252
1) Les Humanistes .....	252
a) Erasme .....	252
b) Budé et Connan .....	254
c) Jean Bodin .....	255
i) La notion d'équité .....	256
ii) Mise en œuvre de l'équité.....	260
2) L'école française classique.....	262
a) Charles Du Moulin .....	262
b) Charondas Le Caron.....	264
c) Jean Domat .....	266
d) Robert-Joseph Pothier .....	272
Conclusion de la section une .....	278
Section 2 : Les fonctions de l'instrument d'équité.....	279
I) La création du droit .....	279
A) L'exemple de l'action de in rem verso en droit romain .....	279
B) Innovations en matière de responsabilité civile sous l'Ancien droit.....	280
C) Innovations en droit anglais .....	282
II) La correction du droit .....	284
A) La correction de la procédure de rescision sous l'Ancien Régime .....	284
B) La correction du droit canonique à travers l'epikie.....	285
Conclusion de la section deux .....	286
Section 3 : les effets critiques du pouvoir d'équité .....	287
I) Le problème épistémologique .....	287
A) La disqualification de l'équité en source de droit .....	290
B) La qualification de l'équité en source de droit.....	293
II) Le problème social .....	294
A) L'équité et l'arbitraire .....	295
B) L'équité et l'insécurité juridique .....	296
III) Le problème politique .....	299
A) La conservation du pouvoir d'équité par les juges.....	301
B) Les réactions du législateur contre le pouvoir d'équité.....	303
1) L'encadrement du pouvoir d'équité .....	303
2) La suppression du pouvoir d'équité .....	307

3) La réservation de l'équité.....	308
a) La réservation subjective.....	309
b) La réservation politique.....	310
Conclusion du chapitre trois.....	313
Conclusion du titre un.....	313
Titre 2 : Le discours moderne de l'équilibre.....	315
Chapitre 1 : Les racines du discours : la philosophie juridique de Jeremy Bentham.....	316
Section 1 : Les conditions d'impossibilité de l'ancien discours de l'équilibre.....	324
I) La critique du langage juridique.....	325
A) La fiction, instrument de domination politique.....	325
B) La critique des fictions juridiques.....	329
1) La fiction en droit.....	329
2) La fiction dans la science du droit.....	332
II) La critique de la pensée d'Aristote.....	336
A) Sur la connaissance.....	340
B) Sur les sciences.....	345
1) Métaphysique/ontologie et physique.....	345
2) Les causes d'Aristote revisitées par Bentham.....	349
C) Sur la méthode dialectique.....	353
Conclusion de la section une.....	356
Section 2 : Les conditions de possibilité d'un nouveau discours de l'équilibre.....	357
I) La balance: instrument au service du principe d'utilité.....	359
A) Recenser les plaisirs et les peines.....	360
B) Le calcul des plaisirs et des peines.....	368
1) L'opération théorique du calcul.....	369
2) Le renoncement au calcul des plaisirs et des peines.....	370
3) La préférence pour d'autres instruments.....	373
C) La « balance » ou « logique » de l'utilité.....	374
II) L'équilibre (ou la maximisation) des intérêts : fonction du droit.....	378
A) Un équilibre artificiel.....	378
1) Eléments de pathologie sociale.....	378
2) L'instrument de l'équilibre : la loi.....	383
B) Illustration par le droit civil.....	385
Conclusion de la section deux.....	388
Conclusion du chapitre.....	389
Chapitre 2 : Le discours doctrinal de l'équilibre au XIXe siècle en Allemagne, aux Etats-Unis et en France.....	390

Section 1 : Le discours de l'équilibre dans l'Ecole du droit libre .....	390
I) Les conditions de formation du discours.....	390
A) Le formalisme conceptuel de la science du droit .....	391
1) Aperçu historique du droit et de la science du droit en Allemagne. ....	391
2) Le développement du conceptualisme dans la science du droit.....	392
B) La réaction au formalisme : la pensée utilitariste de Ihering .....	396
1) Une conception sociologique et positiviste du droit .....	397
a) L'introduction de la cause finale de type benthamienne .....	397
b) Les définitions du droit objectif et du droit subjectif .....	400
i) Le droit objectif.....	401
ii) Le droit subjectif .....	402
2) Les conditions de possibilité du discours de l'équilibre .....	402
a) Définir les conflits d'intérêts comme cause du droit.....	403
b) Définir la conciliation des intérêts comme fonction du droit.....	405
II) L'Interessenabwägung dans l'Ecole du droit libre .....	408
A) Présentation de l'Ecole du droit libre .....	408
1) Les précurseurs.....	409
2) Le droit libre selon Kantorowicz : retour au droit naturel.....	411
3) Les deux variantes de l'Ecole du droit libre.....	414
B) L'équilibre des intérêts dans l'école du droit libre.....	415
1) L'équilibre et l'Interessenjurisprudenz de Heck .....	415
2) L'équilibre et la sociologie juridique d'Ehrlich .....	420
Conclusion de la section une .....	424
Section 2 : Le discours de l'équilibre dans la doctrine américaine .....	425
I) Les conditions de formation du discours.....	426
A) Les particularismes américains .....	426
1) Le modèle judiciaire.....	426
2) Liberté économique dans le mode de pensée américain. ....	428
3) La pensée juridique classique.....	430
B) Les initiateurs du discours.....	432
1) La revalorisation du juge par Gray.....	432
a) Le juge créateur de droit.....	432
b) Les facteurs non-logiques du processus judiciaire .....	434
2) Holmes : géniteur de la Sociological jurisprudence.....	436
a) Ontologie du droit ou la perspective du bad man.....	437
b) Epistémologie du droit : Logique versus Expérience.....	440
c) La contribution au balancing .....	442

II) Le discours du balancing dans la sociological jurisprudence .....	445
A) Le balancing : mode de raisonnement judiciaire selon Cardozo.....	445
1) Les quatre méthodes d'interprétation.....	447
2) Le rôle prépondérant de la méthode de la balance des intérêts.....	448
B) Le balancing : instrument d'ingénierie sociale de Pound .....	450
1) L'équilibre des intérêts : finalité du droit.....	451
2) Moyens d'équilibrer les intérêts.....	454
a) La technique légistique du standard .....	454
b) La contribution de la science du droit .....	456
Conclusion de la section deux .....	459
Section 3 : Le discours de l'équilibre dans la doctrine française.....	459
I) Les conditions de formation du discours de l'équilibre .....	463
A) La question sociale posée au droit.....	463
1) La question sociale .....	463
a) La crise des modèles classiques .....	463
b) Les périls socialiste et marxiste.....	468
2) Les apories du droit civil.....	470
B) La réponse juridique.....	474
1) Le modèle salvateur : la solidarité.....	474
2) Le droit social.....	484
II) Le discours de l'équilibre .....	491
A) L'équilibre dans la pensée juridique en général.....	491
1) L'équilibre dans les discours des modérés.....	491
a) Raymond Saleilles .....	491
b) Louis Josserand .....	494
c) René Demogue .....	497
d) Emmanuel Gounot.....	503
2) L'équilibre dans les discours des radicaux.....	504
a) Pierre-Joseph Proudhon.....	505
b) Georges Gurvitch .....	512
c) Léon Duguit.....	517
d) Maurice Hauriou .....	521
i) Approche liminaire.....	523
ii) Approche épistémologique .....	525
iii) L'objet des équilibres.....	527
B) L'équilibre dans la pensée juridique de Gény en particulier.....	530
1) Les enjeux de la libre recherche scientifique .....	531

a) L'enjeu théorique : mettre un terme à l'exclusivité de la méthode régnante .....	531
b) L'enjeu pratique : recouvrer l'harmonie sociale .....	538
2) L'équilibre dans la libre recherche scientifique .....	545
a) La source de la norme : l'équilibre social .....	547
i) La nature de l'équilibre social.....	548
ii) La découverte de l'équilibre social .....	554
b) La méthode de formation de la norme : l'équilibre des intérêts.....	555
c) Les résultats : les principes d'équilibre .....	561
i) La nature des principes.....	563
ii) La fonction des principes .....	564
Conclusion de la section trois.....	566
Conclusion du chapitre deux .....	566
Chapitre 3 : Les fruits du discours : La balance des intérêts et la proportionnalité .....	569
Section 1 : La formation de la balance des intérêts et de la proportionnalité .....	570
I) Introduction des instruments .....	570
A) L'Interessenabwägung et le principe de proportionnalité en Allemagne... 571	
1) L'instrument de l'Interessenabwägung en droit privé.....	571
a) Apparition de la méthode d'Interessenabwägung .....	571
b) Illustrations de l'application de l'Interessenabwägung .....	573
2) L'instrument de la proportionnalité en droit public .....	576
a) Les origines de la proportionnalité en Allemagne.....	576
i) Les racines de la proportionnalité : Polizeistaat et Rechtsstaat.....	577
a. L'Etat de police (Polizeistaat).....	577
1. Introduction du pouvoir de police en Allemagne .....	577
2. Justification philosophique de l'Etat de police.....	581
3. L'exercice du pouvoir de police .....	583
4. Les rapports entre la police et le droit .....	587
b. L'Etat de droit.....	589
ii) Les conditions de formation du principe de proportionnalité .....	593
iii) La formation du principe de proportionnalité .....	599
b) Fondement de la proportionnalité .....	604
i) Proportionnalité moderne et droit naturel ancien.....	604
a. Une approche essentialiste de la proportionnalité .....	604
b. Démythification de la proportionnalité.....	608
1. Absence de lien historique entre les proportionnalités aristotélicienne et moderne .....	609

2.	Correspondance entre la logique ancienne et la logique moderne de la proportionnalité .....	617
ii)	Proportionnalité et utilitarisme.....	620
a.	Proportionnalité et Interessenjurisprudenz .....	620
b.	La proportionnalité expliquée par l'utilitarisme .....	623
1.	La rhétorique des droits de l'homme .....	623
2.	La relecture utilitariste .....	627
B)	Le balancing of interest test aux Etats-Unis.....	631
1)	Le discours du balancing : instrument de critique contre le gouvernement des juges .....	632
a)	Le gouvernement des juges sous l'ère Lochner .....	632
b)	L'emploi progressif du balancing par les juges .....	639
i)	L'influence de la Sociological jurisprudence.....	639
ii)	L'enjeu du balancing : la controverse du due process of law .....	643
2)	La méthode du balancing : instrument de déférence judiciaire à l'égard du législateur .....	647
a)	Prodromes du balancing test.....	648
b)	Apparition du balancing test .....	652
C)	L'équilibre des intérêts en France : rejet du droit privé et prédisposition du droit public .....	658
1)	Le rejet en droit privé .....	658
a)	Le déni traditionnel de la conciliation .....	658
b)	Les obstacles posés par la doctrine .....	665
i)	Les traités doctrinaux .....	666
ii)	La doctrine conservatrice de Ripert .....	667
c)	La préférence jurisprudentielle pour la théorie de l'abus de droit.....	675
2)	La prédisposition du droit public .....	678
a)	Les conditions d'apparition du discours de la conciliation .....	679
i)	Les tensions originelles du droit administratif .....	680
ii)	Renforcement du pouvoir administratif au détriment des libertés ..	682
iii)	Discours de la conciliation de la doctrine libérale .....	686
a.	La réception du discours par les juges .....	692
II)	Diffusion de la proportionnalité/mise en balance des intérêts .....	696
A)	Dans les ordres juridiques internationaux .....	697
1)	En droit communautaire .....	697
a)	Dans la jurisprudence .....	699
b)	Dans les textes communautaires .....	701
2)	En droit conventionnel .....	702

a) Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme	704
b) Dans la Convention européenne des droits de l'homme	707
B) Dans l'ordre juridique français	708
1) En droit public	708
a) Droit administratif	709
b) Droit constitutionnel	712
2) En droit privé	714
Conclusion de la section une	718
Section 2 : Les fonctions des instruments de la balance des intérêts et de la proportionnalité	719
I) La fonction créative	721
II) La fonction modératrice	722
Conclusion de la section deux	723
Section 3 : Les effets critiques	723
I) Le problème épistémologique	723
II) Le problème social	726
III) Le problème politique	726
Conclusion du chapitre	727
Conclusion du titre deux	729
Conclusion de la première partie	730
Partie deux : Analyse des discours de l'équilibre en droit d'auteur	734
Titre 1 : Approche diachronique : la stabilité des usages de l'équilibre	736
Chapitre 1 : Le discours de l'équilibre des juristes	737
Section 1 : Acception « sociale » de l'équilibre au XIXe siècle	737
I) La cause du discours : les débats sur la durée du droit d'auteur au XIXe siècle	738
A) Première période : du décret de 1810 à la loi de 1854	739
1) Le débat à l'occasion du décret-loi impérial du 5 février 1810 relatif à l'imprimerie et à la propriété littéraire	739
2) Les débats au sein de la commission de 1825	741
3) Les débats liés au projet de loi de 1839	743
B) Seconde période : de la commission Walewski à la loi de 1866	759
1) Les débats au sein de la commission Walewski	759
2) Les débats relatifs au projet de loi du Conseil d'Etat de 1864	767
II) Le discours de l'équilibre dans la doctrine sociale	781
A) L'équilibre dans les pensées de Renouard et Proudhon	781
1) L'équilibre chez Renouard	781
a) La critique de la propriété littéraire	787

b) L'équilibre : fondement de la créance de l'auteur.....	797
2) L'équilibre chez Proudhon.....	804
B) L'influence de Renouard et Proudhon .....	809
Conclusion de la section.....	813
Section 2 : De l'acceptation « sociale » à la désignation des systèmes étrangers.....	814
I) Les causes de la tombée en désuétude de l'acceptation sociale.....	814
A) Le fait de la législation .....	814
1) L'échec du projet de loi Jean Zay .....	816
2) La loi du 11 mars 1957.....	824
B) Le fait de la doctrine.....	829
1) La doctrine traditionnaliste d'Escarra, Rault et Hepp .....	829
a) La tradition élevée au rang de méta-norme .....	830
b) Formalisation des caractères dits traditionnels du droit d'auteur.....	832
i) Un droit individualiste.....	832
ii) Un droit finalisé par la satisfaction de l'intérêt collectif.....	834
iii) Un droit conciliant des intérêts opposés en faveur de l'auteur .....	835
2) La doctrine personnaliste et anti-conséquentialiste de Desbois.....	838
a) Retour sur un instrument de réalisabilité formelle du droit : l'originalité	839
i) Les critères initiaux de qualification des œuvres (travail et nouveauté)	840
ii) Apparition du critère de l'originalité .....	842
iii) Apparition de « l'empreinte de la personnalité ».....	844
b) Le concept d'originalité dans le système de Desbois.....	852
i) Consécration du concept d'originalité .....	853
ii) Acceptation subjective de l'originalité .....	856
iii) Mode de découverte de l'originalité de l'œuvre .....	862
c) Rejet du raisonnement conséquentialiste (ou de la « logique de l'utilité »).....	865
II) L'association du terme « équilibre » aux systèmes étrangers .....	870
A) Les causes d'association de l'« équilibre » au copyright.....	870
1) Les sources utilitaristes du copyright .....	871
a) La source historique : le Statute of Anne .....	871
b) La source constitutionnelle.....	874
2) L'exception de fair use .....	876
3) La doctrine américaine .....	879
B) Les causes d'association de l'« équilibre » au droit d'auteur allemand.....	880
1) Les rapports historiques entre le droit d'auteur et la proportionnalité ...	880

a) Attraction : le système publiciste des privilèges .....	881
b) Répulsion : la privatisation du droit d'auteur.....	884
i) Le dépassement des privilèges .....	884
ii) Le mouvement législatif.....	887
c) Attraction : la constitutionnalisation du droit d'auteur.....	892
2) La doctrine allemande .....	893
Conclusion de la section deux .....	897
Conclusion du chapitre un.....	898
Chapitre 2 : Le discours de l'équilibre des acteurs du droit.....	899
Section 1 : L'équilibre dans les textes.....	899
I) L'équilibre dans l'Accord ADPIC .....	900
A) La rhétorique de l'« équilibre » au cours des négociations.....	912
1) L'emploi marginal de l'« équilibre » par les pays développés .....	916
2) L'emploi conséquent de l'« équilibre » par les pays en voie de développement .....	917
a) L'argument de l'équilibre.....	917
b) La volonté d'introduire une « clause d'équilibre » .....	921
B) La signification de l'« équilibre » dans la norme.....	923
1) La notion d'équilibre dans le droit de l'OMC.....	924
a) Une notion propre au droit de l'OMC .....	924
b) Les fonctions de la notion d'équilibre pour le système commercial multilatéral .....	926
i) La fonction d'exclusion des intérêts non-marchands.....	926
ii) La fonction de conservation de système .....	928
2) La notion d'équilibre dans l'article 7 de l'Accord.....	930
a) Acceptions possibles .....	930
b) Valeur .....	933
c) Fonction.....	936
II) L'équilibre dans le préambule du traité OMPI.....	937
A) L'introduction de la notion d'équilibre .....	942
B) Signification de la notion d'équilibre.....	944
III) L'équilibre dans la directive Dadvsi .....	946
A) La notion d'équilibre dans l'environnement de la directive DADVSI .....	949
1) La notion d'équilibre dans les textes antérieurs à la directive .....	949
A) Historique de l'harmonisation globale du droit d'auteur .....	949
B) Les usages de la notion d'équilibre .....	956
2) La notion d'équilibre dans les textes postérieurs à la directive.....	960
B) Signification de la notion d'équilibre dans la directive.....	965

Conclusion de la section.....	971
Section 2 : L'équilibre dans la jurisprudence.....	971
I) L'exercice de la balance des intérêts en dehors d'un texte .....	971
A) L'existence de l'instrument.....	972
1) Dans les ordres juridiques internes.....	972
a) L'Interessenabwägung en droit allemand.....	972
i) Présentation du droit moral à l'intégrité de l'œuvre .....	973
ii) L'Interessentabwägung et le droit moral à l'intégrité.....	975
b) L'équilibre en droit français.....	978
i) Mode de résolution du conflit entre l'auteur et le propriétaire .....	978
ii) Mode de résolution du conflit entre auteurs.....	985
2) Dans l'ordre juridique communautaire .....	987
B) Le refus d'exercer l'instrument par les juridictions nationales dans les rapports auteur/utilisateurs .....	989
a) En Allemagne .....	989
b) En France.....	992
II) L'interprétation des textes mentionnant l'« équilibre » .....	996
A) L'article 7 de l'Accord ADPIC .....	996
1) L'interprétation par l'Organe de Règlement des différends.....	997
2) L'interprétation par l'avocat général de la CJUE.....	999
B) Le préambule du Traité OMPI .....	1000
C) Le considérant 31 de la directive DADVSI .....	1001
1) La fonction complétive destinée à préciser le champ des exceptions ..	1006
a) Circonscription du champ des exceptions .....	1007
i) La délimitation du champ des exceptions : l'arrêt Infopaq.....	1007
a. L'interprétation stricte de l'article 5 § 1 de la directive .....	1007
b. La condition de nécessité fondée sur le « juste équilibre » du considérant 31 .....	1012
c. Confirmation par la jurisprudence ultérieure.....	1014
ii) La restriction du champ des exceptions : L'arrêt Deckmyn .....	1016
b) L'extension du champ des exceptions.....	1024
i) L'exception de citation : L'arrêt Painer .....	1024
ii) L'exception en faveur des bibliothèques : l'arrêt Technische Universität Darmstadt .....	1028
2) La fonction supplétive appliquée à la compensation équitable.....	1033
a) Le régime de la compensation équitable .....	1036
i) Nature et mode de calcul de la créance.....	1037
ii) Les débiteurs de la compensation équitable.....	1039

b) Mise en œuvre de la compensation équitale.....	1044
i) Système de la redevance pour le financement de la compensation équitale .....	1044
ii) Prise en compte de la destination des usages des équipements pour l'application de la redevance.....	1046
iii) La présomption légale d'utilisation des supports à des fins d'utilisation privée.....	1049
iv) Droit au remboursement des redevances indûment versées.....	1051
v) Prise en compte de la source de la copie pour calculer le montant de la redevance.....	1052
Conclusion de la section.....	1054
Conclusion du chapitre.....	1055
Conclusion du titre un .....	1055
Titre 2 : Approche synchronique : l'instabilité des usages de l'équilibre dans la doctrine française .....	1057
Chapitre 1 : Les deux discours concurrents de l'équilibre .....	1059
Section 1 : La nature des discours .....	1061
I) Le discours réformateur de « l'équilibre des intérêts ».....	1062
A) Origine.....	1064
B) La finalité : l'adaptation du droit aux intérêts .....	1064
C) Le statut du mot « balance » ou « équilibre » .....	1065
D) La méthode présidant au discours .....	1066
II) Le discours conservateur de « l'équilibre du droit d'auteur ».....	1068
A) Origine.....	1069
B) La finalité : le maintien de la tradition du droit.....	1075
C) Le statut du mot « équilibre(s) » .....	1077
D) La méthode présidant au discours .....	1081
1) L'absence de méthode scientifique revendiquée.....	1081
2) Un soutien envisageable : l'analyse économique.....	1081
Section 2 : Les objets des discours.....	1084
I) Les organes.....	1084
A) Le législateur .....	1084
1) Le législateur et la « balance des intérêts ».....	1084
2) Le législateur et les « équilibres du droit d'auteur » .....	1090
B) Le juge.....	1091
1) Le juge et la « balance des intérêts ».....	1091
2) Le juge et les « équilibres du droit d'auteur ».....	1093
II) Les domaines.....	1094

A) Les conflits dits internes.....	1094
1) Les domaines peu abordés en termes d'équilibre.....	1095
a) L'objet du droit.....	1095
b) La condition de protection : l'originalité.....	1097
i) L'approche traditionnelle et anti-conséquentialiste .....	1103
ii) L'approche renouvelée formulée à l'aide de l'équilibre des intérêts 1104	
a. Approche fonctionnaliste du critère d'originalité.....	1104
b. Le discours de l'équilibre des intérêts .....	1107
1. Vocation descriptive .....	1107
2. Vocation normative .....	1110
2) Les domaines abordés en termes d'équilibre .....	1112
a) La durée .....	1112
i) L'explication de la durée fournie par le discours de l'équilibre des intérêts .....	1117
ii) La critique de l'extension de la durée par les deux discours de l'équilibre .....	1121
b) Les exceptions .....	1123
i) La récupération de l'« équilibre des intérêts » à des fins conservatrices 1124	
ii) Le discours conservateur des « équilibres du droit d'auteur » en faveur des utilisateurs.....	1125
B) Les conflits dits externes .....	1126
1) Droit d'auteur vs droit de la concurrence.....	1127
2) L'abus de droit .....	1130
Conclusion du chapitre.....	1133
Chapitre 2 : « L'équilibre » : remède aux crises du droit d'auteur ?.....	1134
Section 1 : Motifs du recours aux discours de l'équilibre.....	1134
I) Résoudre les crises du droit d'auteur .....	1135
A) Une crise de légitimité.....	1135
B) Une crise d'identité .....	1142
II) Compenser la crise des fondements du droit d'auteur .....	1144
A) Les fondements traditionnels du droit d'auteur.....	1148
1) Le fondement personnaliste .....	1148
a) Le droit naturel de propriété selon John Locke .....	1148
b) Application à la propriété littéraire .....	1155
2) Le fondement utilitariste .....	1157
B) Les critiques décisives.....	1162

1) Critique du fondement personaliste.....	1162
2) Critique du fondement utilitariste .....	1164
Section 2 : Tentative de légitimation du droit d’auteur.....	1166
I) Les conditions d’un nouveau fondement au droit d’auteur .....	1166
A) Les conditions positives générales .....	1167
B) Les conditions négatives particulières.....	1169
1) Sortir de la logique unilatérale .....	1169
2) Sortir de la logique paritaire.....	1170
3) Sortir de la logique conflictuelle .....	1171
II) Proposition d’un nouveau fondement du droit d’auteur : la justice distributive	1173
Introduction : un droit sur les choses .....	1175
1) L’œuvre de l’esprit : une chose .....	1175
2) La nature du droit de l’auteur : un droit sur la chose .....	1181
A) Etiologie du droit d’auteur .....	1182
1) Cause motrice : le législateur et le juge.....	1182
2) Cause matérielle : les rapports .....	1183
a) Les personnes : auteur et utilisateur .....	1184
b) Les choses extérieures : les utilités de l’œuvre .....	1184
3) La cause formelle : la proportionnalité .....	1185
a) Un partage en proportion.....	1185
b) Le critère du mérite .....	1186
4) La cause finale : l’équilibre.....	1186
B) Eprouver le droit d’auteur à la justice aristotélicienne.....	1187
1) La constitution des équilibres.....	1187
2) La correction des déséquilibres .....	1187
a) La correction des déséquilibres à l’issue du partage .....	1187
b) La correction des déséquilibres dans les commutations involontaires	1189
CONCLUSION GENERALE .....	1192
BIBLIOGRAPHIE .....	1196
I. TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX .....	1196
➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1196
➤ HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1197
II. OUVRAGES SPECIAUX .....	1200
➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1200
➤ HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1203
III. OUVRAGES NON JURIDIQUES .....	1216

IV. THESES, MONOGRAPHIES.....	1219
➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1219
➤ HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1221
V. CHRONIQUES ET ETUDES DOCTRINALES.....	1226
➤ PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1226
➤ HORS PROPRIETE INTELLECTUELLE .....	1261
VI. ACTES DE COLLOQUES.....	1288
VII. REPERTOIRES ET ENCYCLOPEDIES .....	1289
VIII. DICTIONNAIRES ET LEXIQUES .....	1290
IX. DOCUMENTS, AVIS ET RAPPORTS.....	1291

## Titre de la thèse en français

### Résumé (1500 caractères max.)

Ce travail se propose d'étudier la notion d'« équilibre » non pas selon les méthodes « traditionnelles » (conceptualiste, essentialiste) mais à partir de l'analyse des différents discours dans lesquels elle est utilisée, ou dit autrement, selon ces fonctions dans le langage.

La méthode analytique est en effet la plus adaptée pour dégager quelques éléments de connaissance sur cette notion employée de manière disparate par le législateur (*lato sensu*), les juges et la doctrine. A l'instar de Socrate qui préférerait étudier la Justice en « majuscule » dans la cité avant d'étudier celle-ci en « minuscule » chez l'homme, il nous a semblé utile, voire nécessaire, d'étudier, en amont, les discours de l'équilibre en droit afin de nous doter d'une grille d'analyse exploitable dans la matière du droit d'auteur. Parmi les résultats, il convient de noter que les usages du terme par la doctrine actuelle en droit d'auteur présentent une particularité. Contradictoires et poursuivant des objectifs antagonistes, ces usages attestent d'une absence flagrante d'unité sémantique. La fonction rhétorique du terme lui fait perdre tout caractère scientifique.

**Mots clefs français : droit d'auteur – équilibre – Balance des intérêts - proportionnalité – Aequum – Aequitas – équité - equity – utilitarisme - droit social – sociological jurisprudence – histoire – originalité – durée – propriété littéraire et artistique -**

---

### Title

#### Abstract

**This work aims to study the notion « balance » not with traditonnal methods (conceptualist, essentialist) but according to the analysis of the different discourses which it is used, .....**

.....  
This work proposes to study the notion of "balance" not according to the "traditional" methods (conceptualist, essentialist) but from the analysis of the different discourses in which it is used, or said otherwise, according to these functions in the language.

The analytic method is indeed the most adapted to reveal some elements of knowledge on this notion used in a disparate way by the legislator (*lato sensu*), the judges and the doctrine. Like Socrates who preferred to study justice in "capital" in the city before studying it in "tiny" in humans, it seemed useful, even necessary, to study, upstream, the discourses of balance in law in order to provide us with an analysis grid exploitable in the copyright field. Among the results, it should be noted that the uses of the term by the current copyright doctrine have a particularity. Contradictory and pursuing antagonistic objectives, these usages attest to a flagrant absence of semantic unity. The rhetorical function of the term makes him lose all scientific character.

**Keywords : Copyright – Balance – Balance of interests – Proportionality – Aequum – Aequitas – equity - utilitarianism – social law – sociological jurisprudence – history – originality – duration -**

Unité de recherche/Research unit : [...intitulé, adresse, email et Url...]

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edocentrale74.univ-lille2.fr>*

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*