PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

Revue de droit d'Assas

N° 32 Oct. 2026

Portrait

Portraits en hommage à Sébastien Van Drooghenbroeck
Par Françoise Tulkens et Sébastien Touzé

Projet

Observatoire international des avocats en danger
Par Laurence Roques, Antonio Fraticelli et Charles Ohlgusser

Dossier

L'indépendance
Par Jean-Baptiste Barbièri, Yves Benhamou, Sarah Bros, Stéphane Detraz, Jean-Baptiste Dudant, Grégoire Duchange, Anne Karm, Nicolas Kilgus, Pierre Michel, Benjamin Morel, Didier Rebut

Perspectives

Droit comparé
Par Guillaume Beaussonie, Thierry Bonneau, Philippe Delebecque, Samuel Fulli-Lemaire, Fernando Gascón Inchausti, Sophie Gjidara-Decaix, Jérémy Houssier, Yves-Marie Laithier, Thomas Perroud

Rétrospective

« La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique » de Julien Bonnecase
Par Frédéric Audren

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
La Grande Arche – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

Lextenso

ISSN n° 2108-1050 (papier) ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :
Stéphane Braconnier

Directeurs éditoriaux :
Nicolas Balat et Étienne Casimir

Conseillère de la rédaction :
Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique :
Cécile Chainais

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :
Nicolas Chapalin et Stanislas Julien-Steffens

Comité de rédaction en chef :
Rémi Adam, Marylou Fourdrain, Coline Mayaudon, Victoire Ohannessian, Geoffrey Perrier et Trestan Planquais

Chargés de la diffusion :
Gérôme Legros et Zoé Morlan

Chargé du financement :
Rémi Adam

Comité de rédaction :
Clara Amsallem, Pierre Barthélémy, Tristan Berthoumieux, Camille David, Camille François, Nathan Ginestière, Noam Lakri, Gérôme Legros, Ariane Leimdorfer, Clément Lelievre, Emmanuel Leroux, Clémence Lombard et Zoé Morlan

La *Revue* peut être citée de la manière suivante :
RDA, n° 32, oct. 2026, p. X
En ligne : www.assas-universite.fr/revue-droit-dassas

Mise en page : SCM, Toulouse • Impression : Sprint, 31150 Bruguières

Revue de droit d'Assas

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Niki Aloupi,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut des hautes études internationales

Denis Baranger,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut Michel Villey

François Blanc,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Centre de recherches en droit administratif

Thierry Bonneau,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut de droit comparé de Paris

Guillaume Boudou,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale d'histoire, philosophie et sociologie du droit (ED8)

Jean-François Cesaro,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale de droit privé (ED6),
Co-directeur du Laboratoire de droit social

Emmanuelle Chevreau,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut d'histoire du droit – Jean Gaudemet

Claudine Desrieux,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherches en économie et droit

France Drummond,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice de l'Institut de recherche en droit des affaires de Paris

Dominique Fenouillet,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directrice du Laboratoire de sociologie juridique

Olivier de Frouville,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire

Léna Gannagé,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directrice du Centre de recherche de droit international privé et du commerce international

Yves Gaudemet,
Membre de l'Institut,
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Thomas Genicon,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directeur du Laboratoire de sociologie juridique

Cécile Guérin-Bargues,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Vice-présidente en charge de la recherche

Michel Humbert,
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Julien Icard,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Co-directeur du Laboratoire de droit social

Armel Le Divellec,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École doctorale Georges Vedel (ED7)

Yves Lequette,
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur du Laboratoire de droit civil

Martine Lombard,
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Ancien directeur scientifique de la *Revue*

Fabrice Picod,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'École de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé (ED9),
Directeur du Centre de droit européen

Didier Rebut,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

Jacques-Henri Robert,
Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Louis Vogel,
Membre de l'Institut,
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Président honoraire de l'Université

Quelques mots de la rédaction en chef

Nicolas Chapalin et **Stanislas Julien-Steffens**, rédacteurs en chef

Il est des notions dont la familiarité émousse le tranchant : l'indépendance est de celles-là. Elle orne les frontons et ponctue les discours, sans que sa substance soit toujours interrogée avec la rigueur qu'elle mérite. C'est à cette exigence que le présent numéro s'attache, en donnant à voir l'indépendance sous des visages délibérément distincts, au fil de ses rubriques.

Le PORTRAIT posthume du professeur Sébastien Van Drooghenbroeck en offre la première approche, la plus incarnée sans doute. Le double hommage que cette trente-deuxième parution rend à l'éminent spécialiste de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par les voix conjuguées de M^me^ Françoise Tulkens, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, et de M. le professeur Sébastien Touzé, témoigne d'une même qualité : une indépendance de jugement, affranchie de tout esprit de système, qui l'autorisa à saluer les avancées de la Cour de Strasbourg sans jamais taire, avec une rigueur exempte de complaisance, les regrets qu'elles lui inspirèrent parfois.

L'indépendance, cependant, ne se laisse pas seulement contempler ; elle s'éprouve, parfois au péril de ceux qui l'exercent. En cela, le PROJET, consacré à l'Observatoire international des avocats en danger, en illustre le second versant – non plus la maîtrise de ses propres passions, mais la résistance à celles d'autrui. Cicéron en fit jadis l'épreuve lorsque, contraint de plaider pour Milon sous l'intimidation d'un forum cerné de soldats en armes, il en perdit, rapporte la tradition, une partie de ses moyens[1]. Deux mille ans plus tard, par le témoignage de Maîtres Laurence Roques, Antonio Fraticelli et Charles Ohlgusser, le projet rappelle à chacun que l'indépendance de la défense demeure, en bien des lieux, une conquête à réitérer sous la menace.

1. Cicéron, *Pour T. Annius Milon*, *in Discours*, t. XVII, éd. et trad. A. Boulanger, Les Belles Lettres, coll. « CUF », rééd. 1949, I, 3-6.

Du péril couru par un seul défenseur à la question des garanties institutionnelles, il n'est qu'un pas, celui-là même que le DOSSIER consacré à « l'indépendance » invite à franchir. À la manière de Rousseau, qui confessait que l'indépendance, qu'il croyait avoir acquise, demeurait « le seul sentiment qui [l']affectait »[2], les onze articles du dossier montrent que les différentes branches du droit, quelque éloignées que puissent paraître de prime abord leurs objets respectifs, n'en sont pas moins toutes traversées par les mêmes interrogations vis-à-vis de l'indépendance. À travers ces contributions, ses composantes se trouvent déployées au prisme d'une grande variété de champs du droit, de l'indépendance de ceux qui donnent corps à l'autorité judiciaire à celle de l'État lui-même, aussi bien qu'à l'indépendance des sujets de droit, cocontractants ou entrepreneurs individuels.

Les PERSPECTIVES, dédiées au droit comparé, prolongent cette réflexion en la portant sur un terrain plus vaste, celui de l'indépendance des ordres juridiques les uns à l'égard des autres. Chacune des huit contributions rappelle qu'aucun ordre juridique ne se pense plus aujourd'hui seul – démarche qu'inaugurait déjà Montesquieu, promenant son observation des lois anglaises aux mœurs persanes pour en éprouver, par contraste, la relativité[3], avant que Voltaire ne poursuive cette confrontation des lois françaises aux usages de ses voisins, y discernant, tour à tour, la sagesse ou l'arbitraire[4].

La RÉTROSPECTIVE consacrée par M. Frédéric Audren, directeur de recherche au CNRS, à l'article du professeur Julien Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique », clôt ce parcours par un rappel patrimonial : l'indépendance des époux dans la gestion de leurs biens propres fut, en 1911, une conquête que la pratique avait devancée avant que la loi ne la consacrât pleinement, le 13 juillet 1965, au bénéfice principal de l'épouse. Pareille indépendance, teintée d'égalité, n'obtint la reconnaissance du législateur qu'après que « les enseignements de la pratique et de la législation comparée » en eussent révélé, patiemment, la nécessité – méthode dont l'historien de la doctrine souligne, dans son commentaire, le caractère précurseur. Aussi l'indépendance, l'alliance de la recherche et de la pratique et le regard comparatiste s'y trouvaient-ils réunis un demi-siècle avant que ce

2. J.-J. Rousseau, *Les Confessions*, éd. J. Voisine, préf. J. Berchtold et Y. Séité, Classiques Garnier, coll. « Classiques Jaunes », rééd. 2011, p. 48.
3. Montesquieu, *Lettres persanes*, éd. Ph. Stewart, Classiques Garnier, coll. « Classiques Jaunes », rééd. 2013, lettres n^{os} 92-111.
4. Voltaire, *Commentaire sur le livre Des délits et des peines*, 1766 (où le philosophe convoque, principalement, les nations anglaise, espagnole, allemande et suisse, à l'appui de sa démonstration).

trente-deuxième numéro ne les rassemblât à nouveau, par des voies qu'aucune concertation n'avait ménagées, pas même celle du comité de rédaction en chef de la *Revue*.

Or, ce comité doit précisément à Madame la professeure Cécile Chainais, directrice scientifique, une forme d'indépendance que ce numéro n'évoque pas explicitement, mais qui en a pourtant permis chaque page. Cette indépendance-là ne se théorise pas ; elle se vit, jour après jour, par cet accompagnement qui éclaire les choix du comité sans jamais s'y substituer. Qu'elle en trouve ici l'expression d'une reconnaissance chaleureuse et sincère.

Cette indépendance, la *Revue de droit d'Assas* s'apprête à la remettre en de nouvelles mains. L'heure est en effet venue d'annoncer, non sans émotion ni enthousiasme, que ceux qui en portent aujourd'hui la plume signent, par ces lignes, leur ultime numéro. La prochaine parution verra la rédaction en chef échoir à Coline Mayaudon et Geoffrey Perrier, deux successeurs dont l'esprit d'indépendance augure, pour cette publication, le plus bel avenir.

Il revient désormais au lecteur de juger, à son tour, du fruit de ce travail collectif – avec la même indépendance d'esprit que celle qui l'a inspiré.

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef p. 5

Portrait

Le regard de la juge européenne : Sébastien Van Drooghenbroeck – Un modèle pour tous
Françoise Tulkens *p. 11*

Le regard du professeur : Sébastien Van Drooghenbroeck – La discrète intelligence des libertés
Sébastien Touzé *p. 14*

Projet

Observatoire international des avocats en danger
Laurence Roques, Antonio Fraticelli et Charles Ohlgusser *p. 19*

Variétés autour du Droit

Le droit international et le « trésor » du San José
Laura Prat *p. 27*

Retour sur les lois symboliques. Entretien avec Octavie Laroque
Octavie Laroque *p. 30*

Dossier

L'indépendance

La notion d'indépendance en droit
Pierre Michel *p. 33*

L'indépendance de la magistrature au XIXe siècle
Yves Benhamou *p. 45*

L'indépendance par les procédures – Lecture des archives du Conseil constitutionnel (1958-2000)
Benjamin Morel *p. 54*

L'indépendance en droit du travail – Aux frontières de la subordination
Grégoire Duchange *p. 63*

Regards croisés sur les clauses d'indépendance

Les clauses d'indépendance dans l'interdépendance contractuelle – De l'impérativité de l'article 1186 du Code civil
Sarah Bros *p. 67*

Les clauses d'indépendance : prohibition et contournements – Plaidoyer pour le caractère supplétif de l'article 1186 du Code civil
Nicolas Kilgus *p. 74*

L'indépendance des patrimoines personnel et professionnel
Jean-Baptiste Barbièri *p. 84*

Le principe dit de l'indépendance des procédures pénale et fiscale
Stéphane Detraz *p. 92*

Déclarer l'indépendance : l'État à l'état de prétention
Jean-Baptiste Dudant *p. 102*

L'indépendance des juges de la Cour pénale internationale
Didier Rebut *p. 111*

L'indépendance des époux dans le mariage
Anne Karm *p. 129*

Perspectives

Droit comparé

L'avenir du droit comparé
Yves-Marie Laithier *p. 144*

L'avenir (en France) du droit (privé) comparé
Samuel Fulli-Lemaire *p. 151*

L'Institut de droit comparé et le droit comparé au XXIe siècle
Thierry Bonneau et Sophie Gjidara-Decaix *p. 156*

Common law vs. Civil law
Philippe Delebecque *p. 164*

Qu'attendre du droit comparé des personnes et de la famille ?
Jérémy Houssier *p. 169*

Quel futur pour le droit comparé en droit du procès ?
Fernando Gascón Inchausti *p. 173*

Le droit comparé est-il l'avenir du droit pénal ?
Guillaume Beaussonie *p. 181*

Vers un renouvellement des méthodes de la recherche en droit public comparé ?
Thomas Perroud *p. 184*

Rétrospective

« La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique » de Julien Bonnecase
Frédéric Audren *p. 193*

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Frédéric AUDREN, Directeur de recherche au CNRS

Jean-Baptiste BARBIÈRI, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Toulouse Capitole

Guillaume BEAUSSONIE, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Toulouse Capitole

Yves BENHAMOU, Président de chambre à la cour d'appel de Douai

Thierry BONNEAU, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Sarah BROS, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Dauphine – PSL

Nicolas CHAPALIN, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Philippe DELEBECQUE, Agrégé des Facultés de droit, Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Stéphane DETRAZ, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université Paris-Saclay

Grégoire DUCHANGE, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Jean-Baptiste DUDANT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Antonio FRATICELLI, Avocat au Barreau de Bologne (Italie)

Samuel FULLI-LEMAIRE, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Professeur à l'Université Complutense de Madrid (Espagne)

Sophie GJIDARA-DECAIX, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Jérémy HOUSSIER, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Reims Champagne-Ardenne

Stanislas JULIEN-STEFFENS, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Anne KARM, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Dauphine – PSL

Nicolas KILGUS, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Strasbourg, Avocat au Barreau de Strasbourg

Yves-Marie LAITHIER, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Octavie LAROQUE, Docteur en droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Pierre MICHEL, Maître de conférences en droit privé à l'Université Lumière Lyon 2

Benjamin MOREL, Maître de conférences en droit public à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Charles OHLGUSSER, Avocat au Barreau de Paris, Membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris

Thomas PERROUD, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laura PRAT, Doctorante à l'Université Paris-Panthéon-Assas, ATER à Cergy Paris Université

Didier REBUT, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Laurence ROQUES, Avocate au Barreau du Val-de-Marne, Membre du Bureau du Conseil national des barreaux

Sébastien TOUZÉ, Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Françoise TULKENS, Juge et Vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme, Professeure émérite de l'UCLouvain

Portrait

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un universitaire ou d'un professionnel du droit qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Pour le présent numéro, la *Revue de droit d'Assas* a tenu à rendre hommage, à travers la rubrique « Portrait », au professeur Sébastien Van Drooghenbroeck, décédé le 24 septembre 2025.
Le professeur Sébastien Van Drooghenbroeck était professeur ordinaire à l'UCLouvain Saint-Louis Bruxelles et professeur de droit public. Il était un éminent spécialiste du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, du droit constitutionnel et du droit de la Charte de l'Union européenne. L'Université Paris-Panthéon-Assas a eu l'honneur de l'accueillir régulièrement comme professeur invité.
Cet hommage s'articule autour de deux portraits : le premier est rédigé par M^me^ Françoise Tulkens, ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'UCLouvain ; le second est écrit par M. Sébastien Touzé, professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas et directeur de la Fondation René Cassin.

Le regard de la juge européenne : Sébastien Van Drooghenbroeck – Un modèle pour nous tous

Françoise Tulkens
Juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme (1998-2012), professeure émérite de l'UCLouvain


© Aurore Delsoir

Le professeur Ed Bates rapporte cette observation tellement pertinente de Luzius Wildhaber, le premier président de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme en 1998. Les institutions périront, disait-il, par les critiques de ceux qui ne les aiment pas, mais aussi par ceux qui les aiment, mais ne les critiquent pas[1]. Un « *loving criticism* » qui est une forme de loyauté à la Cour.

1. E. Bates, « The CDDH's Chișinău Report, Article 3 and the "extra-territorial" context », 2 avr. 2026, ECHR Blog : https://echrblog.com/the-cddhs-chisinau-report-article-3-and-the-extra-territorial-context/.

Un *loving criticism*

Tel est exactement l'esprit qui a animé Sébastien Van Drooghenbroeck, un observateur et un interprète hors pair et unique de la Convention européenne des droits de l'homme et des arrêts de la Cour avec une intelligence flamboyante et une loyauté sans faille. Ainsi, récemment, dans un excellent commentaire de l'arrêt *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Suisse* du 9 avril 2024, Sébastien salue l'avancée historique de la Cour dans le domaine climatique mais il formule certains regrets, tout en rappelant que le rôle de la doctrine n'est pas celui de courtisanerie ni de la complaisance[2]. Dans l'exposé oral sur cet arrêt lors du colloque de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* du 31 mai 2024, à l'aube de son 35e anniversaire, sur les défis actuels de la Cour européenne des droits de l'homme, il précisait que « si nous nous bornons à décrire sans plus jamais formuler de regrets, alors nous ne servons plus à rien ». En comparant malicieusement les grands arrêts de la Cour à des grands gâteaux, il estimait finement que « la saveur du gâteau ne s'expérimente jamais mieux qu'à la lumière des critiques dont il a pu faire l'objet ».

Un modèle pour nous tous

Redoutable honneur pour la jurisprudence de la Cour que Sébastien Van Drooghenbroeck analyse sans relâche, scrute dans tous ses détours, pousse dans ses derniers retranchements. Il soumet les arrêts de la Cour, sans complexe, à un incessant questionnement critique, avec une connaissance et une maîtrise rares et une honnêteté intellectuelle admirable. Rien n'est laissé dans l'ombre, rien n'est avancé sans preuve ; aucun débat ni développement n'est esquivé ; tout est construit, ou parfois déconstruit, pierre par pierre, systématiquement, rigoureusement. Un modèle pour nous tous et pour les jeunes chercheurs qui s'engagent dans la voie des droits fondamentaux.

Prendre l'idée simple au sérieux

Le point de départ de la présence scientifique de Sébastien Van Drooghenbroeck dans le domaine des droits humains est sa thèse de doctorat en 2001 sur le principe de proportionnalité. Dans une préface commune avec son directeur de thèse François Ost, nous nous demandions, lui et moi, comment traiter un tel sujet cent fois battu et rebattu. Précisément, en développant une thèse : une idée originale et argumentée qui n'hésite pas à bousculer les idées reçues, secouer les colonnes du temple et renverser quelques idoles en chemin. Qui aurait osé, face à « l'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », mettre en lumière ce qu'il appelle « les illusions tapies au cœur de la proportionnalité » ? Ce principe que tout le monde, théoriciens et praticiens du droit réunis, célèbre à l'unisson, Sébastien va lui demander des comptes : prenant au sérieux ses prétentions à la simplicité et à l'équité, il s'emploie, tout au long de ce magistral ouvrage, à vérifier si ses promesses sont tenues[3].

Des qualités fortes

Les qualités qui apparaissent dans ce *seminal book* de 2001 vont se retrouver tout au long de son parcours scientifique, dans ses commentaires d'arrêts et ses articles de doctrine. Une herméneutique critique, une approche résolument dialectique, une farouche volonté de trouver un équilibre entre efficacité et sécurité juridique, entre respect des droits fondamentaux et intérêt général, des valeurs qui, comme il le dit s'agissant de conflits entre droits fondamentaux, « se doivent des concessions réciproques »[4]. Avec humilité et une simplicité de langage magnifique, il aborde ses travaux dans une

2. S. Van Drooghenbroeck, « Le réchauffement climatique et ses remèdes strasbourgeois : au cœur d'une politique judiciaire. À propos de l'arrêt *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* et des décisions *Carême et Duarte Agostinho* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.* 2024, n° 140, p. 867, spéc. p. 871.
3. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, préf. F. Ost et F. Tulkens, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles et Bruylant, 2001.
4. *Ibid*., p. 362, n° 497.

perspective à la fois théorique et pratique. À cela s'ajoutent des qualités humaines fortes et un engagement dans la cité, dans l'esprit de Michel Foucault. L'intellectuel ne peut rester spectateur : il doit intervenir là où son savoir rencontre les injustices concrètes, les institutions, les pouvoirs et les vies exposées.

Sur le plan épistémologique, la contribution de Sébastien Van Drooghenbroeck à la science du droit est de nature doctrinale et elle participe à la création d'une véritable doctrine européenne des droits humains.

La construction d'une œuvre juridique

Les nombreux travaux et les innombrables publications de Sébastien Van Drooghenbroeck dans des revues, des ouvrages collectifs, des Mélanges, des rapports au Parlement, ainsi que pour des associations, affrontent les questions les plus difficiles et sensibles auxquelles les droits de la Convention européenne des droits de l'homme sont confrontés, aussi bien des questions substantielles que procédurales, juridiques que philosophiques. Ainsi, parmi beaucoup d'autres, les violations systémiques, la renonciation aux droits, l'introuvable essence des droits fondamentaux, l'interprétation involutive, le *soft law*, le droit de la non-discrimination, la liberté d'expression, la liberté de religion et le port des signes convictionnels, la pauvreté, le fédéralisme et les droits humains, l'abus de droit et l'article 17 de la Convention, la sortie de la Fédération de Russie, le Protocole 14, la place des droits économiques et sociaux dans la Convention, l'environnement et les droits fondamentaux. Ses commentaires d'arrêts sont des modèles du genre et ils devraient faire l'objet d'une publication spécifique. Ainsi, par vagues successives, une œuvre scientifique solide et passionnante s'est progressivement construite, au croisement du droit constitutionnel et des droits fondamentaux, de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[5].

Quelques jours avant son décès, le 24 septembre 2025, Sébastien achève un texte lumineux qu'il intitule modestement, non pas l'histoire, mais *une* histoire de la Convention, à paraître prochainement dans l'ouvrage collectif sur la Convention européenne des droits de l'homme dont il a été la cheville ouvrière[6].

Faut-il encore critiquer la Cour ?

Dans l'un de ses derniers articles, que j'ai eu le privilège d'écrire avec lui[7], où nous déplorions amèrement, avec d'autres, les attaques étatiques sans précédent à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme contenues dans la lettre ouverte des neuf chefs de gouvernement du 22 mai 2025[8], nous posons cette question tout simple : en ces temps de crise existentielle du système conventionnel, devons-nous cesser d'être des juristes pointilleux perpétuellement insatisfaits et cesser de critiquer la Cour ? Non, et nous avons tenu à souligner que pareille démarche, où la science cède le pas à la militance, n'est pas celle qui servira au mieux les intérêts de la Cour et les droits humains dont elle a la garde. Oui, celle-ci doit encore pouvoir être critiquée dans un dialogue fécond et honnête avec les États. Des pistes existent, comme Sébastien Van Drooghenbroeck le suggérait déjà dans son ouvrage de 2001, parmi lesquelles un effort accru de motivation « dont le juge européen devrait se percevoir comme débiteur en contrepartie des obligations qu'il impose aux États ». *Loving criticism*, encore et toujours.

5. F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 3e éd., Larcier, 2023.
6. J. Andriantsimbazovina, L. Gonin, F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles. Commentaire article par article*, Éditions Mare & Martin, 2026 (à paraître).
7. S. Van Drooghenbroeck et F. Tulkens, « Les dégoûtants et les dégoûtés. Doit-on continuer à critiquer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.* 1er oct. 2025, no 144, p. 939.
8. V. S. Van Drooghenbroeck, C. Romainville et treize autres universitaires, « La Cour européenne des droits de l'homme, obstacle dans les politiques migratoires ? Entre désinformation et monstruosités », *Le Soir* 26 mai 2025.

Le regard du professeur : Sébastien Van Drooghenbroeck – La discrète intelligence des libertés

Sébastien Touzé
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
directeur de la Fondation René Cassin

On mesure parfois la grandeur d'un juriste à ce qu'il laisse derrière lui : des livres, des articles, des références, des décisions mieux comprises parce qu'il les a éclairées. Mais, pour Sébastien Van Drooghenbroeck, cela ne suffit pas. Il faut aussi parler de la manière. De cette manière très singulière d'entrer dans une discussion sans jamais l'envahir, de déplacer un débat sans jamais écraser personne, de faire apparaître la difficulté exacte sous une phrase d'une simplicité presque désarmante. Il n'avait ni la posture du maître, ni le goût de l'emphase. Il avait mieux : l'autorité calme de celui qui a beaucoup lu, beaucoup pensé, beaucoup douté, et qui sait qu'un argument juste n'a pas besoin d'être bruyant pour être fort.

Sébastien nous a quittés le 24 septembre 2025. Professeur ordinaire à l'UCLouvain Saint-Louis Bruxelles, professeur invité à l'Université Paris-Panthéon-Assas, assesseur au Conseil d'État de Belgique, ancien doyen de la faculté de droit de Saint-Louis, vice-recteur, puis prorecteur Équité, Diversité, Inclusion, il avait exercé des fonctions nombreuses sans jamais s'y réduire[1]. Elles disent l'ampleur du parcours ; elles disent moins la présence. Ceux qui l'ont connu gardent d'abord le souvenir d'une intelligence accueillante : une intelligence qui ne cherchait pas à dominer, mais à comprendre ; qui ne corrigeait pas pour humilier, mais pour faire progresser ; qui savait, par une question douce, ramener chacun au point exact de ce qu'il voulait dire. Chez lui, la science du droit était inséparable d'une forme de délicatesse.

Son territoire premier fut Strasbourg. Non pas Strasbourg comme un lieu de pouvoir juridictionnel, ni la Convention comme un répertoire de solutions disponibles, mais Strasbourg comme une discipline de raisonnement. Sébastien possédait de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme une connaissance presque encyclopédique. Il savait les grands arrêts, naturellement ; mais il connaissait aussi les inflexions, les hésitations, les repentirs, les opinions séparées, les décisions de recevabilité apparemment secondaires, ces fragments que l'on néglige et qui, quelques années plus tard, deviennent le point de départ d'une doctrine ou d'une rupture. Sa mémoire n'était pas accumulation. Elle était ordonnancement. Il ne citait pas pour impressionner ; il citait pour restituer une généalogie, mesurer une continuité, isoler une tension, rendre intelligible une ligne jurisprudentielle.

Dès sa thèse, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, publiée en 2001, tout était déjà là : le refus des facilités, l'attention aux opérations concrètes du juge, la conscience que les droits se protègent autant par la précision des critères que par la noblesse des fins[2]. Il n'a jamais traité la proportionnalité comme une formule magique, encore moins comme une rhétorique commode. Il y voyait une grammaire du contrôle : l'art de tenir ensemble l'intensité de la protection, la contextualisation des situations, la marge nationale

1. Sur son parcours, v. les hommages réunis dans la *Rev. trim. dr. h.* 2026, n^{os} 145, p. 3 et s. V. not. F. Krenc, « In memoriam Sébastien Van Drooghenbroeck (1973-2025) », *Rev. trim. dr. h.* 2026/1, n° 145, p. 3 et F. Tulkens, « Le virtuose des droits humains », p. 7 ; J. Vrielink et E. Brems, « In memoriam : Sébastien Van Drooghenbroeck (1973-2025) », *Tijdschrift voor Mensenrechten* 2025, p. 6.
2. S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles et Bruylant, 2001.

d'appréciation, la prévisibilité des solutions et la responsabilité du juge. « Prendre l'idée simple au sérieux » : le sous-titre était déjà une morale du travail intellectuel. Une idée ne devient vraiment simple qu'après avoir résisté à toutes les simplifications.

Cette exigence traverse l'ensemble de ses écrits conventionnels. Lorsqu'il s'interrogeait, dès ses premiers travaux, sur l'article 17 de la Convention ou sur l'interprétation jurisprudentielle de la loi pénale, il ne se contentait pas de commenter une clause ou un arrêt : il éprouvait la cohérence d'un système, ses usages légitimes, ses risques de dérive[3]. Lorsqu'il réfléchissait, avec Françoise Tulkens, à l'évolution des droits garantis et à l'interprétation jurisprudentielle de la Convention, il plaçait déjà au centre ce qui demeurera l'une de ses préoccupations constantes : l'équilibre entre l'effectivité et la fidélité, entre l'instrument vivant et les bornes du texte[4]. Lorsqu'il consacrait ensuite deux volumes à *La Convention européenne des droits de l'Homme*, il ne faisait pas œuvre de compilation, mais de cartographie : il rendait lisible le vertige d'une production jurisprudentielle considérable, en classant, reliant, distinguant, hiérarchisant[5].

Il y avait chez lui une fidélité sans docilité. Sébastien aimait la Cour européenne assez profondément pour ne jamais la flatter. Dans « Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne », à propos de l'arrêt *Scoppola*, il posait frontalement la question de la puissance créatrice du juge ; dans « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'Homme », écrit avec Françoise Tulkens et Frédéric Krenc, il interrogeait les conditions de légitimité et de méthode d'un recours à des matériaux dont la séduction pratique ne dispense jamais d'une justification rigoureuse[6]. Sa critique n'était pas une distance sceptique. Elle était une fidélité supérieure : défendre la Cour contre ses adversaires, mais aussi contre les facilités qui peuvent, de l'intérieur, fragiliser l'autorité de sa parole.

C'est ici que se révèle le juriste complet. Sébastien n'a jamais été seulement un spécialiste de la CEDH, si exceptionnel fût-il dans ce domaine. Sa maîtrise du droit constitutionnel belge lui donnait le sens des équilibres institutionnels, des compromis fédéraux, des techniques de contrôle et de la responsabilité démocratique. Sa connaissance du droit de l'Union européenne lui permettait de penser la Charte des droits fondamentaux non comme un double décoratif de la Convention, mais comme une architecture propre, engagée dans un dialogue parfois harmonieux, parfois heurté, avec Strasbourg. *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, qu'il dirigea avec Fabrice Picod et Cecilia Rizcallah, et sa contribution sur l'article 52.1 en témoignent : il y examinait les limitations, la proportionnalité et le contenu essentiel des droits avec la même attention aux seuils conceptuels[7].

Cette circulation entre les ordres n'avait rien d'un éclectisme. Elle répondait à une conviction méthodologique : on ne comprend bien les droits et libertés qu'en observant leurs lieux de passage. Le droit constitutionnel donne la forme politique des garanties ; le droit de l'Union européenne en travaille

3. S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme : incertain et inutile ? », *in* H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et F. Tulkens (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté. Groupements liberticides et droit*, Bruylant, 2000, p. 139 ; S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme est-il indispensable ? », *Rev. trim. dr. h.* 2001, n° 46, p. 541 ; S. Van Drooghenbroeck, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *Rev. trim. dr. h.* 1996, p. 459.
4. F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la CEDH », *Les Conférences publiques du Pôle européen Jean Monnet*, 2002 ; S. Van Drooghenbroeck, « Retour sur l'interprétation "involutive" de la Convention européenne des droits de l'Homme », *in* I. Hachez *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, 2012, p. 417.
5. S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (1er janvier 2002-1er janvier 2005)*, vol. I, *Articles 1 à 6 de la Convention*, Larcier, coll. « Dossiers du Journal des Tribunaux », n° 57, 2006 ; vol. II, *Articles 7 à 59 de la Convention. Protocoles additionnels*, Larcier, 2006.
6. S. Van Drooghenbroeck, « Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne : Cour européenne des droits de l'homme, *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 sept. 2009 », *Rev. trim. dr. h.* 2010, n° 84, p. 853 ; F. Tulkens, S. Van Drooghenbroeck et F. Krenc, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'Homme. Questions de légitimité et de méthode », *in* I. Hachez *et al*. (dir.), *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Anthemis, 2012.
7. F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, 3e éd., Larcier, 2023 ; S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52.1 : Limitations aux droits garantis », *in* F. Picod, C. Rizcallah et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 1341.

l'autonomie, la cohérence et les limites ; le droit international public rappelle les conditions de la responsabilité, de la juridiction, de l'imputabilité, de la compétence et de l'exécution ; la Convention oblige chaque système à se mesurer à une exigence commune de protection. Sébastien savait penser ces passages sans les aplatir. Il n'effaçait pas les différences mais il les rendait respirables.

Ses travaux avec Cecilia Rizcallah sur l'essence des droits fondamentaux dans la jurisprudence européenne en donnent une illustration remarquable[8]. La notion est belle, presque trop belle : elle promet un noyau inviolable, une limite ultime, une zone de résistance à la relativisation. Mais Sébastien savait que les notions les plus séduisantes deviennent dangereuses lorsqu'elles restent indéterminées. Il ne cherchait donc pas à magnifier l'essence ; il cherchait à comprendre ce qu'elle fait dans le raisonnement du juge : limite à la limitation, instrument d'extension du champ de protection, technique de hiérarchisation des valeurs, parfois formule de substitution à une analyse plus explicite. Là encore, son geste était caractéristique : prendre au sérieux sans sacraliser, clarifier sans appauvrir, préserver la puissance des concepts en les empêchant de devenir des mots de passe.

Ses chroniques de jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'homme donnent, de leur côté, la mesure la plus quotidienne de cette science[9]. Elles supposent une vertu peu spectaculaire et pourtant décisive : suivre la jurisprudence, la replacer dans les contentieux nationaux, apercevoir ce qu'une décision change réellement pour le juge interne, l'administration, le législateur, l'avocat, le justiciable. Ce travail patient est l'inverse de la posture. Il est l'une des formes les plus hautes du service doctrinal : rendre le droit utilisable sans le simplifier ; donner aux praticiens de quoi agir et aux universitaires de quoi penser.

L'audience dans l'affaire *H.F. et autres* c. *France* devant la Grande Chambre offre, à cet égard, une scène que je n'oublie pas. L'affaire portait sur le refus des autorités françaises de rapatrier des ressortissantes françaises et leurs enfants retenus dans des camps du nord-est syrien ; elle obligeait la Cour à affronter, dans une configuration tragique, la question de la juridiction au sens de l'article 1er de la Convention[10]. Sébastien faisait partie de l'équipe de requête, aux côtés de Maître Marie Dosé. Il n'avait pas plaidé. Puis vint le moment des réponses aux questions posées par les juges. Sur l'approche défendue par les requérants de la notion de juridiction, il prit la parole. Vingt secondes à peine, et le président Robert Spano l'interrompit pour lui demander s'il était le requérant ! Sébastien répondit, avec ce flegme belge et ce regard amusé qui lui appartenaient, qu'il était Sébastien Van Drooghenbroeck, professeur à l'Université Saint-Louis Bruxelles. Et il poursuivit sa réponse, sans faiblir, sans se donner d'importance, sans déplacer l'attention de la question vers sa personne.

Tout Sébastien est dans cette scène. L'intelligence procédurale : comprendre que le moment imposait d'intervenir. Le courage discret : prendre la parole devant la Grande Chambre non pour occuper la place, mais parce qu'un concept décisif risquait d'être mal compris. Et surtout cette modestie efficace qui fut sa marque. Il ne se protège pas derrière un titre, ne dramatise pas l'interruption, ne transforme pas l'incident en moment personnel. Il donne son nom, sa qualité, puis revient au droit. C'était sa manière d'être : une autorité qui ne réclame jamais reconnaissance parce qu'elle se manifeste par l'exactitude.

La question de la juridiction, dans *H.F.*, n'était pas pour lui un verrou abstrait. Elle était le lieu où se décide concrètement l'accès à la protection conventionnelle. Il ne s'agissait pas d'effacer les limites de la Convention, ni de méconnaître les contraintes du droit international. Il s'agissait d'éviter que la limite, répétée sans pensée, ne devienne une zone de non-droit. La Grande Chambre ne suivra pas intégralement l'approche des requérants : elle refusera la juridiction au titre de l'article 3 de la Convention, mais reconnaîtra, pour le grief tiré de l'article 3, § 2, du Protocole no 4, un lien juridictionnel fondé

8. S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk? », *German Law Journal* 2019, vol. 20, no 6, p. 904.
9. V. not. S. Van Drooghenbroeck, « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'Homme (1er janvier 2021-1er janvier 2022) », *J.T.* 2022, no 6894, p. 213 ; « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'Homme (1er janvier 2023-1er janvier 2024) », *J.T. Dossiers* 2024/23, no 6987, p. 385 ; « Chronique de la jurisprudence belge de la Cour européenne des droits de l'Homme (1er janvier 2024-1er janvier 2025) », *J.T.* 2025, no 7031, p. 429.
10. CEDH, gr. ch., 14 sept. 2022, nos 24384/19 et 44234/20, *H.F. et autres c. France*.

sur des circonstances particulières[11]. La solution est complexe, discutable, fragile peut-être. Elle dit exactement le type de ligne de crête que Sébastien savait parcourir : entre souveraineté et effectivité, nationalité et extraterritorialité, prudence juridictionnelle et refus de l'abandon.

Il faut ajouter que cette science n'était jamais abstraite de la condition humaine. Lorsque, à propos de *Lăcătuş c. Suisse*, il écrivait sur la dignité au cœur d'un contentieux de la mendicité, il ne transformait pas la vulnérabilité en slogan ; il rappelait que le droit des libertés se vérifie aussi dans les existences les plus exposées, les moins audibles, les moins protégées[12]. C'était peut-être l'un des traits les plus profonds de son rapport à la Convention : ne jamais séparer la sophistication des concepts de la vie concrète des personnes. Le droit de Strasbourg, chez lui, n'était pas une mécanique froide ; c'était une technique exigeante mise au service d'une idée simple et immense : les personnes comptent.

Mais le portrait serait incomplet si l'on ne parlait que du savant. Ceux qui l'ont connu savent que l'homme était à la hauteur du juriste. Son intelligence n'écrasait pas, mais elle faisait place. Sa modestie n'était pas une élégance sociale, mais une manière d'entrer en relation. Il écoutait vraiment. Et son écoute avait quelque chose de redoutable, parce qu'elle obligeait celui qui parlait à rejoindre le point exact de sa propre pensée. Une question, souvent douce, suffisait : « Que voulez-vous dire exactement ? » Il n'y avait là ni ironie, ni mise en accusation. Il y avait l'exigence la plus bienveillante : celle qui consiste à croire que l'interlocuteur mérite mieux que sa première approximation.

La rigueur, chez lui, n'avait rien de sec. Elle était habitée par une bonté intellectuelle. Sébastien savait que le droit des libertés n'est pas une rhétorique de bonnes intentions ; c'est une ascèse. Il faut lire, relire, comparer, historiciser, distinguer, accepter de renoncer à une solution séduisante lorsqu'elle est conceptuellement faible, accepter aussi de défendre une solution impopulaire lorsqu'elle est juridiquement nécessaire. Il ne confondait pas la générosité des fins avec la faiblesse des moyens. C'est peut-être cela qui faisait de lui un si grand juriste des droits de l'homme : il savait que les libertés ont besoin de sensibilité, mais qu'elles meurent lorsque la sensibilité se dispense de méthode.

Ses derniers écrits donnent à cette leçon une résonance particulière. Dans « Le réchauffement climatique et ses remèdes strasbourgeois », à propos de *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*, *Carême* et *Duarte Agostinho*, il sut voir que la question n'était ni de célébrer paresseusement l'audace judiciaire, ni de dénoncer rituellement le gouvernement des juges, mais de prendre au sérieux la politique judiciaire de la Cour et ses conditions de validité[13]. Dans « Dire le droit ou rendre justice ? », il affrontait directement la tension entre l'office du juge et l'exigence de justice. Dans « La France défie la CEDH », il nommait un tournant inquiétant : celui où un État partie traite l'autorité européenne comme une contrainte dont il serait possible de s'affranchir au gré des circonstances[14]. Avec Christophe Deprez, sur la Russie, il avait déjà rappelé que la Convention est un ordre juridique, mais aussi une communauté politique blessée lorsque l'un de ses membres s'en arrache ou en est exclu[15].

Cette hauteur de vue culmine peut-être dans le texte écrit avec Françoise Tulkens, « Les dégoûtants et les dégoûtés. Doit-on continuer à critiquer la Cour européenne des droits de l'homme ? »[16]. Le titre disait l'époque : la violence des attaques, la lassitude des défenseurs, la tentation de ne plus répondre. Mais Sébastien savait qu'il faut continuer de critiquer la Cour, précisément pour continuer de la défendre. Non pas la critiquer comme on l'affaiblit, mais comme on l'oblige à demeurer digne de sa mission. Dans un temps où les droits de l'homme sont pris entre les assauts souverainistes et les invo-

11. *Ibid.*, spéc. § 194-214 et 244-261.
12. S. Van Drooghenbroeck, « Analysis: *Lacatus v. Switzerland*: a great judgment at the heart of human dignity », *EU Law Live* 25 janv. 2021.
13. S. Van Drooghenbroeck, « Le réchauffement climatique et ses remèdes strasbourgeois : au cœur d'une politique judiciaire. À propos de l'arrêt *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* et des décisions *Carême et Duarte Agostinho* de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.* 2024/4, n° 140, p. 867.
14. S. Van Drooghenbroeck, « Dire le droit ou rendre justice ? Regards sur la politique judiciaire de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2024, n° 1, p. 143 ; S. Van Drooghenbroeck, « La France défie la CEDH », *Esprit* 2024/1, p. 25.
15. C. Deprez et S. Van Drooghenbroeck, « La Russie, le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.* 2022/38, n° 6918, p. 762.
16. S. Van Drooghenbroeck et F. Tulkens, « Les dégoûtants et les dégoûtés. Doit-on continuer à critiquer la Cour européenne des droits de l'Homme ? », *Rev. trim. dr. h.* 2025/4, n° 144, p. 939.

cations paresseuses, il occupait l'espace devenu rare de la probité : être du côté des libertés sans abandonner le raisonnement ; être du côté de la Cour sans renoncer à l'exigence ; être du côté des personnes sans dissoudre le droit dans l'émotion.

Voilà pourquoi sa disparition laisse davantage qu'un vide académique. Elle retire au monde des droits et libertés une forme d'équilibre. Sébastien n'était ni seulement un juge, ni seulement un avocat d'idées, ni un doctrinaire au sens fermé du terme. Il était un passeur entre les fonctions, les ordres juridiques, les générations. Il rappelait que l'Université est grande lorsqu'elle ne sépare pas le savoir de la transmission, l'exigence de la douceur, la critique de la loyauté, la virtuosité de la modestie. Il avait ce talent rare de rendre les autres plus intelligents sans jamais leur faire sentir qu'ils l'étaient moins que lui.

Il faut insister sur ce point, parce qu'il touche à ce que l'on perd le plus difficilement. La mort d'un grand juriste appauvrit une discipline ; la mort d'un ami de cette qualité appauvrit aussi une manière de vivre le droit. Sébastien n'était pas seulement celui que l'on allait lire pour trouver la référence juste. Il était celui que l'on avait envie d'appeler lorsqu'une question résistait, lorsqu'un arrêt inquiétait, lorsqu'une intuition demandait à être éprouvée. On savait que la réponse ne serait ni convenue, ni paresseuse. Elle commencerait peut-être par un sourire, par une réserve, par un détour ; puis viendrait, presque naturellement, le point décisif. Cette faculté de faire apparaître le nœud d'une difficulté sans jamais théâtraliser sa propre lucidité était l'une de ses grâces.

Sa modestie avait ainsi quelque chose d'intransigeant. Elle refusait le bruit, non l'exigence ; la posture, non la conviction ; l'autorité affichée, non l'autorité réelle. Dans un monde académique souvent tenté par la vitesse, la visibilité et l'opinion immédiate, Sébastien rappelait, par sa seule manière de travailler, que la doctrine est d'abord un art de la lenteur juste. Lire avant de juger. Contextualiser avant de condamner. Distinguer avant d'adhérer. Dire clairement lorsqu'il faut dire clairement. Se taire aussi, lorsque le droit n'a rien à gagner à l'emphase. Cette sobriété n'était pas froideur. Elle était respect : respect des textes, des juges, des requérants, des étudiants, des contradicteurs et, plus profondément, de l'idée même de liberté.

Il nous reste ses textes. Il nous reste aussi une manière. Lire Sébastien, le citer, transmettre ses analyses, prolonger ses intuitions, discuter ses exigences, refuser les facilités qu'il aurait refusées : c'est la seule fidélité qui soit à la mesure d'un juriste de cette qualité. Chaque fois que nous distinguerons mieux une marge d'appréciation d'une proportionnalité, une obligation positive d'une extension indue, l'essence d'un droit d'une formule commode, la juridiction d'un pur rattachement territorial, quelque chose de son enseignement continuera d'agir. Sébastien Van Drooghenbroeck a pris soin du droit. Il l'a fait avec une intelligence rare, une rigueur lumineuse, une modestie qui oblige au respect et une humanité qui rend le savoir plus précieux encore. C'est ainsi qu'il demeure : non seulement dans les bibliographies, mais dans la conscience de celles et ceux qui ont appris de lui que la science des libertés est d'abord une forme de probité.

Projet

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet dans un entretien ou un texte rédigé par une (ou des) personne(s) impliquée(s) dans ce projet.

Observatoire international des avocats en danger

Laurence Roques
Avocate au Barreau du Val-de-Marne, membre du bureau du Conseil national des barreaux et trésorière de l'Observatoire international des avocats en danger

Antonio Fraticelli
Avocat au Barreau de Bologne (Italie) et membre de l'Observatoire international des avocats en danger

Charles Ohlgusser
Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris et secrétaire du bureau de l'Observatoire international des avocats en danger

Fondé en avril 2016, l'Observatoire international des avocats en danger est une initiative conjointe de plusieurs institutions représentatives d'avocats européens, dont le Barreau de Paris et le Conseil national des barreaux, ayant pour objet de défendre les avocats menacés dans le cadre de l'exercice de leur profession et de dénoncer les situations attentatoires aux droits de la défense, notamment à travers des actions de plaidoyer et la réalisation de missions de terrain. Son siège est établi à Paris.

Marylou Fourdrain et Stanislas Julien-Steffens, doctorants et membres du comité de rédaction en chef de la *Revue de droit d'Assas*, ont pu s'entretenir en avril 2026 avec Maître Laurence Roques, avocate au Barreau du Val-de-Marne et trésorière de l'Observatoire international des avocats en danger, afin d'en apprendre davantage sur les projets et les actions portés par cette initiative, puis en mai 2026 avec Maîtres Antonio Fraticelli et Charles Ohlgusser, respectivement avocat au Barreau de Bologne en Italie et avocat au Barreau de Paris, qui ont tous deux réalisé des missions d'observation judiciaire au soutien d'avocats menacés pour le compte de l'Observatoire international des avocats en danger.

Entretien avec Me Laurence Roques

Revue de droit d'Assas (RDA) – Pouvez-vous expliquer les raisons qui ont motivé votre engagement au sein de l'Observatoire international des avocats en danger (OIAD) et expliquer quel est votre rôle aujourd'hui dans son Bureau ?

Laurence Roques (L. R.) – Le Bureau de l'OIAD a pour particularité d'être composé de plusieurs institutions qui ont co-fondé cette initiative. Dans le Bureau de l'organisation, la France est représentée par deux institutions : le Barreau de Paris et le Conseil national des barreaux (CNB). Le Bureau comprend également le *Consejo General de la Abogacía Española* qui représente le barreau espagnol et le *Consiglio Nazionale Forense* qui représente le barreau italien, ainsi qu'actuellement le Barreau de Nice et le Barreau de Bologne.

J'ai été élue au CNB, l'institution qui représente les 79 000 avocats français, sur la liste syndicale du Syndicat des avocats de France. J'y ai présidé, lors d'un premier mandat, la Commission Libertés et droits de l'homme ; j'exerce actuellement un second mandat comme vice-présidente de la Commission des affaires européennes et internationales. Depuis six ans, je représente le CNB au sein du Bureau de l'OIAD et j'en suis en outre la trésorière.

RDA – Le Conseil national des barreaux est l'une des quatre institutions fondatrices de l'Observatoire. Quelle est son implication dans ses activités ?

L. R. – La présidence de l'OIAD tourne chaque année entre les quatre institutions fondatrices de l'organisation. Tous les ans, se tient une Assemblée générale. Cette année, elle s'est tenue à Rome car c'est le *Consiglio Nazionale Forense* qui présidait l'OIAD. À partir de juin 2026, le CNB prendra la présidence de l'organisation.

Au cours de cette Assemblée générale annuelle, le Bureau de l'OIAD décide de la politique de l'Observatoire, notamment de l'organisation des missions d'observation des avocats en danger et des fonds pouvant être débloqués pour financer de telles missions. Le cœur de métier de l'OIAD est avant tout l'observation des procès d'avocats en danger afin de documenter ces procès et de rassembler des preuves en cas de non-respect des garanties procédurales.

Ce travail de documentation est réalisé par des avocats venant de traditions juridiques différentes. La *Law Society*, qui représente les *solicitors* en Angleterre et au Pays de Galles, va prochainement intégrer l'OIAD, ce qui permettra de compter dans notre organisation davantage d'avocats issus de barreaux de *common law*.

RDA – Vous avez mentionné que l'Observatoire est une initiative de portée internationale, qui rassemble des barreaux issus de plusieurs pays. Comment s'organise cette coopération ?

L. R. – Les barreaux étrangers peuvent candidater pour adhérer à l'OIAD et ainsi en devenir membre. Une fois que les barreaux ont adhéré à l'organisation, l'OIAD va les solliciter en lançant des appels à missions.

Ces appels dressent un agenda des audiences d'avocats en danger dans un certain nombre de pays et visent à ce que des avocats appartenant à des barreaux membres de l'OIAD s'inscrivent pour aller observer ces audiences. L'enjeu principal est de pouvoir disposer d'observateurs sur chacune des missions menées par notre organisation, ainsi que d'assurer sur la durée le suivi de ces procès.

RDA – Pour quelles raisons ce suivi des procès d'avocats en danger est-il important ?

L. R. – La caractéristique principale de ces procès est qu'ils tendent à s'étirer sur la durée car ils sont souvent émaillés de difficultés procédurales importantes, en particulier des renvois d'audience. Le suivi de ces audiences est fondamental pour deux raisons.

La première tient au soutien constant qu'il apporte aux avocats qui font l'objet de ces procès. Ces avocats peuvent se retrouver esseulés et abandonnés par leur barreau d'appartenance qui peut parfois être proche du pouvoir politique en place.

L'avocat observateur ne peut certes pas intervenir ou donner son avis lors des audiences, mais il doit veiller à ce que les principes fondamentaux de la profession d'avocat puissent y être respectés. Ces principes sont notamment inscrits dans les Principes de base relatifs au rôle du barreau, dits également les Principes de La Havane, adoptés en 1990 lors du huitième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants. Ils sont également désormais posés par la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection de la profession d'avocat, adoptée en 2025 par le Comité des ministres, et dont l'OIAD milite pour qu'elle soit ratifiée le plus largement possible par les pays dont les barreaux sont membres de l'OIAD, dont la France, mais également par les pays tiers.

Ces principes visent notamment à préserver l'indépendance de l'avocat, en particulier à refuser que l'avocat puisse être assimilé à son client. Dans un certain nombre de pays, les avocats sont poursuivis sur les mêmes fondements que ceux reprochés à leurs clients sur la base d'infractions aux contours particulièrement larges.

La seconde est qu'il participe à exercer une pression sur le pouvoir politique qui réprime ces avocats. Au travers des observateurs internationaux, ce sont des regards extérieurs de pays étrangers qui se posent sur une scène nationale et dans une salle d'audience. Cette publicité au-delà des frontières constitue une forme de pression.

À la suite de leurs missions, les avocats observateurs rédigent des rapports qui constituent des sources écrites précieuses en ce qu'elles permettent ensuite d'alimenter des recours contre ces procès ou des saisines de Rapporteurs spéciaux des Nations unies ou encore de la Cour européenne des droits de l'homme. Avec ces rapports, sont documentées avec précision les atteintes subies par ces avocats.

RDA – Quelle méthodologie l'Observatoire déploie-t-il pour recenser les avocats en danger ?

L. R. – Nous recevons des alertes, que nous vérifions, émanant soit d'avocats qui sont eux-mêmes en danger, soit d'avocats qui défendent des avocats en danger. Puis, nous effectuons un travail de veille en catégorisant les types de menaces auxquelles sont exposés ces avocats. Une fois l'alerte reçue, l'OIAD peut ensuite proposer deux formes d'aide aux avocats en danger.

D'une part, un soutien de nature médiatique qui consiste à prévenir les médias, à adopter des résolutions de soutien et à écrire aux gouvernements concernés pour leur demander de respecter les Principes de La Havane.

D'autre part, un soutien financier. Ce soutien peut consister en une aide logistique afin de permettre aux avocats en danger de continuer à exercer, par exemple à travers l'achat de matériel de bureau si leur cabinet a été perquisitionné. Un tel soutien peut aussi consister à les aider dans leurs démarches pour venir se réfugier dans un autre pays. Le cas échéant, l'OIAD peut prendre en charge le prix du visa ou payer les honoraires de l'avocat qui va s'occuper de leur demande d'asile.

Quand l'avocat en danger est parvenu à rejoindre un autre pays, l'OIAD peut aussi lui fournir une aide à la formation pour l'aider à apprendre la langue du pays qu'il a rejoint ou à se former au système juridique de ce pays. En France, tel est précisément l'objet de la Maison de l'avocat en exil, structure inaugurée en 2024 par le CNB.

RDA – Quels sont les éléments fournis par l'Observatoire aux avocats observateurs afin de leur permettre d'assurer au mieux leurs missions ?

L. R. – Sur notre site internet, vous trouverez la charte de l'observateur qui est importante car elle liste certains pièges dans lesquels l'observateur doit éviter de tomber. En effet, il existe un enjeu fondamental qui est celui de l'instrumentalisation de l'observateur, c'est-à-dire qu'il pourrait se trouver manipulé par certaines associations d'avocats ou certains avocats dans le but de servir des intérêts politiques.

Il faut que l'observateur soit très scrupuleux car son rôle est avant tout de vérifier que l'indépendance de l'avocat en danger n'est pas remise en cause. C'est la raison pour laquelle notre charte édicte des principes de neutralité que l'observateur devra respecter lors de la réalisation de sa mission.

À cet égard, l'une des questions importantes qui se pose lors des missions d'observation est de déterminer si l'observateur doit rencontrer ou non le gouvernement en place ou les autorités judiciaires du pays dans lequel s'effectue la mission. D'un côté, de telles rencontres peuvent être déterminantes parce qu'elles permettent aux observateurs de porter la parole des avocats en danger en rappelant les

Principes de La Havane ou les dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe qui ont pu être violées. Mais, d'un autre côté, il existe le risque d'une instrumentalisation par les autorités politiques ou judiciaires qui pourront utiliser cette rencontre à des fins de communication.

L'OIAD veille aussi à apporter aux observateurs une aide concernant la rédaction de leurs rapports. À cela s'ajoute que les missions se déroulent dans la majorité des cas en binôme, dont l'un des membres au moins a déjà mené de telles missions de terrain. Travailler à deux permet aux observateurs de ne pas se retrouver seuls et ainsi de disposer d'une forme de collégialité quant aux décisions à prendre.

RDA – En parallèle de ces missions d'observation, l'Observatoire joue également un rôle phare dans l'organisation de la Journée internationale des avocats en danger qui se déroule chaque année le 24 janvier depuis 2009. Quel est l'objectif poursuivi par cette journée ?

L. R. – La Journée internationale des avocats en danger a été initialement créée par les Avocats Européens Démocrates (AED) qui est une confédération de syndicats et d'organisations d'avocats. L'idée était de dédier une fois par an une journée à un avocat en danger ou à un pays dans lequel les avocats sont particulièrement menacés. L'AED a depuis ouvert l'organisation de cette journée à d'autres institutions, dont notamment le Conseil des barreaux européens, le CNB ou l'OIAD.

Lors de cette journée, plusieurs événements sont organisés. D'abord, un rassemblement est organisé devant l'ambassade du pays qui fait l'objet de la Journée internationale afin d'alerter sur la situation des avocats dans ce pays et de donner un écho médiatique à cette journée.

Ensuite, se tiennent des conférences ou des colloques autour du pays concerné. En 2025, la Journée internationale portait sur les États-Unis et, à cette occasion, l'OIAD avait organisé un colloque lors duquel sont intervenus des avocats et des juges américains. Cette journée constitue également une opportunité de faire témoigner des avocats en danger tout en veillant à ce que ces témoignages ne viennent pas ultérieurement porter atteinte à leur sécurité, ce qui nécessite parfois un travail d'anonymisation.

Enfin, c'est lors de cette Journée internationale que peut être remis le prix des droits humains de l'OIAD. Ce prix vise à mettre en lumière soit une avocate ou un avocat en danger, soit une association d'avocats en danger, et à leur octroyer un financement pour les aider à poursuivre l'exercice de leur profession.

RDA – Quelles sont les perspectives de développement de l'Observatoire, à court et à long terme ?

L. R. – À court terme, l'un des enjeux est de faire en sorte que davantage de barreaux étrangers deviennent membres de l'OIAD. Il est très intéressant pour nous que la *Law Society* nous rejoigne car cela permet de nous ouvrir aux systèmes juridiques de *common law*. Néanmoins, il est essentiel que d'autres pays puissent aussi nous rallier telle l'Allemagne, qui compte le plus grand nombre d'avocats de l'Union européenne, mais dont seulement deux barreaux sont à ce jour membres de l'OIAD.

À moyen terme, nous souhaitons pouvoir nous focaliser sur d'autres dangers, en particulier sur la protection des défenseurs de l'environnement. À l'heure actuelle, des menaces très importantes pèsent sur les avocats ou les associations qui sont engagés dans la défense de l'environnement. Dans cette perspective, il pourrait être intéressant que nous nous mettions en lien avec Mary Lawlor, rapporteuse spéciale des Nations unies sur la situation des défenseurs et défenseuses des droits humains.

À moyen terme également, nous souhaitons développer notre implication dans les actions contentieuses, en particulier *via* des recours judiciaires ou la voie des *amicus curiae*, afin de ne pas nous limiter à une action de plaidoyer. Participer à de telles actions contentieuses peut amener à obtenir des jurisprudences intéressantes concernant le respect et la protection des avocats en danger.

À long terme, notre objectif est d'obtenir la ratification et la mise en application de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection de la profession d'avocat. Il s'agit là d'un enjeu fondamental car cette Convention représente l'aboutissement de la reconnaissance juridique des règles et des mécanismes de protection des avocats en danger. Or, cette Convention ne peut vivre si elle n'est pas appliquée par les États membres du Conseil de l'Europe.

Entretien avec M^es^ Antonio Fraticelli et Charles Ohlgusser

RDA – Quelles sont les raisons qui vous ont menés à vous engager au sein de l'Observatoire international des avocats en danger (OIAD) ?

Antonio Fraticelli (A. F.) – Comme vous le savez, l'OIAD a été fondé par quatre institutions représentatives d'avocats venant de France, d'Italie et d'Espagne. Depuis sa fondation, d'autres barreaux ont rejoint l'OIAD en tant que membres associés comme le barreau mexicain ou les barreaux d'Istanbul et de Diyarbakır en Turquie.

Je me suis retrouvé à travailler avec l'OIAD comme membre du Conseil de l'Ordre du Barreau de Bologne, où j'étais responsable de la Commission internationale. Or, le Barreau de Bologne est membre actif de l'OIAD depuis 2017. C'est ainsi que je suis activement impliqué dans les activités de l'OIAD depuis 2019.

Pour l'OIAD, j'ai réalisé des missions de terrain en Turquie pour observer des audiences et visiter des avocats détenus. J'ai aussi développé des conférences et des séminaires en Italie et à l'étranger portant sur le sujet des avocats en danger. Désormais, l'OIAD occupe une part importante de mon activité professionnelle, ainsi que de ma vie personnelle.

Charles Ohlgusser (C. O.) – De mon côté, je suis entré à l'OIAD par l'intermédiaire du Conseil de l'Ordre des avocats au Barreau de Paris dont je suis membre depuis 2024.

J'avais d'abord découvert l'OIAD à travers un appel à candidatures pour réaliser une mission d'observation judiciaire en Turquie pour lequel j'avais été sélectionné. Ensuite, une fois que j'ai rejoint le Conseil de l'Ordre, le bâtonnier m'a désigné en tant que membre du Bureau de l'OIAD car, du fait que le Barreau de Paris est membre de droit de cette organisation, un membre du Conseil de l'Ordre est toujours présent dans le Bureau pour représenter le Barreau de Paris.

Mon intérêt pour les combats portés par l'OIAD vient de mon parcours. Si je suis aujourd'hui avocat en droit pénal et en droit des étrangers, j'avais auparavant obtenu un Master en droit comparé appliqué et un Diplôme d'Université en droit international humanitaire et réalisé des stages dans plusieurs pays étrangers. Ces expériences ont contribué à développer mon intérêt pour les problématiques internationales auxquelles sont confrontés les avocats et à réfléchir, dans une perspective comparatiste, à la place qu'occupent les avocats dans les différents systèmes judiciaires.

RDA – Comment s'opère la désignation des avocats pour les missions d'observation au sein de l'Observatoire ?

C. O. – Des appels à candidatures sont envoyés par le Bureau de l'OIAD à ses membres. Les barreaux membres de l'OIAD remplissent ensuite une fiche de candidature dans laquelle ils relatent leurs expériences passées sur le terrain et établissent un budget prévisionnel pour la mission.

Une fois les candidatures reçues, le Bureau de l'OIAD décide à quel membre la mission est attribuée. Concernant les critères sur lesquels le Bureau fonde son choix, ils sont divers. Il y a non seulement l'intérêt affiché pour la mission, la compétence concernant le sujet de cette mission, mais aussi la volonté de diversifier les profils des observateurs, en particulier d'avoir des observateurs qui viennent de barreaux et de pays différents.

En règle générale, les missions sont planifiées longtemps à l'avance. Néanmoins, il arrive parfois que des dates d'audience nous soient communiquées au dernier moment, notamment dans des pays dans lesquels la gestion des processus judiciaires est dysfonctionnelle. Le cas échéant, il peut être compliqué de trouver des observateurs pour se rendre sur place. Nous essayons cependant de tout mettre en œuvre pour en trouver un. Le plus fréquent est alors qu'un membre du Bureau réalise cette mission d'observation en urgence.

A. F. – Pour les missions d'observation judiciaire, nous essayons de disposer d'un planning prévisionnel le plus précis possible, tout particulièrement pour les missions se déroulant en Turquie et en Tunisie.

Pourquoi spécifiquement ces deux pays ? D'une part, car, malheureusement, ce sont des pays dans lesquels les dangers pour les avocats sont particulièrement élevés, mais aussi, d'autre part, car ce sont

des pays dans lesquels les observateurs internationaux sont en mesure de s'appuyer sur une organisation logistique locale efficace, ainsi que des conditions de sécurité fiables, ce qui facilite la tenue régulière de missions de terrain.

Toutefois, nos missions sont loin de se concentrer uniquement sur ces deux pays. À titre d'exemple, nous avons développé, au cours des dernières années, nos activités en Amérique centrale et en Amérique du Sud. Nos membres participent tous les deux ans à la Caravane internationale des juristes en Colombie qui est une mission d'observation de deux semaines à travers le pays. En octobre 2025, nous avons lancé une mission d'étude au Guatemala et à la fin du mois de juin 2026 une mission sera effectuée au Salvador.

RDA – Vous avez participé conjointement à une mission d'observation pour l'Observatoire en Turquie en mai 2025. Pourriez-vous nous expliquer le contexte et les raisons qui l'ont poussé à mettre en lumière cette situation ?

C. O. – Avec Antonio Fraticelli, nous nous sommes rencontrés en 2025 lors de cette mission d'observation judiciaire en Turquie. Nous y étions dans le cadre d'un procès intenté contre des avocats membres de l'Association des avocats progressistes (*Çağdaş Hukukçular Derneği*, ÇHD). Cette association d'avocats est accusée de terrorisme, en particulier du fait que certains de ses membres ont défendu des individus affiliés au Parti-Front révolutionnaire de libération du peuple ou à des organisations indépendantistes kurdes.

Depuis 2018, le gouvernement turc a fortement intensifié son opposition aux avocats et les droits de la défense ont été considérablement limités. Le fait pour un avocat de défendre une personne accusée de terrorisme a pour conséquence qu'il peut lui-même se retrouver à son tour accusé de telles infractions. Telle est la visée de certaines lois qui ont modifié les éléments constitutifs d'infractions pénales comme celle de « propagande terroriste ».

C'est ainsi que, parce que des barreaux turcs ont adopté des motions contre certaines enquêtes jugées bâclées ou trop sommaires ou parce qu'ils ont défendu des individus accusés de terrorisme, des procédures judiciaires ont été diligentées contre des dizaines d'avocats. Ces procédures ont abouti pour certaines à ce que des avocats soient radiés de leur barreau, voire à ce qu'ils soient condamnés à des peines d'emprisonnement de plusieurs années.

A. F. – La répression à l'encontre des avocats en Turquie perdure depuis des années et il est important d'en rappeler brièvement les principaux jalons.

Il faut d'abord mentionner le mouvement protestataire de 2013 qui a débuté dans le parc Taksim Gezi d'Istanbul. Les principaux protagonistes de ce mouvement ont été condamnés à de lourdes peines de prison, en particulier l'homme d'affaires Osman Kavala qui a été condamné en 2022 à l'emprisonnement à perpétuité. L'avocat Can Atalay a lui-même été arrêté dans le cadre de la répression contre ce mouvement et est toujours détenu dans le complexe pénitentiaire de Silivri, alors même qu'il a été élu membre du Parlement turc lors des élections législatives de 2023.

Nous devons également parler de l'assassinat le 28 novembre 2015 de l'avocat Tahir Elçi, bâtonnier du Barreau de Diyarbakır qui est la plus grande ville à majorité kurde de Turquie. L'OIAD a couvert le procès portant sur son assassinat et n'a cessé de dénoncer les lacunes de l'enquête, ainsi que la passivité des autorités judiciaires à rechercher les coupables.

La répression contre les avocats a tragiquement abouti à d'autres morts. Le 27 août 2020, l'avocate Ebru Timtik, qui était membre de cette association, est décédée après 238 jours de grève de la faim, alors qu'elle était détenue à la suite d'une condamnation à treize années de prison pour « terrorisme » et réclamait un procès équitable.

Comme l'a souligné Charles Ohlgusser, cette répression contre l'Association des avocats progressistes se poursuit. En 2021, 18 avocats, dont la sœur d'Ebru Timtik, Barkın Timtik, ont été condamnés à de très lourdes peines d'emprisonnement. Le mécanisme à l'œuvre dans ces procès est toujours le même, les avocats sont assimilés aux clients qu'ils défendent.

Voilà ce qui motive l'OIAD à demeurer en première ligne en Turquie. Notre mobilisation en soutien à nos confrères turcs réprimés ne faiblit pas. En janvier 2026, nous étions plusieurs dizaines d'avocats venant de divers pays européens à nous rendre au procès de l'avocat İbrahim Kaboğlu, bâtonnier

d'Istanbul, et de dix membres du Conseil de l'Ordre de ce barreau. Fort heureusement, cette fois-ci, ce procès s'est soldé par une relaxe de l'ensemble de ces avocats.

RDA – Cette mission d'observation a débouché sur un rapport que vous avez rédigé, publié en juin 2025[1]. Quel est votre rôle au sein des missions ? Se limite-t-il à l'observation des procès ?

A. F. – L'activité d'observateur ne se résume pas à s'asseoir dans une salle d'audience et à écouter un procès. Nous sommes là pour assurer une présence active auprès des avocats menacés. Lors des audiences, nous revêtons nos robes nationales d'avocat, la liste des observateurs internationaux est transmise aux juges et est mentionnée dans le procès-verbal de l'audience.

En dehors des audiences, nous sommes en relation avec les autorités consulaires et diplomatiques sur place de nos pays respectifs et nous cherchons également à créer des liaisons durables avec les membres des barreaux locaux.

Une autre part importante des missions d'observation consiste en des visites carcérales aux avocats emprisonnés. Lors des cinq dernières années, je me suis rendu à quinze reprises dans les prisons turques et j'ai pu observer que ces visites constantes des observateurs avaient un impact direct sur le traitement infligé aux avocats détenus. Une plus grande attention est notamment portée par les autorités pénitentiaires à la santé de ces avocats.

C. O. – Les observateurs n'interviennent pas juridiquement lors des audiences. Les avocats en danger ont leurs propres avocats. Néanmoins, la pression internationale exercée par la présence des observateurs internationaux a des répercussions concrètes. Cela oblige les autorités locales à garantir la publicité des audiences.

Cette présence tend également à montrer aux avocats locaux, aussi bien ceux qui se retrouvent dans le box des accusés que ceux qui les défendent, qu'ils sont pleinement soutenus et qu'ils doivent rester combatifs malgré les épreuves multiples auxquelles ils font face.

RDA – Dans ce rapport, vous mentionnez votre participation à un colloque qui s'est tenu à Istanbul sur la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection de la profession d'avocat, ouverte à la signature le 13 mai 2025. Pensez-vous que cette Convention répondra aux problèmes que vous avez rencontrés lors de votre mission ?

A. F. – Cette Convention a été approuvée par le Conseil de l'Europe le 12 mars 2025 au terme d'un travail intense de plus de trois années qui a mobilisé les représentants des États membres du Conseil de l'Europe, dont la Turquie. Afin que cette Convention puisse entrer en vigueur, il est nécessaire qu'elle soit ratifiée par huit États, dont six États membres du Conseil de l'Europe.

Elle est fondamentale car, à ce jour, les principes juridiques au soutien des avocats et des droits de la défense sont les Principes de La Havane qui sont des principes généraux de *soft law*. La Convention permettra donc de disposer d'un instrument juridiquement contraignant, ainsi que de mécanismes de contrôle car ses dispositions prévoient la création d'un organisme international neutre chargé de contrôler périodiquement la mise en œuvre de la Convention dans les États l'ayant ratifiée.

Elle ne vise pas seulement la personne de l'avocat, mais entend aussi garantir une meilleure protection des droits fondamentaux dont l'avocat a la charge lorsqu'il assure la défense de ses clients.

C. O. – Cette Convention peut être qualifiée de « petit miracle » car, comme pour toute convention internationale, il est extrêmement difficile d'aboutir à un consensus entre différents États, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un métier comme la profession d'avocat, dont l'exercice est si pluriel et divers à travers le monde. En effet, aussi bien les modes d'accès à la profession que les termes mêmes du serment prêté par les avocats peuvent diverger fortement d'un pays à un autre.

1. Observatoire international des avocats en danger, Franck Heurtrey, Charles Ohlgusser et Antonio Fraticelli, *Rapport d'observation judiciaire : Mission d'observation du 26 au 30 mai 2025*, 20 juin 2025 : https://protect-lawyers.org/wp-content/uploads/Rapport-de-mission-CHD-et-Proces-Batonnier-dIstanbul-20.06.2025.pdf (consulté le 2 août 2026).

Elle vient donc répondre à une urgence internationale au vu des pressions croissantes qui pèsent sur les avocats. Il est peu probable que des régimes autoritaires la ratifient. Néanmoins, elle constituera un outil de référence dans l'interprétation du droit et un moyen de pression à l'encontre des États qui en violent les principes.

Elle permet également de réaffirmer que le rôle de l'avocat est celui d'être une sentinelle du droit, non parce qu'il occupe une position de supériorité dans la société du fait de son savoir juridique, mais parce qu'il est confronté au quotidien à la réalité des procédures judiciaires et à la mise en œuvre concrète des droits fondamentaux des justiciables au cours de ces procédures.

RDA – Votre engagement au sein de l'Observatoire a-t-il changé le regard que vous portez sur votre propre travail, ou sur la situation des avocats dans votre pays ?

C. O. – Cet engagement au sein de l'OIAD apporte beaucoup car il permet d'ouvrir son regard sur d'autres systèmes judiciaires. Cela permet de comprendre de quelle manière des pays démocratiques peuvent basculer dans des dérives autoritaires, notamment concernant les droits de la défense.

Nous pouvons constater que ces bascules s'effectuent rarement abruptement. Un système dictatorial ne se met pas en place du jour au lendemain. La bascule se met en œuvre progressivement, par petites touches, à travers une loi qui va d'abord restreindre un peu les droits de la défense, puis une autre loi plus sévère en matière pénale, puis une autre loi qui va changer la qualification d'une infraction afin qu'elle puisse englober davantage de situations, et ainsi de suite. Un tel mouvement de bascule a pu être observé récemment aux États-Unis.

Le fait d'observer ces mouvements dans d'autres pays nous amène à être plus attentifs à ce qu'il se passe dans nos propres pays et à nous montrer plus exigeants à l'encontre de changements législatifs venant rogner sur les droits de la défense.

A. F. – Comme je l'ai dit au début de cet entretien, mon engagement au sein de l'OIAD a eu un impact très fort sur ma vie, professionnelle comme personnelle. Avant de rejoindre l'OIAD, je n'avais jamais eu l'occasion de me pencher sur ces problématiques, car mon activité d'avocat est consacrée au droit des affaires, à l'arbitrage national et international et au contentieux civil et commercial.

Il m'a aussi procuré une conscience différente de ce qu'est la profession d'avocat. Je suis désormais plus sensible aux réformes portées par le pouvoir politique au sujet des droits de la défense, et plus scrupuleux quant à l'exercice de ces droits dans mes rapports quotidiens avec les magistrats. Enfin, il m'amène à essayer de sensibiliser mes confrères aux combats portés par l'OIAD et à l'enjeu fondamental qu'est la défense de la défense.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

Le droit international et le « trésor » du San José

Laura Prat
Doctorante à l'Université Paris-Panthéon-Assas
et attaché temporaire d'enseignement et de recherche
à Cergy Paris Université

La nuit du 7 juin 1708 près des îles du Rosario, au large de Carthagène, une escadre britannique attaque la flotte espagnole de *Tierra Firme* et touche le célèbre galion de l'Armada espagnole, le *San José*. En quelques minutes seulement, le galion s'enfonce dans les profondeurs de la mer des Caraïbes, emportant la quasi-totalité des six cents membres de l'équipage ainsi que l'impressionnante cargaison embarquée quelques jours plus tôt à Portobelo. Dans les cales du navire s'entassaient en effet des milliers de pièces d'argent frappées à Cerro Rico de Potosí en Bolivie, des lingots, des émeraudes de Nouvelle-Grenade, de l'or et des marchandises, l'ensemble étant initialement destiné à financer la guerre de Succession d'Espagne. Le 27 novembre 2015, le président colombien Juan Manuel Santos annonçait que le navire *San José* avait été retrouvé. Trois siècles après la bataille, cette découverte donne un nouveau visage au mythe de l'Eldorado : loin des cités d'or imaginées par les conquistadors, c'est désormais une épave reposant à 600 mètres de profondeur qui cristallise les convoitises. Car la cargaison du navire, dont l'extraction progressive a commencé en 2024, est estimée à 17 milliards de dollars. À peine l'épave localisée, États, populations autochtones et entreprises privées ont formulé des prétentions sur la cargaison, en invoquant des titres juridiques tirés de différents principes du droit international. Les arguments déployés en témoignent : le *San José* est progressivement devenu le témoin silencieux de trois siècles d'évolution du droit international.

En apparence, le litige et les revendications concurrentes qui le constituent sont plutôt classiques en droit de la mer. D'un côté, la Colombie se concentre sur le fait que le navire a été retrouvé dans ses eaux territoriales et invoque ainsi un titre de compétence territoriale en tant qu'État côtier. De l'autre, l'Espagne se fonde sur le lien de rattachement qui le lie au navire, qui battait pavillon espagnol, et sur l'immunité des navires de guerre, consacrée en droit international coutumier et codifiée à l'article 32 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Les deux États, à partir de ces bases juridiques générales, revendiquent que la cargaison du navire constitue leur patrimoine culturel respectif. Bogotá s'approprie l'épave en application

d'une législation interne datant de 2013, dont l'objet est de définir le « patrimoine culturel subaquatique » (qui comprend, d'après cette législation, tous les biens issus de l'activité humaine qui sont représentatifs d'une culture et demeurent immergés de manière permanente dans la mer territoriale) et de le constituer juridiquement en tant que propriété de la Nation colombienne[1]. Madrid s'appuie sur la Convention de l'Unesco sur la protection du patrimoine culturel subaquatique (Convention à laquelle la Colombie n'est pas partie) et insiste sur le principe de non-commercialisation que cette qualification implique. Depuis l'arrivée au pouvoir du Président colombien Gustavo Petro, les positions des deux États relatives au traitement de l'épave semblent progressivement converger dans le sens d'une extraction à visée scientifique et archéologique, d'une préservation *in situ* lorsque cela est possible et d'une non-commercialisation des objets extraits.

Aux côtés de ces revendications classiques, l'ordre juridique international contemporain a permis à certains discours para-étatiques de trouver un certain écho à propos du *San José*. Le peuple Qhara Qhara notamment, a revendiqué certains droits sur la cargaison découverte, car une grande partie des objets précieux (notamment l'or et l'argent) avait été spoliée à leurs ancêtres par l'Espagne sur la montagne de Cerro Rico. Le discours mobilisé se rattache essentiellement à l'exigence revendiquée de justice postcoloniale qui, bien qu'au cœur des débats actuels en droit international, ne peut que difficilement s'appuyer pour l'instant sur un instrument du droit international positif. La piste d'une reconnaissance internationale de droits au profit des populations indigènes sur les objets spoliés peut néanmoins se trouver dans la jurisprudence de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui, sans se prononcer frontalement sur ce problème, a posé les bases de la notion de « propriété collective » des populations autochtones sur les richesses et les ressources issues de leurs terres[2].

Les enjeux contemporains relatifs au *San José* incluent également le problème des revendications privées sur la cargaison. En effet, dans les années 1970 et 1980 et à la faveur d'un cadre juridique très embryonnaire, un nombre significatif d'entreprises privées américaines se sont spécialisées dans la chasse aux trésors maritimes. Cette pratique a pu donner lieu à des contentieux devant les juges internes américains[3], mais le cas du *San José* est particulier si l'on prend en compte la dimension internationale de la revendication formulée par l'entreprise (la *Sea-Search Armada*). Celle-ci estime en effet qu'elle a réalisé un « investissement » protégé par le droit international économique (et plus précisément le traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les États-Unis et la Colombie) et s'appuie pour le justifier sur un contrat d'exploration octroyé par le gouvernement colombien en 1980. Le trésor aurait été localisé par l'entreprise privée lors de l'exécution de ce contrat, et cette découverte lui permettrait de revendiquer la moitié du trésor[4]. Suite au décret colombien classant l'ensemble du navire comme patrimoine culturel, que la société assimile à une mesure d'expropriation de ses droits contractuellement acquis sur le trésor et ainsi contraire au traité

1. Loi colombienne n° 1675 de 2013 – Par laquelle sont réglementés les articles 63, 70 et 72 de la Constitution Politique de Colombie en ce qui concerne le patrimoine culturel submergé : *Ley 1675 de 30 de julio de 2013, Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política en lo relativo al Patrimonio Cultural Sumergido*.
2. A. P. Buitrago Rojas, G. A. Gómez Agudelo et L. C. Alonso Osorio, « La disputa por el galeón San José y su pecio: estudio de caso de la Nación Qhara Qhara (pueblos indígenas del Estado Plurinacional de Bolivia) bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Diálogo Andino* 2021, n° 66, p. 451-462.
3. L'entreprise *Odyssey Marine Exploration* par exemple, basée en Floride, avait découvert l'épave d'un galion espagnol *Nuestra Señora de las Mercedes* en Haute mer et récupéré le trésor qu'il contenait, mais le juge interne américain avait refusé de lui octroyer la propriété du trésor, faisant application de l'immunité d'exécution bénéficiant à l'État du pavillon d'un navire de guerre.
4. L'article 701 du code civil colombien du 31 mai 1873 disposait que « [t]*he treasure found on another's land shall be divided equally between the owner of the land and the person who made the discovery. But the latter shall not be entitled to his share unless the discovery is fortuitous, or when the treasure has been sought with the permission of the owner of the land* », disposition sur laquelle s'appuie l'argument, v. Cour permanente d'arbitrage, *Sea Search-Armada, LLC c/ République de Colombie*, n° 2023-37, *Claimant's amended Statement of Claim*, 14 juin 2024, § 35.

bilatéral d'investissement[5], celle-ci a saisi la Cour permanente d'arbitrage[6]. Contre toute attente, le sort du galion englouti en 1708 pourrait être en partie déterminé par un droit transnational des contrats élaboré plus de trois siècles après son naufrage. Le cœur du litige réside en effet essentiellement dans la question de savoir si les clauses substantielles du contrat d'exploration ainsi que les négociations à propos de l'éventuelle conclusion d'un nouveau contrat d'extraction avaient pu faire naître des droits acquis sur le trésor au profit de l'entreprise américaine susceptibles d'être protégés en droit international en tant qu'investissement, c'est-à-dire sur l'interprétation des obligations mutuellement consenties par l'État colombien et l'entreprise américaine à propos de l'épave.

Il est dans la nature des trésors de perdre une part de leur mystère au moment même où ils sont découverts. Le *San José* n'échappe pas à ce paradoxe : la légende fascinante a laissé place à l'âpreté des revendications juridiques. Ces revendications contrastent toutefois avec la prudence des archéologues, qui rappellent que tous les trésors n'ont pas vocation à être remontés à la surface en relevant que toute fouille constitue une destruction irréversible, car chaque objet extrait fait disparaître une partie du contexte qui lui conférait sa valeur scientifique. Une épave est ainsi souvent mieux conservée au fond des mers que dans les vitrines d'un musée. Dès lors, le véritable défi du droit international n'est peut-être pas tant de déterminer à qui appartient le *San José* que de savoir si sa cargaison doit être remontée à la surface. À cet égard, la Convention de l'Unesco traduit juridiquement le point de vue des archéologues en érigeant la préservation *in situ* en principe directeur de la protection du patrimoine culturel subaquatique. Elle invite ainsi à considérer que la protection du *San José* peut – et doit – l'emporter sur l'appropriation.

5. Cour permanente d'arbitrage, *Sea Search-Armada, LLC c/ République de Colombie*, n° 2023-37, préc., § 312-338.
6. L'affaire au fond n'a pas été tranchée à ce jour, mais la décision rendue à propos des exceptions préliminaires a permis de dégager quelques-unes des questions juridiques fondamentales de l'espèce, v. Cour permanente d'arbitrage, *Sea Search-Armada, LLC c/ République de Colombie,* n° 2023-37, *Decision on Respondent's Preliminary Objections Under Article 10.20.5 of the United States-Colombia TPA*, 16 févr. 2024.

Retour sur les lois symboliques. Entretien avec Octavie Laroque

Octavie Laroque
Docteur de l'Université Paris-Panthéon-Assas

En écho avec l'article paru dans la rubrique « Variétés » du précédent numéro de la *Revue de droit d'Assas*, intitulé « Les symboles dans le Code civil : pour quoi faire ? », nous avons le plaisir de publier l'interview qu'avait donnée Octavie Laroque, docteur de l'Université Paris-Panthéon-Assas, à l'occasion de la publication de sa thèse intitulée *Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, aux Éditions Paris-Panthéon-Assas[1].

Dirigée par le professeur Pierre-Yves Gautier et honorée du prix de thèse André Isoré de la Chancellerie des universités de Paris, du premier prix Robert Abdesselam et du prix de thèse de l'Université Paris-Panthéon-Assas, la thèse, publiée en 2021, demeure d'une remarquable actualité[2].

Éditions Panthéon-Assas (ÉPA) – Si dénoncer le mille-feuille législatif est devenu un poncif, votre thèse dénonce moins la quantité que la qualité de la loi. Plus encore, vous dénoncez des lois inopérantes qui affaiblissent la loi. À quoi est due cette évolution ?

Octavie Laroque (O. L.) – La dénonciation des maux de la loi, qu'elle concerne sa quantité ou sa qualité, n'est pas toute récente ; il suffit pour s'en convaincre de lire Montesquieu et même Tacite bien avant lui. Aujourd'hui, dénoncer la mauvaise qualité de la loi constitue, au même titre que les reproches tenant à la quantité de la production législative, un lieu commun du juriste. Ce que je dénonce toutefois dans ma thèse – les *lois symboliques* – tient à un phénomène législatif particulier. Les lois symboliques sont le résultat d'une instrumentalisation de l'outil législatif, en vertu duquel la puissance d'évocation de la loi sert des fins politiques et médiatiques : la norme est adoptée pour porter un message moral ou social davantage que pour produire des effets concrets. Nombreuses sont les manifestations de ces lois en droit de la propriété littéraire et artistique, discipline qui a vu ces lois se multiplier avec l'irruption du numérique : la loi Hadopi, la loi portant sur l'exploitation des livres indisponibles ou celle relative aux « œuvres orphelines », pour n'en citer que quelques-unes.

Dans cette façon de faire la norme, selon laquelle l'affichage politique compte plus que les effets pratiques, la nouvelle loi est présentée comme une réponse à tous les problèmes qui surgissent, comme un moyen pour les gouvernants de se montrer « modernes ». La loi est au centre d'un processus de communication politique où chaque nouveau ministre entend marquer son passage d'une loi nouvelle. Or, la cohérence du corpus législatif ne peut que pâtir de la succession de réformes réalisées sans vision d'ensemble.

1. V. le compte-rendu de la thèse par N. Dissaux dans *RDL* 2020/1, n° 4. V. également O. Laroque, « Contre les lois symboliques. Réflexions sur l'office du législateur », *Droits* 2018/1, p. 219 et s.
2. V. en ce sens M. Féraud, « Les lois symboliques. Étude sur l'effectivité des lois », *Les Cahiers Portalis* 2025/1, p. 213 et s., qui souligne que l'auteur a proposé « l'unique définition doctrinale » de la loi symbolique.

ÉPA – Comment cette tendance pourrait-elle s'inverser ?

O. L. – Pour éviter l'adoption de nouvelles lois symboliques, le législateur se doit de respecter une méthode lui permettant d'évaluer le réel besoin de loi et, lorsqu'il se vérifie, de traduire ce besoin de la façon la plus adéquate. Mais la méthode ne pourra porter ses fruits que si le faiseur de norme comprend qu'il est moralement responsable de l'œuvre législative qu'il poursuit. Lutter contre l'apparition de lois symboliques suppose de faire preuve de certaines vertus pour résister à l'opinion et à l'attrait de la nouveauté : le courage, la prudence et la sagesse. La responsabilité est individuelle, mais également collective : il faut cesser de crier au « vide juridique » dès lors qu'une situation particulière n'est pas régie expressément par une loi.

Plus concrètement, l'« offre de loi », cette pratique instituée par Carbonnier en vertu de laquelle la doctrine ou les professionnels du droit composent un texte qu'ils offrent au législateur, pourrait constituer une solution pour inverser la tendance. De même qu'il faudrait encourager le travail de groupements d'intérêt public sur le modèle du GIP Justice[3], dont l'objet serait de réfléchir, de façon indépendante, au devenir d'une discipline et à la nécessité ou non de réformer.

ÉPA – Outre le droit de la propriété littéraire et artistique, d'autres branches du droit comportent-elles des lois symboliques ?

O. L. – Oui, le droit de la propriété littéraire et artistique a été choisi parce qu'il constituait un terrain d'étude pertinent pour démontrer que, contrairement à ce qu'on pourrait penser, les lois symboliques ne sont pas seulement des dispositions ineffectives et incantatoires sur le modèle des mémorielles, mais qu'elles s'incarnent aussi à l'endroit de dispositions techniques et complexes. La loi qui rencontre un phénomène d'ineffectivité *lato sensu* (l'inefficacité, l'inefficience, un effet pervers), tout en étant dotée d'un message vertueux doit être tenue pour symbolique. Or, de telles lois peuvent se retrouver dans toutes les branches du droit. Le droit pénal en connaît, par exemple, un certain nombre ; telle que la loi qui vise à inscrire l'inceste dans le Code pénal.

ÉPA – À quel public s'adresse cet ouvrage ?

O. L. – Il s'adresse à un public spécialisé de juristes que les questions de construction de la norme juridique et de théorie générale du droit intéressent, mais également à tous ceux qui souhaitent réfléchir à la loi contemporaine et à l'incidence de ses dérives sur la construction de la cité. À l'heure de la démocratie participative, qui n'est pas concerné ?

3. Dont l'Institut Robert Badinter est aujourd'hui l'héritier (*NDLR*).

Dossier
L'indépendance

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique précise.

La notion d'indépendance en droit
Pierre Michel *p. 33*

L'indépendance de la magistrature au XIXe siècle
Yves Benhamou *p. 45*

L'indépendance par les procédures – Lecture des archives du Conseil constitutionnel (1958-2000)
Benjamin Morel *p. 54*

L'indépendance en droit du travail – Aux frontières de la subordination
Grégoire Duchange *p. 63*

Regards croisés sur les clauses d'indépendance

Les clauses d'indépendance dans l'interdépendance contractuelle – De l'impérativité de l'article 1186 du Code civil
Sarah Bros *p. 67*

Les clauses d'indépendance : prohibition et contournements – Plaidoyer pour le caractère supplétif de l'article 1186 du Code civil
Nicolas Kilgus *p. 74*

L'indépendance des patrimoines personnel et professionnel
Jean-Baptiste Barbièri *p. 84*

Le principe dit de l'indépendance des procédures pénale et fiscale
Stéphane Detraz *p. 92*

Déclarer l'indépendance : l'État à l'état de prétention
Jean-Baptiste Dudant *p. 102*

L'indépendance des juges de la Cour pénale internationale
Didier Rebut *p. 111*

L'indépendance des époux dans le mariage
Anne Karm *p. 129*

Dossier
L'indépendance

La notion d'indépendance en droit

Pierre Michel
Maître de conférences en droit privé à l'Université Lumière Lyon 2

> « Vous serez homme de robe ou d'épée. Comme vous devez rendre compte de votre état, c'est à vous à le choisir. Dans la robe, vous trouverez plus d'indépendance et de liberté ; dans le parti de l'épée, de plus grandes espérances »[1]

1. L'indépendance, notion familière et évanescente. Ainsi Montesquieu conseillait-il à son fils de choisir entre la robe et l'épée : avec la robe, il gagnerait l'indépendance et la liberté ; avec l'épée, les grandes espérances et la gloire. Choisir la robe, c'est donc renoncer aux grandes espérances. Doit-on en conclure que l'indépendance ne s'acquiert qu'au prix d'un tel renoncement ? Pour le savoir, encore faut-il déterminer ce que recouvre l'indépendance, ce qui constitue l'essence de la notion. Une telle entreprise de définition pourrait paraître convenue tant la notion est devenue commune aux juristes. Cette familiarité dispenserait alors de l'effort de la définir, comme si son évidence tenait lieu de définition. Il est vrai que l'indépendance est partout dans le droit. En matière de sources et de théorie du droit, elle revêt des significations diverses. Elle sert parfois à qualifier les rapports entre les branches du droit, à l'image de la théorie des droits mixtes du doyen Roubier, caractérisés par leur indépendance à l'égard de la distinction classique entre droit public et droit privé[2]. La notion est également mobilisée, par Bonnecase notamment[3], pour qualifier la construction de la science du droit à la fin du XIXe siècle, période de réformes des facultés de droit en France[4]. En droit constitutionnel, elle constitue la condition de la souveraineté des États et, d'une certaine manière, de leur existence sur la scène internationale[5]. D'ailleurs, en imposant la langue française comme langue officielle, l'ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539 n'a-t-elle pas été un

1. Montesquieu, *Pensées et fragments inédits*, éd. Gounouilhou, 1899, p. 27.
2. P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 2e éd., 1951, p. 301 et s. ; aussi à propos de l'indépendance du droit commercial qu'évoque Roubier, v. A. Mages, « Le manuel de droit commercial : vecteur d'autonomie (XIXe, milieu du XXe siècle) », *in* A.-S. Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, LGDJ, coll. « Contextes », 2014, p. 149 et s.
3. J. Bonnecase, *Qu'est-ce qu'une faculté de droit ?*, Paris, Sirey, 1929, p. 37 et s.
4. M. Mathieu, « Facultés de droit et réforme universitaire au XIXe siècle : la conquête d'un statut », *Revue du droit public* 2008, n° 4, p. 999.
5. En ce sens, v. Max Huber, Sentence arbitrale, 4 avr. 1928, *Île de Palmas* (États-Unis c/ Pays-Bas), *RSA*, vol. 2, p. 838. Cette idée qu'il ne pouvait y avoir de souveraineté sans indépendance était déjà formulée par Aubry et Rau, selon lesquels le « principe de l'indépendance réciproque des nations » est celui « d'après lequel chaque nation possède seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire » (C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., Marchal & Billard, 1869, p. 80).

moyen d'affirmer l'indépendance du pays ? Aussi, elle peut renvoyer, en droit administratif, au principe d'indépendance des législations dégagé par la jurisprudence du Conseil d'État[6]. En droit privé, l'indépendance est le plus souvent présentée comme un attribut attaché à des personnes ou à des institutions : le magistrat s'en prévaut, l'avocat en fait le serment, certaines autorités administratives en tirent leur statut, le travailleur peut s'en réclamer…

Difficile alors pour les juristes d'échapper à l'emprise de l'indépendance. Pourtant, à mesure que la notion se banalise dans le langage juridique, son sens devient de plus en plus obscur. Cette obscurité est renforcée par la proximité de l'indépendance avec des notions voisines, au premier rang desquelles figurent l'impartialité et l'autonomie. Néanmoins, l'indépendance n'est pas l'impartialité[7]. Là où la première décrit une situation structurelle, caractérisée par l'absence de lien de subordination ou de dépendance, la seconde relève du for intérieur et de l'absence de préjugé. Un magistrat peut ainsi être indépendant sans être impartial, dès lors que le statut constitue une condition nécessaire de l'indépendance, mais non une garantie suffisante de l'impartialité. L'indépendance ne se confond pas davantage avec l'autonomie. Celle-ci désigne la capacité à se donner ses propres règles dans un cadre préalablement défini. L'indépendance obéit à une logique différente, puisqu'elle est nécessairement relationnelle. En effet, elle ne se comprend qu'à l'égard d'une personne ou d'une autorité, dès lors elle ne peut véritablement exister dans l'absolu. Toujours est-il que, malgré sa familiarité, l'indépendance peine à être pleinement saisie, tant elle relève de la famille des notions indéterminées[8], dont la définition s'avère inlassablement fuyante.

2. Essai de définition de l'indépendance. Le terme est d'apparition relativement tardive dans la langue française. Si l'adjectif « indépendant » émerge à la fin du XVI^e^ siècle, ce n'est qu'au XVII^e^ siècle que le substantif « indépendance » se forme, dérivé du précédent[9]. Son premier usage est individuel et moral, en ce qu'il désigne l'homme épris de liberté, celui qui refuse la sujétion de sa conscience et de son jugement. Avec le rayonnement de la pensée politique moderne, le terme d'indépendance a acquis une nouvelle signification, davantage institutionnelle et juridique, à savoir l'indépendance comme l'absence de dépendance envers une autorité extérieure. Dans ce contexte, le terme a été utilisé pour qualifier les guerres civiles et autres conflits armés, de l'Amérique au XVIII^e^ siècle au référendum en Nouvelle-Calédonie en 2021, sans oublier la décolonisation au XX^e^ siècle durant laquelle les peuples se sont battus pour obtenir leur émancipation à l'égard de la puissance tutélaire et coloniale. Frantz Fanon ne disait-il pas, à propos de la guerre de libération en Algérie, que « l'indépendance n'est pas un mot à exorciser, mais une condition indispensable à l'existence des hommes et des femmes vraiment libérés »[10]. De l'individu à l'institution, de l'âme à l'État, voilà donc toute l'étendue de la notion !

Cette étendue se retrouve dans le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu, qui recense une demi-douzaine d'acceptions du terme, toutes rattachées à une idée commune : « l'absence de subordination »[11]. L'indépendance, en tant que notion juridique, pourrait ainsi être définie comme l'état d'une personne ou d'une institution qui n'est soumise à aucun lien de subordination, d'intérêt ou d'influence à l'égard d'un tiers de nature à altérer la liberté de son jugement, sa capacité à prendre une décision. Ou, pour le dire plus frontalement, l'indépendance c'est n'avoir « rien à craindre ou à désirer de personne »[12]. À peine énoncée, cette définition appelle déjà à être précisée : l'indépendance est une notion relative et négative. En effet, comme le constatait Kevin Moya, elle « présente la particularité d'être souvent employé sans complément […] or, en toute rigueur, il faudrait lui adjoindre un com-

6. Sur cet aspect, v. M. Unau, *Le principe d'indépendance des législations*, th. dactyl. Toulouse, 2022, O. Debat (dir.).
7. Sur ce point, v. déjà M.-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, n° 6, p. 53 et s., § 12.
8. Sur cette catégorie de notions, v. F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, th. dactyl. Aix-Marseille, 2005, J.-L. Bergel (dir.).
9. CNRTL, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e^ éd., v° « Indépendance ».
10. F. Fanon, *Les damnés de la terre*, La Découverte, 2002, p. 297.
11. G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 11^e^ éd., PUF, coll. « Quadrige », 2016, p. 538.
12. T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, 1984, p. 99.

plément qui précise à l'égard de quoi ou de qui l'indépendance s'établit, sauf à considérer l'indépendance comme un état absolu, permanent »[13]. Cette dépendance à un complément de la notion d'indépendance se comprend à l'aune de sa nature conceptuelle : elle se définit par la négative. L'indépendance désigne effectivement la négation d'autre chose, à savoir la non-dépendance, de la même manière que la liberté se comprend, selon les écoles, comme la non-contrainte[14] ou la non-domination[15]. La difficulté des concepts négatifs est qu'une négation ne détermine jamais le positif ; ce qui veut dire qu'affirmer qu'une personne est indépendante revient à établir ce qu'elle n'est pas et non ce qu'elle est. La nature négative de cette notion participe de la difficulté à la définir, ainsi qu'à en déterminer l'étendue de son domaine.

3. L'indépendance, une quête sans fin. L'indépendance présente en droit une double dimension. Le droit la proclame d'abord, en l'attachant au statut de la personne ou de l'institution, il l'éprouve ensuite, en la vérifiant dans l'exercice effectif de ses fonctions. Ces deux dimensions sont indissociables. Un statut dépourvu d'effectivité ne serait qu'une coquille vide, incapable d'attester une indépendance concrète. À l'inverse, un exercice indépendant sans garanties statutaires serait précaire, et ne permettrait pas de protéger son titulaire contre les pressions auxquelles sa fonction l'expose. L'indépendance naît ainsi de la rencontre du statut et de l'exercice. En outre, rien ne garantit que les protections statutaires ou l'exercice concret des fonctions exclut toute forme de dépendance de fait. Ni le statut octroyé ni même l'exercice loué comme indépendant ne correspondent à une absence réelle de dépendance : sous l'un et sous l'autre peut perdurer un asservissement de fait, que seule une analyse plus fouillée permet de déceler. L'indépendance sera ainsi envisagée, dans un premier temps, comme une garantie instituée par le droit (I), la dépendance le sera, dans un second temps, comme une réalité que le droit s'efforce de prévenir ou de corriger (II).

I. L'indépendance, une garantie exigée par le droit

4. Proclamer et éprouver. L'indépendance est recherchée par le droit, en ce qu'elle permet une garantie nécessaire pour l'exercice d'une fonction, la réalisation d'une mission. Pour ce faire, le droit commence par la proclamer, c'est-à-dire qu'il octroie un statut à une personne ou une institution pour la mettre par avance à l'abri de toute emprise (A). Cette indépendance proclamée demeure néanmoins insuffisante, elle doit encore être éprouvée dans l'exercice concret de la fonction (B). L'indépendance proclamée et l'indépendance éprouvée sont ainsi les deux faces d'une même pièce, l'une ne va pas sans l'autre. Cette dualité permet de caractériser l'indépendance de la justice et de ses acteurs, mais elle dépasse toutefois le cadre de la magistrature. Elle se retrouve dans toutes les figures de l'indépendance en droit, qu'il s'agisse des autorités de régulation, des arbitres ou encore des professions réglementées.

A. L'indépendance proclamée

5. Le modèle du rempart. L'indépendance repose généralement sur un même modèle, celui du rempart. Il s'agit d'ériger une séparation entre celui qu'il faut protéger et ceux dont il faut le préserver. Cette séparation prend le plus souvent la forme d'un statut personnel, mais peut également résulter de l'attribution de moyens propres lorsqu'elle bénéficie à certaines institutions. Assurément, ce rempart ne protège pas seulement les personnes ou les institutions investies d'une fonction, il s'étend également de façon préventive aux personnes placées dans une situation de vulnérabilité. Par exemple, l'alinéa 1er de l'article 909 du Code civil frappe d'une incapacité de recevoir à titre gratuit les professionnels de santé ayant prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt. Nul besoin ici de démontrer un consentement vicié, car la loi neutralise en amont le risque, en présumant que la dépendance du patient à l'égard de son soignant est suffisamment forte pour altérer sa

13. K. Moya, « L'indépendance des avocats au regard de leur déontologie », *D.* 2026, n° 21, p. 962.
14. I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, Clarendon Press, 1959.
15. P. Petit, *Républicanisme. Une théorie de la liberté et du gouvernement*, Gallimard, coll. « NRF essais », 2004.

liberté de choix. Néanmoins, l'indépendance se manifeste principalement par le statut et par les moyens, ce qu'il convient désormais d'aborder.

6. Le rempart du statut : l'indépendance de la magistrature. Ce rempart s'est initialement construit autour de la personne du juge. L'idée d'une indépendance organique et fonctionnelle de la magistrature s'est en effet élaborée au fil de l'histoire par une lente émancipation des pouvoirs exécutif et législatif. Elle s'est notamment appuyée sur la reconnaissance progressive de l'inamovibilité des magistrats du siège, aujourd'hui garantie par l'article 4 de l'ordonnance statutaire de 1958[16], ainsi que sur l'institution d'un organe de protection, le Conseil supérieur de la magistrature (CSM), que l'article 64 de la Constitution charge, avec le président de la République, de garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire. Cette architecture n'a cessé depuis d'être amendée[17]. Ainsi, le gouvernement avait tenté, par la loi organique du 25 février 1992, dite loi Nallet, une réforme des prérogatives du CSM, rapidement censurée par le Conseil constitutionnel[18]. Une révision constitutionnelle était donc nécessaire. La loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 scinda ainsi le Conseil en deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard de ceux du parquet. Elle soumit à l'avis conforme de la première la nomination de la quasi-totalité des magistrats du siège, tandis que la seconde ne rendait, pour les magistrats du parquet, qu'un avis simple[19]. Cette dissymétrie entre avis conforme et avis simple révèle dès le stade de la nomination la fracture qui sépare le siège du parquet. La réforme de 1993 maintenait cependant la présidence de droit du CSM par le président de la République, ainsi que la vice-présidence du garde des Sceaux. Une telle association était pour le moins paradoxale : faire du chef de l'exécutif le garant de l'indépendance de la justice tout en lui confiant la présidence de son organe de protection[20]. Cette incohérence ne fut résorbée qu'avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, qui retira au président de la République cette présidence de droit. Celle-ci est désormais assurée par le premier président ou le procureur général de la Cour de cassation, selon la formation concernée, le chef de l'État ne conservant qu'un rôle résiduel dans la désignation de personnalités qualifiées et la saisine du Conseil en formation plénière[21]. Le CSM constitue aujourd'hui l'un des principaux remparts institutionnels assurant l'indépendance de la magistrature. Sa première *Charte de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire*, publiée en décembre 2025, en témoigne encore, son premier chapitre étant consacré à l'indépendance et à l'impartialité des juges[22]. Assurément, ce rempart statutaire ne se limite ni à l'inamovibilité ni au rôle du CSM[23], il tient tout autant au mode de recrutement et de formation qu'au mode de rémunération…

Les règles assurant une indépendance statutaire peuvent varier entre ordre judiciaire et ordre administratif[24], tout comme elles possèdent d'autres spécificités pour les acteurs officiant à la Cour de justice de l'Union européenne[25] ou encore pour les agents du Conseil de l'Europe[26].

16. « Les magistrats du siège sont inamovibles » (art. 4, al. 1er, ord. nº 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).
17. Pour une vue d'ensemble, v. T. Renoux, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », *in* B. Mathieu (dir.), *1958-2008 : cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 293.
18. M.-F. Bechtel, « Le point sur la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 : la réforme de la Haute Cour de justice et du Conseil supérieur de la magistrature », *Revue française d'administration publique* 1993, nº 68, p. 644.
19. *Ibid.*, p. 644.
20. G. Canivet, « Indépendance, vous avez dit indépendance ? », *Pouvoirs* 2021, nº 178, p. 27.
21. Pour une lecture critique, en amont de la réforme, v. D. Rousseau, « Un CSM sans tête et sans pouvoirs nouveaux », *Les Petites Affiches* 14 mai 2008, nº 97, p. 80.
22. Sur cette charte, v. P. Deumier, « Déontologie des magistrats : des mots, des discours et des normes », *RTD civ*. 2026, nº 1, p. 63 et s., L. Pélissier, « Justice en situation – La Charte de déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire : quelles évolutions ? », *Les Cahiers de la Justice* 2026, nº 2, p. 353 et s.
23. V. D. Salas, « Les trois indépendances », *Les Cahiers de la justice* 2023, nº 4, p. 647 et s.
24. G. Canivet, « Indépendance, vous avez dit indépendance ? », préc., p. 27.
25. S. Le Goas, *L'indépendance de la Cour de justice de l'Union européenne*, th. dactyl. Nantes, 2014, J. Boudant (dir.).
26. F. Finck, « L'indépendance statutaire des agents du Conseil de l'Europe », *Revue française d'administration publique* 2008, nº 126, p. 279.

L'objectif demeure toutefois inchangé, à savoir ériger, quel que soit l'ordre ou la juridiction concernés, un rempart protecteur entre celui qu'il faut mettre à l'abri et celui dont il faut le prémunir. Car, cette indépendance de la magistrature est fragile, et se doit d'être protégée. Le droit européen, sous ses deux versants, participe ainsi à renforcer ce rempart. D'une part, la Convention européenne des droits de l'homme garantit, en son article 6, § 1er, à tout justiciable le droit de voir sa cause entendue par un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi »[27]. D'autre part, le droit de l'Union européenne fait de l'indépendance des juridictions nationales une condition structurelle du système judiciaire européen. À ce titre, la Cour de justice n'hésite pas à sanctionner, par la voie du recours en manquement assorti d'astreintes, les États qui y portent atteinte, comme ce fut le cas récemment avec la Pologne[28]. Ce rempart statutaire n'est toutefois pas propre au juge. L'indépendance est également construite par le droit pour protéger d'autres catégories de personnes, d'autres institutions.

7. Le rempart des moyens propres : l'indépendance au-delà du statut. En effet, l'indépendance ne se limite pas au seul statut personnel de celui qui l'exerce, elle s'étend aussi aux moyens dont il dispose. Une autorité dépourvue de ressources propres demeure, quand bien même son indépendance serait proclamée, tributaire de celui qui la finance, lequel conserve toujours le pouvoir de la priver de ses moyens d'action. C'est pourquoi le législateur a, par exemple, doté l'Autorité des marchés financiers de la personnalité morale et d'un financement reposant sur des taxes directement perçues auprès des acteurs régulés, plutôt que sur des crédits budgétaires soumis aux arbitrages annuels d'un ministère[29]. Il en va de même avec l'Autorité de sûreté nucléaire, dont l'indépendance à l'égard de l'exécutif doit être d'autant plus forte que l'État demeure actionnaire des opérateurs qu'elle contrôle[30]. Les exemples pourraient être multipliés avec les nombreuses autorités de régulation et de contrôle, toutes animées par une même idée : l'autorité qui dépend financièrement d'autrui ne saurait être pleinement indépendante.

Cette indépendance de moyens se double généralement d'une indépendance de gestion, avec par exemple des règles relatives à l'irrévocabilité du mandat des membres des organes décisionnaires, des limites de cumuls de fonctions dans le temps ou dans l'espace, ou encore l'octroi d'une autonomie budgétaire et de recrutement. Ainsi seulement une institution échappe, comme l'avait relevé le Conseil constitutionnel à propos de la Commission des opérations de bourse, à toute subordination par le pouvoir qui l'a instituée[31]. Précieux, ces moyens sont nécessaires pour accorder une indépendance effective à ces autorités. En octroyant un statut protecteur et des moyens propres, l'indépendance permet une protection des institutions et de leurs acteurs. Cependant, l'indépendance exigée par le droit ne se limite pas à cela, elle se prolonge dans l'exercice même de la fonction.

B. L'indépendance éprouvée

8. L'indépendance sous contrôle. L'indépendance protège ainsi une position avant même l'exercice d'une fonction, tant elle résulte d'un statut, d'un règlement ou de moyens propres, sans qu'il soit nécessaire d'observer un acte particulier pour la constater. Cette garantie vaut indépendamment de la manière dont la fonction est ensuite exercée. Il devient alors nécessaire d'éprouver l'indépendance, c'est-à-dire de vérifier, dans une situation donnée, qu'aucun lien réel ne vient contredire la garantie apportée par le droit. Cette mise à l'épreuve de la règle proclamée suppose de déceler, derrière l'apparence d'une indépendance affichée, les liens qui pourraient la démentir. Si plusieurs techniques différentes peuvent être mobilisées, on peut les distinguer selon qu'elles permettent un contrôle

27. Sur cet aspect, v. P. Lemmens, « L'indépendance du juge national vue depuis Strasbourg », *RTDH* 2024, n° 124, p. 785 et s.
28. CJUE, ord., 27 oct. 2021, n° C-204/21, *Commission c/ Pologne* ; L. Milano, « Indépendance de la justice en Pologne », *JCP G* 2021, 48, p. 1274 et s.
29. O. Douvreleur, « L'indépendance de l'autorité des marchés financiers », *Revue française d'administration publique* 2012, n° 143, p. 747.
30. H. Delzangles, « L'indépendance de l'Autorité de sûreté nucléaire, des progrès à envisager », *Revue juridique de l'environnement* 2013, vol. 38, n° 1, p. 7 et s.
31. Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché* ; B. Genevois, « Le Conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA* 1989, p. 671 et s.

des liens ou qu'elles portent sur la structure de l'entité au sein de laquelle la personne exerce sa fonction.

9. Le contrôle des liens. Un premier type de contrôle consiste à examiner les liens susceptibles d'affecter l'indépendance dans une situation précise, sans remettre en cause l'indépendance de la fonction en soi. Ce type de contrôle peut, par exemple, s'appliquer à l'expert judiciaire, chargé d'éclairer techniquement le juge[32]. Dès 1985, la Cour européenne des droits de l'homme avait d'ailleurs étendu à l'expert l'exigence d'indépendance et d'impartialité posée par l'article 6, § 1er, de la Convention à l'égard du juge, afin de préserver le procès de tout conflit d'intérêts[33]. Mais, surtout, c'est en matière d'arbitrage que l'indépendance de l'arbitre est fortement scrutée. Ainsi, dans un arrêt récent, la Cour de cassation a approuvé l'annulation d'une sentence arbitrale au motif que la présidente du tribunal arbitral, associée d'un cabinet conseillant régulièrement une société ayant pris une participation importante dans le capital d'une partie au litige, se trouvait dans une situation objective de conflit d'intérêts, sans que son intégrité personnelle soit en cause[34]. Selon un auteur, trois critères permettent de caractériser ce conflit : la connaissance du lien par l'arbitre, l'importance des relations d'affaires entre son cabinet et le tiers concerné, et leur proximité temporelle avec l'instance arbitrale[35]. Afin de prévenir ce risque, les arbitres sont tenus à une obligation de révélation de leurs liens, qui se traduit par une déclaration d'indépendance. Cette déclaration ne suffit toutefois pas toujours, ce qui justifie un contrôle des liens entretenus par l'arbitre[36]. Dans cette même logique, le contentieux relatif à l'expertise indépendante en matière d'offres publiques permet d'anticiper le conflit plutôt que de le sanctionner après coup. Depuis la révision du règlement général de l'AMF de 2020, la société cible d'une offre publique désigne son expert indépendant soit par un comité *ad hoc* comportant une majorité de membres eux-mêmes indépendants, soit, à défaut de pouvoir constituer un tel comité, directement, l'Autorité des marchés financiers disposant alors d'un droit d'opposition à la nomination[37]. La cour d'appel de Paris a récemment eu l'occasion de contrôler ce double niveau d'exigence, dans une affaire où le comité *ad hoc* initialement constitué par une société avait été jugé non conforme par l'AMF faute de majorité de membres indépendants, ce qui avait contraint le conseil de surveillance à proposer directement le nom d'un expert[38]. La cour d'appel a également rappelé que l'indépendance de l'expert lui-même se mesure à l'absence de tout lien d'affaires significatif avec les établissements présentateurs de l'offre, la fréquence des interventions communes devant être appréciée au regard de l'activité globale du cabinet, et non des seules missions d'expertise indépendante[39]. Le contrôle porte ainsi, à la fois, sur celui qui désigne et sur celui qui est désigné, preuve que l'indépendance ne se réduit jamais à la seule vertu individuelle.

Le commissaire aux comptes est également soumis à ce contrôle de son indépendance, mais il est exercé sur sa propre profession. Le code de commerce pose un principe général d'incompatibilité entre la profession de commissaire aux comptes et toute activité de nature à porter atteinte à son indépendance, sans en donner de définition limitative[40]. Le code de déontologie de

32. Sur la question, v. A. Ghozia, « L'expert de justice dans son environnement : les exigences d'indépendance et d'impartialité face aux conflits d'écoles et d'intérêts », *JDSAM* 2019, no 22, p. 17.
33. CEDH, 6 mai 1985, no 8658/79, *Bönisch c/ Autriche*.
34. Civ. 1re, 21 janv. 2026, no 24-16.719 ; L. Weiller, « Annulation d'une sentence pour défaut d'indépendance de l'arbitre », *Procédures* 2026, no 3, p. 16 et s.
35. E. Loquin, « Le contrôle de l'indépendance de l'arbitre au regard des liens existant entre le cabinet d'avocat de l'arbitre et une société non partie au litige ayant une participation substantielle dans le capital de la société partie au litige », *RTD com.* 2026, p. 341 et s. ; v. aussi, du même auteur : « À la recherche de la partialité de l'arbitre. Note sous Paris, 15 janvier 2026 », *Revue de l'arbitrage* 2026, no 2, p. 443 et s.
36. D. Cohen, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts ? », *Revue de l'arbitrage* 2011, no 3, p. 611.
37. Art. 261-1 et 261-1-1 du règlement général de l'AMF.
38. CA Paris, pôle 5, ch. 7, 20 nov. 2025, no 25/10127.
39. Pour une analyse, v. A.-C. Muller, « La cour d'appel de Paris rejette le recours contre une décision de conformité de l'AMF d'une offre publique de retrait, fondé sur la critique de l'indépendance de l'expert et des méthodes d'évaluation retenues », *Revue des sociétés* 2026, no 1, p. 59 et s.
40. C. com., art. L. 821-27, 1°.

la profession précise que cette indépendance doit exister non seulement en réalité, mais aussi en apparence, et qu'elle garantit l'absence de tout parti pris, conflit d'intérêts ou lien personnel, financier ou professionnel de nature à l'affecter[41]. Sur ce fondement, la Commission d'éthique professionnelle de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a par exemple estimé que le cumul, par une même personne, des fonctions d'expert-comptable d'une société et de commissaire aux comptes d'une autre société dirigée par les mêmes personnes portait atteinte à l'indépendance, alors même qu'aucun lien en capital n'unissait les deux sociétés[42]. L'absence de tout lien capitalistique n'exclut donc pas le risque, dès lors qu'un lien personnel, en l'occurrence la communauté de dirigeants, suffit à compromettre, en apparence comme en réalité, le jugement du professionnel. Lorsqu'un tel risque est identifié, le commissaire aux comptes doit prendre les mesures de sauvegarde propres à en éliminer la cause ou à en réduire les effets ; à défaut, il doit renoncer à la mission.

10. Le contrôle de la structure. Un autre type de contrôle réside dans la structure même de l'entité au sein de laquelle la fonction est exercée. Ainsi, s'agissant de l'avocat, l'indépendance de la profession[43], garantie par la loi du 31 décembre 1971, se prolonge dans une réglementation stricte de la détention du capital des structures d'exercice, seule à même d'empêcher qu'un tiers étranger à la profession n'en vienne, par ce biais, à en contrôler l'activité. Rien d'étonnant alors d'observer que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, le 19 décembre 2024, qu'une réglementation nationale pouvait valablement interdire qu'un investisseur purement financier, étranger à la profession, détienne des parts sociales d'une société d'avocats[44]. Cette restriction se justifiait par la nécessité de garantir l'indépendance et l'intégrité de la profession, qualifiées de raisons impérieuses d'intérêt général[45]. L'entrée au capital d'investisseurs étrangers au monde juridique pourrait faire peser sur la société des orientations animées par la seule recherche de profit, et ce, au détriment de la loyauté et de la confidentialité inhérentes à la profession.

Dans un même ordre d'idées, le Conseil d'État a annulé la décision du Conseil national des barreaux autorisant la domiciliation d'un cabinet secondaire au sein des locaux d'une entreprise, car celle-ci était jugée susceptible de placer l'avocat en situation de dépendance vis-à-vis de l'entreprise qui l'héberge[46]. L'avocature n'est pas, à l'évidence, la seule profession concernée. Par exemple, depuis l'ordonnance n° 2023-1142 du 6 décembre 2023 réformant en partie le statut des sociétés de commissaires aux comptes, la majorité des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance de ces sociétés doit être assurée par des commissaires aux comptes inscrits[47]. Le droit antérieur allait plus loin encore, car l'ancien article L. 822-9 du même code imposait que les trois quarts des droits de vote soient détenus par des commissaires aux comptes, les actionnaires non professionnels ne pouvant en détenir plus d'un quart. Le législateur a donc assoupli, avec le temps, l'intensité de ce contrôle structurel, ce qui témoigne de la difficulté à trouver un équilibre entre ouverture du capital et préservation de l'indépendance.

Ce contrôle permet de rendre effective l'indépendance proclamée. Il reste toutefois imparfait, car le droit ne peut ni prévenir tous les liens de dépendance ni encadrer toutes les situations de pouvoir. La dépendance demeure ainsi une réalité que le droit ne peut jamais totalement écarter et qu'il lui appartient, le cas échéant, de combattre.

41. C. déont. des commissaires aux comptes, art. 5.
42. Bulletin de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC), n° 107, 1997, p. 455 ; *ibid*., n° 193, 2019, avis du Comité des études d'actualité (CEP) n° 2017-11.
43. Sur cette indépendance et ses failles, v. K. Moya, « L'indépendance des avocats au regard de leur déontologie », préc., p. 962 et s. ; et aussi : A. Ferracci, « Du principe de loyauté aux exigences du procès équitable : réflexions sur l'autonomie de la déontologie des avocats », *in* J. Broch, E. Gasparini (dir.), *Les avocats et les principes*, PUAM, coll. « Histoire des Idées et des Institutions Politiques », 2022, p. 311 et s.
44. CJUE, gr. ch., 19 déc. 2024, n° C-295/23, *Halmer Rechtsanwaltsgesellschaft UG c/ Rechtsanwaltskammer München*.
45. D. Simon, « Participation au capital d'une société d'avocats », *Europe* 2025, n° 2, p. 21.
46. CE, 5e & 6e ch. réun., 29 janv. 2018, n° 403101, *Conférence des Bâtonniers e.a.*
47. C. com., art. L. 821-16.

II. La dépendance, une réalité combattue par le droit

11. Démasquer et sanctionner. L'indépendance proclamée par le droit ne correspond pas toujours à la réalité, surtout lorsque cette indépendance repose moins sur un statut protecteur que sur un rapport contractuel ou économique, plus facilement manipulable par celui qui en tire avantage. Le droit y répond de deux manières distinctes, selon que la dépendance se cache ou s'affiche. Lorsqu'elle se dissimule sous une qualification d'indépendance, le droit doit lever le voile de la pseudo-indépendance. L'enjeu porte alors sur la qualification même de la relation afin de restituer aux faits leur exacte nature (A). Lorsqu'elle s'affiche au grand jour, sans que la qualification d'indépendance soit elle-même remise en cause, le droit laisse cette qualification intacte et se borne à sanctionner l'usage abusif qui en est fait (B). La dépendance est ainsi, selon les cas, une réalité que le droit révèle ou un abus qu'il sanctionne.

A. La fausse indépendance démasquée

12. L'indépendance de façade. À la différence de l'indépendance précédemment étudiée, il s'agit ici d'une indépendance qui naît du contrat. Elle ne vise plus à protéger une institution, une autorité ou une profession, mais s'inscrit dans une relation économique entre deux parties, dont l'une peut imposer à l'autre les conditions de son activité. Le mouvement demeure pourtant le même, dès lors qu'une indépendance est d'abord proclamée, par la loi ou par le contrat, avant que sa réalité ne soit éprouvée. Dans le cadre du contrat, la dépendance économique n'a rien d'exceptionnel[48], ce qui donne à l'indépendance une portée plus limitée. Toutefois, lorsque celle-ci est censée caractériser la relation contractuelle, elle ne doit pas masquer une dépendance réelle. Le droit doit alors vérifier si l'indépendance affichée correspond à la réalité économique de la relation. Ce contrôle se manifeste particulièrement à l'égard des travailleurs indépendants en droit du travail et dans les relations de franchise en droit de la distribution.

13. Le lien de subordination, une dépendance incompatible avec le statut de travailleur indépendant. En droit du travail, la Cour de cassation avait posé les critères du lien de subordination avec son arrêt *Société Générale* de 1996. Selon cette décision, est salarié celui qui exécute un travail sous l'autorité d'un employeur ayant le pouvoir de lui donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements[49]. Ces critères, dégagés à propos de conférenciers extérieurs dont la subordination n'avait alors pas été retenue, ne valent pour aucun secteur en particulier. Ils constituent une grille générale d'analyse, indifférente à la qualification donnée par les parties elles-mêmes au contrat qui les lie.

À cet égard, l'essor des plateformes numériques a obligé le juge à repenser sa qualification du lien de subordination de cette nouvelle réalité économique[50]. En effet, les plateformes de mise en relation ont d'abord échappé à la qualification salariale. Dans l'affaire *Take Eat Easy*, la Cour de cassation avait refusé de reconnaître un lien de subordination entre la plateforme de livraison et le coursier[51]. La chambre sociale a toutefois infléchi cette position avec l'arrêt *Uber* de 2020 : dès lors que le chauffeur ne pouvait ni constituer sa propre clientèle, ni fixer librement ses tarifs, ni déterminer les conditions d'exécution de sa prestation, la Cour régulatrice a considéré qu'il était intégré à un service organisé par la plateforme, qui en définissait unilatéralement les conditions d'exercice, caractérisant ainsi un lien de subordination[52]. Cette solution a rapidement été nuan-

48. G. Virassamy, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 190, 1986.
49. Soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187.
50. V. toutefois S. Carré, « La qualification des contrats liant les opérateurs de transport aux plateformes numériques : les habits neufs d'un vieux problème », *RTD com*. 2023, n° 3, p. 519 et s.
51. Soc., 28 nov. 2018, n° 17-20.079 ; N. Anciaux, « Le contrat de travail : réflexions à partir de l'arrêt *Take Eat Easy* », *JCP S* 2019, 1026 ; G. Loiseau, « Travailleurs des plateformes numériques : le contrat de travail à l'affût », *CCE* 2019, comm. 2.
52. Soc., 4 mars 2020, n° 19-13.316 ; P.-H. Antonmattei, « La Cour de cassation requalifie en contrat de travail la relation contractuelle entre la société Uber et un chauffeur de VTC », *Droit social* 2020, n° 4, p. 374 et s. ; M. Depincé, D. Mainguy, B. Siau, « Requalification de la relation contractuelle entre une plateforme et un chauffeur de VTC en contrat de travail salarié », *JCP E* 2020, 28, p. 45.

cée, car l'intégration à un service organisé ne suffit pas à elle seule, la preuve de directives concrètes données par la plateforme restant nécessaire[53]. Cette exigence classique de subordination explique, sans qu'il faille y voir un revirement, la solution inverse retenue en 2025 par la chambre sociale[54], à propos d'un chauffeur *Uber*. Entre-temps, la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019 et l'ordonnance du 6 avril 2022 avaient instauré un statut protecteur propre aux travailleurs des plateformes. Ainsi, comme l'explique un auteur, « Uber a ainsi largement allégé les contraintes qui pesaient sur ses chauffeurs, de manière à leur accorder la liberté garantissant leur indépendance »[55]. Partant, le respect de ce cadre par Uber faisait obstacle à la caractérisation d'un lien de subordination. L'indépendance du travailleur ne se réduit pas à la qualification donnée par les parties à leur relation, elle se mesure à l'autonomie réelle dont dispose le travailleur, notamment dans la constitution de sa clientèle, la fixation de ses tarifs… Là où l'indépendance fait défaut, le juge révèle une dépendance que le contrat prétendait dissimuler.

14. La dépendance économique en contrariété avec l'indépendance du franchisé. La même vigilance se retrouve dans les relations de franchise, où l'indépendance du cocontractant constitue une condition essentielle du modèle contractuel. Le contrat de franchise appartient à la famille des contrats innommés, puisqu'aucun texte spécial ne le régit. Sa définition procède donc de la doctrine et de la jurisprudence, qui s'accordent sur trois caractéristiques : la mise à disposition d'un signe distinctif, la transmission d'un savoir-faire et une assistance continue, en contrepartie de l'engagement du franchisé de reproduire, sur son marché, le système de gestion éprouvé par le franchiseur[56]. Cet agencement contractuel suppose, comme condition même de la franchise, que le franchisé conserve son indépendance juridique : « la franchise est en effet exclusive de toute dépendance juridique »[57]. En ce sens, le franchisé est un commerçant indépendant, agissant en son nom et pour son compte, en engageant à ses risques son patrimoine. Pour le dire simplement, le franchisé est une entreprise distincte juridiquement de celle du franchiseur. Cependant, cette vérité du droit n'est pas toujours celle observée dans la réalité économique, car quand bien même le franchisé conserve son indépendance, en adhérant à un réseau, il en devient dépendant économiquement. Cette indépendance juridique peut donc être remise en cause.

D'une part, le contrat de franchise peut être requalifié en contrat de travail si la dépendance économique du franchisé est constitutive d'une subordination du franchisé au franchiseur[58]. Le recours à la forme sociétaire n'empêche pas une telle requalification, car, si la société du franchisé n'est qu'une façade dépourvue de véritable indépendance, sa facticité peut être constatée pour restituer à son dirigeant son statut réel, celui de salarié et non de franchisé[59].

D'autre part, outre la requalification en contrat de travail, il est possible de lui superposer le statut de gérant de succursale. Ce statut est prévu à l'article L. 7321-1, 2°, du code du travail, et s'applique au distributeur qui vend des marchandises fournies exclusivement ou quasi exclusivement par une seule entreprise, dans un local que celle-ci lui fournit ou agrée, selon des méthodes de gestion et des prix qu'elle lui impose. Ces quatre conditions cumulatives suffisent, indépendamment de toute démonstration d'un lien de subordination, à faire naître au profit du franchisé certains droits sociaux (congés payés, durée du travail, salaire minimum, compétence prud'homale), sans que le contrat de franchise soit pour autant remis en cause. En effet, le franchisé demeure commerçant indépendant, mais la loi cumule à ce statut, en raison de sa seule dépendance économique constatée, une protection normalement réservée aux salariés[60]. Ce mécanisme, aussi redouté des franchiseurs

53. Soc., 13 avr. 2022, n° 20-14.870 ; G. Loiseau, « Le droit tourmenté des travailleurs de plateformes », *JCP S* 2022, 19, 1137.
54. Soc., 9 juill. 2025, n° 24-13.513.
55. S. Merabet, « Travailleur de plateformes : indépendant ou salarié ? *Bis non repetita* », *Revue des sociétés* 2026, p. 240 et s.
56. N. Dissaux, *Rép. dr. com.*, Dalloz, 2023, mise à jour 2026, § 18, v° « Franchise ».
57. *Ibid.*, § 4.
58. Soc., 5 mai 2017, n° 15-28.434.
59. Com., 3 mai 1995, n° 93-12.981.
60. A. Jeammaud, « L'assimilation de franchisés aux salariés », *Droit social* 2002, n° 2, p. 158 et s.

que décrié par une partie de la doctrine[61], s'avère pourtant d'application rare : sur une décennie de contentieux, les juges du fond n'en ont fait une application positive que dans une minorité de décisions, le critère des prix imposés cristallisant l'essentiel des désaccords[62]. Toujours est-il que le procédé est ici plus radical que la requalification en contrat de travail, car il ne remet en cause ni l'indépendance juridique du franchisé ni la validité de son contrat. Il lui superpose, en raison d'une dépendance économique de fait, une protection sociale que le contrat ne peut écarter. Indépendance et dépendance cessent alors de s'exclure pour coexister sur deux plans distincts.

15. De la révélation à la sanction. Plateformes numériques et franchise n'épuisent toutefois pas le champ. Ailleurs encore, l'indépendance proclamée par le contrat, voire par la loi, peut se heurter à une dépendance que le juge doit révéler, notamment dans les groupements de sociétés, les relations entre partenaires commerciaux ou encore le statut du gérant-mandataire indépendant. Néanmoins, la dépendance économique n'est pas seulement révélée pour remettre en cause, avec plus ou moins d'intensité, l'indépendance formelle. Lorsque celle-ci n'est pas contestée, le droit peut aussi intervenir pour sanctionner l'exploitation abusive d'une situation de dépendance.

B. L'excès de dépendance sanctionnée

16. Abuser de la dépendance d'autrui. Lorsque la dépendance est ouvertement reconnue, et même consubstantielle à la relation contractuelle, on pourrait croire l'indépendance disparue. Néanmoins, le fait de profiter de cette situation de dépendance est sanctionné, ce qui révèle, en creux, qu'aucune indépendance ne saurait être totalement supprimée sans que le droit n'intervienne. Accepter la dépendance ne revient donc pas à abandonner l'indépendance, même marginale. La notion d'abus de dépendance illustre cela[63].

17. L'abus de dépendance économique en droit de la concurrence. Forgée en droit de la concurrence, cette notion est consacrée à l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce. Ce dernier prohibe, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure du marché, l'exploitation abusive par une entreprise de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Trois conditions cumulatives doivent ainsi être réunies : un état de dépendance, caractérisé par l'absence de solution technique et économique équivalente aux relations contractuelles nouées, l'exploitation abusive de cette situation, et une atteinte, réelle ou potentielle, au jeu de la concurrence[64]. L'abus ne se confond pas avec la dépendance elle-même, dès lors qu'il se caractérise par l'absence de liberté du partenaire dépendant dans le choix des stipulations contractuelles, contraint d'accepter les conditions que lui dicte son partenaire dominant. En 2014, la cour d'appel de Paris avait affirmé que ce texte n'a pas pour finalité de protéger le partenaire dépendant, mais la structure même du marché[65]. Il n'empêche que la caractérisation de l'abus revient toujours, en réalité, à mesurer ce qu'il reste de liberté contractuelle au partenaire dépendant. C'est pourquoi, la dépendance n'est jamais sanctionnée pour elle-même, mais seulement lorsqu'elle prive entièrement le partenaire de toute marge de refus ou de négociation. Autrement dit, un reliquat d'indépendance, si mince soit-il, doit donc toujours subsister. Par exemple, l'Autorité de la concurrence a sanctionné *Apple* pour abus de dépendance économique à l'égard de ses revendeurs indépendants dits « premium »[66]. Les contrats de distri-

61. D. Mainguy, « Faut-il brûler le droit de la distribution ? », *D.* 2013, n° 18, p. 1222 et s.
62. T. Lambert, « Franchisé ou gérant de succursale : une courte synthèse de dix années d'analyse des critères de qualification par les cours d'appel françaises », *D.* 2020, n° 29, p. 1630 et s.
63. Pour une étude approfondie de cette notion, v. L. Bottin, *L'abus de dépendance*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2026, préf. M. Latina.
64. Com., 12 févr. 2013, n° 12-13.603 ; M. Malaurie-Vignal, « Notion d'état de dépendance économique », *CCC* 2013, comm. 114.
65. CA Paris, 26 mars 2014, n° 12/08406 ; C. Cohen, « Rupture brutale et groupe de sociétés ne font pas bon ménage ! », *AJ contrat* 2014, n° 3, p. 136 et s.
66. Aut. conc., 16 mars 2020, décision n° 20-D-04 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple ; D. Bosco, « L'organisation du réseau de distribution d'Apple sanctionnée par l'Autorité de la concurrence », *CCC* 2020, comm. 128 ; confirmée sur ce point par : CA Paris, pôle 5, ch. 7, 6 oct. 2022, n° 20/08582 ; D. Bosco, « La cour d'appel de Paris censure l'emblématique décision Apple de l'Autorité de la concurrence », *CCC* 2022, comm. 195.

bution imposaient à ces revendeurs une vente quasi exclusive des produits *Apple*, sans solution de remplacement tant l'attachement de la clientèle à la marque était fort. L'abus résidait dans le traitement qui leur était réservé une fois cette dépendance nouée (difficultés d'approvisionnement, traitement discriminatoire par rapport aux *Apple Stores*) au point que plusieurs d'entre eux, privés de toute prise sur leur activité, ont fini par disparaître du marché. La dépendance n'a cessé d'être tolérable qu'au moment où elle a débouché sur cette disparition pure et simple de leur indépendance commerciale.

18. La violence et l'abus de dépendance en droit commun des contrats. En droit des contrats, l'abus de dépendance est également sanctionné en tant que vice du consentement, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, à l'article 1143 du Code civil. Avant la réforme, la Cour de cassation n'admettait la nullité pour violence économique qu'à la condition d'établir une exploitation abusive d'un état de dépendance, faite pour tirer profit d'un mal menaçant les intérêts légitimes du contractant[67]. L'article 1143 codifie cette exigence sous la forme d'un vice du consentement, retouché dès 2018 pour tenter d'en stabiliser les contours[68]. Ainsi, il y a violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte, et en tire un avantage manifestement excessif[69]. Le texte ne restreint pas la dépendance à sa seule dimension économique. Selon le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance, « toutes les hypothèses de dépendance sont visées, ce qui permet une protection des personnes vulnérables et non des seules entreprises entre elles »[70]. Les premières décisions des juges du fond avaient ainsi retenu une conception large de la dépendance, entendue comme synonyme de fragilité, tout en maintenant une conception plus étroite de l'abus, exigeant la preuve d'un comportement actif du cocontractant[71]. La Cour de cassation a toutefois levé cette dernière exigence en affirmant qu'il n'est plus nécessaire d'établir un acte positif de menace ou de pression pour caractériser l'abus. L'état de dépendance peut résulter d'un état de vulnérabilité simplement connu du cocontractant, dont il abuse pour en tirer un avantage manifestement excessif[72]. Là encore, ce n'est pas tant la dépendance qui est finalement sanctionnée, mais plutôt le moment où elle est mise à profit pour obtenir ce que le cocontractant n'aurait jamais consenti en pleine possession de son indépendance de jugement.

19. L'abus de vulnérabilité. Le droit pénal constitue, par essence, un champ particulièrement propice à la sanction d'un abus de la situation de dépendance d'une personne, ou plutôt de sa situation de vulnérabilité affectant son indépendance. Par exemple, les articles 225-13 et 225-14 du code pénal sanctionnent le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur un travail non rétribué ou manifestement sous-rétribué, ou de la soumettre à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine. Le texte initial de 1994 exigeait la preuve d'un « abus » de cette vulnérabilité, mais la loi du 18 mars 2003 a renoncé à cette démonstration pour retenir la seule connaissance de la vulnérabilité et le résultat objectivement disproportionné qui en découle. Cette évolution peut être comparée à celle observée, en 2026, pour l'article 1143. Assurément, l'abus de dépendance ne se limite pas à ce seul cas, et se retrouve également dans le harcèlement moral au travail ou dans l'abus de faiblesse en droit de la consommation.

20. L'indépendance, une condition de la liberté. Qu'est-ce que l'indépendance en droit ?

67. Civ. 1re, 3 avr. 2002, nº 00-12.932, *Bordas*.
68. F. Rogue, « Abus de dépendance : la "réforme de la réforme" du droit des contrats a-t-elle accouché d'une souris ? », *D.* 2018, nº 28, p. 1559 et s.
69. H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016, 15, p. 722.
70. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance nº 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* nº 0035, 11 févr. 2016, texte nº 25.
71. M. Latina, « L'abus de dépendance (C. civ., art. 1143) : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.* 2020, nº 39, p. 2180 et s.
72. Civ. 3e, 4 juin 2026, nº 24-15.070 ; T. Genicon, « Nullité du contrat pour violence par abus de dépendance : une subversion de l'article 1143 du code civil ? », *D.* 2026, nº 27, p. 1302 et s.

La question n'est pas évidente, tant la notion est protéiforme. Présente dans presque toutes les branches du droit, elle y revêt des formes chaque fois renouvelées, si bien que les exemples pourraient être multipliés indéfiniment. Il faut donc se garder de prétendre épuiser ses manifestations juridiques, puisqu'une telle entreprise serait vaine face à une notion aussi insaisissable. À défaut d'en identifier toutes les aspérités, il est toutefois possible d'en saisir l'essence. L'indépendance possède en effet, dans chaque domaine où elle intervient, un sens et une fonction précis : protéger la liberté. Qu'il s'agisse de garantir l'autorité et l'impartialité du juge, de protéger le travailleur faussement indépendant ou d'assurer, même lorsque la dépendance est consentie, la préservation d'une capacité d'agir, l'indépendance apparaît toujours comme un instrument de protection de la liberté des personnes. Il semble en avoir toujours été ainsi : en accordant enfin aux femmes mariées la pleine capacité juridique, la loi du 13 juillet 1965 a reconnu leur indépendance par rapport à l'époux, et donc leur liberté ; en conquérant leur indépendance, les pays colonisés ont acquis la liberté de décider pour eux-mêmes. Les mots de Montesquieu résonnent alors d'autant plus fort, car en choisissant la robe, on gagne indépendance et liberté. Qu'est-ce que l'indépendance alors ? Elle est la condition même de la liberté.

Dossier
L'indépendance

L'indépendance de la magistrature au XIXe siècle

Yves Benhamou
Président de chambre à la cour d'appel de Douai
Historien de la justice

« Ce n'est pas qu'on veuille être libre ; mais on y rêve ».
Edmond Jabès, *Le Livre des questions*.

Quel beau principe que celui de l'indépendance de la magistrature ! Il semble pour beaucoup de citoyens pourvu de vertus magiques tant il est vrai que l'indépendance de la justice est souvent perçue comme un indispensable facteur de cohésion sociale. On le brandit comme une oriflamme pour célébrer cette exigence fondamentale d'un État de droit. À l'évidence, l'indépendance de la magistrature n'a pas vocation à satisfaire on ne sait quel sentiment corporatiste, à garantir la quiétude des juges et à leur conférer avec la pourpre et de l'hermine, un supplément de majesté. Elle renvoie à l'exigence dans une démocratie garante des libertés fondamentales et apaisée, de juges bénéficiant dans le strict cadre de leurs fonctions juridictionnelles, d'une souveraine liberté pour juger de manière sereine et impartiale dans le seul souci du bien commun et du respect d'une règle de droit égale pour tous.

À la vérité ces mots d'indépendance de la magistrature se réfèrent à une réalité protéiforme. Il peut s'agir tout d'abord d'une vertu, d'une aptitude du magistrat à surmonter ses préjugés, à n'être assujetti à aucun clan ou corps, et à résister avec équanimité à toutes les formes d'influences pour trancher au regard des seuls impératifs d'une bonne justice. Cette notion renvoie aussi à une réalité institutionnelle et notamment aux garanties constitutionnelles et statutaires d'indépendance des magistrats (tout particulièrement ceux du siège) telle que l'inamovibilité.

On songe à cet extrait sans doute le plus célèbre de *L'Esprit des lois* de Montesquieu qui fut lui-même magistrat puisqu'il a exercé les fonctions de président à mortier du Parlement de Bordeaux et qui souligne l'exigence de la séparation des pouvoirs et corrélativement de l'indépendance de la magistrature : « Il n'y a point de liberté […] si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative, et de l'exécutrice […]. Tout serait perdu si le même homme ou le même corps […] exerçait ces trois pouvoirs : celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »[1]. Sans cette précieuse indépendance, la justice serait tout simplement arbitraire, asservie, et sans véritable légitimité. Voilà bien une notion apparemment consensuelle qui semble de prime abord rallier tous les suffrages.

Or quand on porte un regard attentif sur le passé on voit qu'au-delà de discours empreints de duplicité de la part des maîtres du pouvoir sur le nécessaire respect dû au corps judiciaire, long-

1. Montesquieu, *Œuvres complètes*, t. 2, *De l'Esprit des lois*, livre 11, chap. 6, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1951, p. 397.

temps l'indépendance de la magistrature n'allait pas de soi et a provoqué des réactions passionnelles voire des réticences tant il est vrai que les juges ont suscité une défiance persistante. L'étude de l'histoire montre que de manière récurrente les maîtres du pouvoir ont eu des relations tumultueuses et complexes avec les juges et ont témoigné avec constance de la volonté de mettre à mal l'indépendance de la magistrature. Dans l'ancienne France les magistrats des parlements et tout particulièrement les juges du Parlement de Paris ont tenu la dragée haute au pouvoir monarchique lors de joutes féroces qui ont laissé une trace durable dans l'inconscient collectif[2]. Au XIXe siècle les maîtres du pouvoir qu'il soit royal, impérial ou républicain ont voulu exercer une mainmise sur la magistrature (au siège comme au parquet) comme l'attestent notamment les nombreuses épurations du corps judiciaire.

Il faut le dire tout de *go* : la magistrature de ce siècle qui ne ressembla pas à un long fleuve tranquille, n'a pas été véritablement indépendante. À l'évidence le sort réservé à la magistrature au cours du XIXe siècle demeure totalement incompréhensible si l'on ne se réfère pas à la période de l'Ancien Régime antérieure à la Révolution française qui vit la magistrature des parlements jouer un rôle essentiel dans l'État et lutter de manière récurrente contre le pouvoir monarchique. En effet c'est contre les juges des parlements et tout particulièrement ceux du Parlement de Paris que s'est forgée cette crainte lancinante du « gouvernement des juges » qui a sérieusement mis à mal l'indépendance de la magistrature.

Dans un premier temps, je tenterai d'examiner, en me plaçant sur le terrain de l'histoire des mentalités, en quoi cette hantise du « gouvernement des juges », ayant ses racines dans l'ancienne France, a tout au long du XIXe siècle constitué un terreau peu propice à l'indépendance de la magistrature (I). Dans une seconde partie, j'exposerai les procédés multiformes utilisés par les maîtres du pouvoir au cours du XIXe siècle pour porter atteinte à l'indépendance de la magistrature (II).

I. Une hantise permanente du « gouvernement des juges » peu propice à une culture de l'indépendance de la magistrature

Pour examiner ces pesanteurs de l'histoire, pour comprendre cette hantise permanente du « gouvernement des juges » qui est née avec la magistrature des parlements, il apparaît indispensable de rendre compte de diverses facettes de la justice de l'ancienne France (A). Puis il faudra montrer que les écrivains qui ont largement relayé au sein de l'opinion cette défiance à l'égard des juges, ont contribué à la délégitimation des juges et ont donc indirectement mis à mal l'indépendance de la magistrature (B).

A. La volonté tenace des maîtres du pouvoir d'éradiquer le « gouvernement des juges » selon le modèle hérité de la magistrature des anciens parlements

Les maîtres du pouvoir après la Révolution française gardaient le souvenir vivace de ces magistrats des parlements dotés de vastes prérogatives qui souhaitaient rivaliser avec le roi et avaient vocation en se plaçant sur un terrain politique à être un pouvoir concurrent du pouvoir royal. L'exécutif avait la ferme volonté de disposer d'un personnel docile et modélisé ; il ne voulait pas d'une magistrature indépendante. Il fallait en finir avec le « gouvernement des juges ». On voulait supprimer cette caste orgueilleuse de parlementaires.

La magistrature du XIXe siècle s'est à l'évidence construite depuis la Révolution française sur la volonté d'en finir avec le « gouvernement des juges ». Pour comprendre cette hostilité permanente contre les juges il faut absolument évoquer les parlements de l'ancienne France et tout particulièrement le Parlement de Paris, juridiction hétérodoxe. Il y a eu une lutte féroce, impitoyable entre les juges des parlements et les maîtres du pouvoir, à savoir les rois de France.

Or, quels étaient ces parlements et quelles étaient leurs attributions qui suscitèrent notamment chez les maîtres du pouvoir tant d'hostilité

2. Y. Benhamou, « Réflexions sur l'histoire tumultueuse de la magistrature – Du temps des orgueilleux parlements de l'ancienne France au temps du mépris », *Les Petites Affiches*, 3 nov. 2000, p. 4.

et même après la chute de l'Ancien Régime une durable défiance à l'égard de la magistrature ? Issu de la *Curia regis* (Cour du roi) qui entourait le roi de ses conseils, le Parlement de Paris a été institué par Saint Louis au XIIIe siècle pour rendre la justice en son nom. Après la guerre de Cent ans, l'augmentation sensible du nombre des procès et le rattachement au domaine royal de vastes provinces entraînent la création de parlements provinciaux notamment à Toulouse, Grenoble, Bordeaux, Aix-en-Provence, et Rennes.

On est frappé par les compétences multiformes et très importantes de ces cours de Justice de l'ancienne France, le Parlement de Paris ayant quant à lui, dans certains domaines, des pouvoirs spécifiques. Le Parlement de la capitale avait d'évidence de très vastes compétences qui n'étaient pas toutes purement judiciaires. Ces compétences ne se conformaient pas au principe de séparation des pouvoirs qui, dans nos sociétés contemporaines, apparaît consubstantiel à un État de droit, puisqu'elles se situaient aussi dans le domaine de l'exécutif et du législatif.

Le Parlement de Paris en premier lieu, tout comme les parlements de province, avait vocation à connaître des appels contre les décisions des juridictions subalternes du Royaume à l'instar des bailliages et sénéchaussées notamment en matière criminelle. Cette juridiction était seule compétente pour juger les « affaires majeures » et les « causes qui concernent l'état des Grands du Royaume ». Cette juridiction était également Cour des Pairs pour tout le Royaume soit pour juger des procès soit pour donner des avis de gouvernement et d'administration. Le Parlement de Paris connaissait par ailleurs des causes concernant le roi, la Couronne, et le domaine royal ainsi que des différends concernant les communautés, églises, abbayes et établissements placés sous la sauvegarde du roi.

Ce parlement était aussi doté d'un véritable pouvoir réglementaire puisqu'il exerçait la grande police dans son ressort, et en particulier dans la ville où il siégeait, à Paris. Il connaissait notamment comme les parlements provinciaux de tout ce qui concernait les finances, la défense des villes, les fortifications, les soldes et levées des troupes, leur subsistance, la régularisation des acquisitions faites par les communautés religieuses, la surveillance des collèges, hôpitaux, prisons, fabriques des églises, la taxation du prix du pain, celle des marchandises de première nécessité, l'approvisionnement suffisant des marchés, l'interprétation des règlements, l'entretien et la salubrité des villes, les travaux publics par adjudication et par régie ainsi que la construction des routes et canaux. Ces cours souveraines pouvaient également rendre des arrêts de règlement, décisions de portée générale et destinées à pallier les lacunes de la législation royale et du droit coutumier. Il est peu de secteurs de la vie du pays qui échappaient au contrôle des parlements.

Prérogative très importante, les parlements tant à Paris qu'en province devaient enregistrer les édits, les ordonnances, les déclarations du roi, et les lettres patentes et vérifier leur authenticité. Ils pouvaient les amender fréquemment par leurs arrêts d'enregistrement voire même parfois refuser de les enregistrer. Pour accomplir efficacement cette mission, les parlements jouissaient d'un droit de remontrance qui leur permettait d'attirer l'attention du roi sur les défauts, inconvénients, et dangers de ses décisions notamment lorsqu'elles leur paraissaient contraires au bien commun. En cas de refus d'enregistrement, le roi pouvait contraindre les parlements à l'enregistrer en adressant une lettre de jussion aux magistrats puis, en cas de nouveau refus, en imposant cet enregistrement au moyen d'un « lit de justice », le roi se rendant à cette occasion en personne au parlement.

On voit donc en examinant ces prérogatives très vastes et extrêmement variées des anciens parlements que ceux-ci avaient un rôle clef dans les institutions de l'ancienne France qui en faisaient des « colégislateurs », des décideurs politiques de première importance dans le Royaume au point de susciter une inévitable confrontation avec le pouvoir monarchique.

Les magistrats des parlements avaient non seulement des prérogatives immenses, mais alors que régnait le système de la vénalité des offices, ils étaient titulaires de charges de judicature ce qui leur conférait tout à la fois un grand prestige et une réelle indépendance à l'égard du pouvoir royal. Ils se sont constitués au fil des siècles en une véritable caste surtout soucieuse de renforcer ses prérogatives et son influence. Ils sont devenus le groupe social dominant et occupaient, souvent du fait de leur charge de parlementaire et de leur richesse, la première place au

sein de la cité, notamment en Bourgogne et en Aquitaine[3].

Cela explique parfaitement que, tant chez les maîtres du pouvoir que chez les Français, cette « caste » ait suscité une très vive hostilité et qu'on ait voulu brider sinon briser cette magistrature et réduire ses prérogatives et son indépendance. La Révolution française a donc voulu en finir avec ce « gouvernement des juges » qu'elle déteste. Ainsi, dans la nuit du 4 août 1789, l'Assemblée nationale a supprimé la vénalité des offices de judicature. Le 3 novembre 1789, l'Assemblée constituante met les parlements en vacance perpétuelle. Désormais c'est l'élection qui fonde la légitimité des juges. De plus les juges voient leurs prérogatives sérieusement amoindries car ils doivent désormais être la simple « bouche de la loi ». Cette méfiance originelle à l'égard des juges n'a cessé d'animer les maîtres du pouvoir par la suite durant tout le XIXe siècle ; ceux-ci ont refusé avec constance que la magistrature soit véritablement indépendante.

Mais cette hantise du « gouvernement des juges » a aussi été très largement relayée par les écrivains qui ont témoigné d'une longue défiance à l'égard des juges qui a mis à mal la culture de l'indépendance de la magistrature.

B. Une si longue défiance des écrivains à l'égard des juges mettant à mal la culture de l'indépendance de la magistrature

Aussi bien sous l'Ancien Régime que durant tout le XIXe siècle, les écrivains ont témoigné d'une vive défiance à l'égard des juges qui n'a pas été propice au renforcement de leur légitimité au sein de l'opinion et donc à faire prospérer une culture de l'indépendance de la magistrature. Car beaucoup d'auteurs dans des ouvrages de tout genre souvent très riches et profonds, ont porté sur l'institution judiciaire et les juges un regard passionné où souvent se sont mêlés une grande fascination et un sentiment de vive défiance.

Ainsi Saint-Simon brosse notamment dans ses *Mémoires* un portrait du Premier Président du Parlement de Paris, Achille de Harlay, aussi éblouissant qu'injuste où alternent éloges appuyés et notations particulièrement acides : « Il était savant en droit public. Il possédait fort le fond des diverses jurisprudences, il égalait les plus versés aux belles lettres, il connaissait bien l'histoire, et savait gouverner sa compagnie avec une autorité qui ne souffrait point de réplique et que nul autre premier président n'atteignit avant lui. Une austérité pharisaïque le rendait redoutable par la licence qu'il donnait aux répréhensions publiques, et aux parties, et aux avocats et aux magistrats, en sorte qu'il n'y avait personne qui ne tremblât d'avoir affaire à lui. D'ailleurs soutenu en tout par la cour dont il était l'esclave et le très humble serviteur de ce qui était en vraie faveur, fin courtisan […] tous ses talents il les tournait uniquement à son ambition de dominer et de parvenir, et de se faire une réputation de grand homme. D'ailleurs sans humanité […] ami uniquement de soi-même […] il avait infiniment d'esprit, l'esprit naturellement porté à cela, et toujours maître de soi pour ne rien hasarder dont il put avoir à se repentir. Pour l'extérieur un petit homme vigoureux et maigre, un visage en losange, un nez grand et aquilin, des yeux beaux, parlants, perçants qui ne regardaient qu'à la dérobée, mais qui fixés sur un client ou sur un magistrat, étaient pour le faire rentrer en terre ; un habit peu ample, un rabat presque d'ecclésiastique et des manchettes plates comme eux ; une perruque fort brune et fort mêlée de blanc, touffue mais courte, avec une grande calotte par-dessus. Il se tenait et marchait un peu courbé, avec faux air plus humble que modeste »[4].

Voltaire quant à lui, avec une plume féroce et parfois sans nuances, a stigmatisé l'arbitraire prétendu des juges et leurs prérogatives trop importantes : « Il est certain que le peuple ne veut que la liberté et que la magistrature ambitionne une puissance absolue. […] Tout juge de village voudrait être despotique »[5].

Victor Hugo au XIXe siècle avec un style étincelant et délibérément polémique, comportant des formules à l'emporte-pièces, fustige dans un pamphlet la magistrature sous le Second Empire : « Magistrats assis, magistrats debout, juges de première instance et juges d'appel, présidents, conseillers, procureurs généraux, substituts […]

3. On se référera à ce sujet au très bel ouvrage de F. Braudel, *L'identité de la France*, Flammarion, 1990, p. 77 et s.
4. M.-P. de Weerdt-Pilorge (dir.), *Tout Saint-Simon*, Robert Laffont, coll. « Bouquins », 2017, p. 367 et s.
5. Voltaire, « De quelques idées. Lettre à Damilaville du 16 octobre 1765 », *in* R. Roche (dir.), *Voltaire en sa correspondance,* t. 3, La Nouvelle Escampette, 1996, p. 8.

jeunes et vieux, riches et pauvres, sans égard au passé, sans considération pour l'avenir, sans souci même du présent, vous avez à l'envi prêté tous les serments que l'usurpateur vous a demandés. – Cette alliance véritablement monstrueuse d'une magistrature que nous voulons respecter, avec des scélérats que nous voulons haïr, n'a été ratifiée ni dans le ciel ni sur la terre »[6].

Alexandre Dumas quant à lui dans son roman *Le Comte de Monte Cristo*, en campant Monsieur de Villefort, personnage qui s'inspire de divers magistrats de son temps, nous montre un procureur du roi à Paris sous la monarchie de Juillet certes brillant, ayant une intelligence aiguë des rapports sociaux, et ambitieux. Mais ce magistrat dans le même temps témoigne d'un rare opportunisme et d'une attention perfectible à la peine et à la souffrance des hommes.

D'évidence le regard désenchanté et parfois très noir et injuste des écrivains sur les magistrats a largement contribué à alimenter la méfiance des Français à l'égard du corps judiciaire et n'a donc pas nourri une culture de l'indépendance de la magistrature au sein de l'opinion. Car il ne peut y avoir de juges indépendants que quand la justice est forte et bénéficie d'une grande légitimité. Ce contexte de déficit de légitimité des juges explique donc la résistible affirmation du principe de l'indépendance de la magistrature au XIXe siècle.

Il convient à présent d'examiner les procédés multiformes des maîtres du pouvoir au cours du XIXe siècle visant à porter atteinte à l'indépendance de la magistrature.

II. Les procédés multiformes des maîtres du pouvoir au cours du XIXe siècle visant à porter atteinte à l'indépendance de la magistrature

Au cours du XIXe siècle, après la grande tourmente révolutionnaire, commence pour les magistrats le temps du mépris qui ne réserve au personnel judiciaire que soumission, brimades, et humiliations. On le voit à travers la volonté farouche de l'exécutif qu'il soit impérial, monarchique ou républicain de disposer d'une magistrature docile et modélisée notamment dans son recrutement et son avancement. On le décèle aussi dans le souci d'évincer du corps judiciaire les magistrats jugés indésirables comme en témoignent les très nombreuses et terribles épurations.

A. La volonté farouche des maîtres du pouvoir de disposer d'une magistrature docile et modélisée

1. Un recrutement totalement verrouillé par l'exécutif sur la base de recommandations et grâce à l'obligation de prêter serment

Les magistrats qu'ils soient au siège ou au parquet sont désormais dans l'ombre, souvent condescendante, des maîtres du pouvoir. À partir du Consulat et de l'Empire, les juges ne sont plus élus mais nommés par l'exécutif. Napoléon disait volontiers, notamment pour signifier la parfaite obéissance qu'il attendait du corps judiciaire : « mes soldats, mes gendarmes, mes juges ». Il est symptomatique que dans ce cadre, le mode de recrutement qui rapidement eut la faveur des maîtres du pouvoir fut le système des recommandations qui leur permettait de manière totalement discrétionnaire de choisir des juges dociles et modélisés. Ces recommandations ont du reste foisonné dans les dossiers professionnels de magistrats jusqu'à une période pas si lointaine. À travers ces documents transparaît le portrait-type du magistrat que souhaitent recruter les puissants de l'heure. De manière récurrente sont évoquées les exigences relatives à la fortune, à la naissance, aux croyances et convictions personnelles, à l'expérience et à la notabilité, facteur clé pour légitimer l'accès à la magistrature.

On trouve un exemple emblématique de ce type de recommandation dans la très intéressante correspondance d'Alexis de Tocqueville. Cet ancien magistrat, et alors député de la Manche, dans un courrier adressé au ministre de la Justice le 7 octobre 1840, donc durant le règne du roi Louis-Philippe, écrit pour recommander une personne résidant dans sa circonscription pour le poste de juge de paix du Canton de Carentan : « Cette place est sollicitée par M. Armand Brohier qui je crois vous sera présenté par M. le président et M. le procureur du roi du tribunal. Je prie vivement votre excellence de bien vouloir accorder à M. Brohier l'objet de

6. V. Hugo, *La servilité de la magistrature sous le despotisme de Napoléon-le-Petit (1855),* 1871, Hachette-BnF, 2013, p. 5.

sa demande. M. Brohier est un homme d'âge mûr ; il possède une fortune indépendante ; il appartient à une famille riche, influente et considérée du pays. Lui-même y jouit d'une considération très méritée. Toutes ces raisons me font espérer que vous voudrez bien faire tomber votre choix sur ce candidat auquel je m'intéresse beaucoup »[7].

Par ailleurs à l'occasion de leur recrutement et de leur prise de fonctions ainsi que lors de chaque changement de régime, les magistrats, qu'ils soient au siège ou au parquet, sont soumis à l'obligation de prêter serment de fidélité au nouveau régime. La magistrature doit impérativement faire preuve d'allégeance au pouvoir exécutif qu'il soit monarchique, impérial ou républicain.

Du reste, cette atteinte à l'indépendance du corps judiciaire qu'était l'obligation de prêter serment, était souvent très douloureusement vécue au sein de la magistrature. Dans sa passionnante correspondance, Alexis de Tocqueville, alors qu'il était juge auditeur au tribunal de Versailles et avait une conception exigeante de sa fonction de magistrat, fait état de son sentiment d'humiliation devant cette atteinte portée à son indépendance et à ses convictions que constitue l'obligation qui lui est faite de prêter serment au roi Louis-Philippe à l'occasion de l'avènement de la monarchie de Juillet. Ainsi il écrit le 18 août 1830 à son frère Hippolyte dans une lettre pleine d'indignation : « J'ai prêté le nouveau serment avant hier. C'est un moment désagréable. Non que la conscience ne reproche rien ; mais l'orgueil est froissé de l'idée que d'autres peuvent croire que l'intérêt vous fait agir contre votre conviction. Je reste donc mais resterai-je longtemps ? Je l'ignore. Il arrive à la magistrature la même chose qu'à l'armée. Elle est humiliée. Mais nous n'avons pas comme vous la ressource de nous relever à coups de sabre. Aussi si je voyais jour à une autre carrière, je crois que je quitterai celle-ci ; je reste donc, jusqu'à ce qu'en ma qualité de juge auditeur on me renvoie »[8].

Dans un autre courrier adressé durant ce même mois d'août 1830 à Marie Mottley qui deviendra peu après son épouse, à propos de cette prestation de serment, Tocqueville confie avec une grande tristesse : « Ma conscience ne me reproche rien mais je n'en suis pas moins profondément blessé et je mettrai ce jour au nombre des plus malheureux de ma vie »[9].

2. La carrière des magistrats sous le contrôle et la mainmise totale des maîtres du pouvoir

L'exécutif, durant tout le XIXe siècle, opère un contrôle constant sur le corps judiciaire et dispose d'une mainmise totale sur la carrière des magistrats. Les honneurs et les postes clefs sont réservés par les maîtres du pouvoir à ceux qui témoignent d'une fidélité sans faille au régime en vigueur. Napoléon voulait que la magistrature soit un corps prestigieux mais d'une grande docilité. Les archives judiciaires et notamment les nombreux dossiers professionnels des magistrats de l'époque qu'il m'a été possible de consulter sont précieux pour prendre la mesure de cette culture de soumission que les maîtres du pouvoir exigeaient du corps judiciaire. Ces archives ne sont pas des astres morts, des fruits secs mais restituent de manière passionnante la vie et l'âme d'un corps.

Sous le Second Empire on voit de manière récurrente revenir ce type d'observations : « Son dévouement au gouvernement impérial est éprouvé. Ses services militants sont de leur nature même exceptionnels et il n'y aurait que justice à les récompenser par la décoration de la légion d'honneur »[10].

Les maîtres du pouvoir entendaient disposer d'un personnel judiciaire épousant leurs idées et leurs intérêts. Mais simultanément tout en appréciant la ductilité des magistrats, ils ne souhaitaient pas qu'elle s'apparente à une trop grande aptitude à renier avec une extrême rapidité des convictions antérieures.

B. Le recours des maîtres du pouvoir à de nombreuses et terribles épurations de la magistrature

Les épurations de la magistrature tout au long du XIXe siècle furent très nombreuses même si se trouvait en principe affirmé le principe de l'ina-

7. A. de Tocqueville, *Œuvres complètes*, t. 10, *Correspondance et écrits locaux*, Gallimard, 1995, p. 165.
8. A. de Tocqueville, *Œuvres complètes*, t. 14, *Correspondance familiale*, Gallimard, 1998, p. 72.
9. A. de Tocqueville, *Lettres choisies – Souvenirs*, Gallimard, coll. « Quarto », 2003, p. 154 et s.
10. Archives départementales des Pyrénées-Atlantiques, Cote 2 U 62.

movibilité des juges (les magistrats du parquet ne bénéficiant pas quant à eux de cette garantie statutaire). Durant ce siècle, 43 % des magistrats ont vu leur carrière interrompue à l'occasion de tourmentes politiques ; ils étaient 28 % au siège et 72 % au parquet[11]. Ces saignées épuratrices opérées au sein du corps judiciaire ont causé de durables traumatismes. Il faut donc évoquer ici les temps forts de ces épurations.

1. Les épurations sous le Consulat et l'Empire

S'agissant du statut des magistrats de l'ordre judiciaire, l'article 41 de la Constitution de l'an VIII prévoyait que le Premier consul « nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation sans pouvoir les révoquer ». Se trouve ainsi solennellement affirmé le principe constitutionnel de l'inamovibilité de la magistrature.

En réalité cette garantie essentielle d'indépendance que constitue le principe de l'inamovibilité des membres du corps judiciaire a été très sérieusement malmenée comme en témoignent les épurations qu'a connues le régime napoléonien. Un sénatus-consulte du 12 octobre 1807 modifia la Constitution de telle manière que désormais l'inamovibilité n'était garantie qu'à l'issue de cinq années d'exercice. Ainsi, en vertu d'un décret du 24 mars 1808 intervenu dans le cadre de ce sénatus-consulte, 162 magistrats furent écartés des tribunaux. Une nouvelle épuration intervint en 1810 à l'issue de laquelle notamment la moitié des membres de la cour d'appel de Paris se trouva évincée de la magistrature.

2. Les épurations sous la Restauration et la monarchie de Juillet

Durant la Restauration, le pouvoir royal témoigna du souci de disposer d'une magistrature résolument acquise aux principes monarchiques et qui n'avait pas de sympathie pour le régime napoléonien et les idées révolutionnaires. Louis XVIII eut à cœur de faire en sorte que le corps judiciaire ne compte plus en son sein des bonapartistes, des conventionnels et des régicides. Il exigea des magistrats qu'ils se soumettent à l'obligation de prêter serment de fidélité au roi et à la Charte du 4 juin 1814. Cette Charte dans son article 58 prévoyait une sorte d'inamovibilité à géométrie variable puisqu'elle précisait : « Les juges nommés par le roi sont inamovibles ». Cela signifiait clairement que seuls les juges dont la nomination avait été décidée par Louis XVIII bénéficiaient du principe de l'inamovibilité, ce qui conférait au roi une latitude certaine pour écarter discrétionnairement certains des magistrats qui avaient pris leurs fonctions antérieurement.

Benjamin Constant a du reste montré avec lucidité à quel point les institutions de la première restauration confinaient les juges dans une grande dépendance à l'égard de l'exécutif en permettant au roi de procéder aisément à des épurations : « La Charte de 1814 laissait beaucoup de vague sur l'inamovibilité des juges. Elle ne déclarait inamovibles que ceux que le roi nommerait, sans fixer de terme de rigueur, pour investir de la nomination royale les juges déjà en fonction par l'effet d'une nomination antérieure. Cette dépendance dans laquelle se trouvait un grand nombre d'individus n'a pas été inutile au ministère d'alors »[12].

Le pouvoir royal opéra une vaste épuration qui commença en 1815 et s'échelonna sur plus de trois ans. Celle-ci donna lieu à l'éviction du corps judiciaire de 1 700 magistrats parmi lesquels figuraient dans 19 cours d'appels, 15 premiers présidents, et 40 présidents de chambre, ainsi que 1 400 juges au sein des tribunaux.

La monarchie de Juillet instaurée en 1830 quant à elle n'a pas officiellement porté atteinte au principe de l'inamovibilité de la magistrature. Toutefois, elle a aussi procédé à une épuration des magistrats du siège de manière insidieuse en obligeant les juges à prêter serment de fidélité au nouveau régime. Ainsi, selon Marcel Rousselet, 156 magistrats du siège qui ne voulaient pas renier leurs convictions, refusèrent de se soumettre à cette prestation de serment, et quittèrent alors la magistrature[13].

3. L'épuration sous le Second Empire

Il est à noter que le Second Empire qui est né du coup d'État du 2 décembre 1851 fomenté par

11. P. Lecoq, R. Martinage et J.-P. Royer, *Juges et notables au XIXe siècle*, PUF, 1982, p. 311 et s.
12. B. Constant, *Œuvres,* chap. 19, *Principes de politique*, *Des garanties judiciaires*, Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », 1957, p. 1205.
13. M. Rousselet, *La magistrature sous la monarchie de Juillet*, Sirey, 1937, p. 73.

Louis-Napoléon Bonaparte, en fixant la limite d'âge pour la magistrature à soixante-dix ans et en posant l'exigence d'une prestation de serment en faveur de l'Empereur, entraîna le départ de 132 magistrats.

4. La grande épuration républicaine de la magistrature résultant de la loi du 30 août 1883

Assurément l'épuration républicaine intervenue au début de la Troisième République dans le cadre de la loi du 30 août 1883 se révéla particulièrement importante puisqu'elle aboutit à l'éviction du corps judiciaire du quart des magistrats du siège. Elle est survenue dans un climat de vif antagonisme entre les maîtres du pouvoir et la magistrature. Les républicains nourrissaient une grande défiance à l'égard des juges qu'ils considéraient comme hostiles à la République. L'article 11 de cette loi d'épuration prévoyait que l'inamovibilité des magistrats du siège était suspendue pour trois mois à compter de la promulgation de ce texte législatif, ce qui permit d'effectuer une réduction du personnel des cours d'appel et tribunaux. Les actes constitutifs d'un manquement à la loyauté républicaine étaient désormais érigés en faute disciplinaire ; ainsi l'article 14 de ce texte législatif prévoyait en substance que « toute manifestation d'hostilité au principe ou la forme du gouvernement de la République » est interdite aux magistrats. À la faveur de cette épuration, 611 juges des cours et tribunaux furent écartés sur un effectif total de 2 447 magistrats du siège ; on dénombra parmi ces magistrats évincés notamment 10 premiers présidents.

Il convient de noter que dans le cadre de cette épuration et de manière très surprenante, furent évincés des magistrats pour des faits commis bien longtemps auparavant. En effet ces évictions du corps judiciaire, frappèrent des magistrats qui avaient fait partie plus de trente ans avant une telle épuration des commissions mixtes qui avaient été instaurées par Louis-Napoléon Bonaparte pour réprimer les ennemis du coup d'État du 2 décembre 1851.

Pour conclure. Ce regard sur la condition de la magistrature au XIXe siècle montre que cette page de l'histoire judiciaire n'a pas ressemblé à un long fleuve tranquille. Durant ce siècle tourmenté, marqué par des conflits récurrents entre les maîtres du pouvoir et les juges, le souvenir vivace des magistrats de parlements de l'ancienne France, animés par un vif sentiment corporatiste et tenant la dragée haute au pouvoir monarchique, a nourri une défiance persistante à l'égard des juges tant chez les maîtres du pouvoir que chez les Français.

Cette peur lancinante, quasi obsessionnelle du « gouvernement des juges », cette tenace défiance à l'égard des juges n'a pas contribué, loin s'en faut, à une culture de l'indépendance de la magistrature. Les maîtres du pouvoir tout au long du XIXe siècle ont brandi ce souvenir de la magistrature des parlements pour susciter la peur du retour du « gouvernement des juges ». Nos plus grands écrivains à l'exemple de Saint-Simon, Voltaire, Victor Hugo et Alexandre Dumas ont relayé cette crainte des juges disposant de prérogatives trop importantes. En contribuant au déficit de légitimité de la magistrature tant les maîtres du pouvoir que les écrivains ont mis à mal la culture de l'indépendance de la magistrature.

De plus, au cours du XIXe siècle, l'exécutif n'a eu de cesse de mettre à mal l'indépendance de la magistrature. Les maîtres du pouvoir ont, avec une rare constance, voulu que les magistrats témoignent à leur égard d'une culture de soumission. La mainmise du pouvoir qu'il soit monarchique, impérial ou républicain sur les juges est alors totale tant dans le recrutement des magistrats qui est verrouillé que par la maîtrise absolue de leur carrière étant entendu que ne sont gratifiés que les seuls magistrats dociles et modélisés qui témoignent d'une allégeance sans faille au régime. Les maîtres du pouvoir ont également eu recours de manière récurrente à des épurations du corps judiciaire.

Or, l'indépendance de la magistrature apparaît comme un bien commun et précieux. Car plus que jamais les citoyens ont conscience de cette évidence que le juge est le garant indispensable de notre État de droit en charge tant de nos libertés fondamentales que de notre sécurité dans le respect scrupuleux d'une loi claire et égale pour tous. La montée en puissance préoccupante de ce qu'on nomme « les démocraties illibérales » suggère que la première atteinte aux valeurs et aux institutions démocratiques se traduit par de très vives attaques portées contre les juges et leur indépendance. Or, il n'est pas de bonne justice sans une magistrature forte et authentiquement indépendante. Plus que jamais

il faut souhaiter que les rapports souvent complexes de l'autorité judicaire avec l'exécutif deviennent confiants, harmonieux et apaisés. Car ma sereine conviction de juge est que l'indépendance de la magistrature et l'existence d'une justice impartiale, réconciliée avec les citoyens, et soucieuse du seul bien commun sont des vecteurs primordiaux de cohésion sociale.

L'indépendance par les procédures. Lecture des archives du Conseil constitutionnel (1958-2000)

Benjamin Morel
Maître de conférences à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Le 30 décembre 1991, Maurice Faure conteste, au cours d'une délibération du Conseil constitutionnel, la rigidité d'une solution que la majorité du collège tient pour acquise. La jurisprudence, observe-t-il en substance, ne saurait être arrêtée pour toujours. Léon Jozeau-Marigné lui répond que « la jurisprudence est faite ». La formule, sèche, pourrait passer pour un simple argument d'autorité. Elle dit pourtant davantage. En un peu plus de trente ans, le Conseil a produit des contraintes internes dont ses membres peuvent désormais se prévaloir lors des délibérations. L'indépendance ne se lit donc pas seulement dans le statut de ceux qui siègent. Elle se joue aussi dans les procédures par lesquelles l'institution apprend à se lier elle-même[1].

Les membres du Conseil sont nommés par des autorités politiques. Les anciens présidents de la République peuvent y siéger de droit. Aucune condition de compétence juridique n'est exigée pour y être désigné. La procédure du contrôle *a priori* est longtemps restée peu contradictoire. Il serait donc vain de chercher dans le seul statut une garantie comparable à celle que l'on attend d'une juridiction ordinaire. Cette faiblesse organique ne suffit pourtant pas à expliquer ce que devient la décision une fois le Conseil saisi. L'origine politique des membres ne dit pas pourquoi certaines préférences restent sans traduction dans le délibéré, pourquoi des précédents s'imposent à ceux qui ne les ont pas posés, ni pourquoi les censures se présentent finalement comme des solutions de droit plutôt que comme des prises de position partisanes[2].

La doctrine a tenté d'expliquer ce phénomène. Lorsque Louis Favoreu décrit le Conseil comme régulateur de l'activité normative, il ne propose pas seulement un récit de montée en puissance. Il rend visible le premier déplacement auquel l'article s'attache, celui par lequel un organe conçu dans la rationalisation du parlementarisme acquiert la consistance d'un juge[3]. Mais cette évolution ne suffit pas à résoudre la difficulté. Michel Troper rappelle que la décision

1. Cons. const., PV, 30 déc. 1991, p. 34-36.
2. Const. 4 oct. 1958, art. 56 ; ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; R. Espinosa, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », *Les Cahiers de la justice* 2015, n° 4, p. 547 et s.
3. L. Favoreu, « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP* 1967, p. 5 et s.

constitutionnelle n'est jamais le simple produit du texte. Elle suppose des choix interprétatifs et donc une volonté de l'organe[4]. C'est précisément cette part de volonté qui empêche de traiter l'indépendance comme une qualité acquise par la seule juridictionnalisation. Les travaux de Romain Espinosa déplacent le soupçon sur un autre terrain. En recherchant des indices empiriques de corrélation entre composition du Conseil et sens des décisions, ils obligent à ne pas confondre la forme juridictionnelle avec une neutralité avérée[5]. D'un point de vue statistique, on peut en effet montrer que la couleur politique des membres et le contexte politique pèsent sur le résultat des délibérations. Elle ne s'y réduit cependant pas. Il convient donc d'interroger la manière dont l'institution canalise sa propre politisation.

La comparaison étrangère permet de préciser cette médiation. Stone Sweet montre que la justice constitutionnelle ne fait pas disparaître le conflit politique. Elle le déplace vers un espace où les acteurs doivent produire des arguments juridiques et accepter des formes de décision qui leur échappent en partie[6]. John Ferejohn et Larry Kramer donnent à ce déplacement une portée institutionnelle. L'indépendance judiciaire n'est pas seulement garantie par des protections extérieures. Elle se consolide lorsque le juge rend prévisibles ses propres limites et transforme la retenue en règle de conduite[7]. Martin Shapiro aide par ailleurs à comprendre pourquoi la procédure est ici centrale. Une controverse ne devient justiciable qu'à la condition d'être soumise à un objet, à des rôles et à des raisons recevables[8]. Mitchel Lasser permet de construire des ponts avec la pratique française de la délibération. Le secret, la motivation brève et l'unité de la parole publique ne sont pas de simples insuffisances de transparence. Ils participent d'un mode de légitimation dans lequel l'institution absorbe le désaccord au lieu de l'exposer[9]. Le Conseil constitutionnel représente dès lors un cas limite. Son statut protège faiblement ses membres, mais sa méthode de décision encadre fortement ce qu'ils peuvent faire de leurs préférences.

Il ne gagne pas son indépendance en effaçant les liens qui résultent de sa composition. Il la construit en soumettant ces dépendances à une méthode. Le terme de procédure ne vise pas seulement un ensemble de règles formelles. Il désigne l'enchaînement des actes par lesquels le Conseil détermine ce qu'il peut juger, instruit ce qu'il a retenu, délibère à l'abri des imputations individuelles, motive sa décision et l'inscrit dans une mémoire jurisprudentielle. Ces opérations ne rendent pas les membres apolitiques. Elles rendent plus difficile le passage immédiat d'une préférence personnelle à une solution juridique.

Les procès-verbaux représentent à ce titre une ressource très intéressante pour la recherche[10]. Ils valent moins comme récit des intentions individuelles, que comme trace des transformations incrémentales de l'institution. Chaque sollicitation politique devient une question de compétence une fois formulée dans le cadre des délibérations. Un désaccord moral prend la forme d'un motif de droit. Une préférence individuelle reste parfois sans effet faute de pouvoir être reprise dans la décision. Une hésitation se stabilise en précédent[11]. Une précédente étude consacrée au Conseil comme contre-pouvoir portait sur ce que l'institution peut opposer aux autres organes[12]. Le présent article s'attache à concevoir ce que la

4. M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC* 1990, n° 1, p. 31 et s. ; *id.*, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, spéc. chap. 14.
5. R. Espinosa, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question », préc.
6. A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.
7. J. Ferejohn, « *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence* », *Southern California Law Review* 1999, vol. 72, p. 353-384 ; J. A. Ferejohn et L. D. Kramer, « *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint* », *New York University Law Review* 2002, vol. 77, p. 962 et s.
8. M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1981.
9. M. de S.-O.-L'E. Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford University Press, 2004.
10. V. Conseil constitutionnel, « Archives des comptes rendus de séances » ; Cons. const., 9 juill. 2008, n° 2008-566 DC, Loi organique relative aux archives du Conseil constitutionnel.
11. Pour une approche théorique, v. notamment : M. Hauriou, « La théorie de l'institution et de la fondation », *in Aux sources du droit*, Bloud et Gay, 1925, p. 96.
12. B. Morel, « L'apport de l'analyse institutionnelle d'Hauriou à l'étude d'une fonction de contre-pouvoir du Conseil constitutionnel », *RDP* 2018, n° 6, p. 1625 et s.

méthode du Conseil impose à ses propres membres avant que la décision puisse être imputée à l'institution. Se fondant sur les mêmes notes prises sur l'analyse exhaustive des procès-verbaux du Conseil, il y ajoute ceux de la période 1991-2000 qui n'étaient alors pas encore disponibles.

Deux étapes de réflexion doivent être distinguées. La première tient à la maîtrise de l'office. Elle concerne le traitement initial du conflit par l'institution. Le Conseil met alors le conflit à distance en qualifiant l'objet dont il accepte de connaître et en le convertissant en motifs juridiques. La seconde tient à l'institutionnalisation de la décision. Elle porte sur l'auteur de la décision publiée. Le secret, la collégialité, l'anonymisation, l'appareil administratif, le précédent et la réception doctrinale empêchent alors que la décision soit immédiatement reconstruite comme l'addition de préférences individuelles.

I. Maîtriser l'office pour tenir à distance le conflit politique

L'indépendance ne s'inscrit pas nécessairement dans la censure. Elle se joue souvent en amont, lorsque l'institution décide si une demande peut être traitée comme une question relevant de son office. Une juridiction politiquement exposée peut être invitée à valider une stratégie, à couvrir un choix ou à prendre en charge une initiative que les acteurs politiques ne veulent plus assumer seuls. La maîtrise de l'office consiste précisément à éviter cette captation. Elle ne retire pas le Conseil du jeu politique. Elle lui permet de ne retenir du conflit que ce qui peut être juridiquement qualifié.

A. Qualifier l'objet du contrôle pour écarter l'usage politique de la saisine

La distance recherchée par le Conseil tient d'abord à la définition de l'objet dont il accepte de connaître. La compétence désigne ce que les textes autorisent. L'office qualifie l'usage que l'institution estime pouvoir faire de cette autorisation. L'écart entre les deux doit être considéré. Le Conseil peut être compétent sans transformer cette compétence en pouvoir d'initiative. Il peut être consulté sans devenir l'instrument juridique d'une stratégie. Il peut contrôler une opération électorale sans devenir un acteur politique. C'est dans cet écart que la procédure commence à assurer une certaine indépendance.

La séance du 14 mai 1959 en donne une première illustration. Le Conseil écarte l'examen de la constitutionnalité d'une résolution parlementaire au motif qu'une telle démarche reviendrait à accorder une consultation que les textes ne lui permettent pas de donner. Il refuse surtout d'être mobilisé comme organe de conseil au service d'un acteur politique. Il ne se borne pas à constater une incompétence, mais ferme une voie qui aurait permis de faire de lui un outil stratégique[13].

La délibération du 11 août 1960 précise cette logique dans un contexte plus tendu. Le Conseil doit décider s'il est saisi de toute la loi de finances rectificative ou seulement des dispositions contestées. Le rapporteur envisage de retourner contre le gouvernement l'usage de l'article 61. Le Coq de Kerland redoute pour sa part que le Conseil paraisse complice de l'exécutif. Le secrétaire général souligne qu'aucun texte n'autorise clairement une saisine partielle. La formule de René Coty, selon laquelle le Conseil doit rester dans son rôle, tranche autrement le dilemme. Elle ne relève pas d'une prudence vague. Elle fixe une limite à l'usage de la saisine. Le contrôle ne doit pas devenir une riposte institutionnelle. La procédure empêche ainsi que l'indignation ou la stratégie se transforment en décision[14].

Cette délibération montre que l'autolimitation ne se confond pas nécessairement avec une théorisation de sa propre faiblesse. Le Conseil ne s'autorise pas à faire de la procédure une arme, même lorsque celle-ci pourrait servir à corriger l'exécutif. Une juridiction préserve une part de son indépendance lorsqu'elle rend prévisible la manière dont elle usera de sa propre puissance[15].

Les affaires électorales relèvent de la même logique. Lors de l'élection présidentielle de 1974, les contestations relatives aux signes distinctifs ne conduisent pas le Conseil à départager les candidats. Elles l'obligent à garantir les conditions minimales d'identification et de loyauté de la compétition. Le Conseil exerce une fonction politiquement sensible sans trancher le conflit

13. Cons. const., PV, 14 mai 1959, p. 2.
14. Cons. const., PV, 11 août 1960, p. 8-10 ; B. Morel, préc., p. 1632, note 26.
15. J. A. Ferejohn et L. D. Kramer, « Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint », préc.

politique lui-même. Il ne se présente pas comme le gardien général du processus démocratique. L'intervention juridictionnelle devient plus acceptable lorsqu'elle porte sur les conditions de formation du choix plutôt que sur son contenu[16].

Lors de la crise de 1962, bien connue, le Conseil refuse de contrôler la loi adoptée par référendum. Ce refus a souvent été lu comme une abdication. Les archives permettent aussi d'y voir une qualification de l'objet. René Coty oppose la souveraineté populaire à la fonction du Conseil. L'argument n'efface pas la portée politique de la décision. Il désigne un objet que le Conseil juge impossible à traiter par les procédures ordinaires du contrôle *a priori*. L'institution refuse de se placer en juge direct du choix constituant présenté au peuple[17]. Il serait toutefois inexact de voir dans cette frontière un retrait complet du champ référendaire. Les consultations relatives aux référendums de 1960 et de 1972 montrent que le Conseil accepte de prendre en charge certains aspects de la procédure[18]. Il ne juge pas l'opportunité de la consultation. Il encadre la régularité de certains actes préparatoires, la propagande, les modalités de vote et, plus tard, certains recours dirigés contre les opérations préparatoires[19]. Les délibérations de 2000 prolongent cette logique. Le Conseil ne revient pas sur 1962. Il ne transforme pas le texte référendaire en loi pouvant faire l'objet de son contrôle. Il prépare ce qui sera cinq ans plus tard la jurisprudence Hauchemaille de 2005, sur laquelle il faut demeurer modeste à défaut d'accès à ce genre d'archives. Cependant les procès-verbaux montrent qu'il accepte dès avant de connaître de certains actes préparatoires lorsque cette intervention conditionne l'efficacité de son contrôle. La frontière du contrôle s'est déplacée vers les marges procédurales du référendum.

En 1959, le Conseil refuse la consultation. En 1960, il refuse de transformer la saisine en sanction du gouvernement. En 1962, il écarte l'acte référendaire du contrôle ordinaire. En 1972 et en 2000, il retient en revanche certains actes préparatoires, parce qu'ils conditionnent la régularité du vote. L'indépendance par la procédure ne consiste pas à s'éloigner du politique, mais à isoler, dans une situation politique donnée, l'objet qui peut être jugé sans que le Conseil devienne l'auteur du choix principal.

B. Transformer le conflit politique en motifs juridiques

La qualification de l'objet du contrôle ne suffit pas. Une fois la question admise, elle doit encore être reformulée. La difficulté tient ici à la décision publiée. Le Conseil ne peut pas se borner à dire qu'une solution lui paraît préférable, prudente ou opportune. Il doit transformer les raisonnements et la parole qui circulent dans le délibéré en motifs juridiquement soutenables. La motivation, la retenue et l'empirisme procédural assurent alors cette conversion.

Ce que Bickel appelle les « vertus passives » éclaire le cas français par contraste[20]. La Cour suprême américaine peut attendre, refuser d'entendre une affaire ou choisir le moment de son intervention. Le Conseil travaille, au contraire, dans un délai court et sur une saisine imposée. Sa retenue se joue moins dans l'accès au prétoire que dans la manière de découper les griefs, de choisir les normes mobilisées et de rédiger une motivation qui puisse être reçue comme décision de droit plutôt que comme préférence politique à peine voilée. On ne doit pas réduire la retenue à l'effacement du juge. L'intensité du contrôle peut varier sans que le juge disparaisse[21]. Dans le cas français, cette variation passe d'abord par la sélection des motifs et par le degré de généralité de la motivation.

Cette traduction suppose une perte de sens, voire de justification des décisions prises. Certains arguments politiquement importants ne peuvent être repris comme tels. Certaines inquié-

16. Cons. const., PV, 17-18 avr. 1974 et 25 avr. 1974, *in* B. Mathieu *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, 2e éd., Dalloz, 2014, p. 255 et s. et p. 262 et s. ; J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, chap. 4 à 6.
17. Cons. const., PV, 6 nov. 1962, p. 14 ; Cons. const., 6 nov. 1962, no 62-20 DC.
18. Cons. const., PV, 8 déc. 1960, Avis sur le référendum relatif à l'autodétermination de l'Algérie ; Cons. const., PV, 18 avr. 1972, Référendum relatif à l'élargissement des Communautés européennes.
19. Cons. const., 25 juill. 2000, no 2000-21 REF, Hauchemaille ; Cons. const., PV, 23 août 2000 ; Cons. const., 23 août 2000, no 2000-23 REF et no 2000-24 REF.
20. A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1962, chap. 4.
21. M. Tushnet, « Alternative Forms of Judicial Review », *Michigan Law Review* 2003, vol. 101, p. 2781 et s.

tudes demeurent dans le secret du délibéré. Certaines préférences doivent être reformulées jusqu'à prendre la forme d'une norme, d'un seuil, d'un contrôle de compétence ou d'un refus de contrôle. Cette perte est la condition de la décision juridictionnelle. Elle explique que l'indépendance puisse se construire dans une institution dont les membres ne sont pas, individuellement, soustraits au politique.

La décision Liberté d'association de 1971 ne peut être réduite à la « découverte » du bloc de constitutionnalité[22]. Les archives montrent un Conseil conscient de la portée politique de la censure. L'enjeu est alors de présenter cette dernière comme l'application d'une source constitutionnelle déjà éprouvée, non comme l'invention d'un pouvoir général de surveillance du Parlement[23]. L'interprétation comporte une part de volonté. La procédure oblige toutefois celle-ci à prendre la forme de l'interprétation d'un texte, ou d'un principe.

La délibération sur la loi sur l'IVG rend cette opération plus nette encore. Le Conseil est saisi d'un conflit moral, social et institutionnel majeur. La décision publiée ne le résout pas comme tel. Elle le divise en plusieurs questions. Le conflit moral est tenu à distance par le refus de se poser en arbitre des choix sociaux fondamentaux. Le conflit conventionnel est neutralisé par le refus du contrôle de conventionnalité. Le conflit institutionnel est contenu par le rappel de la compétence du législateur. La procédure ne fait donc pas disparaître le conflit. Elle en modifie le cadre. Ce qui ne peut être tranché sans exposer le Conseil à se substituer au Parlement est retraduit en limites de l'office et en motifs de droit[24].

En 1981, les membres discutent de la possibilité d'écarter les éléments factuels afin de préserver un contrôle de droit. L'un d'eux relève qu'il serait difficile, pour le rôle même du Conseil, de donner le sentiment de juger dans l'ignorance du réel. Les faits sont soumis à un traitement procédural. Ils nourrissent l'instruction, et permettent d'éprouver la portée des normes en contribuant à la recherche d'une motivation acceptable[25]. Si le Conseil excluait les faits, il produirait un droit constitutionnel trop abstrait pour saisir les effets réels de la loi. S'il les accueillait sans filtre, il risquerait de transformer la délibération en appréciation d'opportunité. Les procès-verbaux font apparaître le choix d'une voie intermédiaire. Les faits entrent dans la discussion, mais ils ne commandent pas directement la solution. Ils servent à vérifier la soutenabilité d'un motif.

Cette perspective conduit à relire la faible formalisation du contrôle *a priori*. Le refus de la représentation par avocat en 1976 empêche les saisissants parlementaires de devenir de véritables parties. Les portes étroites, étudiées par Adja Mbengue, montrent cependant que des arguments extérieurs circulent malgré l'absence d'un contradictoire pleinement formalisé[26]. L'empirisme procédural maintient une souplesse qui permet au Conseil d'entendre des considérations sociales, techniques ou doctrinales sans transformer le contrôle en procès ordinaire. L'indépendance tient ici à un équilibre fragile. L'institution reçoit des matériaux extérieurs, mais demeure maîtresse de leur conversion en motifs[27].

Les décisions relatives à l'audiovisuel en 1979[28] et au PACS en 1999[29] confirment cette méthode. Dans les deux cas, le conflit est politiquement chargé. Dans les deux cas, la décision publiée ne prétend pas l'épuiser. Elle isole des catégories que le Conseil peut manier. Liberté de communication, pluralisme, égalité, liberté personnelle ou clarté de la loi deviennent des instruments de traduction. La procédure ne neutralise pas le conflit, mais lui impose un langage qui permet de décider sans politiser.

22. Cons. const., PV, 16 juill. 1971, p. 22 ; Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association.
23. M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, 2001, spéc. chap. 14.
24. Cons. const., PV, 14-15 janv. 1975, p. 26 ; Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, Cons. 2 et 7.
25. Cons. const., PV, 19-20 janv. 1981, p. 4 ; B. Morel, préc., p. 1647, note 80.
26. A. Mbengue, « Propos sur l'empirisme procédural dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*. Le cas des portes étroites », *Jus Politicum* 2019, n° 22.
27. Cons. const., PV, 6 juill. 1976, *in* B. Mathieu *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, *op. cit.*, p. 300.
28. Cons. const., 27 juill. 1979, n° 79-105 DC, Loi relative à certaines dispositions en matière de communication audiovisuelle ; Cons. const., PV, 1er juill. 1980, cité par B. Morel, préc., p. 1645, note 62.
29. Cons. const., PV, 9 nov. 1999 ; Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, Loi relative au pacte civil de solidarité.

Le Conseil ne devient ainsi pas indépendant en évitant les conflits politiques. Il s'en distingue lorsqu'il leur impose une double opération. Il qualifie l'objet qu'il accepte de connaître. Il traduit ensuite cet objet dans des motifs qui rendent la décision discutable juridiquement plutôt qu'immédiatement imputable à une préférence politique. L'indépendance est relative. Elle se mesure au travail qui sépare la sollicitation politique de la décision publiée.

II. Institutionnaliser la décision pour la détacher des membres

La maîtrise de l'office ne suffit pas à postuler une indépendance du Conseil. Même juridiquement motivée, une décision peut encore être lue comme celle de membres nommés par des autorités politiques. Il faut alors regarder la manière dont cette décision est imputée. Elle ne doit pas apparaître comme l'addition de positions individuelles. Elle doit devenir la parole du Conseil. L'indépendance prend ici une forme institutionnelle. Elle passe par le secret, la collégialité, l'anonymisation, l'appareil administratif, le précédent et les publics auxquels la décision s'adresse.

Le point est important, car le soupçon ne porte pas seulement sur les objets traités. Il pointe aussi vers l'auteur de la décision. Un ancien ministre, un professeur, un proche du pouvoir ou un opposant peuvent toujours être ramenés à leur trajectoire passée. La procédure doit donc assurer une seconde mise à distance. La première séparait le Conseil du conflit politique. La seconde détache la décision des personnes qui l'ont préparée et votée.

A. Désindividualiser le jugement par le secret et la collégialité

Le secret et la collégialité ne prouvent pas l'indépendance. Ils modifient la manière dont la décision est attribuée. Dans un Conseil composé de personnalités nommées politiquement, la publicité des votes pourrait faire de chaque décision la trace lisible d'une origine partisane ou d'une dépendance personnelle. Le modèle français choisit une autre voie. Il ne protège pas d'abord l'expression individuelle de chaque juge. Il protège l'indépendance attribuée à l'institution[30].

Cette anonymisation ne doit pas être confondue avec une unanimité réelle. Les procès-verbaux font apparaître des hésitations, des désaccords, des votes serrés et parfois des abstentions. L'unité de la décision publiée ne décrit donc pas l'état du délibéré, mais en transforme la nature. Elle efface la carte des positions individuelles pour lui substituer une imputation institutionnelle unique. Ce déplacement ne rend pas les membres indépendants, mais la décision moins vulnérable à la lecture politique de leurs choix.

La candidature d'Alain Krivine en 1969 éclaire cette fonction. René Cassin exprime une réserve personnelle forte. Il indique qu'il aurait souhaité rendre le candidat inéligible. Le motif susceptible d'être repris dans la décision manque pourtant. L'intérêt de l'archive tient à cet écart. Elle ne montre pas des membres neutres. Elle montre qu'une préférence, même affirmée dans le délibéré, ne suffit pas. Pour devenir décision, elle doit franchir un seuil de formulation juridique. À défaut, elle demeure dans la séance et s'efface dans la décision institutionnelle[31]. Les procès-verbaux ressemblent souvent à des échanges de points de vue politiques. Une partie majeure, et parfois majoritaire, y est même consacrée. Pour autant, le lien entre cette partie des délibérations et le choix final est souvent nul ou résiduel car la formulation doit être portée collectivement.

La collégialité discipline la formulation du choix. Elle oblige les membres à éprouver leur position devant d'autres membres, devant le rapporteur, devant le secrétaire général et devant ce que pourra être la décision publique. Dominique Schnapper insiste, pour une période postérieure, sur le poids de ces codes internes. La délibération ne se réduit pas à un vote. Elle est l'espace où se détermine ce qui peut être dit au nom du Conseil. Ce trait rapproche le cas français des analyses de Mitchel Lasser sur les juridictions où l'unité de la décision publique masque un travail interne dense[32].

30. Sur les opinions séparées, v. K. Kelemen, « Dissenting Opinions in Constitutional Courts », *German Law Journal* 2013, vol. 14, p. 1345 et s. ; M. de S.-O.-L'E. Lasser, *op. cit.*

31. Cons. const., PV, 14-15 mai 1969, p. 7 ; B. Morel, préc., p. 1632, note 27.

32. D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 11-16 et p. 168-169 ; G. Pasquino, « Voter, délibérer et juger », *Pouvoirs* 2001, nº 96, p. 69 et s.

Les comptes de campagne de 1995 mettent cette logique à l'épreuve et donnent à voir son imperfection. Les procès-verbaux ne donnent pas l'image d'une décision automatique. Les rapporteurs adjoints entrent et sortent. Les qualifications sont discutées. Les montants sont corrigés. Les conséquences d'une sanction sont pesées. L'embarras est manifeste. C'est précisément ce qui importe. L'indépendance ne réside pas ici dans l'absence de trouble politique, mais dans la capacité de l'institution à traiter ce trouble selon une procédure qui impose des seuils, des qualifications et une décision unique[33].

L'affaire Tiberi montre le coût de cette protection. Le secret du délibéré permet aux membres de discuter sans exposition personnelle. Il empêche aussi de vérifier publiquement la manière dont les irrégularités relevées ont été appréciées. Une même forme produit donc deux effets. Elle protège le Conseil contre l'imputation partisane immédiate. Elle nourrit le soupçon lorsque la décision paraît insuffisamment justifiée. L'indépendance par les procédures ne fait donc pas du secret une panacée. Elle conduit au contraire à prendre au sérieux son ambivalence[34].

Le modèle français se distingue ainsi des cours où les opinions séparées donnent à voir la parole singulière du juge. Ce choix ne peut être considéré en lui-même supérieur ou inférieur. Il correspond à une stratégie de protection adaptée à une institution dont les membres sont exposés, dès leur nomination, à une lecture politique. La désindividualisation ne prouve pas la neutralité. Elle empêche que la décision puisse être immédiatement reconstruite comme l'addition de fidélités personnelles.

B. Stabiliser la décision par l'appareil, le précédent et les publics du Conseil

La désindividualisation doit encore s'inscrire dans le temps. Si chaque renouvellement du Conseil rouvrait entièrement la délibération, l'origine politique des membres reviendrait au premier plan. L'indépendance par les procédures suppose donc une mémoire. Celle-ci ne repose pas seulement sur la jurisprudence. Elle est aussi administrative et doctrinale. Elle tient aux rapporteurs, au secrétariat général, aux dossiers préparatoires, aux précédents mobilisés et aux publics dont le Conseil anticipe la réaction.

Le secrétaire général ne se borne pas à assurer le fonctionnement matériel de l'institution. Il conserve les précédents, rappelle les solutions acquises, prépare les dossiers et signale les effets qu'une option retenue ne manquerait pas d'avoir. Cet appareil juridictionnel impose aux nouveaux membres une mémoire qui les précède. L'indépendance ne vient donc pas seulement d'une adhésion personnelle des conseillers au droit. Elle provient aussi d'un environnement de travail qui rend certaines solutions plus coûteuses et d'autres plus disponibles[35].

Cette mémoire doit être apprise et comprise par les membres. Ceux-ci arrivent au Conseil avec des trajectoires différentes et parfois une connaissance inégale du contentieux constitutionnel. Les dossiers, les précédents et les projets de motivation leur imposent rapidement un langage commun. L'appareil n'est pas extérieur à la délibération. Il prépare les termes de l'échange. Il ne décide pas à la place des membres. Il réduit l'espace dans lequel une préférence personnelle peut apparaître comme une solution défendable. La procédure agit ici par encadrement matériel du travail intellectuel.

Le précédent est la forme la plus visible de cette mémoire. La formule de 1991 sur la « jurisprudence faite » ne signifie pas que le Conseil serait incapable de changer. Elle induit qu'un changement appelle une justification. Schauer a montré que le précédent n'agit pas seulement par obligation formelle, mais par la charge argumentative qu'il impose à celui qui veut s'en écarter. Au Conseil constitutionnel, cette charge est d'autant plus forte que la motivation publiée est brève. Le précédent donne à la décision une assise que la motivation ne développe pas toujours[36].

33. Cons. const., PV, 11 oct. 1995, Comptes de campagne des candidats à l'élection du Président de la République ; Cons. const., 11 oct. 1995, n° 95-89 PDR et n° 95-90 PDR.
34. Cons. const., 10 nov. 1998, n° 97-2113/2119/2146/2154/2234/2235/2242/2243A AN ; R. Rivais, « Le Conseil constitutionnel est accusé de couvrir l'élection de Jean Tiberi », *Le Monde*, nov. 1998.
35. B. Mathieu *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel (1958-1986)*, *op. cit.*, introd., p. 6-15.
36. F. Schauer, « Precedent », *Stanford Law Review* 1987, vol. 39, p. 571 et s. ; *id.*, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, 2009, chap. 3.

La proximité avec l'analyse institutionnelle apparaît ici, mais dans un registre plus procédural. La continuité ne dépend pas seulement de l'adhésion des membres à une idée d'œuvre, selon les termes de Maurice Hauriou. Elle dépend d'une série de contraintes de travail. Les précédents sont connus, classés, cités, discutés. Leur existence rend possible une objection simple dans le délibéré. On ne peut décider aujourd'hui comme si le Conseil n'avait pas déjà parlé hier. L'indépendance prend alors la forme d'une obligation de cohérence.

La délibération de 1976 sur l'élection de l'Assemblée européenne illustre cette manière de décider dans le temps. Certains membres envisagent une censure qui pourrait paraître cohérente. Ils redoutent pourtant qu'elle provoque une révision constitutionnelle et fasse perdre au Conseil une capacité future de contrôle. La solution retenue préserve une marge. Elle ne relève pas d'une pure opportunité, mais d'une décision attentive à ses effets institutionnels futurs. Le Conseil ne juge pas seulement l'affaire présente. Il protège la possibilité de continuer à juger les affaires à venir[37]. En effet, les contraintes de la jurisprudence ne sont pas seulement à conjuguer au passé, mais aussi au futur. Prendre une position aujourd'hui pour des raisons opportunistes, c'est contraindre l'institution pour les décennies qui suivent.

Cette logique éclaire les analyses de Georges Vedel. La légitimité du Conseil tient, selon lui, au fait que l'institution n'est maîtresse ni de sa compétence ni de ses sources. La limite devient une ressource. Parce que le Conseil ne choisit pas librement les affaires et parce qu'il doit rattacher ses décisions à des sources constitutionnelles, il peut présenter ses censures comme moins discrétionnaires qu'elles ne le seraient autrement. Les procédures font ainsi d'une dépendance une garantie. Le Conseil est contraint par ce qui l'autorise[38].

Dans ce contexte, la doctrine et la réception extérieure ne constituent pas un sujet périphérique. Elles participent à cette stabilisation. Les travaux sur la réputation judiciaire ont montré que les juridictions s'adressent à plusieurs publics[39]. Le Conseil ne décide pas sous la dictée de la doctrine, de la presse ou des juridictions ordinaires. Il délibère néanmoins en anticipant la réception de sa décision dans ces espaces. La réception participe alors à l'économie de la décision, sans se confondre avec la procédure formelle. Elle oblige l'institution à penser la décision comme une parole qui devra être soutenue au-delà de la séance. Cela n'est pas gage, comme on aimerait le penser, uniquement de dépendance. En devant prouver la solidité de son raisonnement, le Conseil est contraint de s'émanciper de la politisation qui pourrait le caractériser au regard de sa composition. Le phénomène est donc ambivalent. Ce que la prise en compte de la réception de ses décisions fait perdre au Conseil comme indépendance vis-à-vis du corps social, lui en accorde eu égard aux tentations de contourner les procédures pour faire valoir une décision d'opportunité. La décision ne parait donc pas indépendante parce que les membres cesseraient d'avoir une origine, une sensibilité ou une stratégie. Elle le devient dans la mesure où ces éléments sont soumis à des médiations qui les empêchent de se transformer directement en solution. Secret, collégialité, appareil, précédent et réception ne forment pas des garanties secondaires. Ils constituent le cœur du dispositif par lequel une décision issue d'un collège politiquement situé peut être imputée à une institution.

Le pari de l'indépendance du Conseil n'est donc pas un pari sur le « devoir d'ingratitude » de ses membres. On peut se gargariser de ce dernier, il n'est pas démontré par les statistiques et exige de fonder la légitimité d'une institution fondamentale de la République sur une confiance aveugle sans vraie possibilité de contrôle. Certes, il peut exister. Bien entendu, les membres peuvent assumer individuellement ou collectivement une telle volonté. Mais le porter en évidence sur laquelle construire une pensée de l'institution ne peut permettre de convaincre que les convaincus ou de neutraliser une critique à laquelle on ne sait répondre. L'indépendance ne se gagne pas par les membres, elle se conquiert par l'institution qui s'impose à eux et les contraint à rompre les allégeances. Elle n'est pour cette

37. Cons. const., PV, 29-30 déc. 1976 ; B. Morel, préc., p. 1644, note 61.
38. G. Vedel, « Doctrine et jurisprudence constitutionnelles », *RDP* 1989, n° 1, p. 14.
39. N. Garoupa et T. Ginsburg, *Judicial Reputation. A Comparative Theory*, University of Chicago Press, 2015 ; *id*., « Building Reputation in Constitutional Courts », *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2011, vol. 28, p. 539 et s.

raison ni négligeable, ni jamais parfaite. Elle représente une conquête de l'esprit collectif sur les déterminations individuelles.

Les archives ne permettent pas d'affirmer que le Conseil constitutionnel serait indépendant au sens plein. Elles permettent d'identifier les opérations par lesquelles il travaille à le devenir. Cette conclusion ne contredit pas les critiques empiriques de la politisation. Elle les déplace. Les corrélations notamment relevées par Romain Espinosa indiquent que la composition et les configurations politiques importent. Les archives montrent pourquoi ces déterminants ne se convertissent pas toujours directement en décision politique. Entre la préférence et la solution publiée se déploie un travail de procédure. C'est dans cet intervalle que prend forme l'indépendance d'exercice.

L'étude de l'indépendance par les procédures interroge ce que l'institution impose à ses propres membres avant de parler au nom du droit. Le Conseil n'est pas indépendant parce qu'il serait extérieur au politique. Il n'est pas davantage réductible aux autorités qui le composent. Il transforme ses dépendances par des procédures dont les effets sont à la fois protecteurs et ambivalents.

Une critique démocratique demeure donc nécessaire. Le secret libère la parole interne, mais limite la vérification externe. La collégialité évite l'imputation partisane, mais efface les dissensus et rend plus complexe la critique interne des décisions. Le précédent stabilise, mais peut figer. La motivation brève renforce l'autorité de la décision, mais réduit l'explication publique. L'indépendance par les procédures n'est pas sans contradiction. Elle représente un point d'équilibre fragile entre protection de l'institution et exigence de justification[40].

La question prioritaire de constitutionnalité recompose ce dernier. Elle introduit l'audience publique, le contradictoire, les avocats et une temporalité contentieuse plus ordinaire. Les formes anciennes ne disparaissent pas cependant, elles évoluent. Les archives antérieures à la QPC n'apportent pas de réponse sur ces changements. Cependant elles posent un cadre d'analyse. L'indépendance du Conseil tient moins à la vertu supposée de ses membres qu'à la méthode qui les oblige.

40. Pour une critique démocratique du contrôle juridictionnel, v. J. Waldron, « The Core of the Case against Judicial Review », *Yale Law Journal* 2006, vol. 11, p. 1346 et s. ; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999.

Dossier
L'indépendance

L'indépendance en droit du travail – Aux frontières de la subordination

Grégoire Duchange
Professeur de droit privé à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Vues historiques. Il est fréquent, et à juste titre, de faire du droit du travail, du moins dans sa version contemporaine, un enfant de la Révolution industrielle. On a alors l'image de Charlie Chaplin dans son usine, et c'est là tout sauf l'incarnation de l'indépendance, quelle que soit la signification exacte donnée à ce mot. Ce modèle de la subordination a bien sûr subi depuis des évolutions, mais sans pour autant perdre totalement sa qualité de cadre de référence. Si l'on veut, cependant, comprendre les contours respectifs de la subordination et de l'indépendance, il est préférable de partir des modèles historiques préindustriels, en ce qu'ils en fournissent des illustrations plus extrêmes donc, sous un certain angle, plus lisibles. Les corporations de l'Ancien Régime, en effet, poussent certains aspects de la subordination à leur comble, quand l'époque révolutionnaire, à l'inverse, s'est bercée un temps de l'illusion de son abolition[1].

L'étude des corporations n'apprend pas nécessairement grand-chose sur la subordination en tant qu'obéissance aux ordres donnés par un supérieur hiérarchique. Après tout, dès lors que l'on travaille en collectivité, la nécessité de donner des ordres a hier comme aujourd'hui quelque chose de naturel. Mais le régime corporatif présente, dans son esprit, la subordination sous un angle original en ce qu'il s'agit d'assurer une certaine soumission, non pas tant du subordonné à son chef que de l'individu à son groupe d'appartenance, au travers de la poursuite du bien commun. Cela se traduit par exemple, ce qui n'est pas sans bénéfice pour les travailleurs, par l'idée de juste prix, mais aussi par des conséquences sévères pour ces derniers, au travers du délit de désertion et d'une certaine hostilité à l'égard des compagnonnages au travers desquels ils tentent de défendre leurs intérêts.

Par opposition, le modèle révolutionnaire valorise l'idée d'indépendance du travailleur, et ceci – du moins selon une opinion doctrinale – tant à l'égard du chef qu'à celui – opinion plus commune – du groupe. Un auteur avance ainsi que la volonté postrévolutionnaire d'émancipation ouvrière se serait exprimée par une aspiration, accueillie pendant un siècle par la jurisprudence, à se prévaloir des règles applicables au louage d'ouvrage (le contrat d'entreprise), et que l'invention de la notion de contrat de travail, incluant l'idée de subordination, aurait été le fruit d'un « coup de force » doctrinal postérieur, de la part du juriste Ernest Glasson[2]. Le propos a de quoi susciter un certain étonnement dans la

1. Sur les modèles historiques du droit du travail v. G. Duchange et J.-F. Cesaro, *Droit du travail*, 10e éd., LGDJ, 2026, no 4 et s., et les références citées.
2. A. Cottereau, « Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle) », *Dr. social* 2019, p. 830 et s.

mesure où le louage d'ouvrage correspond en principe à la situation du travailleur indépendant, de sorte qu'aucune subordination n'est envisageable. Surtout, l'émancipation ouvrière a pu également trouver traduction, et la chose est cette fois plus connue, par le primat de l'individu à l'égard du groupe, soit à l'exact opposé de l'esprit qui animait les corporations de l'Ancien Régime. Seulement, il n'est pas certain que l'indépendance de l'ouvrier en soit en définitive sortie grandie. C'est en effet une chose de permettre aux ouvriers de travailler sans se soumettre au carcan corporatif (ce qui était semble-t-il l'objet du décret d'Allarde de 1791), c'en est une autre (conséquence de la loi Le Chapelier, promulguée dans la foulée) d'interdire aux ouvriers toute forme de regroupement, fût-ce pour défendre leurs intérêts, et ce alors même que les apporteurs de capitaux ont pu continuer à joindre leurs forces dans le cadre de sociétés commerciales. C'est ainsi là une curieuse forme d'indépendance que celle qui est d'une certaine manière imposée au travailleur (à l'égard de ses coreligionnaires) et qui conduit, dans les faits, à accroître sa dépendance à l'égard de son patron. De cette rapide confrontation historique, il ressort donc que l'opposition de l'indépendance et de la subordination mérite, en tout état de cause, d'être envisagée au travers d'un double angle d'analyse, vertical lorsqu'il s'agit du rapport au chef, horizontal lorsqu'il s'agit du rapport au groupe.

Vues verticales. Il s'agit là du regard le plus « classique » sur l'opposition de la subordination et de l'indépendance. Chacun entend bien que le salarié, subordonné, obéit aux ordres de l'employeur, quand l'indépendant n'obéit qu'à lui-même (ou du moins aux stipulations précises du contrat qu'il signe). Pour autant, il est loin d'être aisé de faire entrer cette opposition dans des catégories juridiques connues. Sans entrer ici dans le détail des controverses en la matière[3], on peut relever que l'opposition traditionnelle des contrats portant sur une chose et des contrats portant sur une action ne permet pas de penser correctement le contrat de travail. Le contrat d'entreprise (celui du travailleur indépendant) porte en effet sur une *action*, précisément déterminée par les parties. Le contrat de travail, quant à lui, porte sur une catégorie inconnue du Code civil, à savoir non pas l'action mais l'*activité*. Un plombier indépendant signe un contrat portant sur une action, réparer telle baignoire tel jour chez telle personne, là où le plombier salarié signe un contrat portant sur une activité, celle de plombier, ce qui se traduira de multiples manières. La notion d'activité permet ainsi de mieux comprendre le rôle de la subordination, à savoir que les ordres de l'employeur ont pour vocation de préciser, tout au long de la relation, les contours de la mission contractuelle du salarié, qu'il s'agisse de déterminer la nature exacte de la tâche à accomplir (réparer telle baignoire, réparer tel lavabo…) ou bien son cadre d'exécution (lundi chez Monsieur X, mardi chez Madame Y…).

Partant, la notion d'activité permet également de mieux cerner les contours de l'indépendance. Le travailleur dit « indépendant » l'est d'une double manière : dans son activité (il choisit ses clients – avec les réserves habituelles que peut susciter une éventuelle dépendance économique) et dans chacune de ses actions (il est censé savoir se débrouiller seul pour remplir sa mission, sauf à être incompétent). Le salarié est quant à lui subordonné dans son activité (il ne choisit pas, on l'a dit, ses tâches précises ni leur cadre d'exécution) mais il ne l'est pas davantage que le travailleur indépendant dans chacune des actions qu'il accomplit, une fois celles-ci connues par l'entremise des ordres de l'employeur. Lorsqu'un plombier répare une baignoire, il dispose ainsi, du moins en théorie, de la même indépendance technique selon qu'il le fait dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un contrat d'entreprise[4]. C'est ce qui peut expliquer qu'il n'y a pas nécessairement de difficulté de principe à signer un contrat de travail avec les divers professionnels (journalistes, médecins…) censément dotés d'une forte indépendance d'action.

Enfin, il faut avoir à l'esprit, qu'il s'agisse du contrat d'entreprise ou du contrat de travail, que l'idée d'indépendance est faite de nuances. Il en va ainsi tant lorsqu'elle concerne l'action que l'activité. Dans le cadre d'un contrat d'entreprise,

3. Sur lesquelles v. G. Duchange et J.-F. Cesaro, *op. cit.*, n° 42 et s.
4. On pourrait opposer à cela que l'employeur peut contraindre le salarié à suivre un certain mode opératoire. Mais il peut en aller de même dans un contrat d'entreprise, au travers de clauses particulières.

l'action peut avoir une portée plus ou moins large : réparer une roue de voiture, ce n'est pas la même chose que construire un immeuble. Et l'on se doute bien que plus la portée de l'action sera grande, plus une certaine interaction sera nécessaire entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage, ce qui réduit *de facto* l'indépendance de celui-là (et pourrait même, à certains égards, faire songer à une forme d'obéissance à des ordres). Il en va de même, dans une autre veine, à propos du contrat de travail. Tous les travailleurs sont subordonnés, mais pas avec la même intensité, ce dont témoigne la possibilité, pour ceux disposant d'une certaine autonomie dans le cadre de leur activité, de signer une convention de forfait en jours (le salarié n'étant alors pas payé selon un décompte horaire précis).

Vues horizontales. C'est dans l'œuvre du philosophe Proudhon que l'on trouve l'illustration la plus caractéristique de ce que la dépendance à l'égard d'un groupe peut signifier. Cent soldats, nous interroge-t-il, qui tentent en un jour de dresser l'obélisque sur la place de la Concorde, est-ce la même chose qu'un soldat qui tenterait d'y procéder cent jours de suite ?[5] À l'évidence non, autre manière de dire que la force collective de travail vaut plus que l'addition de forces individuelles. Autre manière de dire, également, que le salarié est structurellement – et pourrait-on dire, presque physiquement – dépendant du travail fourni, en même temps que le sien, par les autres membres de la communauté de travail. Au demeurant, cette relation de dépendance entre salariés vaut également pour les rapports entretenus par le Travail et par le Capital. Reprenons l'exemple de Proudhon : nos cent soldats auront sans doute besoin d'une poulie (payée par les apporteurs de capitaux) pour dresser l'obélisque ; ils n'y arriveront pas seuls, mais la poulie n'y parviendrait pas non plus ! De la sorte, il apparaît que dans l'entreprise la création de valeur n'est le fruit ni du capital ni du travail, mais de l'alliance des deux ; la personne morale sociétaire et les salariés qui lui sont reliés n'agissent pas en qualité de contractants indépendants mais de contractants unis. De ce point de vue, le contrat de travail paraît correspondre, comme le contrat de société, à la qualification non de contrat-échange mais de contrat-organisation[6]. Cette réalité objective de l'entreprise est de nature à changer la perception que l'on peut avoir de la dépendance. Sous l'angle de la relation hiérarchique, elle est souvent envisagée avec une certaine méfiance, de sorte que le droit cherche à en cantonner la portée. Sous l'angle collectif en revanche, sa prise en compte élargie par le droit, dans toutes ses dimensions, est favorable aux salariés.

Il y a, d'abord, une question de justice. Imaginons deux hommes, de même âge (bref, sans qu'une question de discrimination soit ici en cause) qui accomplissent un travail identique dans l'entreprise. Peut-on payer l'un plus que l'autre ? Au nom de la liberté contractuelle, la réponse devrait être positive. Mais encore faudrait-il pour cela admettre que les deux contrats de travail en cause soient indépendants l'un de l'autre. Tel est le cas en apparence dans la vision habituelle que l'on peut en avoir, héritage peut-être de l'individualisme exacerbé de la Révolution française ; mais cela jure en tout état de cause avec la réalité factuelle de l'entreprise (gardons en tête l'exemple de Proudhon). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence sociale a rompu avec cette vision en reconnaissant l'existence d'un principe général d'égalité de traitement, manière indirecte de reconnaître la dépendance réciproque des salariés dans l'œuvre collective qu'ils accomplissent au sein de l'entreprise. Au-delà, les différents mécanismes légaux contribuant à une forme collective de rémunération, qui plus est en lien avec celle du Capital (intéressement, participation…) participent également à l'évidence de cette reconnaissance. Ensuite, et cela rejoint en partie le point précédent, la prise en compte par le droit de l'interdépendance des membres de l'entreprise permet de rééquilibrer les rapports de force au sein de cette dernière. Inutile à ce propos de revenir dans les détails de ce qui forme le substrat des relations collectives de travail : comité social et économique, négociation collective, salariés administrateurs… Remarquons simplement le changement paradoxal de regard que cela implique sur l'indépendance : en reconnaissant la dépendance du sala-

5. P.-J. Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?,* Le Livre de Poche, 2009, p. 247.
6. Sur cette distinction, v. spéc. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *in L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et éd. Juris-Classeur, 1999, p. 635 et s.

rié à l'égard du groupe, et en l'organisant en conséquence, cela contribue à renforcer sa position à l'égard de l'employeur, donc d'une certaine manière à le rendre moins dépendant !

On perçoit donc ici que la dépendance à l'égard de l'employeur et la dépendance à l'égard du groupe ont partie liée. Du moins est-ce le cas la plupart du temps. Mais les questions contemporaines posées par les plateformes dites de travail en fournissent une illustration contraire. Certes, il y a alors des cas dans lesquels il est possible de reconnaître l'existence d'un contrat de travail, ce qui renvoie à la situation la plus connue. Mais le plus souvent, cette reconnaissance est délicate, de sorte que le travailleur est considéré comme ayant signé un contrat d'entreprise (ou, en général, une série plus ou moins continue de contrats d'entreprise), encore que coloré de manière plus ou moins forte par une dépendance non pas juridique (les ordres) mais économique. Pour autant, le modèle économique des plateformes de travail ne peut guère fonctionner que si un nombre suffisant de travailleurs sont disponibles en même temps (*via* une connexion sur la plateforme informatique) et à des conditions contractuelles similaires (forme de contrat d'adhésion). N'est-ce pas là le signe d'une forme de dépendance réciproque des travailleurs, fussent-ils non subordonnés au sens où le droit du travail l'entend ? De là vient l'ébauche d'organisation juridique collective prévue par le législateur (droit de grève, représentation et négociation collectives…), sans pour autant passer, du moins toujours, par la reconnaissance d'un contrat de travail.

Dossier
L'indépendance

Regards croisés sur les clauses d'indépendance

Dans le cadre de ce Dossier, la *Revue de droit d'Assas* a souhaité croiser les regards sur un terrain où l'indépendance se manifeste de façon particulièrement concrète en droit des contrats, celui des clauses d'indépendance. Les professeurs Sarah Bros et Nicolas Kilgus en livrent ici, chacun, leur propre lecture, notamment quant à la nature, impérative ou supplétive, de l'article 1186 du Code civil.

Les clauses d'indépendance dans l'interdépendance contractuelle – De l'impérativité de l'article 1186 du Code civil

Sarah Bros
Professeur à l'Université Paris Dauphine – PSL (DRJ)

Si, en principe, un contrat valablement formé accède à une existence juridique autonome, il arrive néanmoins que plusieurs conventions soient étroitement associées au point de devenir dépendantes les unes des autres. L'interdépendance contractuelle constitue, à cet égard, une figure désormais classique du groupe de contrats. Elle se rencontre notamment dans les opérations de crédit-bail, de location financière, de crédit immobilier ou de crédit à la consommation, ainsi que dans toutes les hypothèses où un contrat ne peut raisonnablement exister indépendamment de celui auquel il est rattaché[1].

La situation dans laquelle deux conventions, pourtant aptes à produire chacune leurs effets de manière autonome, se trouvent liées par une dépendance réciproque n'a cependant été identifiée que relativement tardivement. Le droit positif connaît depuis longtemps la dépendance unilatérale d'un contrat à l'égard d'un autre, caractéristique de nombreuses sûretés conventionnelles. C'est toutefois la doctrine qui a progressivement dégagé la notion de groupe de contrats en distinguant les ensembles à dépendance unilatérale de ceux marqués par une dépendance réciproque entre les différentes conventions[2].

1. V. par exemple, l'interdépendance entre un contrat d'assurance-vie et des prêts remboursables *in fine* ; Civ. 1re, 13 mars 2024, n° 22-21.451 ; *RTD civ.* 2024, p. 384, obs. H. Barbier.
2. V. notamment, parmi une bibliographie abondante, B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 139, 1975, préf. J.-M. Mousseron ; J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999, préf. R. Cabrillac ; S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, th. dactyl. Paris 2, 2001, Ch. Larroumet (dir.) ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, 2007.

L'interdépendance contractuelle s'est principalement développée dans le domaine des opérations de financement, sans toutefois s'y limiter. Elle a peu à peu été consacrée par la jurisprudence. Cette reconnaissance ne s'est cependant pas imposée sans difficulté, tant elle se heurte à la conception traditionnelle du contrat exprimée notamment par les articles 1103 et suivants du Code civil, lesquels appréhendent chaque convention comme un ensemble autonome et autosuffisant.

La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré cette construction en introduisant l'article 1186 dans le Code civil. Le texte demeure pourtant empreint d'une certaine ambiguïté, résultant de la volonté de concilier les solutions jurisprudentielles antérieures avec les analyses doctrinales qui s'étaient progressivement imposées.

L'une des caractéristiques essentielles des contrats interdépendants réside dans leur vocation à coexister. Dès lors que l'un d'entre eux disparaît, qu'il soit annulé, résolu, résilié ou frappé de caducité, les autres sont appelés à subir le même sort. L'opération économique poursuivie par les parties suppose en effet l'exécution complète de l'ensemble contractuel. Chaque convention constitue ainsi un élément indispensable de celles auxquelles elle est associée. Lorsque l'un des maillons de l'opération vient à manquer, le maintien des autres perd sa justification et l'opération échoue dans son ensemble.

Avant la réforme de 2016, la jurisprudence avait longuement hésité sur la sanction devant affecter les contrats survivants à la disparition de l'un d'eux. Le législateur a finalement retenu la caducité. Désormais, lorsqu'un contrat appartenant à un ensemble interdépendant est anéanti par la nullité, la résolution, la résiliation ou la caducité, les autres conventions du groupe deviennent elles-mêmes caduques.

Cette solution, déjà admise en jurisprudence, n'épuisait toutefois pas toutes les difficultés. Restait à déterminer le sort des stipulations destinées à neutraliser l'interdépendance contractuelle. Issues de la pratique et parfois désignées sous les expressions de clauses d'indépendance, de divisibilité ou encore de clauses d'autonomie, elles visent à empêcher que la disparition d'un contrat entraîne automatiquement celle des autres.

Insérées dans la convention susceptible d'être affectée par la disparition d'un autre contrat du groupe, ces clauses prévoient qu'en cas d'échec de l'opération[3], le contrat concerné conservera son autonomie ou deviendra divisible du reste de l'ensemble contractuel. Leur finalité est de limiter les conséquences économiques de l'interdépendance en préservant la situation du participant qui n'est pas à l'origine de l'échec de l'opération et qui risquerait autrement de perdre le bénéfice attendu de son contrat. Elles ont ainsi pour objet d'établir un nouvel équilibre juridique et financier malgré l'anéantissement d'une convention nécessaire à l'opération initialement envisagée.

L'article 1186 du Code civil demeure pourtant silencieux sur le sort de ces clauses. Ce silence peut être interprété comme la volonté de ne pas figer leur régime et de laisser leur efficacité dépendre des circonstances propres à chaque espèce. Se pose alors une question essentielle : quelles circonstances justifient le maintien ou, au contraire, la disparition de ces stipulations ?

Dans un arrêt remarqué du 15 février 2000 rendu à propos d'une opération de crédit-bail[4], la Cour de cassation a considéré qu'une clause d'autonomie se heurtait à l'économie générale de l'opération et devait, pour cette raison, être privée d'effet[5]. Cette orientation a été confirmée après la réforme de 2016 sous des formulations diverses, principalement à l'occasion de contentieux relatifs aux opérations de location financière et de crédit-bail.

3. L'échec de l'opération provient essentiellement de l'inexécution d'un contrat menant à sa résolution ou résiliation puis, par application de l'article 1186, à la caducité du contrat lié. L'échec de l'opération pourrait aussi bien provenir du défaut des conditions de la formation d'un contrat entraînant sa nullité et la caducité consécutive du contrat lié ; Com., 7 mai 2025, n° 24-14.277.
4. Com., 15 févr. 2000, n° 97-19.793 ; *D.* 2000, somm. 231, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP* 2000. I, 272, obs. A. Constantin.
5. V. cependant, en sens inverse, une décision admettant l'efficacité d'une clause de divisibilité dans une location financière, Civ. 1re, 28 oct. 2010, n° 09-68.014, *D.* 2011, p. 566, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2011, 303, note C. Aubert de Vincelles. La solution n'est plus admise en droit positif depuis les arrêts de Ch. mixte du 17 mai 2013, nos 11-22.768 et 11-22.927 ; *D.* 2013, p. 1658, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2013, p. 674, note J.-B. Seube ; *RDC* 2013, p. 1331, obs. Y.-M. Laithier ; *RTD civ.* 2013, p. 597, obs. H. Barbier.

Contestée par une partie de la doctrine au nom du principe de liberté contractuelle[6], cette jurisprudence soulève plusieurs interrogations. Son domaine d'application se limite-t-il aux opérations de financement ? Quelles clauses sont réellement concernées ? Quel est le sort de ces stipulations lorsqu'elles sont jugées inefficaces ?

Ces différentes questions conduisent d'abord à identifier les clauses d'indépendance avant d'en déterminer le régime.

I. La diversité des clauses d'indépendance

Certaines stipulations insérées dans des contrats interdépendants ont pour fonction d'organiser les conséquences de l'échec du contrat et d'en limiter les effets économiques (B). Toutes ne peuvent cependant pas être qualifiées de clauses d'indépendance. Nombre d'entre elles demeurent étrangères à la question de l'interdépendance contractuelle (A).

A. Les clauses étrangères à l'interdépendance contractuelle

Relèvent de cette catégorie les clauses qui sanctionnent l'inexécution d'un contrat sans pour autant être déclenchées par la disparition d'une convention liée. Elles pourraient figurer dans n'importe quel contrat, indépendamment de l'existence d'un rapport d'interdépendance avec d'autres conventions. Leur qualification comme leur régime sont donc étrangers à toute considération d'interdépendance, à l'image des clauses pénales, des clauses résolutoires ou encore des clauses de résiliation unilatérale.

Ces stipulations sont susceptibles de survivre à la disparition du contrat qui les contient lorsque celle-ci résulte de son inexécution, conformément à l'article 1230 du Code civil. Elles conservent alors leur efficacité malgré l'existence d'un ensemble contractuel interdépendant. À l'inverse, lorsque le contrat est anéanti pour une cause affectant sa formation et qu'il est frappé de nullité, aucune de ses clauses ne peut subsister.

L'interdépendance contractuelle n'exerce aucune influence particulière sur les clauses relatives à l'inexécution du contrat qui les contient. Son objet est uniquement de relier le sort des conventions composant l'opération ; elle ne modifie pas leur contenu dès lors que les stipulations concernées auraient existé et produit leurs effets en l'absence de tout lien entre les contrats.

Il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de certaines de ces clauses peut conduire indirectement à l'échec de l'opération d'ensemble. Ainsi, lorsqu'une clause de résiliation unilatérale est exercée à l'occasion de l'inexécution de l'un des contrats du groupe, la résiliation qui en résulte provoque, par application de l'article 1186 du Code civil, la caducité du contrat qui lui est lié[7]. La disparition de l'opération résulte alors de l'exercice d'une prérogative contractuelle[8] parfaitement valable et non d'une remise en cause de l'interdépendance elle-même. La clause demeure efficace précisément parce qu'elle aurait pu être stipulée dans le contrat même en l'absence de tout lien avec une autre convention[9]. En outre, elle ne tend nullement à délier les contrats les uns des autres.

Le même raisonnement s'applique aux clauses pénales ainsi qu'aux stipulations relatives à la responsabilité du débiteur défaillant. Lorsqu'un contrat est résolu ou résilié, quelle qu'en soit la cause, ces mécanismes continuent à produire leurs effets alors même que l'anéantissement de la convention peut entraîner par ricochet la caducité d'un autre contrat du groupe. Leur mise en œuvre ne modifie pas le régime de l'interdépendance : elle vise uniquement à compenser les conséquences économiques de l'inexécution, comme dans n'importe quel rapport contractuel.

La situation est tout autre lorsqu'une clause a précisément pour objet de neutraliser les effets de l'interdépendance et de soustraire une convention à la caducité qui devrait normalement l'affecter. Dans cette hypothèse, la stipulation ne se contente plus d'organiser les consé-

6. O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2e éd., LexisNexis, art 1186, 406 ; V. égal. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3e éd., Lefebvre Dalloz, art. 1186 et 1187, spéc. no 499 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 13e éd., LGDJ Lextenso, no 509.
7. Com., 5 févr. 2025, nos 23-14.318 et 23-23.358, *RTD civ.* 2025, p. 327, obs. H. Barbier ; *RDC* 2025/2, p. 21, obs. L. Molina.
8. La solution s'applique pareillement à une résiliation conventionnelle, Com., 12 juill. 2017, no 15-23.552, *AJ contrat* 2017, p. 429, obs. S. Bros ; *RTD civ.* 2017, p. 846, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2017, p. 671, obs. D. Legeais ; *RDC* 2017, p. 590, note Th. Genicon ; *ibid.*, p. 627, note J.-B. Seube.
9. L'exercice injustifié de la prérogative et l'échec subséquent de l'interdépendance contractuelle sont susceptibles d'entraîner la responsabilité extracontractuelle de son auteur, Com., 12 juill. 2017, no 15-23.552, préc.

quences de l'inexécution ; elle vise directement à remettre en cause le lien unissant les contrats composant l'opération. C'est alors qu'apparaissent les véritables clauses d'indépendance.

B. Les clauses visant à instaurer l'indépendance des contrats liés

La pratique contractuelle a développé, dans les locations financières et les contrats de crédit-bail, plusieurs mécanismes destinés à neutraliser les effets de l'interdépendance. Leur objectif commun consiste à empêcher que l'anéantissement d'un contrat entraîne automatiquement la disparition des autres conventions participant à la même opération économique. Ces stipulations cherchent ainsi à préserver, totalement ou partiellement, les intérêts du contractant qui n'est pas à l'origine de l'échec de l'opération, généralement l'établissement financier. Trois catégories principales peuvent être distinguées.

La première regroupe les clauses prévoyant que la disparition d'un contrat n'entraînera pas la caducité du contrat auquel il est lié, mais sa résiliation[10]. La distinction n'est pas sans intérêt. Certes, la résiliation conduit, comme la caducité, à la disparition du contrat. Toutefois, elle permet en principe le maintien des stipulations destinées à produire effet après l'extinction du rapport contractuel, notamment certaines clauses indemnitaires. Le recours à cette technique vise donc essentiellement à préserver les conséquences économiques de la rupture alors que la caducité emporte normalement disparition de l'ensemble des stipulations contractuelles. La Cour de cassation a toutefois refusé de reconnaître l'efficacité de ce type de clause[11].

La deuxième catégorie se caractérise par une volonté beaucoup plus radicale de faire échec à l'interdépendance. Ici, la stipulation prévoit expressément que le contrat concerné demeurera pleinement efficace malgré la disparition de l'autre convention[12]. L'anéantissement de l'un des contrats est ainsi déclaré sans incidence sur la poursuite de l'exécution du contrat corrélatif. Une telle clause tend directement à rompre le lien établi entre les différentes conventions participant à l'opération. Là encore, la Cour de cassation a considéré qu'une telle solution était incompatible avec le mécanisme même de l'interdépendance contractuelle[13].

Une troisième catégorie de clauses, plus subtile, se rencontre dans les opérations de location financière. Le contrat de location prévoit que le locataire assumera lui-même la maintenance du bien loué pendant toute la durée de la convention et qu'il lui appartiendra de remplacer le prestataire en cas de défaillance de celui-ci. Cette technique ne traite pas directement des conséquences de la disparition d'un contrat et ne semble pas, à première vue, contredire frontalement les dispositions de l'article 1186 du Code civil[14].

Son effet pratique est toutefois comparable à celui des clauses précédentes. En confiant au seul locataire la charge d'organiser la maintenance du bien, y compris en cas de défaillance du prestataire initial, la stipulation tend à dissocier le sort du contrat de location de celui du contrat de maintenance. Autrement dit, elle anéantit l'influence que l'exécution de ce dernier est susceptible d'exercer sur la poursuite de la location. L'opération demeure formellement composée de plusieurs contrats mais leur articulation est profondément modifiée.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 10 janvier 2024 illustre parfaitement cette logique[15]. Dans cette affaire, le contrat de location financière comportait non seulement une clause mettant à la charge du locataire l'organisation de la maintenance du matériel, mais également une stipulation prévoyant que l'anéantissement du contrat de maintenance entraînerait la résiliation du contrat de location assortie du paiement d'une indemnité de résiliation. L'ensemble du dispositif avait ainsi pour objet de détacher le sort de la location de celui du contrat de maintenance tout en assurant au bailleur la préservation de ses intérêts financiers. La Cour de cassation a néanmoins refusé de valider ce mécanisme.

10. Com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703 ; *RDC* 2017, p. 590, obs. Th. Genicon ; *ibid.*, p. 627, obs. J.-B. Seube ; *AJ contrat* 2017, p. 429, obs. S. Bros ; *RTD civ.* 2017, p. 846, obs. H. Barbier.
11. Com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703 ; préc. *Contra,* antérieurement à la réforme, admettant l'efficacité d'une clause pénale après la caducité d'un contrat, Com., 22 mars 2011, n° 09-16.660, mais l'affaire est ambiguë.
12. Com., 15 févr. 2000, préc. ; Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768 et n° 11-22.927, préc.
13. V. les arrêts cités notes précédentes ; *adde* Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, *D.* 2024, p. 342, note G. Chantepie ; *ibid.* 2024, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *RTD civ.* 2024, p. 100, obs. H. Barbier.
14. On trouve également des clauses de mise en cause préalable du fournisseur par le locataire, dont la mise en œuvre devient impossible quand celui-ci a disparu.
15. Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

Ces différentes clauses traduisent en réalité une divergence d'intérêts entre les participants à l'opération. Tous ne poursuivent pas les mêmes objectifs et ne perçoivent pas l'interdépendance de manière identique. Pour le participant que l'on peut qualifier de « pivot », le locataire dans la location financière, le crédit-preneur dans le crédit-bail, la réalisation de l'opération suppose l'exécution complète de l'ensemble contractuel. Son intérêt ne peut être satisfait que si chacun des contrats composant l'opération est exécuté conformément à sa fonction. L'interdépendance apparaît alors comme la condition même du succès de l'opération.

La situation est différente pour les autres intervenants et, tout particulièrement, pour l'établissement financier. Son objectif principal réside généralement dans la mise en place de l'opération. Une fois les contrats conclus, son intérêt se concentre avant tout sur le paiement des échéances ; il se désintéresse du sort du bien dont il est pourtant propriétaire. Contrairement au participant pivot, il se préoccupe moins du bon déroulement de l'ensemble de l'opération que du respect des obligations découlant de son propre contrat. Cette différence explique l'apparition de clauses destinées à préserver la poursuite de la relation contractuelle malgré l'échec d'un autre élément du montage.

La position de la Cour de cassation apparaît toutefois particulièrement ferme. À tout le moins dans le domaine de la location financière et du crédit-bail, elle refuse de reconnaître l'efficacité des stipulations qui tendent à remettre en cause les effets normaux de l'interdépendance. Qu'elles prévoient la résiliation plutôt que la caducité, le maintien du contrat malgré l'anéantissement de la convention corrélative ou encore un mécanisme destiné à organiser l'autonomie fonctionnelle de certaines prestations, ces clauses sont regardées comme incompatibles avec la logique même de l'interdépendance contractuelle.

L'hostilité manifestée par la jurisprudence à l'égard de ces mécanismes invite alors à s'interroger sur les fondements de leur inefficacité ainsi que sur l'étendue de cette solution. C'est précisément la question du régime des clauses d'indépendance qu'il convient désormais d'examiner.

II. L'efficacité des clauses d'indépendance

Si la pratique contractuelle multiplie les stipulations destinées à préserver l'autonomie des contrats composant une location financière, la jurisprudence refuse de leur reconnaître une pleine efficacité lorsque l'interdépendance est caractérisée. Il convient dès lors d'identifier les raisons qui s'opposent à l'aménagement conventionnel des effets prévus par l'article 1186 du Code civil (A) avant d'examiner la sanction applicable aux clauses incompatibles avec cette logique d'ensemble (B).

A. Le fondement et le domaine de l'inefficacité des clauses d'indépendance

L'efficacité des clauses de divisibilité doit être examinée préalablement à la mise en œuvre de l'article 1186 du Code civil. Si elles produisent leurs effets, elles font obstacle à la propagation automatique de la caducité au sein de l'ensemble contractuel ; dans le cas contraire, le mécanisme légal trouve pleinement à s'appliquer.

La question revient ainsi à déterminer si les dispositions de l'article 1186 présentent un caractère supplétif ou impératif. Deux solutions peuvent alors être envisagées. Si le texte est supplétif, les parties demeurent libres d'écarter conventionnellement la caducité et les clauses d'autonomie doivent être admises. À l'inverse, si la disposition revêt un caractère impératif, toute stipulation destinée à neutraliser ses effets doit être regardée comme inefficace et le contrat concerné devient caduc malgré la volonté exprimée par les parties. Pour résoudre cette difficulté, il convient de distinguer entre les conditions de l'interdépendance et ses effets. S'agissant de ces effets, la solution ne paraît guère faire de doute.

Plusieurs éléments militent en faveur du caractère impératif du jeu de la caducité. D'une part, l'article 1186 est inséré dans une sous-section consacrée aux sanctions affectant la validité ou l'efficacité du contrat, domaine traditionnellement soustrait à la libre disposition des contractants. D'autre part, le législateur n'a prévu aucune faculté d'aménagement conventionnel comparable à celle figurant, par exemple, à l'article 1195 du Code civil en matière d'imprévision. Enfin, la caducité emporte la disparition de l'ensemble des stipulations du contrat, ce qui traduit l'existence d'un mécanisme légal structurant dont les parties ne sauraient librement neutraliser les effets.

Dans cette logique, les clauses prévoyant le maintien d'un contrat malgré la disparition de celui auquel il est lié ne sauraient être admises. Elles contredisent directement la règle selon

laquelle la disparition d'un élément essentiel de l'opération entraîne celle des conventions qui en dépendent. Il en va de même des stipulations substituant à la caducité une résolution ou une résiliation du contrat concerné. Derrière la diversité de leur rédaction, ces clauses poursuivent un objectif identique : neutraliser les conséquences attachées par la loi à l'interdépendance contractuelle.

La solution ne paraît d'ailleurs pas devoir être limitée au seul domaine de la location financière ou du crédit-bail. Rien, dans l'article 1186, ne justifie que les opérations financières bénéficient d'un régime particulier. Si les effets de l'interdépendance relèvent d'une règle impérative, celle-ci doit recevoir application dans tous les groupes de contrats répondant aux conditions définies par le texte.

À vrai dire, la seule manière de préserver un contrat après la disparition d'un autre ne consiste pas à aménager les effets de l'interdépendance (ce qui est impossible) mais à démontrer que celle-ci n'existait pas. Autrement dit, le maintien du contrat ne résulte pas d'une dérogation à la caducité ; il procède de l'absence même des conditions nécessaires à son application.

Ces conditions sont définies par le second alinéa de l'article 1186 du Code civil. La première tient à l'existence d'une opération économique dont la réalisation suppose l'exécution de plusieurs contrats. Cette exigence se rencontre fréquemment. Elle ne suffit cependant pas à caractériser l'interdépendance. De nombreux contrats participent à une même opération sans que leur sort soit juridiquement lié et, après tout, le principe demeure celui de l'autonomie des conventions régulièrement formées, et une stipulation l'affirmant ne ferait qu'énoncer le droit commun.

La seconde condition vise l'impossibilité d'exécuter un contrat sans l'autre. Une clause pourrait indiquer que chaque contrat s'exécute sans considération de l'autre. Cette stipulation serait sans effet dans les opérations financières où l'exécution des contrats est, en partie, objectivement imbriquée : la vente fournit l'objet du contrat de location qui fournit lui-même la chose objet du contrat de maintenance. La volonté ne pourrait pas aller contre les faits.

La condition alternative tient à ce qu'un contrat ait constitué un élément déterminant du consentement d'une partie. Une clause affirmant le contraire devrait naturellement être prise en considération dans la mesure où elle exprimerait la volonté des parties. Elle n'est jamais stipulée dans les locations financières, où elle serait de toute façon privée d'efficacité parce que, dans celles-ci, la corrélation des contrats est consubstantielle : le locataire n'aurait pas accepté les contrats s'ils pouvaient être déliés. L'interdépendance cesse alors d'apparaître comme une simple question probatoire pour devenir un élément inhérent à la structure même de l'opération[16].

La troisième condition, qui est exigée dans tous les cas, concerne la connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble qu'avait le contractant contre lequel la caducité est invoquée lorsqu'il a donné son consentement. Une clause stipulant qu'une partie ne connaît pas l'opération poursuivie par son cocontractant, ou qu'elle refuse de s'y associer, pourrait également produire effet, à condition à nouveau qu'elle ne soit pas stipulée dans un contrat de location financière ou de crédit-bail. Pour ceux-ci, la structure même de l'opération implique la connaissance, par le bailleur, de l'opération d'ensemble[17].

Une autre manière d'articuler la formation des contrats sans rendre leur exécution interdépendante consiste à stipuler une condition suspensive. Celle-ci permet en effet, en dehors du droit de la consommation où la condition n'est qu'une modalité de mise en place de l'interdépendance contractuelle, de lier la formation de contrats sans contraindre à une exécution corrélée.

Reste alors à déterminer la nature de la sanction encourue lorsqu'est stipulée une clause d'indépendance dans une location financière ou à l'occasion d'une pluralité de contrats bénéficiant à un unique participant.

B. La sanction des clauses d'indépendance inefficaces

La détermination de la sanction applicable aux clauses d'indépendance soulève une difficulté

16. La présomption irréfragable qu'a posée la Cour de cassation présente l'immense avantage de couper court à de vaines discussions portant sur le consentement des participants à l'opération globale et la connaissance de chacun du caractère essentiel de l'ensemble pour le contractant pivot.
17. Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

spécifique. Sa résolution varie selon que la stipulation figure dans une opération de location financière ou de crédit-bail, ou qu'elle se rencontre dans un autre ensemble de contrats.

Dans les opérations de location financière et de crédit-bail, la clause destinée à neutraliser les effets de l'interdépendance se trouve généralement insérée dans le contrat qui devient caduc par contrecoup. Dès lors que cette convention disparaît en application de l'article 1186 du Code civil, toutes les stipulations qu'elle contient sont appelées à disparaître avec elle. La caducité affecte en effet le contrat dans son ensemble et emporte l'anéantissement de la relation contractuelle qui constituait le support des droits et obligations des parties.

Si la caducité est parfois rapprochée de la résolution en raison des restitutions qu'elle peut entraîner, cette parenté demeure limitée. L'article 1187 du Code civil renvoie aux dispositions gouvernant les restitutions, à l'instar de l'article 1229 relatif à la résolution. Toutefois, ce renvoi concerne uniquement les conséquences patrimoniales de l'anéantissement du contrat et non le maintien de certaines clauses après sa disparition.

À cet égard, une différence significative apparaît entre la résolution et la caducité. L'article 1230 du Code civil prévoit expressément le maintien de certaines stipulations malgré la résolution du contrat. Aucune disposition comparable n'existe en matière de caducité. Rien ne permet donc d'affirmer que les clauses destinées à régir les suites de la disparition du contrat continueraient de produire effet lorsque celui-ci est devenu caduc.

Cette solution se justifie par la nature même de la caducité. Celle-ci sanctionne la disparition d'un élément essentiel à la survie du contrat. Lorsque cet élément vient à manquer, le maintien du contrat n'est plus concevable. La caducité, à l'instar de la nullité, repose ainsi sur une logique d'anéantissement qui laisse peu de place aux aménagements conventionnels. Dans cette perspective, les clauses destinées à écarter ou à modifier ses effets apparaissent difficilement conciliables avec la nature de la sanction elle-même.

C'est la raison pour laquelle il n'est peut-être pas nécessaire de qualifier ces clauses de « réputées non écrites », comme le fait parfois la jurisprudence. Leur disparition résulte déjà de celle du contrat qui les contient. Dès lors que la convention est atteinte de caducité, toutes les stipulations qui en dépendent cessent de produire effet. La disparition de la clause procède donc naturellement de l'anéantissement du contrat, sans qu'il soit besoin de recourir à une sanction autonome.

Cette observation revêt d'autant plus d'importance que le réputé non écrit constitue, en vertu de l'article 1184 du Code civil, une sanction légale. Son application suppose normalement l'existence d'un texte la prévoyant. Or l'article 1186 ne prescrit nullement que les clauses de divisibilité ou d'autonomie doivent être réputées non écrites lorsqu'elles sont contraires à l'interdépendance. Admettre une telle solution reviendrait à reconnaître l'existence d'un réputé non écrit implicite ou virtuellement contenu dans le texte, à l'image de certaines analyses développées en matière de nullité. Une telle construction paraît discutable et présente le risque d'étendre excessivement cette sanction à d'autres hypothèses.

La caducité du contrat offre donc, à elle seule, une explication satisfaisante à la disparition des clauses incompatibles avec l'interdépendance. Celles-ci cessent simplement d'exister parce que la convention qui les renfermait a elle-même disparu.

La question se présente toutefois différemment lorsqu'il ne s'agit pas d'une opération de location financière ou de crédit-bail. Dans les autres situations de pluralités de contrats bénéficiant à une personne unique, une clause destinée à dissocier le sort des contrats pourrait produire effet si elle permet précisément d'établir que les conditions de l'interdépendance ne sont pas réunies.

Pour autant, l'insertion d'une telle clause ne lui conférerait aucune validité de principe. Son utilité même peut être questionnée dans la mesure où elle se borne à réaffirmer une solution issue du droit commun, lequel postule l'autonomie des contrats. Il conviendrait, en premier lieu, de vérifier qu'elle a été consentie librement et en l'absence de tout vice affectant le consentement. En second lieu, elle devrait être soumise au contrôle résultant des articles 1170 et 1171 du Code civil[18]. Sa validité supposerait alors qu'elle ne vide pas de

18. F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016, n° 23.493 ; M. Mekki, « Réforme du droit des contrats : la caducité », *JCP N* 2017, p. 126 ; dans le même sens, D. Houtcieff, « Les causes de la caducité : caducité et contrats interdépendants », *RDC* juin 2023, p. 116.

sa substance l'obligation essentielle du contrat et, dans le cadre d'un contrat d'adhésion, qu'elle ne soit pas source d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Les clauses d'indépendance : prohibition et contournements – Plaidoyer pour le caractère supplétif de l'article 1186 du Code civil

Nicolas Kilgus
Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'Université de Strasbourg et directeur du Master Ingénierie juridique et fiscale du patrimoine, Avocat au barreau de Strasbourg

« Ce fut comme une apparition »[1] ! Et pourtant, dans l'œuvre de Flaubert, l'un des protagonistes n'aura de cesse de vouloir mettre une distance certaine à l'égard de l'autre. « M^me^ Arnoux se mit à trembler de tous ses membres. […] Puis il fit un pas. Mais elle se reculait, en joignant les deux mains. "Laissez-moi ! au nom du ciel ! de grâce !". Et Frédéric l'aimait tellement, qu'il sortit. Bientôt, il fut pris de colère contre lui-même, se déclara un imbécile, et, vingt-quatre heures après, il revint. M^me^ n'y était pas. Il resta sur le palier, étourdi de fureur et d'indignation. Arnoux parut, et lui apprit que sa femme, le matin même, était partie s'installer dans une petite maison de campagne qu'ils louaient à Auteuil »[2]. Il est certain qu'un enjeu central du roman résidera dans le succès, ou l'échec, de cette « volonté de distance » : celle-ci sera-t-elle plus forte que la réalité – objective – de l'attrait ressenti ? La thématique des clauses d'indépendance renvoie en réalité, certes de manière moins sentimentale, à la même problématique. Des contrats, que tout unit, peuvent-ils être déclarés, par la seule force de la volonté, indépendants ?

L'enjeu d'une telle indépendance apparaît aisément. Pour certaines opérations, il est intéressant de multiplier les contrats … et les partenaires. Cela offre des avantages divers. En droit des affaires, l'on songe notamment au crédit-bail ou à la location financière[3]. Le point commun réside alors au niveau du « levier » qu'offre l'opération en termes de financement : une société de financement acquiert le matériel voulu et choisi par un locataire. Celui-ci va le louer, profitant dès lors de ces équipements sans devoir les payer au comptant. La difficulté surgit, cependant, lorsqu'un troisième acteur – le vendeur – conserve un rôle actif durant l'opération. Dans bien des hypothèses, il ne se contentera pas de céder le matériel à la société de financement. Il assurera également une prestation annexe, en l'occurrence la maintenance de l'équipement visé[4]. Si l'opération se décompose en deux contrats juridiquement distincts, conclus avec des partenaires différents, ils demeurent économiquement soudés. Le contrat de prestation n'a de sens que par la location qui le finance, et la location n'a d'objet que par la prestation qu'elle permet. En ce sens, la doctrine appelait de ses vœux l'adapta-

1. G. Flaubert, *L'Éducation sentimentale. Histoire d'un jeune homme*, Librairie Charpentier, 1891, p. 7.
2. *Ibid*., p. 329.
3. Pour rappel, la distinction entre les deux mécanismes réside dans la présence, pour le crédit-bail, d'une option d'achat au profit du locataire, laquelle s'entend comme une sûreté des plus efficaces puisque le transfert de propriété ne sera envisageable qu'une fois toutes les échéances payées. Dans le domaine de la location financière, cette option est exclue car, le plus souvent, le contrat envisage un matériel devenant rapidement obsolète, c'est-à-dire que son achat n'aura guère d'intérêt.
4. Par exemple, l'entretien d'un parc de photocopieurs, la programmation de panneaux publicitaires à LED, etc.

tion de la théorie générale du contrat à « l'existence d'opérations qui requièrent la conclusion de deux ou plusieurs contrats passés par la même personne avec des partenaires différents ; opérations qui transcendent les contrats qu'elles rassemblent nécessairement »[5].

La problématique apparaît alors sans difficulté. Dans l'hypothèse d'une défaillance du fournisseur / prestataire, le matériel peut rapidement devenir inutile. Imaginons en ce sens un affichage publicitaire à LED que nul, sinon une société désormais en faillite, n'est capable de programmer. Ce risque doit alors être supporté, au choix, par l'un des deux autres acteurs. Soit le contrat de location se poursuit et le locataire s'acquitte, tous les mois, d'un loyer s'agissant d'un matériel qui ne lui sert plus à rien. Soit le contrat de location prend fin et la société de financement se voit restituer un matériel (désormais inutilisable) qu'elle n'avait acquis que pour le louer. C'est cette répartition du risque que les clauses d'indépendance, encore parfois qualifiées de clauses de divisibilité, entendent appréhender[6]. Celles-ci vont stipuler que chacun des contrats conclus s'exécutera indépendamment du sort des autres : la résiliation ou l'inexécution de l'un demeurera sans incidence sur la force obligatoire des autres. Ainsi, le locataire ne pourra prendre prétexte de la défaillance du prestataire pour mettre un terme au contrat de location. Il assume, seul, le risque précité.

Quelques précisions, s'agissant de la technique contractuelle, doivent être apportées, car cette indépendance peut prendre diverses formes. Sous une dénomination unique, la pratique décline de la sorte diverses stipulations. La clause d'indépendance « simple » se borne à déclarer que les contrats de l'opération sont juridiquement autonomes et que le sort de l'un n'affecte pas les autres. La clause de reconstitution y ajoute une obligation de faire. En cas de disparition du contrat de service, le locataire s'engage à conclure un nouveau contrat d'entretien avec un tiers, de manière à maintenir l'économie de l'opération au profit du bailleur. Partant, un certain équilibre pourrait être recherché dès lors qu'il serait, par exemple, envisagé que le contrat de location devienne caduc précisément lorsque le locataire échoue (indépendamment de sa volonté) à conclure un tel contrat d'entretien. En d'autres termes, si ledit locataire dispose de la possibilité de remplacer le prestataire défaillant, éventuellement à des conditions tarifaires moins avantageuses, il supporte le risque de cette défaillance. En revanche, si ce remplacement s'avère impossible, c'est l'établissement de crédit qui assume le risque et le locataire n'est plus tenu de payer un loyer pour un matériel désormais rendu totalement inutile. Enfin, les clauses indemnitaires organisent les suites financières d'une rupture anticipée : loyers à échoir, indemnité de résiliation, clauses de garantie et de renonciation à recours stipulées pour l'hypothèse où la vente ou la prestation viendrait à être anéantie. Ces trois approches poursuivent toutefois une même fin, à savoir faire supporter – à tout le moins partiellement – au client, et non à l'organisme financier, le risque de « dislocation » de l'opération, et ce par des techniques différentes. Soit l'on ignore le lien entre les contrats, soit on veut imposer sa reconstitution, soit enfin ce sont les conséquences financières de la rupture qui sont envisagées.

Cette finalité commune, qui vise à imposer au locataire la prise en charge d'un risque, conduit à une hostilité des juges, et depuis 2016 du législateur, à l'égard des clauses d'indépendance. En matière de location financière, des arrêts remarqués rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation ont de la sorte retenu que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants »[7]. Et la Cour précise que cette interdépendance trouve à s'appliquer, peu important l'existence de stipulations contraires, fussent-elles claires et précises.

Ce faisant, la jurisprudence a tranché une controverse, doctrinale et jurisprudentielle,

5. M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses universitaires de Toulouse, 1978, p. 235, spéc. n° 28.
6. Cf. not., A. Ghozi, « La location financière : des liaisons dangereuses ? », *D.* 2012, p. 2254, spéc. n° 3.
7. Ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.927 et n° 11-22.768, publiés au *Bulletin : D.* 2013, p. 1273, obs. X. Delpech ; *ibid*., p. 1658, note D. Mazeaud ; *ibid*., p. 2487, obs. C. Le Stanc ; *ibid*., 2014, p. 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2013, p. 597, note H. Barbier ; *RTD com.* 2013, p. 569, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2013, 673, note F. Buy ; *ibid*., 674, obs. J.-B. Seube ; *RDC* 2013, p. 1331, note Y.-M. Laithier ; *CCC* 2013, chron. 176, obs. L. Leveneur.

quant à l'approche – subjective ou objective – qu'il convient de retenir en la matière[8]. S'il fallait résumer, l'approche subjective se focalise sur l'autonomie de la volonté. Ce sont les parties seules qui créent, ou non, l'interdépendance des conventions. La première chambre civile de la Cour de cassation avait pu se prononcer en ce sens dans un arrêt du 28 octobre 2010[9]. Dans ce schéma, évidemment, les clauses de divisibilité, voulues par les cocontractants, peuvent produire tous leurs effets. À l'inverse, l'approche objective, retenue par les arrêts précités de la chambre mixte, se focalise sur la nature même des choses[10]. Peu important les stipulations en présence, les clauses en contradiction avec l'économie réelle du groupe de contrats doivent être ignorées. La solution se justifierait au nom du respect de la cohérence contractuelle[11]. Certains auteurs y voient encore une forme d'ordre public de protection à l'égard du locataire[12]. Celui-ci se trouverait dans une situation de faiblesse à l'égard du fournisseur et de la société de financement, lesquels sont de surcroît des acteurs incontournables pour qui souhaite acquérir un matériel qu'il ne peut payer au comptant.

Par-delà le fondement prétorien de la neutralisation des clauses d'indépendance, c'est ensuite le législateur qui est intervenu à ce propos. Cette question de la divisibilité des ensembles contractuels a, en effet, fait l'objet de la réforme du droit des contrats à l'occasion de l'ordonnance du 10 février 2016. Le nouvel article 1186, alinéa 2, du Code civil, qui n'a pas subi de retouche lors de la loi du 20 avril 2018, dispose désormais : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ». Le texte cumule donc les approches objective[13] et subjective[14]. La seconde n'appelle assurément guère de commentaire. Lorsque les cocontractants entendent lier le sort de deux contrats, au point que l'exécution du contrat disparu soit une condition déterminante du consentement donné, les disparitions se font en cascade. Si une clause de divisibilité devait toutefois figurer dans un tel ensemble, c'est en termes d'interprétation du contrat, au regard de sa cohérence[15], qu'il faudrait raisonner. La première approche intéresse davantage, car elle évoque l'exécution rendue impossible. L'objectivité est ici de mise, et nous interroge quant à la possibilité, pour les parties, de venir d'une certaine manière moduler le réel par une stipulation contraire. En d'autres termes, la technique contractuelle permet-elle de rendre indépendants des contrats qui, objectivement, présentent des liens et s'inscrivent dans une opération globale ?

Pour répondre à cette interrogation, il faut peut-être revenir à Flaubert et à ces âmes inséparables que figurent Madame Arnoux et Frédéric. Lorsque la première entend marquer sa « volonté de distance », elle opère de deux manières. Après le refus physique déjà narré[16], un autre épisode met en scène un rendez-vous manqué de la rue Tronchet[17]. Et c'est sans doute encore davantage ce dernier qui apparaît tel un pivot de l'ouvrage.

8. Cf. not., B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975 ; S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, th. dactyl. Paris II, 2001, Ch. Larroumet (dir.) ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007 ; J.-B. Seube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.
9. Civ. 1re, 28 oct. 2010, nº 09-68.014, publié au *Bulletin* : *D.* 2010, p. 2703, obs. X. Delpech ; *ibid*. 2011, p. 566, note D. Mazeaud ; *JCP G* 2011, 303, note C. Aubert de Vincelles.
10. Com., 11 sept. 2019, nº 18-11.401, publié au *Bulletin* : *D.* 2019, p. 2210, obs. S. Barbot ; *JCP E* 2019, 1551, nº 14, obs. A. Tehrani ; *BJE* 11-12/2019, 19, note K. Lafaurie ; *AJ contrat* 2019, p. 539, obs. M. Tirel ; *RTD civ.* 2019, p. 863, obs. H. Barbier.
11. A. Sotiropoulou, « Mise en échec d'une clause de divisibilité dans un ensemble contractuel comportant une location financière : la bonne solution ? », *LPA* 14 nov. 2013, p. 7, citant notamment D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en droit privé*, PUAM, 2001.
12. Cf. les notes sous les arrêts du 17 mai 2013 des professeurs H. Barbier, D. Mazeaud et F. Buy et celle de X. Delpech (préc.).
13. « […] l'exécution est rendue impossible […] ».
14. « […] l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie ».
15. C. civ., art. 1189, al. 1er : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier ».
16. G. Flaubert, *op.* et *loc. cit.*
17. *Ibid*., p. 339.

C'est ici que la distance devient définitive. S'agissant de notre problématique, il nous faudra admettre que refuser la rencontre – la jonction – de contrats objectivement interdépendants semble désormais impossible (I). Néanmoins, éviter cette rencontre demeure envisageable et c'est à ce niveau que des clauses d'indépendance – entendues au sens large – peuvent encore être envisagées (II).

I. Refuser la rencontre : l'impossible

Ne voyant pas arriver Madame Arnoux à l'heure prévue à la rue Tronchet, Frédéric garde cependant espoir. « Sans doute, elle avait un empêchement, et elle en souffrait aussi ». Finalement, il se rend à l'évidence : « Six heures ! Le gaz s'allumait. M^me^ Arnoux n'était pas venue »[18]. La suite de l'histoire confirmera ses craintes : le rendez-vous raté marque une volonté de distance désormais explicite. Pour ce qui nous concerne, en droit, l'histoire est pourtant toute différente : si un rendez-vous raté peut être déploré, il est d'une autre nature et concerne la réforme de 2016 (A). Surtout, la volonté de distance exprimée par les parties échoue à produire ses effets (B).

A. Le rendez-vous raté de la réforme de 2016

Au lendemain de la réforme opérée le 10 février 2016, il est intéressant de remarquer que le nouvel article 1186 du Code civil n'évoque pas la question des clauses contraires à l'interdépendance objective. Cette absence est surprenante et, sans doute, regrettable au regard des débats et controverses que les arrêts du 17 mai 2013 ont suscités. Certes, le rapport remis au Président de la République, accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, mentionnait vouloir « [consacrer] une conception objective de l'interdépendance »[19]. Il convient cependant, à notre sens, de ne pas offrir à cette phrase une portée excessive (au-delà même de la problématique quant à la valeur juridique du rapport). En effet, une conception objective ne signifie pas nécessairement une conception absolue. C'est une chose que d'affirmer que la caducité par ricochet d'un contrat dépend de son intégration dans une opération globale. C'est une autre chose que de faire de ce lien un absolu au point de rendre sans effet toute expression contraire de volonté. Plus largement, nous avions pu plaider, avec d'autres, pour l'admission de telles clauses[20]. C'est ici, comme l'énonce un auteur, un enjeu de « libre répartition des risques entre les parties » qui est en cause[21]. Et ce pour au moins deux raisons.

D'un point de vue juridique, d'abord, la Cour de cassation ignore la volonté exprimée par les parties et refuse de faire produire des effets à une clause pourtant claire et précise. Or, il faut peut-être revenir aux principes généraux de la matière. En droit des contrats, le rapport au Président de la République sur l'ordonnance du 10 février 2016 indique sans détour que « le caractère supplétif [des dispositions de l'ordonnance] s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné ». En d'autres termes, à défaut de précision quant au caractère d'ordre public d'un texte, ce dernier n'est que supplétif de volonté.

En outre, se référer à un ordre public de protection de la partie faible n'aurait ici, de surcroît, selon nous, guère de sens. Il ne faut pas perdre de vue que les stipulations de divisibilité des conventions renvoient en réalité à la question de la répartition des risques de l'opération. Il s'agit moins de savoir si les contrats sont indépendants que de déterminer sur quel acteur, par exemple entre le banquier et le locataire, pèse le risque de

18. *Ibid.*, p. 341.

19. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *JORF*, 11 févr. 2016, texte 25.

20. N. Kilgus, « Le financement par la location financière. La problématique de l'interdépendance contractuelle », *AJ contrat* 10/2017, p. 411 ; « Les clauses d'indépendance (ou de divisibilité) », *CCC* 2021, doss. n° 4, p. 12.

21. F. Chénedé, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e^ éd., Dalloz, 2018, n° 123.505. Cf. également, sans prétendre à l'exhaustivité, O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, p. 407. *Contra*, notamment, S. Bros, « Les contrats interdépendants dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G* 2016, 975. Adoptant une position neutre, « considérant que le nouveau texte n'offre aucun argument déterminant en faveur d'une condamnation ou d'une admission généralisée des clauses de divisibilité en droit commun », cf. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 3^e^ éd., Dalloz, 2024, n° 449.

défaillance du prestataire. Si c'est sur le banquier, il se verra restituer un matériel sans intérêt pour lui ; si c'est sur le locataire, celui-ci devra payer des loyers pour un matériel désormais sans plus aucune utilité. Certes, l'opération envisagée est un tout qui poursuit une finalité unique (le financement dudit matériel). Néanmoins, elle peut se faire suivant plusieurs modalités de répartition des risques. Et ce choix doit peut-être être laissé à l'appréciation des cocontractants. Ce d'autant plus que la protection des plus faibles passe désormais par les articles 1170 et 1171 du Code civil.

D'un point de vue économique, ensuite, il ne nous semblait pas opportun de poursuivre la voie tracée par la jurisprudence. Le bailleur se retrouve à assumer un risque en dépit des prévisions contractuelles. Les pertes financières qui en résulteraient seraient assurément répercutées au niveau des autres clients. Partant, pour permettre à quelques locataires d'échapper à un aléa qu'ils avaient accepté, c'est l'ensemble des locations financières – pour ne raisonner qu'à partir de cet exemple – qui verra leur coût augmenter.

Il faut pourtant admettre que cette position semble désormais mise à mal par la Cour de cassation.

B. Une volonté de distance désormais prohibée en matière de location financière

Postérieurement à la réforme, la Cour de cassation a pu reprendre la solution énoncée en 2013. En effet, par deux arrêts du 12 juillet 2017, largement diffusés, notamment au *Rapport*, la chambre commerciale a jugé pareillement que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants et que la résiliation de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, sauf pour la partie à l'origine de l'anéantissement de cet ensemble contractuel à indemniser le préjudice causé par sa faute »[22]. Elle a ajouté, dans la foulée, qu'aucune stipulation ne peut faire obstacle à l'interdépendance des contrats incluant une location financière[23]. Partant, la jurisprudence rejette les pourvois de bailleurs financiers qui persistent à invoquer l'existence de clauses d'indépendance[24]. Même dans le contexte des procédures collectives, ce jeu de la caducité consécutive a été maintenu nonobstant les règles propres à la liquidation judiciaire[25].

Une difficulté concernait néanmoins l'application de la loi dans le temps. En effet, ces procédures relevaient du droit antérieur à la réforme de 2016. Certes, il est fréquent pour la jurisprudence d'évoquer, dans le cadre d'une motivation dite enrichie, « l'évolution du droit des obligations, résultant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ». Ce faisant, il est vrai qu'elle « mélange » quelque peu droit ancien et droit nouveau. En ce sens, il pourrait être soutenu que le maintien de sa position depuis la réforme serait le signe de sa volonté de considérer que celle-ci ne modifie pas l'état du droit. Pour autant, dans le domaine spécifique de l'interdépendance des contrats en matière de location financière, les magistrats du quai de l'Horloge ont pu témoigner de leur volonté d'appliquer strictement la loi dans le temps. Dans un arrêt du 19 septembre 2018, tandis que les juges du fond avaient entendu appliquer l'article 1186 du Code civil, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu énoncer que, le contrat ayant été conclu avant le 1er octobre 2016, il convenait d'appliquer l'ancien droit[26]. En d'autres termes, jusqu'à peu, le doute était permis.

Par un arrêt du 10 janvier 2024, la question a été tranchée. La décision, publiée au *Bulletin* et au *Rapport*, est la première rendue au visa de l'article 1186 du Code civil en matière de loca-

22. Com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27.703, publiés au *Bulletin* : *AJ contrat* 2017, p. 429, obs. S. Bros ; *Gaz. Pal.* 26 sept. 2017, 34, note D. Houtcieff ; *RDC* 2017, p. 590, obs. Th. Genicon ; *ibid*., p. 627, obs. J.-B. Seube ; *D.* 2017, p. 2328, note S. Barbot et F. Jollec ; *ibid*., p. 2176, obs. D. Martin et H. Synvet ; *ibid*. 2018, p. 371, obs. M. Mekki ; *RTD civ.* 2017, p. 846, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2017, p. 671, obs. D. Legeais ; *CCC* 2017, n° 218, note L. Leveneur.
23. Cf. not., Com., 5 avr. 2018, n° 17-11.650, inédit ; Com., 1er juill. 2020, n° 18-22.905, inédit.
24. Com., 17 févr. 2021, n° 19-13.903, inédit.
25. Com., 11 sept. 2019, n° 18-11.401, préc. ; Com., 20 oct. 2021, n° 19-24.796, publié au *Bulletin* : *RD banc. fin.* 2022, comm. 60, obs. C. Houin-Bressand ; *Rev. proc. coll.* 2022, comm. 22, obs. Ph. Roussel Galle ; *D.* 2021, p. 2172, note L. Belrhali Debeaudouin ; *JCP E* 2022, 1010, n° 13, obs. A. Tehrani ; *Act. proc. coll.* 2022, n° 15, obs. C. Saint-Alary-Houin.
26. Civ. 1re, 19 sept. 2018, n° 17-24.347, publié au *Bulletin* : *D.* 2019, p. 279, obs. M. Mekki ; *AJ contrat* 2018, p. 477, obs. G. Chantepie.

tion financière[27]. En l'espèce, une association avait conclu, le même jour, un contrat de maintenance de photocopieurs et un contrat de location financière comportant une clause aux termes de laquelle le contrat de location était indépendant du contrat de maintenance, la locataire s'obligeant, en cas de résiliation de ce dernier, à conclure un nouveau contrat d'entretien. Si la cour d'appel de Paris avait pu condamner le locataire sur la base de cette clause, la cassation est prononcée dans des termes qui reprennent la motivation de 2013 : « dans les contrats formant une opération incluant une location financière, sont réputées non écrites les clauses inconciliables avec cette interdépendance ».

L'arrêt livre trois enseignements. D'abord, la sanction du réputé non écrit, que l'article 1186 ne prévoit pas, est maintenue de manière prétorienne. Ensuite, la condition de connaissance de l'opération d'ensemble, énoncée par l'alinéa 3 du texte, est envisagée. Les juges considèrent qu'en matière de location financière, cette connaissance est nécessairement acquise puisque le bailleur finance un matériel qu'il n'a pas personnellement choisi et qui est fourni à un tiers. Enfin, il faut observer que la Cour rattache l'interdépendance de la location financière à la branche subjective de l'alinéa 2 précité, soit celle de la « condition déterminante du consentement d'une partie », tout en la présumant ensuite de manière irréfragable, dès lors que l'opération inclut une location financière. L'approche objective de 2013 est ici teintée de subjectivisme[28].

En définitive, s'agissant de la location financière, il est désormais possible de considérer que la volonté de distance, par-delà son affirmation par les parties dans les contrats, ne peut produire ses effets. Cette affirmation est d'autant plus prégnante qu'elle s'impose en tout état de cause, le déclenchement de la caducité se caractérisant par une indifférence aux circonstances de l'anéantissement du contrat principal. La formule des arrêts du 12 juillet 2017 est à cet égard sans nuance[29]. Il importe peu que la rupture procède d'un manquement du prestataire, d'un accord entre le client et celui-ci, ou même de l'initiative du locataire : la « propagation » joue mécaniquement, la faute éventuelle de l'auteur de la rupture n'étant prise en compte qu'au stade, distinct, de la responsabilité. Pour autant, notre thématique n'a assurément pas épuisé toutes les réflexions possibles à son propos. Éviter la rencontre demeure possible et des clauses d'indépendance – entendues au sens large – peuvent être envisagées.

II. Éviter la rencontre : le possible

Il a déjà été souligné que la notion de divisibilité peut s'entendre largement et inclure d'autres stipulations que la seule autonomie des contrats en présence. Comme le remarquent deux auteurs, « l'imagination des professionnels [est] particulièrement aiguisée, en la matière, par la position très restrictive de la jurisprudence »[30]. Partant, deux voies nous semblent pouvoir être explorées. La première concerne le lien entre les contrats, qu'il est possible de vouloir défaire (A). L'autre a trait à la connaissance, par les parties, de l'opération dans son ensemble, ledit lien pouvant dans certains cas être ignoré (B).

A. Défaire le lien entre les contrats

Par-delà l'attirance certaine des protagonistes, Madame Arnoux n'aura de cesse de vouloir défaire le lien qui l'unit à Frédéric. Après le rendez-vous raté de la rue Tronchet, ce dernier, blessé, ira se réfugier dans les bras d'une autre. Pire, le logement loué accueillera cette autre : « par un raffinement de haine, pour mieux outrager en son âme M^me^ Arnoux, il l'emmena jusqu'à l'hôtel de la rue Tronchet, dans le logement préparé pour l'autre. Les fleurs n'étaient pas flétries. La guipure s'étalait sur le lit. Il tira de l'armoire les petites pantoufles. Rosanette trouva ces prévenances fort délicates »[31]. En d'autres termes, le remplacement achève de briser le lien.

27. Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, publié au *Bulletin* : *Dalloz actualité* 16 janv. 2024, obs. C. Hélaine ; *D.* 2024, p. 342, note G. Chantepie ; *ibid*., p. 275, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *ibid*., p. 1877, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD civ.* 2024, p. 100, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2024, p. 147, obs. D. Legeais ; *RDC* 2024/2, p. 17, obs. M. Latina.
28. Cf. G. Chantepie, note préc., et R. Boffa et M. Mekki, obs. préc.
29. Com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552 et n° 15-27.703, préc.
30. G. Chantepie et M. Latina, *op.* et *loc. cit.*
31. G. Flaubert, *op. cit.*, p. 346.

La réforme de 2016 devrait permettre de s'inscrire dans une logique similaire. En effet, l'existence d'un simple lien entre des contrats n'est pas nécessairement synonyme d'interdépendance. Le Code civil l'affirme avec force dès lors que l'article 1186 évoque « les contrats dont l'exécution est rendue *impossible* par [la disparition d'un autre] »[32]. Le terme employé est fort : sans le premier contrat, le second ne doit plus pouvoir être exécuté. Comme le soulignent des auteurs, il faut que l'impossibilité soit « absolue et définitive », ce qui ne saurait être le cas si la prestation se révèle *in fine*, simplement, plus onéreuse ou, plus largement, s'il est possible de la maintenir *via* la substitution d'un autre prestataire[33]. La jurisprudence illustre parfois ce principe, par exemple (et ce n'est qu'un exemple parmi tant d'autres qui auraient pu être cités) lorsqu'elle juge que la nullité d'un contrat préliminaire de réservation est sans incidence sur la validité du contrat définitif de vente d'immeuble à construire, car ce contrat de réservation est facultatif et surtout autonome par rapport au contrat définitif[34]. La nullité du contrat préliminaire ne rendait pas impossible l'exécution du contrat de vente.

La technique contractuelle peut alors venir fournir une aide précieuse pour endiguer les disparitions de contrats en cascades, car une défaillance n'est pas invariablement une fin en soi, une autre société pouvant éventuellement intervenir. Comme le résumait un auteur, « [on peut] remplacer le responsable de l'entretien d'un photocopieur par un autre »[35].

Il est par conséquent opportun de prévoir, dans le contrat, des obligations pour les parties en cas de défaillance du prestataire, et notamment l'obligation de trouver un nouvel intervenant. Une telle approche offre par ailleurs une souplesse bienvenue. Il est naturellement loisible d'envisager une telle obligation de faire à la charge du locataire. Néanmoins, à supposer qu'il faille protéger ce dernier et le considérer comme partie faible, il pourrait être stipulé que c'est à l'autre partie de trouver un nouveau partenaire assumant une prestation à un coût équivalent, ou suivant un surcoût dont les limites – raisonnables – seraient définies par avance. Aux termes d'une ingénierie contractuelle convenablement réalisée, des stipulations multiples pourraient permettre que le contrat envisagé ne devienne (quasiment) jamais impossible à exécuter de manière absolue et définitive. Trois remarques peuvent être formulées à ce propos.

D'abord, lorsqu'il est question de « défaire le lien » entre les différentes conventions, il convient de s'assurer que cette dissociation n'est pas artificielle. Il faut, par exemple en envisageant une substitution de prestataire, que l'impossibilité précitée disparaisse de manière effective. Il faut ici se garder des affirmations de principe : se borner à affirmer que deux contrats n'ont pas de lien entre eux, tandis que le juge constate objectivement le contraire, risque d'être sans effet. Suivant une logique similaire, il convient d'éviter les clauses qui voudraient, indirectement, rétablir une divisibilité en s'intéressant à la phase de l'après-contrat. Il est loisible de songer en ce sens à des clauses de non-recours : « de tels aménagements doivent recevoir une condamnation similaire à celle réservée aux clauses de divisibilité, dès lors qu'ils visent le même effet, quoiqu'ils n'aient pas le même objet »[36]. La sévérité de la jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'elle va au-delà du seul cas de la location financière. Ainsi, par un arrêt de chambre mixte du 13 avril 2018, la Cour de cassation, modifiant la jurisprudence[37], a substitué la caducité à la résiliation. La résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail, et « sont inappli-

32. Nous soulignons.
33. Cf. D. Houtcieff, « Les causes de la caducité : caducité et contrats interdépendants », *RDC* juin 2023, n° RDC21l6, p. 115, spéc. p. 118.
34. Civ. 3e, 27 avr. 2017, n° 16-15.519, publié au *Bulletin* ; Civ. 3e, 21 mars 2019, n° 18-11.707, publié au *Bulletin*.
35. D. Legeais, « Obs. sous Cass., ch. mixte, 17 mai 2013 », *RTD com.* 2013, p. 569.
36. G. Chantepie et M. Latina, *op.* et *loc. cit.*
37. Cf. auparavant, Ch. mixte, 23 nov. 1990, n° 87-17.044, n° 88-16.883 et n° 86-19.396, publiés au *Bulletin* : *D.* 1991, p. 121, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1991, p. 440, obs. B. Bouloc ; *RTD civ.* 1991, p. 325, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1991, II, 21642, note D. Legeais.

cables les clauses prévues en cas de résiliation du contrat »[38]. Ce revirement a été étendu deux ans plus tard à une location avec option d'achat conclue par un particulier pour financer l'acquisition d'un navire de plaisance. La deuxième chambre civile y reprend mot pour mot la formule de 2018, soit une caducité à la date d'effet de la résolution et l'inapplicabilité subséquente des clauses prévues en cas de résiliation[39].

Ensuite, le raisonnement ne semble pas pouvoir prospérer dans le cas spécifique d'une location financière. La jurisprudence envisage ici une présomption irréfragable, peu important un aménagement permettant au contrat de location de conserver un intérêt pour le locataire. Dans un arrêt rendu postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, mais concernant des faits mobilisant le droit antérieur, la Cour de cassation a pu expressément affirmer que « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants, et l'anéantissement de l'un quelconque d'entre eux entraîne la caducité, par voie de conséquence, des autres, *sans que la reconnaissance de la caducité soit conditionnée par le constat de ce que, après l'anéantissement de l'un des contrats, l'exécution des autres serait devenue objectivement impossible* »[40]. Plus récemment, dans l'arrêt du 10 janvier 2024, rendu au regard du droit nouveau, la cour d'appel avait précisément retenu que l'association locataire pouvait « conclure un nouveau [contrat de maintenance] avec la société de son choix, de sorte que l'association n'était pas exposée à la situation d'anéantissement du contrat de maintenance qui sous-entend une impossibilité d'assurer une quelconque maintenance. [L'arrêt d'appel] ajoute enfin que la faculté dont disposait l'association de conclure un nouveau contrat de maintenance ne lui permettait pas d'invoquer une disparition rendant impossible la maintenance au sens de l'article 1186 du code civil ». La décision est censurée[41].

Enfin, et par-delà les prévisions des parties, il faut encore rappeler qu'il est possible de défaire le lien entre les contrats sur le terrain procédural. Lorsque l'anéantissement du contrat principal doit être prononcé ou constaté par le juge, il ne peut l'être qu'en présence des parties à ce contrat. En ce sens, il a été jugé que « l'anéantissement du contrat de prestation ou de fourniture, qui ne peut donc être prononcé qu'en présence du prestataire ou du fournisseur, ou de son liquidateur, est un préalable nécessaire à la constatation, par voie de conséquence, de la caducité du contrat de location »[42]. La règle a été réaffirmée dans un arrêt du 7 mai 2025 rendu à propos d'un protocole transactionnel et d'une cession de parts sociales jugés indivisibles. Au visa de l'ancien article 1351 du Code civil (siège de l'autorité relative de la chose jugée), la Cour décide que « lorsque des contrats sont interdépendants, l'annulation, par une décision de justice, de l'un de ces contrats n'entraîne la caducité par voie de conséquence des autres que si toutes les parties au contrat annulé ont été attraites à l'instance en annulation »[43]. Cette exigence rencontre, cependant, une exception d'importance en matière de résolution unilatérale. Par deux arrêts du 5 février 2025, publiés au *Bulletin*, il a été affirmé que « la résolution par voie de notification est opposable à celui contre lequel est invoquée la caducité d'un contrat, par voie de conséquence de l'anéantissement préalable du contrat interdépendant, sans qu'il soit

38. Ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21.345 et n° 16-21.947, publiés au *Bulletin* : *D.* 2019, p. 279, obs. M. Mekki ; *ibid.* 2018, p. 1185, note H. Barbier ; *ibid*., p. 2106, obs. D.R. Martin ; *AJ contrat* 2018, p. 277, note C.-E. Bucher ; *RTD com.* 2018, p. 434, obs. D. Legeais ; *ibid*., p. 450, obs. B. Bouloc ; *Dalloz actualité* 4 mai 2019, obs. J.-D. Pellier ; *JCP G* 2018, n° 19-20, 543, note F. Buy ; *Gaz. Pal.* 22 mai 2018, n° 18, 27, obs. S. Farhi ; *LPA* 26 août 2018, n° 127, 9, note D. Lanzara ; *ibid.*, n° 103, 13, note J. Lasserre Capdeville ; *CCC* juill. 2018, n° 7, comm. 126, obs. L. Leveneur ; *JCP E* 2018, 1596, obs. Th. Gérard ; *ibid.*, n° 26, 1344, note E. Valette et L. Cann ; *LEDC* juin 2018, n° 111, 1, obs. M. Latina ; *JCP E* 2018.

39. Civ. 2e, 2 juill. 2020, n° 17-12.611, publié au *Bulletin* : *Dalloz actualité* 2 sept. 2020, obs. C. Hélaine ; *RTD civ.* 2020, p. 884, obs. H. Barbier.

40. Com., 20 oct. 2021, n° 19-24.796, préc., nous soulignons.

41. Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

42. Com., 14 sept. 2022, n° 21-16.840, inédit.

43. Com., 7 mai 2025, n° 24-14.277, publié au *Bulletin* : *Dalloz actualité* 22 mai 2025, obs. M. Barba ; *RTD civ.* 2025, p. 327, obs. H. Barbier.

nécessaire de mettre en cause le cocontractant du contrat préalablement résolu »[44]. En d'autres termes, le bailleur conserve uniquement la ressource – commune à tout débiteur confronté à une résolution notifiée aux risques et périls du créancier – de discuter au fond, *a posteriori*, de la gravité du manquement qui justifiait cette résolution unilatérale. Sous la plume de Flaubert, défaire le lien est loin d'être aisé. Rosanette « fut réveillée par des roulements lointains ; et elle le vit qui sanglotait, la tête enfoncée dans l'oreiller »[45]. Là aussi, les choses ne seront point aisées. Cette remarque s'impose également lorsqu'il s'agit d'ignorer le lien.

B. Ignorer le lien entre les contrats

Une dernière planche de salut, toujours en lien avec le contenu du contrat, mérite encore d'être mentionnée. Le troisième alinéa de l'article 1186 du Code civil dispose que « la caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Partant, il peut être imaginé de multiplier les clauses aux termes desquelles l'une des parties entend se limiter à sa seule relation contractuelle avec l'autre. Le contrat n'aura de cesse de mentionner l'ignorance de celle-ci quant à la souscription d'un éventuel autre engagement. Le locataire pourrait pareillement s'engager à ne pas souscrire de contrat relativement à la maintenance du matériel financé. Là encore, la prudence demeure de mise et deux observations peuvent être formulées.

D'une part, la caractérisation de cette connaissance ne peut s'établir que par le recours à un faisceau d'indices[46]. Et au rang des indices mobilisés, l'on songe à l'existence d'un *instrumentum* unique (lequel permet, à lui seul, d'emporter la conviction quant à la connaissance précitée[47]), au fait que l'une des parties se fasse représenter par une autre (ce qui, en pratique, est très fréquent dans le cadre d'une location financière : le vendeur / prestataire est fréquemment le mandataire de l'organisme de crédit et l'unique interlocuteur du locataire. Et cela également s'agissant des paiements lorsqu'une mensualité unique recouvre tout à la fois le prix de la prestation et le remboursement du crédit), à l'identité de date, ou encore plus largement à la connexité entre les obligations ou l'existence d'une finalité économique unique[48]. Là encore, il est essentiel de ne pas se contenter de vaines affirmations prétendant que certaines parties s'ignorent entre elles quand bien même l'ensemble des circonstances entourant la réalisation de l'opération tend à démontrer qu'il s'agit – dans l'esprit de tous – d'une opération unique.

D'autre part, et encore une fois, c'est l'application du raisonnement au cas de la location financière qui interroge. Il faut, encore une fois, citer l'arrêt du 10 janvier 2024, rendu à l'aune de la nouvelle version de l'article 1186 du Code civil. En effet, les juges du fond avaient pu retenir que « la société bailleresse n'avait pas été sollicitée lorsque le contrat de maintenance avait été signé le 27 octobre 2016 entre l'association A. et la société B. ». La cassation est prononcée au motif que « le contrat étant inclus dans une opération comportant une location financière, la société C. avait nécessairement connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'elle avait donné son consentement »[49]. Deux lectures peuvent être envisagées. Soit l'on estime que ce sont les faits de l'espèce qui justifient l'analyse, car, en l'espèce, le contrat imposait la souscription d'un contrat de maintenance, peu important que le locataire soit libre quant au choix du prestataire à ce propos, et ledit contrat avait été souscrit le même jour que le contrat de location. À l'inverse, s'agissant du financement d'un matériel qui n'implique pas nécessairement une maintenance, cette dernière n'étant aucunement envisagée dans les rapports bailleur-locataire, la solution pourrait être différente. Soit il convient de considérer que tout contrat inclus dans une opération comportant une location financière implique que l'établissement financier

44. Com., 5 févr. 2025, n° 23-23.358 et n° 23-14.318, publiés au *Bulletin* : *RTD civ.* 2025, p. 327, obs. H. Barbier ; *ibid*., p. 356, obs. P.-Y. Gautier. Comp., Civ. 1re, 2 avr. 2025, n° 23-19.513, inédit : *RD banc. fin.* 2025, comm. 92, obs. N. Mathey ; *JCP E* 2025, 1193, chron. n° 11, obs. D. Mimoun ; *RDI* 2025, 508, obs. J. Bruttin.
45. G. Flaubert, *op.* et *loc. cit.*
46. Cf. not., G. Chantepie et M. Latina, *op. cit.*, n° 495.
47. N. Kilgus, « Les clauses d'indépendance (ou de divisibilité) », *op.* et *loc. cit.*
48. G. Chantepie et M. Latina, *op.* et *loc. cit.*
49. Com., 10 janv. 2024, n° 22-20.466, préc.

« avait nécessairement connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'[il] avait donné son consentement »[50].

* * *

« Quand elle fut sortie, Frédéric ouvrit sa fenêtre. M^me^ Arnoux, sur le trottoir, fit signe d'avancer à un fiacre qui passait. Elle monta dedans. La voiture disparut. Et ce fut tout »[51]. La volonté de distance triomphe, mais non sans heurt. Quelques secondes plus tôt, Madame Arnoux avait affirmé : « Mon âme ne vous quittera pas »[52]. Et une mèche de cheveux marque finalement ce lien qui perdure. S'agissant des contrats interdépendants, et des clauses d'indépendance, là aussi, le lien fondamental – objectif – entre les protagonistes ne peut être ignoré. Il a été vu que bien des questions subsistent. Certes, l'enjeu est moins romantique et ce lien moins sentimental. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation devra, dans les prochaines années, continuer de préciser les contours de la séparation ou, au contraire, son caractère impossible. Il lui faudra envisager les domaines concernés, ses modalités. Par-delà ces aspects techniques, c'est alors un autre enjeu qui sera au cœur des réflexions. Carbonnier l'énonçait : « là où la confiance conviviale pousse à contracter, le pessimisme ancestral y flaire les pièges »[53]. Il faudra également que les magistrats tranchent entre ces deux positions. Le pessimisme conduit peut-être à vouloir entrevoir l'existence systématique d'une partie « faible » qu'il faut protéger. L'analyse objective de l'interdépendance des contrats, et la condamnation des clauses inconciliables avec celle-ci, s'inscrivent dans une telle logique. À notre sens, et pour conclure, qu'il nous soit permis d'envisager les choses avec plus d'optimisme. Le droit connaît par ailleurs des mécanismes protecteurs pour éviter que la volonté exprimée ne devienne un moyen d'asservissement du plus faible. L'on songe, notamment, aux articles 1170 et 1171 du Code civil. Surtout, il faut garder à l'esprit que le contrat est avant tout un « acte de prévision »[54]. Par-delà une situation objective, il faut permettre aux parties d'envisager leurs relations. Or, à ce propos, il faut admettre que le cœur du raisonnement, en réalité, n'a pas tant trait à la question de l'interdépendance des contrats qu'à celle de la répartition d'un risque. La défaillance d'un partenaire entraîne des conséquences néfastes pour ses cocontractants. Tout créancier chirographaire, qui voit son débiteur entrer en procédure collective, le sait bien : il ne va (presque) rien récupérer ! Lorsque l'opération mobilise plusieurs acteurs, il faudra déterminer celui qui va supporter ledit risque. Pour reprendre l'illustration de la location financière, est-ce au locataire de continuer de s'acquitter d'un loyer s'agissant d'un matériel inutile, ou bien au banquier de récupérer un tel matériel dont il n'a aucun besoin et qu'il ne va pas pouvoir valoriser ? Dans ce dernier cas, c'est lui qui supportera une perte relativement aux fonds avancés. Et avec elle, de manière sous-jacente, apparaît toute la problématique de l'accès des entreprises à des possibilités de financement ainsi que de leur coût. Ce choix ne mérite-t-il pas, *in fine*, d'appartenir aux seules parties (sous la réserve précitée de l'existence de textes visant spécifiquement à protéger la partie en situation d'infériorité, voire de faiblesse) ? Qu'il nous soit permis de le penser.

50. *Ibid*.
51. G. Flaubert, *op. cit.*, p. 515 et 516.
52. *Ibid.*, p. 515.
53. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République*, Flammarion, coll. « Champs essais », 1996, p. 172.
54. Cf. not., H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », *in Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643.

Dossier
L'indépendance

L'indépendance des patrimoines personnel et professionnel

Jean-Baptiste Barbièri
Agrégé des Facultés de droit, Professeur à l'École de Droit de Toulouse, Université Toulouse Capitole, Membre du CDA et de l'IRDA Paris

1. Nul patrimoine n'est une île ? L'indépendance des patrimoines personnel et professionnel peut sembler un de ces thèmes neufs et déjà passablement usés. Neuf, car l'idée même de patrimoines distincts n'était pas si évidente il y a encore quelques années et peu nombreux sont les lecteurs de cette revue ignorants de la théorie d'unicité du patrimoine attribuée à Aubry et Rau[1]. Déjà usé, car, on le sait la distinction entre patrimoine personnel et professionnel est désormais bien acquise, même si la réforme opérée par la loi du 14 février 2022 selon laquelle l'existence de ces deux patrimoines est de droit n'a pas mobilisé les foules et est encore relativement méconnue. Pis encore, la doctrine a fait son travail et a méticuleusement décortiqué les problèmes d'articulation entre ces deux patrimoines, à tel point qu'il ne reste qu'à attendre les précisions jurisprudentielles pour parfaire notre connaissance. Pourtant, il nous semble que prendre le sujet en donnant au terme d'indépendance un sens un peu différent de celui habituel en la matière révèle beaucoup sur l'état actuel des choses.

2. La reconnaissance de plusieurs patrimoines : l'idée. On le sait donc, les personnes peuvent avoir plus d'un patrimoine. Dans quel but ? En considérant qu'un professionnel est titulaire de plusieurs patrimoines, chacun dévolu à un pan de sa vie juridique, on sanctuarise chacun de ces aspects par rapport aux autres[2]. Les justifications sont, pour résumer grossièrement, de deux ordres. Une catégorie de justification est d'ordre économique : cette sanctuarisation empêche que l'activité économique se répercute sur le patrimoine « familial », dévolu aux besoins de la vie privée[3]. Par contrecoup, ainsi rassérénées, les personnes physiques seraient davantage enclines à se lancer dans l'entrepreneuriat et la vie économique de la nation s'en trouverait vivifiée. Ce raisonnement économique se double d'un argument moral, car la famille de l'entrepreneur se voit ainsi aussi protégée contre les

1. Et seulement attribuée, car si elle a été présentée comme un dogme absolu (v. not. les critiques fameuses de Gény : F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, 2e éd., LGDJ, 1919, n° 67, p. 142), les célèbres auteurs étaient en réalité bien plus nuancés. Nadège Jullian évoque ainsi « la dogmatisation du principe d'unité par les auteurs postérieurs » et relève les multiples exceptions prévues par Aubry et Rau (N. Jullian, *La cession de patrimoine*, Dalloz, 2018, n° 30).
2. A.-L. Thomat-Raynaud, *L'unité du patrimoine : Essai critique,* Defrénois, t. 25, 2007, n° 133, p. 60.
3. Sur ces questions : A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten, Das Zweckvermögen*, t. 3, 2e partie, 2e éd. par A. Diechert, 1888, p. 453-586 ; G. Plastara, *La notion juridique du patrimoine,* thèse Paris, Arthur Rousseau, 1903 ; H. Gazin, *Essai critique de la notion de patrimoine dans la théorie classique,* thèse Dijon, 1910, p. 115.

frasques entrepreneuriales d'un des conjoints. Sont aussi protégés les créanciers « privés », qui ont peut-être accordé leur crédit à la famille sans tenir compte des vicissitudes commerciales éventuelles d'un des conjoints. Cette idée de permettre à une personne de dissocier deux pans de sa vie juridique, chacun ressortissant à un patrimoine, réussit alors l'exploit de satisfaire tout à la fois des considérations morales relativement traditionnelles (la sanctité de la famille face à la perversion commerciale) et des vues économiques contemporaines[4] (le développement de la « *start-up nation* »).

3. On ne résiste pas ici au fait de remarquer qu'une telle chose est contraire à la morale commerciale traditionnelle, qui place dans la *fides* accordée au commerçant une valeur toute particulière. Il était alors logique de faire peser sur le commerçant les pires outrages. Rappelons à cet effet que l'article 12 du Titre XI de l'Ordonnance de 1673 dispose que « Les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement et punis de mort » car un tel commerçant est « plus méchant et plus infâme qu'un voleur de grand chemin »[5].

4. La reconnaissance de plusieurs patrimoines : la méthode. Il fallait donc promouvoir une certaine étanchéité entre activité professionnelle et vie privée. L'état actuel des choses, issu de la loi du 14 février 2022, fait que, par principe, c'est la dissociation entre patrimoines professionnel et personnel qui fait office de méthode par défaut. Il ne fallait pas tordre le cou aux articles 2284 et 2285 du Code civil, simplement adapter leur cible. En d'autres termes, le patrimoine reste le gage commun des créanciers, mais à chaque catégorie de créancier son patrimoine[6].

5. Si cette approche est désormais centrale, on peut utilement rappeler qu'elle n'est pas la seule. La protection de la famille face à l'activité entrepreneuriale se trouve dans certaines règles de cogestion, et notamment en droit des sociétés à l'alinéa 1er de l'article 1832-2 du Code civil, mais il est vrai qu'elles ne garantissent pas une séparation nette des deux sphères. Cette reconnaissance d'une multiplicité des patrimoines est également la dernière des idées permettant cette séparation, car ont d'abord été adoptées des techniques moins perturbatrices de l'ordre établi. Comme le dit très bien Thierry Revet, cela a été fait très longtemps « par la méthode du contournement plutôt que celle d'une remise en cause directe »[7].

6. Si l'on veut ériger une séparation entre ces deux pôles que sont l'activité professionnelle et la vie privée, il n'y a en réalité pas une infinité de solutions. La plus évidente était de permettre à l'entrepreneur de créer seul une personne morale distincte, pour préserver alors l'idée d'unicité du patrimoine comme l'*imperium* des articles 2284 et 2285 du Code civil. Cela fut fait par l'admission de l'EURL en 1985, prolongée par celle de la SASU en 1994. Pour ne pas chambouler l'unicité du patrimoine, on préférait alors chahuter le droit des sociétés[8]. L'autre méthode est bien sûr d'organiser des insaisissabilités. Il suffit d'édicter que certains îlots de biens, correspondant peu ou prou à ceux utiles à la vie privée, seront soustraits à certains créanciers (dont le premier est la résidence principale). On organise ainsi des dérogations ponctuelles aux articles 2284 et 2285 du Code civil, sans remettre en question les équilibres acquis. Évidemment, on a vite observé que déterminer des contours aux biens utiles à la vie privée, ce n'était pas bien différent d'énoncer qu'existaient plusieurs patrimoines. Plus précisément, c'était là reconnaître l'existence d'un « patrimoine de dignité »[9], consubstantiel à la personne et ne pouvant lui être enlevé par ses vicissitudes économiques.

7. Il est alors amusant de constater que ces deux méthodes ont été appliquées avant que ne fût reconnue l'existence d'une pluralité de patri-

4. C. Champaud, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée : rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'EPRL dans le droit français », *RTD com.* 1979, p. 579.
5. J. Savary, *Le parfait négociant, ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce de toute sorte de marchandises, tant de France que des pays estrangers*, 4e éd., Jacques Lyon, 1697, p. 334.
6. P. Berlioz, « L'affectation au cœur du patrimoine », *RTD civ.* 2011, p. 635.
7. T. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », *D.* 2022, p. 469.
8. Remarquons néanmoins qu'il s'en est très fortement accommodé, car la dimension institutionnelle de la société, qui avait pris le pas sur sa nature contractuelle, n'a cure de la multiplicité d'associés.
9. J. Rochfeld, « Initiative économique – Résidence principale – Insaisissabilité », *RTD civ.* 2003, p. 743.

moines, sorte de dernier recours pour atteindre les fameux buts évoqués plus tôt.

8. La reconnaissance de plusieurs patrimoines : les limites. Nous ne nous attarderons pas ici sur les malfaçons de cette reconnaissance, très nombreuses et très tôt dénoncées[10]. Remarquons surtout que le législateur a manqué d'audace. Pourquoi seulement deux patrimoines, pourquoi pas un par activité ? Il est pourtant possible d'organiser des limitations de responsabilité multiples en utilisant une multitude d'EURL ou de SASU et cela était permis sous l'empire de l'EIRL, tel peut également être le cas pour les personnes morales italiennes[11]. Ces éléments méritaient d'être soulignés car il faudra les avoir à l'esprit en ce qui concerne l'idée d'indépendance des patrimoines.

9. L'idée d'indépendance des patrimoines – désambiguïsation. L'idée d'indépendance peut avoir plusieurs significations, dont certaines peuvent être légitimes dans le contexte des patrimoines personnel et professionnel.

10. Dans un premier sens, l'indépendance peut être vue comme symbolisant l'étanchéité des patrimoines. En traitant de l'indépendance des patrimoines, on parlerait alors de la faculté d'un créancier d'un patrimoine d'aller chercher son dû dans l'autre. Il serait alors question de garantie, de fraude paulienne, ou de réunion des deux masses. Les deux patrimoines seraient indépendants car ils engloberaient des masses bien déterminées et cette indépendance entraînerait un tri radical : soit un bien est dans un patrimoine, soit il est dans l'autre. S'ensuivraient alors des discussions techniques poussées venant majoritairement de ce que le critère de partage actuel – l'utilité du bien pour l'activité professionnelle – est très imparfait.

11. Dans un deuxième sens, l'indépendance se rapproche du droit public, se rapprochant de l'idée de souveraineté ou d'autonomie au sens étymologique. L'indépendance serait ainsi vue comme le principe selon lequel le patrimoine professionnel *ne fonctionne pas* (n'a pas les mêmes règles) comme le patrimoine personnel. L'aliénation des biens ne se ferait pas de la même façon, les saisies des créanciers non plus, la constitution de garanties sur les biens pas davantage.

12. Le troisième sens se veut plus fruste. Il revient à prendre l'idée d'indépendance au pied de la lettre, en considérant que l'on est indépendant si l'on n'est pas sous la dépendance de quelque chose ou quelqu'un d'autre. Si le patrimoine professionnel peut fonctionner sans l'intervention de la personne qui l'a créé ou sans interférence du patrimoine personnel, alors il en est indépendant.

13. Définition de l'indépendance retenue. Nous avons ici retenu le troisième sens. Le premier a été amplement débattu. S'il reste des zones d'ombre, c'est davantage à la jurisprudence qu'à la doctrine qu'il convient de les éclairer. Le deuxième sens ferait davantage l'objet d'une étude sociologique que purement juridique. Le troisième nous semble en conséquence plus intéressant, surtout dans une perspective de comparaison avec les mécanismes à l'œuvre en droit des sociétés.

14. Annonce de plan. Il y a en réalité deux sortes d'indépendance dans le sens retenu que nous pouvons étudier : celle de l'indépendance de ces patrimoines par rapport à la personne (I) et celle des patrimoines entre eux (II).

I. L'indépendance des patrimoines personnel et professionnel par rapport à leur titulaire

15. Précisions quant à la notion d'indépendance. Parler d'indépendance d'un patrimoine par rapport à la personne qui en est titulaire est traditionnellement un non-sens. Le patrimoine étant une émanation de la personne, il « s'identifi[e] en quelque sorte avec la personnalité »[12]. Il est donc créé au moment de la naissance et dis-

10. V. critique sur la loi du 14 févr. 2022 : M. Buchberger, « Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel : une avancée en trompe-l'œil », *Rev. sociétés* 2024, 7. Plus généralement, pour discerner toutes les failles de la législation actuelle v. J.-F. Hamelin et N. Jullian (dir.), *La réforme du statut de l'entrepreneur individuel*, LGDJ, 2022.
11. Décret-loi n° 246 du 25 août 1986 ; N. Jullian, « Le patrimoine affecté, une bonne idée en droit des sociétés ? », *Dr. sociétés* juill. 2023, n° 7, p. 1.
12. E. Bartin, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae par MM. Aubry et Rau*, t. 9, 5e éd., Marchel et Billard, 1917, p. 335.

paraît avec la mort de la personne, sans jamais subir d'éclipse. Son contenu est uniquement le fruit des activités et de ce qu'on a transmis à la personne. Le patrimoine est ainsi, dans son sens traditionnel, entièrement dépendant de la personne.

16. Tout ceci change entièrement lorsque l'on admet qu'existent deux patrimoines chez une même personne. On a bien compris très tôt que s'opérait alors une « désubjectivation » du patrimoine[13], opérant une scission entre les patrimoines et la personne. Cela est d'autant plus vrai s'agissant du patrimoine professionnel, qui n'existera que si la personne déploie une activité professionnelle, nous y reviendrons. Toujours est-il que cette désubjectivation objectivise la notion de patrimoine, qui devient une chose dont l'indépendance vis-à-vis de son auteur peut être étudiée, alors même que le droit français n'admet pas les patrimoines sans maître[14].

17. Distinction fondamentale entre indépendance des patrimoines et personnalité morale. Il faut ici évoquer cette idée de dépendance dans le cadre d'une personne morale. Rappelons qu'il y a une tension intrinsèque au droit des sociétés entre dépendance de la société vis-à-vis des associés et vie propre de la personne morale. Le droit des sociétés doit à la fois permettre la création d'une structure dont l'objectif est la satisfaction des intérêts privés de ses créateurs et garantir également le bon fonctionnement du groupement, parfois malgré les associés. Il y a donc une ambiguïté entre pouvoir des associés sur leur chose (dépendance) et résistance de celle-ci en tant que personne morale distincte dotée de mécanismes propres (indépendance).

18. Il est bien certain que cette dépendance se voit d'une manière maximale à la création de la société. La création d'une société unipersonnelle est l'unique fait de l'associé, comme l'était d'ailleurs celle d'une EIRL. Sa dissolution est la plupart du temps également sous la dépendance de l'associé unique[15], même si elle peut être entravée par des considérations économiques, par exemple le coût des licenciements. En revanche, sa vie se déroulera sous les contraintes classiques du droit des sociétés, à peine atténuées par le caractère unipersonnel de la société. Or le droit des sociétés ne reconnaît pas de maîtrise des associés sur la société. Sa gestion est intermédiée[16] et le pouvoir direct de l'associé sur la société est en réalité assez incertain en droit des sociétés. Il est parfois très nettement présent (l'associé seul décidera de la distribution de dividendes) et parfois plus évanescent. En témoignent toutes les ambiguïtés de la notion de contrôle, à laquelle on a recours pour ne pas dire que l'associé a un pouvoir direct sur les affaires sociales, tout en disant qu'il contrôle la société. En témoigne également la responsabilité limitée de l'associé vis-à-vis des tiers à la société, qui serait insupportable si l'on admettait que la société est sous sa totale dépendance.

19. Dépendance lors de la création et la disparition des patrimoines. Si l'on revient à la stricte notion de patrimoine, sans que soit créée une personne morale, les choses peuvent paraître claires. Le patrimoine personnel est créé par la naissance de la personne et disparaîtra à sa mort ; il est donc sous la dépendance, *volens nolens*, de la personne. Le patrimoine professionnel est, lui, dans une configuration très différente. La création de ce dernier ne dépend plus, comme aux temps de l'EIRL, d'un acte juridique particulier (la

13. T. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », préc.

14. Sur les patrimoines sans maitre consacrés en droit québécois : M. Cantin-Cumyn, « La fiducie du Québec, un modèle inimitable ? », *in Trust et Fiducie : concurrents ou compléments,* Actes du Colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007, Academy & Finance, Genève, 2008, p. 87 ; C. Morin, « Les patrimoines affectés en droit québécois : fiducie et droit des successions », *in* J. Julien et M. Rebourg (dir.), *Les patrimoines affectés,* LGDJ, 2013, p. 108 ; M. Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust en droit civil dans la province de Québec*, Wilson et Lafleur, 1936, spéc. p. 138 ; J. Beaulne, *Droit des fiducies*, 2e éd., Wilson et Lafleur, 2005, n° 31 et s., p. 24 et s.

15. On remarque cependant que, pour les sociétés pluripersonnelles, les choses sont beaucoup moins claires. Ainsi la jurisprudence a-t-elle pu considérer que s'opposer à la prorogation d'une société pouvait être abusif (Civ. 3e, 7 déc. 2023, n° 22-18.665, *Rev. sociétés* 2024, p. 305, note N. Jullian ; *BJS* févr. 2024, n° BJS202s2, note J.-F. Barbièri ; *Dr. sociétés* 2024, comm. 44, note R. Mortier). Voilà donc une société qui échappe à ce que les associés avaient originellement prévu. Certes, on peut évoquer que la loi de la majorité règne, mais il n'empêche que déclarer le refus de proroger abusif est assez révélateur du fait que l'associé peut perdre sa maîtrise sur ce qui était prévu.

16. Bien sûr, la plupart du temps, l'associé unique est également représentant de la société. Il y a cependant de nombreux cas où existe une dissociation (les sociétés unipersonnelles de fonctionnaire) et, formellement, les deux qualités restent bien distinctes.

déclaration d'affectation). Au contraire, l'apparition du patrimoine professionnel résulte d'un fait juridique : le développement d'une activité professionnelle. Si sa création relève évidemment de la volonté, l'intention première n'était pas de créer ce patrimoine[17]. Il en va de même de la disparition du patrimoine, qui sera une conséquence automatique de la cessation d'activité[18]. En d'autres termes, l'existence du patrimoine professionnel est sous la dépendance complète de la volonté entrepreneuriale de son titulaire. Un autre symptôme de la dépendance du patrimoine professionnel est la possibilité – extrêmement hasardeuse – de transmettre l'intégralité du patrimoine, ce qui n'était possible auparavant qu'en matière sociétaire.

20. Dépendance concernant la composition des patrimoines. Beaucoup a été dit s'agissant de la composition des patrimoines. Le législateur a voulu un système (trop) simple et décidé que tous les biens, droits, obligations et sûretés[19] dont l'entrepreneur est titulaire et « qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes » constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel[20]. Il existe également un système présomptif à l'article R. 526-26, II du code de commerce car tous les biens inscrits en comptabilité pour les entrepreneurs soumis à l'obligation d'en tenir une sont présumés faire partie du patrimoine professionnel.

21. En résulte une question simple : la volonté de l'entrepreneur a-t-elle sa place dans la délimitation des contours du patrimoine professionnel ? Il y a en réalité deux conceptions de l'utilité, objective et subjective. Dans la conception objective, un bien serait inclus dans le patrimoine professionnel alors même que l'entrepreneur ne le pense pas utile (ou n'y a jamais réfléchi). On pense à l'ordinateur personnel, qui pourrait être utile pour l'activité professionnelle même si l'entrepreneur ne s'en sert pas. De manière plus factuelle, si la personne n'a qu'une seule perceuse et développe une activité qui la requerra à coup sûr, mais pas forcément immédiatement (par exemple la plomberie), le bien est-il utile ? L'idée que le patrimoine professionnel doit comprendre les biens professionnels la voudrait sans doute. Il reste que cela nierait la volonté de l'entrepreneur et donc établirait une certaine indépendance entre sa personne et les éléments de son patrimoine.

22. À ce titre, l'article R. 526-26 du code de commerce emploie une formule ambiguë en précisant que les biens concernés sont ceux qui « par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent à cette activité ». Les biens utiles par nature étaient définis, dans le cadre de l'EIRL[21], comme ceux qui « ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité »[22], ce qui restreint clairement le champ (l'ordinateur n'en est pas un, et peut-être pas la perceuse). La catégorie la plus litigieuse est celle des biens utiles « par destination ». On considère alors généralement que c'est la volonté de l'entrepreneur qui réalise cette affectation[23] ; c'est de plus le raisonnement adopté en droit des biens par principe : l'immeuble par destination ne devenant immeuble que lors de son immobilisation. De la sorte, dès la première utilisation effective au service de l'entreprise, le bien sort du patrimoine personnel pour intégrer le professionnel, là

17. Relevons qu'encore de nos jours, de nombreux entrepreneurs ignorent la création de ce patrimoine, ce qui correspond au but de la loi qui était de protéger les entrepreneurs par devers eux.
18. C. com., art. L. 526-22, al. 9.
19. La formule peut surprendre mais avait déjà été utilisée s'agissant du patrimoine fiduciaire et de l'EIRL.
20. C. com., art. L. 526-22, al. 3.
21. Il n'est pas certain que l'on puisse transposer cette catégorie car l'article R. 526-3-1 du code de commerce reliait cette catégorie à la notion de bien nécessaire, propre à l'EIRL. On peut cependant considérer que la transposition est possible (en ce sens J.-F. Hamelin et N. Jullian, *op. cit.*, nº 86).
22. C. com., art. R. 526-3-1.
23. J.-F. Hamelin et N. Jullian, *op. cit.*, nº 87 : « le critère de l'utilité par destination tient compte de la volonté de l'entrepreneur d'affecter tel ou tel bien à son patrimoine professionnel (dimension subjective), laquelle devrait se traduire par une utilisation effective du bien pour l'exercice de son activité professionnelle (dimension objective) ». Dans le même sens T. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », préc. : « L'entrepreneur reste donc le maître de la composition de ses patrimoines *via* la maîtrise de la composition de son entreprise puisqu'il choisit les biens qu'il utilise pour son activité professionnelle. Mais tout moyen de production concrètement utilisé par l'entrepreneur pour l'exercice de son activité intègre son entreprise, cette dimension objective étant indispensable à la connaissance, par les créanciers, de l'assiette de leur droit de gage ».

encore sans que l'entrepreneur en soit bien conscient.

23. Le problème devient encore plus aigu lorsqu'il s'agit d'aborder les biens inscrits en comptabilité. Sans entrer ici dans des considérations techniques, les biens dédiés à l'activité entreprise n'ont pas nécessairement à entrer en comptabilité, alors même qu'ils lui sont utiles et donc font partie du patrimoine professionnel. Il y a par conséquent un hiatus entre la liberté d'affectation comptable et la nécessaire inclusion des biens utiles dans le patrimoine professionnel.

24. Conclusion sur l'indépendance des patrimoines par rapport à la personne – faut-il aller jusqu'à la proto-personnalité ? Le patrimoine professionnel reste extrêmement dépendant de la personne qui l'a créé, nonobstant le fait que, parfois, l'utilité ne dépende pas réellement de la volonté de la personne. Il y a ainsi une très grande différence avec le droit des sociétés. Il faut s'en souvenir car il existe une certaine tentation de personnification des groupements de biens[24], dont le patrimoine professionnel ne serait qu'un des avatars. Les avantages seraient ceux bien connus des sociétés, notamment une sécurité juridique accrue pour le fonctionnement du groupement et, dans une certaine mesure, une diminution des pouvoirs du constituant, ce qui est de nature à rassurer certains créanciers. Veut-on vraiment cela ? Il est possible en réalité de voir dans le patrimoine professionnel moins une masse de biens au sens d'un groupement de biens organisé qu'un regroupement de biens bénéficiant d'une insaisissabilité particulière. L'accent est alors mis davantage sur le côté « voies d'exécution empêchées » que sur le côté « reconnaissance d'une véritable universalité ». Il est vrai que les termes de la loi ne vont pas dans ce sens et font davantage penser à l'érection d'un groupement de biens particulier. Mais si l'on veut vraiment que l'entrepreneur garde la maîtrise de son patrimoine professionnel (et la promotion de l'entrepreneuriat, qui était un des buts de la loi, passe sans doute par-là), il vaut peut-être mieux ne pas trop le personnifier.

II. L'indépendance des patrimoines personnel et professionnel entre eux

25. Idée d'indépendance des deux patrimoines. Ici, l'indépendance peut paraître encore nébuleuse, car que signifie qu'un patrimoine soit sous la dépendance de l'autre ? Il y a deux manières de voir la situation des patrimoines professionnel et personnel au lendemain de la loi du 14 février 2022. Dans une première conception, les deux patrimoines seraient d'un rang égal, coexistant l'un à côté de l'autre, répondant chacun à des créanciers distincts mais que rien ne différencierait ontologiquement. On aurait donc consacré deux vrais patrimoines sans qu'aucun ne soit supérieur à l'autre. Une autre vision conduirait au contraire à admettre que les deux patrimoines ne sont nullement égaux. L'un procéderait de l'autre et lui serait en partie assujetti. Il y aurait en quelque sorte un patrimoine « senior » et un patrimoine « junior ». Bien entendu, comme le patrimoine personnel ne peut qu'exister et est toujours premier temporellement, le rôle de patrimoine en surplomb lui serait d'office attribué. Il nous semble que cette deuxième conception est la bonne, en raison de ce que nous allons exposer.

26. La primauté du patrimoine personnel lors de la création du patrimoine professionnel. Il est absolument évident que la création du patrimoine professionnel est sous la dépendance du patrimoine personnel. Le patrimoine professionnel n'advient pas armé et casqué mais tire ses éléments de manière obligatoire du patrimoine personnel. Ce n'est que lorsque les biens, droits, obligations et sûretés personnelles sont frappés du sceau de l'utilité qu'ils quittent le premier bassin pour rejoindre celui situé en contrebas. Cela ne signifie nullement que le bassin versant reste le plus garni. À l'inverse, il ne reste souvent dans le patrimoine personnel que bien peu, le patrimoine professionnel recueillant beaucoup. Il n'empêche que la constitution de ce dernier est sous la dépendance du patrimoine personnel.

24. V. dernièrement J. Laurent, « Loi n° 2026-248 du 7 avril 2026 : la personnification de l'indivision se poursuit », *D.* 2026, p. 908.

27. La primauté du patrimoine personnel lors de la vie du patrimoine professionnel. La question est ici plus délicate. On peut déceler trois formes de dépendance du patrimoine professionnel à l'égard du personnel.

28. La première tient à ce qu'il n'est possible de garantir les dettes pesant sur l'un avec les biens de l'autre que dans un seul sens. S'il est en effet envisageable de garantir les dettes du patrimoine professionnel avec les biens du patrimoine personnel, l'inverse ne semble pas possible[25]. Cette hystérésis n'a pourtant pas grand sens, car vaut-il mieux sacrifier les créanciers personnels sur l'autel de l'entreprise ou ceux de l'entreprise au profit de la famille ? Bien malin celui pouvant apporter une réponse définitive à la question mais cela révèle à notre sens que le patrimoine personnel est conçu comme le patrimoine de réserve ou de référence, celui devant abonder le professionnel en cas de difficulté.

29. La deuxième est le fait que les créanciers personnels peuvent appréhender les revenus bénéficiaires du patrimoine professionnel en cas d'insuffisance du patrimoine personnel[26]. La logique est ici différente : si le patrimoine personnel peut bien servir de garantie à l'activité professionnelle, en revanche les sommes engendrées ont vocation à soutenir la vie privée. Il y a derrière l'idée un peu morale que l'activité professionnelle ne doit pas être une fin en soi, mais profiter utilement à des considérations plus nobles. Ajoutons que l'activité professionnelle est souvent la seule pourvoyeuse de fonds pour le patrimoine personnel, dont il serait sinon facile de couper la manne.

30. La troisième est la plus incertaine et concerne la délicate question de la subrogation à l'intérieur d'un patrimoine. L'interrogation peut se poser ainsi : l'entrepreneur achète un bien utile à son activité professionnelle. Celui-ci intègre-t-il d'abord le patrimoine personnel pour passer immédiatement après dans le patrimoine professionnel ou rejoint-il directement le patrimoine professionnel ? Elle se pose avec d'autant plus d'acuité quand l'achat est fait par remploi de sommes gagnées grâce à l'activité professionnelle, voire individualisées sur un compte professionnel[27] (dans un tel cas, les fonds sont plus ou moins réputés[28] être utiles à l'activité). De deux choses l'une : soit l'on considère qu'il peut y avoir subrogation dans un même patrimoine et cela plaiderait alors pour le fait que le patrimoine professionnel soit un véritable patrimoine, d'un rang équivalent au patrimoine personnel ; soit l'on considère que le bien passe nécessairement par le patrimoine personnel, cela indiquerait que le patrimoine professionnel ne soit en réalité qu'une insaisissabilité (le bien intègre le patrimoine personnel puis est déclaré immédiatement insaisissable par les créanciers personnels). La question n'est pas tranchée à l'heure actuelle, mais il n'est pas impossible de penser que le patrimoine personnel est un passage obligé pour tous les biens.

31. La primauté du patrimoine personnel lors de la disparition du patrimoine professionnel. Ici, les choses sont plus évidentes. Le patrimoine personnel subsiste là où le patrimoine professionnel disparaît. Pire encore, en cas de décès ou de cessation d'activité, le patrimoine professionnel réintègre le patrimoine personnel, alors que l'on aurait pu envisager une liquidation du patrimoine professionnel. La solution est unanimement décriée en ce qu'elle fait peser les dettes professionnelles sur le patrimoine personnel au pire moment. Là encore, cela reflète le fait que le patrimoine professionnel n'est vu que comme une excroissance du patrimoine person-

25. La loi ne l'affirme pas expressément mais on considère généralement que tel est le cas : T. Revet, « La désubjectivation du patrimoine », préc., spéc. n° 26. V. égal. R. Mortier, « Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », *Dr. sociétés* 2022, étude 6, spéc. n° 17. V. égal. B. Dondero, « Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) ! », *Rev. sociétés* 2022, p. 199. Une foire aux questions officielle tranche aussi dans ce sens (Entrepreneur individuel : les patrimoines professionnel et personnel sont-ils séparés ?, 13 févr. 2023 : https://entreprendre.service-public.fr/vosdroits/F36354), cependant sa légitimité peut être discutée : J.-B. Barbièri, « Droit souple, foire aux questions et entreprise individuelle », *D.* 2023, p. 850.

26. C. com., art. L. 526-22, al. 7 : « si le patrimoine personnel est insuffisant, le droit de gage général des créanciers peut s'exercer sur le patrimoine professionnel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos ».

27. Ce qui est censé être le cas…

28. Les choses ne sont pas simples car l'art. R. 526-26, I, 5° du code de commerce vise « les sommes inscrites aux comptes bancaires dédiés à cette activité » comme exemple de bien utile. Cependant, à l'inverse du II du même article édictant une présomption, le I ne procède qu'en donnant des exemples et on peut donc se demander quelle est la portée exacte de ses assertions.

nel, ayant vocation à se résorber dès qu'il n'est plus utile.

32. Seul contre-exemple : les procédures collectives. À notre connaissance, la seule occurrence où le patrimoine professionnel prime le patrimoine personnel et lui impose ses règles est lors des procédures collectives. En effet, le principe est que dès lors qu'une procédure du livre VI ou de surendettement est demandée à l'égard d'un entrepreneur individuel, c'est le tribunal du livre VI qui est compétent pour traiter de la question[29]. Ce n'est que dans un second temps que les procédures pourront être scindées en fonction du patrimoine considéré et encore, souvent, ne sera-ce pas le cas car il faut que « la distinction des patrimoines professionnel et personnel [ait] été strictement respectée »[30], condition laissant songeur. En quelque sorte, le professionnel tient le personnel en l'état. Cela est cependant absolument normal et tient au fait que les procédures du livre VI sont infiniment plus détaillées et abouties que celles de surendettement. La primauté du patrimoine professionnel est donc justifiée ici par des considérations techniques.

33. Conclusion sur l'indépendance des patrimoines professionnel et personnel entre eux. Les choses sont ici très nettes, le patrimoine professionnel est vu comme largement subordonné au patrimoine personnel, même s'il faudrait éclaircir la question de la subrogation.

34. Conclusion générale. La conclusion semble être pour l'heure que le patrimoine professionnel est très loin d'une indépendance qui le rapprocherait, ne serait-ce qu'un peu, de la technique sociétaire. Il est sous la double dépendance de la personne et du patrimoine personnel, ce qui n'est pas tellement surprenant quand l'on considère que l'activité professionnelle reste toujours accessoire et jamais obligatoire. Si l'on veut pousser l'idée du patrimoine professionnel comme groupement autonome, il faudrait repenser cette articulation.

29. C. com., art. L. 681-1 : « Toute demande d'ouverture d'une procédure prévue aux titres II à IV du présent livre ou d'une procédure de surendettement prévue au livre VII du code de la consommation à l'égard d'un entrepreneur individuel relevant du statut défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V du présent code est portée devant le tribunal compétent pour connaître des procédures prévues aux titres II à IV du présent livre ».

30. C. com., art. L. 681-2, IV.

Dossier
L'indépendance

Le principe dit de l'indépendance des procédures pénale et fiscale

Stéphane Detraz
Maître de conférences à l'Université Paris-Saclay, faculté Jean Monnet, Institut Droit Éthique Patrimoine (IDEP)

1. Pour désigner les relations qu'entretiennent la procédure pénale et la procédure fiscale, la doctrine[1] fait état d'un « principe d'indépendance » des procédures fiscale et pénale. Elle est *a priori* parfaitement fondée à le faire puisque, depuis longtemps[2], la jurisprudence judiciaire considère qu'« il est de principe que les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, et la procédure administrative tendant à la fixation de l'assiette et de l'étendue des impositions sont, par leur nature et par leur objet, différentes et indépendantes l'une de l'autre »[3]. De ce principe sont d'ailleurs ostensiblement tirées plusieurs conséquences (le juge pénal se prononce lui-même sur les aspects fiscaux de l'affaire[4], n'a pas à surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge de l'impôt[5], n'est pas non plus tenu de se conformer à cette décision[6] faute d'autorité de la chose jugée au fiscal sur le pénal[7], n'est pas *a fortiori* soumis aux conclusions des agents du fisc[8], etc.), auxquelles s'ajoutent des solutions qui, sans être formellement rattachées audit principe, en constituent néanmoins en substance des émanations (inapplication de la procédure d'avis de la Commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires[9], indifférence à la procédure de l'abus de droit[10], etc.).

2. L'ensemble donne à voir une indépendance des procédures pénale et fiscale – réciproque mais formulée à titre principal au profit de la première – qui, si l'on en généralise les manifestations éparses, présente trois aspects. Premièrement, les règles gouvernant l'une des procédures ne sont pas affectées par celles de l'autre procédure. C'est ainsi que la caractérisation du délit de

1. V. par ex. C. Wassermann et Ch. Prats, « Vers la fin de l'indépendance des procédures fiscales et judiciaires ? », *JCP G* 2014, p. 574 ; R. Bousta, « De la créativité du juge : l'exemple de l'indépendance des procédures fiscale et pénale », *Dr. fisc*. 2011, p. 130 ; M. Sieraczek, « L'indépendance des procédures pénale et fiscale : un principe prétorien contestable », *Dr. fisc*. 2007, p. 1039.
2. Crim., 9 avr. 1970, n° 68-92.282, *Bull. crim.*, n° 114.
3. V. not. Crim., 30 mars 2016, n° 16-90.005 QPC, *Bull. crim.*, n° 114 et n° 16-90.001 QPC, *Bull. crim.*, n° 113.
4. Crim., 9 mai 1977, n° 76-92.119, *Bull. crim.*, n° 160.
5. Crim., 3 déc. 2014, n° 14-90.040 QPC.
6. Crim., 20 juin 1983, n° 82-92.593, *Bull. crim.*, n° 189.
7. Crim., 13 juin 2012, n° 11-84.092.
8. Crim., 12 mai 1976, n° 75-91.792, *Bull. crim.*, n° 154, il ne peut dès lors s'en remettre aveuglément à celles-ci.
9. Crim., 26 oct. 1995, n° 94-82.956, *Bull. crim.*, n° 327.
10. Crim., 13 juin 1996, n° 95-83.386, *Bull. crim.*, n° 253.

fraude fiscale obéit au régime de la preuve pénale (en l'occurrence les principes de présomption d'innocence et de liberté des moyens de preuve), et non pas à celui de la preuve fiscale[11]. Deuxièmement, les actes accomplis au sein de l'une des procédures n'affectent pas le cours de l'autre procédure. Il est possible, par exemple, de poursuivre et de condamner pénalement un contribuable ayant fait l'objet d'un contrôle fiscal entaché de nullité[12], ayant été sanctionné d'une majoration par l'Administration fiscale[13] ou contestant cette sanction devant le juge de l'impôt[14]. Troisièmement, la liberté d'appréciation du juge saisi de l'une des procédures n'est pas entamée par ce qui est accompli ou décidé dans l'autre procédure. Tout particulièrement, le juge pénal a la possibilité d'entrer en voie de condamnation à l'encontre d'un prévenu déchargé de l'impôt par son homologue fiscal[15].

3. Cependant, l'existence d'un « principe » d'indépendance des procédures pénale et fiscale peut être mise en doute, à deux égards. En premier lieu, un tel principe n'existe techniquement que si, pour régler les rapports entre les deux procédures, c'est bien l'indépendance qui doit être retenue par principe, c'est-à-dire dans tous les cas où il n'y est pas dérogé par une disposition particulière. Or, la jurisprudence ne recourt pas au principe en question chaque fois que de telles questions se posent : il n'en va ainsi que sporadiquement. Le principe n'a d'ailleurs pas d'assise textuelle, ce qui le rend fragile et malléable en raison du flou affectant conséquemment ses conditions d'application et ses effets : il est comme l'excroissance et le point de convergence d'autres principes (ceux de la plénitude de compétences des juridictions pénales[16], de la liberté de la preuve pénale[17], etc.) et peut péniblement se prévaloir, le cas échéant, de l'absence de textes contraires. De surcroît, l'embryon d'argumentation qui en accompagne la formulation jurisprudentielle (« par leur nature et par leur objet, différentes et indépendantes l'une de l'autre ») n'est pas pleinement convaincant. Il a certes pour mérite de distinguer la différence de l'indépendance. La différence, en effet, est le préalable à l'éventuelle indépendance : c'est parce que la procédure pénale (qui vise à « réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt ») est différente de la procédure fiscale (qui a pour objet « la fixation de l'assiette et de l'étendue des impositions ») qu'il est nécessaire de déterminer si les deux sont ou non indépendantes. Mais, d'une part, cette différence est partielle, s'agissant de l'« objet » (puisque la soumission à l'impôt est aussi un élément déterminant en droit pénal), et relative, s'agissant de la « nature » (car la procédure fiscale sert également à l'application des pénalités administratives à caractère répressif). D'autre part, ainsi qu'il vient d'être dit, la différence d'objet et de nature n'explique pas pourquoi les deux procédures doivent être indépendantes, à moins de poser un principe très général, en droit, selon lequel des procédures différentes sont par là même indépendantes. L'on ajoutera que la Cour de cassation s'abstient de définir l'indépendance, ce qui lui permet, tout en maintenant le jeu du principe, d'admettre des solutions qui se concilient mal avec celle-ci. Ainsi de l'utilisation, par le juge pénal, à titre de renseignements[18], des résultats et évaluations issus des procédures administratives de contrôle[19].

4. En deuxième lieu, précisément, les exceptions et atténuations affectant le principe d'indépendance sont devenues si nombreuses que, au fond, elles rendent désormais mieux compte des rapports établis entre la procédure pénale et la procédure fiscale, empreints qu'ils sont d'interdépendance et d'interférence. L'on sera par exemple peu convaincu que ces deux procédures soient placées sous le sceau de l'indépendance en voyant l'Administration fiscale se fonder sur les pièces saisies lors d'une perquisition pénale

11. Crim., 20 juin 1983, nº 82-92.593, *Bull. crim.*, nº 189. *Adde* Crim., 13 juin 1996, nº 95-83.386, *Bull. crim.*, nº 253.
12. V. *infra*, nº 25. Rappr. Crim., 5 juin 2002, nº 00-87.901, *Bull. crim.*, nº 128.
13. Crim., 11 déc. 1997, nº 96-85.372.
14. Crim., 3 déc. 2014, nº 14-90.040 QPC.
15. Crim., 9 avr. 1970, nº 68-92.282, préc.
16. Rappr. Crim., 9 mai 1977, nº 76-92.119, *Bull. crim.*, nº 160.
17. Rappr. Crim., 20 juin 1983, nº 82-92.593, *Bull. crim.*, nº 189.
18. Crim., 11 oct. 1982, nº 81-94.702, *Bull. crim.*, nº 209.
19. Crim., 11 oct. 1982, nº 81-94.702, *Bull. crim.*, nº 209 ; Crim., 12 mai 1976, nº 75-91.792, *Bull. crim.*, nº 154.

dont elle a demandé la communication, et le juge de l'impôt invalider la procédure d'imposition ainsi mise en œuvre au motif que ladite perquisition a, entre temps, été annulée par la juridiction répressive[20]. La même circonspection sera de mise à la vue d'un ministère public destinataire des documents saisis lors d'une visite domiciliaire fiscale et d'un juge pénal inapte à se prononcer lui-même sur l'irrégularité éventuelle d'une telle opération, dont il doit néanmoins tenir compte en cas d'invalidation par un autre juge[21].

5. À la vérité, donc, c'est l'enchevêtrement qui caractérise le mieux les relations entre la procédure pénale et la procédure fiscale : l'indépendance, elle, ne vient se loger que dans les interstices du réseau ainsi créé. L'on peut toutefois, instruit des exemples susmentionnés, tempérer le propos, en donnant à l'indépendance des arêtes plus vives. En effet, l'indépendance peut être distinguée de l'ignorance : si deux procédures s'ignorent complètement l'une l'autre, en ce qu'elles ne se rencontrent jamais, les qualifier d'« indépendantes » n'a guère de sens. Il est préférable de réserver ce terme à l'hypothèse où, à l'inverse, deux procédures sont appelées à se rejoindre, à échanger ou à tout le moins à partager des éléments de droit ou de fait. Les liens ainsi tissés entre les deux procédures ne contredisent pas alors l'indépendance, mais en constituent au contraire le terreau éventuel. Soit par exemple la possibilité, pour les autorités chargées de chacune des procédures, de se faire remettre les moyens de preuve issus de l'autre procédure : une telle faculté ne signifie pas que les deux procédures soient dépendantes l'une de l'autre ; le manque d'indépendance ne se vérifiera que si le régime applicable à cette communication et à ses suites bride la liberté des autorités chargées de la procédure hôte (il sera par exemple interdit au juge pénal d'apprécier la valeur probante des pièces saisies). Une telle conception de l'indépendance est cependant difficile à manier, car elle oblige à distinguer, d'un côté, les « contacts » entre les procédures qui sont le préalable nécessaire à leur potentielle indépendance et, de l'autre, les absences de « contact » (intrusion, contamination, influence, etc.) qui sont à l'inverse les manifestations de cette indépendance.

6. Aussi bien peut-on se faire une autre idée de l'indépendance : une procédure est indépendante d'une autre si elle peut être mise en œuvre (engagée, conduite, menée à terme) sans rien nécessiter de cette autre procédure, à la marche de laquelle elle n'est donc pas « suspendue ». Il est indifférent, alors, que les deux procédures puissent s'entremêler, l'important étant l'autonomie avec laquelle la procédure examinée peut se développer. Mais, derechef, des difficultés d'analyse apparaissent si l'on retient cette conception : *quid* de l'hypothèse dans laquelle un élément d'une procédure n'est pas indispensable à l'autre mais s'avère malgré tout, en droit ou en fait, déterminant de l'ouverture ou de l'issue de celle-ci ? Si, par exemple, une vérification de comptabilité est la source première des indices utilisés puis enrichis par l'autorité judiciaire, peut-on dire que les poursuites pénales en soient indépendantes ?

7. Fort heureusement, à la vérité, il n'y a pas d'intérêt à chercher à qualifier *in globo* les rapports de la procédure pénale et de la procédure fiscale, de même qu'il est vain de dégager un principe d'indépendance si, comme il apparaît, ce dernier peut céder de manière aléatoire et qu'il risque en outre, par le terme qu'il véhicule, de donner une image faussée ou tronquée de ces relations. Il apparaît en effet plus pertinent d'observer que la procédure pénale est structurellement tributaire de la procédure fiscale, tandis que l'inverse n'est pas vrai (I). Cette dépendance structurelle n'exclut pas l'existence d'îlots d'indépendance, mais dont le nombre et les contours ont été notablement réduits dans la période contemporaine, de manière à assurer l'harmonie des procédures pénale et fiscale (II).

I. L'enracinement de la procédure pénale dans la procédure fiscale

8. À la simple lecture de l'article 1741 du code général des impôts, il semble qu'une condamnation du chef de fraude fiscale ne nécessite nullement le soutien de la procédure fiscale. En effet,

20. Rappr. CE, 15 avr. 2015, n° 373269.
21. Crim., 10 sept. 2025, n° 24-86.618.

tout au sein de la procédure pénale, de l'ouverture de l'enquête policière au prononcé du jugement, pourrait se dérouler indépendamment de l'engagement et de l'avancée de la procédure fiscale. Il ne serait pas même nécessaire que l'impôt fraudé soit effectivement établi par l'Administration fiscale : le juge pénal pourrait s'assurer par ses propres moyens, au vu des éléments du dossier, que le prévenu y fût légalement soumis. Conséquemment, il n'importerait que l'Administration fiscale ou le juge de l'impôt aient réalisé tel ou tel acte ou pris telle ou telle décision, tout cela étant négligeable pour l'engagement, le cours et l'issue des poursuites. Or, la jurisprudence valide en apparence une telle indépendance lorsqu'elle affirme, en des termes généraux, qu'« il est de principe que les poursuites pénales du chef de fraude fiscale, qui visent à réprimer des comportements délictueux tendant à la soustraction à l'impôt, et la procédure administrative tendant à la fixation de l'assiette et de l'étendue des impositions sont, par leur nature et par leur objet, différentes et indépendantes l'une de l'autre »[22].

9. Cependant, le législateur tient à première vue un tout autre discours. En effet, en matière de fraude fiscale, l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales soumet la mise en mouvement de l'action publique, par le ministère public, à l'intervention primordiale de l'Administration fiscale, qui prend la forme soit d'une plainte[23], soit d'une dénonciation. La jurisprudence amplifie une telle subordination en considérant que ces préalables administratifs sont également nécessaires aux fins d'ouverture d'une simple enquête de police[24]. La procédure pénale s'avère donc radicalement dépendante, puisqu'elle ne peut s'ébranler qu'après que l'Administration fiscale (et, avant celle-ci, la Commission des infractions fiscales et le ministre du Budget[25]) s'est emparée de l'affaire. Toutefois, ces formalités préalables, quoique organiquement administratives à raison de la qualité de leurs auteurs, ne relèvent pas de la procédure fiscale : leur objet, et donc aussi leur nature, est pénal[26]. Le Tribunal des conflits juge ainsi qu'elles « ne sont pas détachables » de l'action publique, de sorte qu'il s'agit en réalité d'accessoires, voire de composantes, de la procédure pénale, dont la régularité ne peut dès lors être examinée que par les juridictions judiciaires[27].

10. Pour autant, la nécessité que l'Administration porte plainte ou dénonce les faits entraîne bien, en amont, une dépendance, plus ou moins marquée, de la procédure pénale à la procédure fiscale. En effet, aux termes de l'article L. 228, I, la dénonciation ne peut être opérée qu'à propos des faits de fraude que l'Administration a « examinés dans le cadre de son pouvoir de contrôle prévu à l'article L. 10 » et qui ont « conduit à l'application » d'une majoration. Elle est ainsi triplement conditionnée à la mise en œuvre fructueuse de la procédure fiscale : il faut qu'un contrôle fiscal ait été opéré, que l'imposition ait été établie et que la majoration fiscale, qui est proportionnelle aux droits dus, ait été effectivement appliquée. L'on ne saurait mieux assujettir la procédure pénale à la procédure fiscale. Dans le cas de la plainte, une telle dépendance paraît en revanche absente, puisque l'article L. 228, II, n'exige formellement ni contrôle fiscal, ni sanction fiscale, et semble même ne pas impliquer que l'impôt ait été établi par l'Administration. Mais elle est à la vérité sous-jacente. En effet, lorsqu'il est question de recourir, d'une part, à la procédure de la plainte sur avis conforme, le ministre du Budget doit présenter à la Commission des infractions fiscales les éléments susceptibles de convaincre cette dernière de la légalité et de l'opportunité des poursuites pénales envisagées[28], sans quoi cette commission ne pourra émettre un avis favorable. S'il s'agit, d'autre part, de la procédure de la plainte d'office, l'Administration fiscale doit faire valoir des « présomptions caractérisées qu'une infraction fiscale a été commise pour laquelle existe un risque de dépé-

22. V. not. Crim., 30 mars 2016, nº 16-90.005 QPC et nº 16-90.001 QPC, préc.
23. Crim., 4 févr. 1991, nº 90-81.058, *Bull. crim.*, nº 56 ; Crim., 15 déc. 1987, nº 87-83.475, *Bull. crim.*, nº 465.
24. Crim., 17 nov. 2004, nº 04-80.855, *Bull. crim.*, nº 290.
25. Dans la procédure de la plainte sur avis conforme (LPF, art. L. 228, II, al. 1er), le dépôt de plainte n'est possible que si la Commission des infractions fiscales, que seul le ministre peut saisir, émet un avis favorable.
26. Mais le dépôt de plainte peut produire des effets fiscaux (LPF, art. L. 187 et L. 188 B).
27. T. conf., 19 déc. 1988, nº 02548. *Adde* CE, 26 juill. 1991, nº 79837 ; Crim., 15 mai 1995, nº 93-85.565.
28. Crim., 22 févr. 2017, nº 14-82.526, *Bull. crim.*, nº 49.

rissement des preuves ». Dans les deux hypothèses, l'on imagine donc mal que, à tout le moins, des opérations de contrôle fiscal ou d'enquête fiscale n'aient pas d'ores et déjà été réalisées, qui mettent l'Administration en mesure de satisfaire aux exigences précitées. Néanmoins, il n'est pas exclu, surtout dans la seconde hypothèse[29], que les éléments de preuve proviennent originellement d'une enquête policière ou d'une instruction préparatoire, menées à propos de faits connexes (abus de biens sociaux, travail dissimulé, trafic de stupéfiants, blanchiment de fraude fiscale) ou sur le fondement d'une qualification de droit commun (escroquerie).

11. Sous cette dernière réserve, il apparaît que la procédure pénale est très étroitement conditionnée à la bonne marche de la procédure fiscale, au point d'être atteinte d'une dépendance structurelle à l'égard de celle-ci. Une certaine latitude existe toutefois. En effet, depuis la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018, le ministère public peut agir « sans nouvelle plainte ou dénonciation » en cas de « découverte » d'autres faits de fraude fiscale imputables à un contribuable déjà visé par une plainte ou une dénonciation[30]. Cette souplesse aurait également pu être consacrée par le législateur dans l'hypothèse où, investiguant à propos d'une infraction de droit commun, l'autorité judiciaire mettrait au jour des agissements connexes constitutifs d'une fraude fiscale ; mais tel n'a pas été le cas. Certes, rien n'exclut, *de jure*, que la « découverte » précitée ait lieu dans un tel cadre, la personne mise en cause ne faisant alors parallèlement l'objet d'une plainte ou d'une dénonciation que par coïncidence. Mais il est à l'évidence plus probable, *de facto*, que les nouveaux faits de fraude soient au contraire mis au jour à l'occasion des opérations policières ou judiciaires réalisées sur le fondement de la plainte ou de la dénonciation préexistantes.

12. De son côté, la procédure fiscale ne se trouve pas dans la dépendance de la procédure pénale. La chose est naturelle s'agissant du principal de l'impôt – qui est logiquement dû même en l'absence de fraude – et de l'application de l'intérêt de retard – dont la finalité est indemnitaire et non pas punitive. Ainsi, à supposer qu'une enquête judiciaire ou que des poursuites soient en cours à propos de la même imposition, l'Administration fiscale peut continuer à œuvrer, après quoi le juge de l'impôt, s'il est saisi, n'a pas à surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction répressive[31]. L'indépendance se vérifie aussi, suivant le même schéma, à propos de l'application des majorations à caractère punitif. Tout particulièrement, il n'existe pas de système d'aiguillage, placé entre les mains du ministère public, qui interdirait à l'Administration ou au juge de l'impôt[32] de sanctionner le contribuable en cas de mise en œuvre de l'action publique : tout au contraire, ainsi qu'il a été vu, c'est à l'Administration que l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales accorde la préséance.

13. La procédure fiscale n'est cependant pas exempte de toute influence, parfois décisive, de la procédure pénale. Tout d'abord, en fait, il se peut que ce soit l'autorité judiciaire qui, à l'occasion d'investigations accomplies au sujet d'infractions connexes, mette au jour les premiers indices d'une soustraction frauduleuse aux obligations fiscales, ou même les premiers éléments accréditant l'existence du fait générateur de l'impôt, sans lesquels l'Administration resterait durablement ou définitivement dans l'ignorance de la situation. Le droit de communication permet ainsi à cette dernière d'obtenir la remise des pièces et documents issus de la procédure pénale[33]. Ensuite, en droit, la loi et la jurisprudence ont noué des liens entre les deux procédures. C'est ainsi que l'autorité de la chose jugée

29. La procédure de la plainte d'office est *de facto* associée à celle de l'enquête judiciaire fiscale (C. proc. pén., art. 28-2), qui vise à recueillir, par les moyens de la procédure pénale, les preuves de la fraude suspectée, tandis que la procédure de la plainte sur avis conforme a vocation à s'appliquer lorsque les éléments constitutifs de la fraude sont déjà établis au terme des opérations de fraude fiscale.
30. LPF, art. L. 228, C.
31. Le sursis est laissé à l'appréciation des juges du fond (CE, 30 juill. 2010, n^{os} 316757 et 316758).
32. Sauf si, par application de la condition jurisprudentielle de proportionnalité, le montant de l'amende pénale d'ores et déjà prononcée atteint le maximum global autorisé (CE, 5 févr. 2024, n° 472284).
33. LPF, art. L. 101.

au pénal se déploie sur le fiscal : lorsque l'objet des affaires dont sont saisis les deux juges s'y prête, le juge de l'impôt a l'obligation de prendre en compte et de ne pas contredire le sens et les motifs nécessaires de la décision de jugement prononcée définitivement par le juge pénal[34]. Le cas échéant, les constatations de fait mises en exergue dans cette décision favoriseront la preuve du caractère imposable de la situation de la personne concernée (teneur de l'activité litigieuse, localisation de celle-ci, etc.) et du manquement, par cette dernière, à ses obligations fiscales. Dans le même sens, l'article 1649 *quater*-0 B *bis* du code général des impôts prévoit que, lorsqu'il résulte d'investigations, réalisées en application des articles 53, 75 ou 79 du code de procédure pénale, qu'une personne a eu la libre disposition d'un bien objet de certaines infractions (trafic de stupéfiants, etc.), cette personne est présumée, jusqu'à preuve contraire, avoir perçu un revenu imposable équivalent à la valeur vénale dudit bien[35].

14. Cette emprise de la procédure pénale sur la procédure fiscale demeure toutefois d'une portée limitée. Elle est sans comparaison avec l'ascendant inverse de la procédure fiscale sur la procédure pénale. Une telle dissymétrie reflète et entretient l'état de servilité dans lequel se trouve le droit pénal fiscal.

II. L'ajustement de la procédure pénale à la procédure fiscale

15. L'article 1741, alinéa 1er, du code général des impôts incrimine la fraude fiscale en définissant cette dernière comme le fait de « se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification ». À l'instar des infractions relevant d'autres domaines (l'environnement, l'urbanisme, etc.), le délit de fraude fiscale est donc de type « accessoire » : la soustraction à l'impôt n'est pénalement répréhensible que si elle est illicite au regard des règles du droit fiscal[36]. En matière fiscale, l'attachement du droit pénal à la matière normative sur laquelle il se greffe est plus fort que d'ordinaire : il affecte non seulement la condition préalable du délit (l'impôt fraudé), mais également la sanction à apporter à ce dernier. La loi, secondée, voire devancée, ou même outrepassée, par la jurisprudence, place conséquemment la procédure pénale dans l'ombre de la procédure fiscale, ne laissant à l'indépendance que de rares occasions de s'exprimer, lorsqu'elle ne contrarie pas l'économie générale des relations hiérarchiques entre les deux procédures.

16. L'objectif poursuivi par le législateur consiste, depuis toujours, à assurer l'harmonie entre le droit pénal et le droit fiscal, ainsi donc qu'entre leurs procédures respectives. Cette harmonie est obtenue, tout d'abord, et comme il vient d'être relevé, par une définition du délit de fraude fiscale qui ne permet pas de condamner la personne à qui, sur le plan fiscal, il n'y a rien à reprocher. Ensuite, puisque le droit fiscal comporte ses propres sanctions, l'harmonie suppose un usage raisonné de la répression pénale, laquelle s'exerce en principe après que la majoration a été appliquée par l'Administration. Cet équilibre recherché par le jeu de règles de fond doit alors être étayé, sur le plan procédural, par des relations adéquates entre les procédures concernées, dont l'indépendance ne peut par conséquent être la marque.

17. Il est vrai, néanmoins, que l'œuvre législative et jurisprudentielle n'est pas parfaite ; elle peut même confiner à la contradiction. Ainsi, en ce qui concerne, en premier lieu, la condition préalable de l'infraction, la Cour de cassation considère classiquement – par une solution qui demeure la règle de principe[37] – que le juge répressif peut, en vertu de sa plénitude de compétence, régler lui-même toutes les questions de droit fiscal qui se posent sur le plan pénal (interprétation des textes, caractérisation matérielle

34. CE, 14 oct. 2015, nº 360426.

35. Rappr. CGI, art. 1649 quater-0 B *ter*.

36. La loi n'incrimine donc pas la soustraction qui, bien que financièrement préjudiciable, et éventuellement moralement blâmable, est conforme à la loi fiscale (hypothèse de l'« optimisation », parfois dite « évasion », fiscale). Néanmoins, la loi fiscale elle-même repousse certaines habilités juridiques cherchant à éluder l'impôt, en ce qu'elles sont trop artificieuses (hypothèse de l'« abus de droit » par fraude à la loi), auquel cas la répression pénale peut de nouveau intervenir, puisqu'il existe alors une soustraction fiscalement « frauduleuse ».

37. Crim., 11 sept. 2019, nº 18-81.980.

des faits pertinents, qualification fiscale de ces faits, désignation du contribuable tenu à déclaration, etc.) et que, à ce titre, il lui est loisible de parvenir à des conclusions inverses de celles qu'a retenues le juge de l'impôt[38]. La conséquence en est qu'une personne qui est déchargée de l'impôt par le juge administratif ou civil peut, malgré tout, être poursuivie[39] et être reconnue coupable de soustraction frauduleuse à cet impôt par le juge pénal[40] ; et, inversement, qu'une personne jugée imposable au terme de la procédure fiscale peut être relaxée par le juge pénal si ce dernier estime qu'elle n'est pas en réalité soumise à l'impôt[41].

18. En second lieu, sur le plan de la sanction, l'article 1741, alinéa 1er, du code général des impôts punit la fraude fiscale en toute circonstance, qu'elle soit grave ou minime. Seule lui échappe, aux termes de son alinéa 3, la dissimulation de sommes imposables « n'excédant pas le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros », ce qui confirme que la fraude pénalement répréhensible peut être minuscule, malgré le fait que des pénalités fiscales soient déjà applicables. Pour autant, en surimpression, les dispositions procédurales précitées de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales viennent au contraire rendre la répression pénale aléatoire et contingente, en la réservant *de facto* aux affaires qui, aux yeux du ministre du Budget, de la Commission des infractions fiscales, de l'Administration fiscale ou du législateur, sont les plus significatives, c'est-à-dire celles pour lesquelles la soumission à l'impôt n'est pas douteuse et qui, par leur gravité, leur ampleur, leur complexité ou encore leur répétitivité appellent le jeu de la sanction pénale en plus de la pénalité fiscale. À défaut, la dénonciation ne s'imposera pas ou bien la plainte ne sera pas autorisée ou envisagée, et les faits n'auront donné lieu qu'à des pénalités fiscales. L'on comprend ainsi le soubassement substantiel du régime procédural porté à l'article L. 228 : il ne doit être recouru au droit pénal qu'en cas de stricte nécessité, si bien que la forme normale de répression de la fraude fiscale est la répression administrative. L'originalité (comparée, par exemple, au domaine boursier[42]) est que l'appréciation de cette stricte nécessité de la répression pénale est confiée à des autorités administratives, le ministère public – qui ne peut décider de poursuivre qu'*in fine*[43] – étant ainsi tributaire, au pire, de leur bon vouloir, au mieux, de leur sagacité.

19. Le Conseil constitutionnel[44] a jugé une telle répartition des rôles conforme à la Constitution – et tout particulièrement au principe (constitutionnalisé) de l'opportunité des poursuites – au motif que la fraude fiscale est un comportement dont la répression pénale, d'une part, peut légitimement appeler le regard expert de l'Administration et, d'autre part, n'est pas la seule possible : une majoration fiscale est applicable, de sorte que, même en l'absence de poursuites pénales, les agissements frauduleux sont sanctionnés. L'on peut ne pas être convaincu par cette argumentation, qui n'explique rien. Elle occulte d'ailleurs le fait que la fraude fiscale porte atteinte non seulement aux finances publiques, mais également à l'égalité devant l'impôt et aux politiques publiques (économiques, environnementales, sociales, etc.) dont le ressort incitatif ou dissuasif est l'impôt.

20. L'enracinement du droit pénal dans le droit fiscal ainsi que sa subsidiarité par rapport à la répression fiscale ont en outre été exacerbés par le Conseil constitutionnel au moyen de deux réserves d'interprétation, touchant à la fois au

38. Crim., 9 avr. 1970, nº 68-92.282, préc.
39. Crim., 18 nov. 1976, nº 75-92.805, *Bull. crim.*, nº 332.
40. Crim., 24 oct. 2012, nº 11-87.316 ; Crim., 13 juin 2012, nº 11-84.092.
41. V. T. conf., 2 déc. 2024, nº C4328, excluant tout déni de justice en pareil cas.
42. C. mon. fin., art. L. 465-3-6.
43. L'Administration fiscale dispose uniquement de la faculté de se constituer partie civile par voie d'intervention (LPF, art. L. 232).
44. Cons. const., 22 juill. 2016, nº 2016-555 QPC, *AJDA* 2016, p. 1925, note A.-L. Cassard-Valembois ; *Dr. fisc*. 2016, nº 490, note D. Guérin et nº 506, note É. Pichon ; *Dr. pén*. 2016, comm. 143, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2016, p. 529, obs. S. Detraz. *Adde* Cons. const., 27 sept. 2019, nº 2019-804 QPC.

fond et à la forme, fondées l'une sur le principe de nécessité de délits, l'autre sur le principe de nécessité des peines[45].

21. La première réserve limite la liberté d'appréciation du juge pénal : lorsque le prévenu justifie avoir bénéficié, par décision définitive du juge de l'impôt, d'une décharge de l'imposition litigieuse pour un « motif de fond »[46], il ne peut être reconnu coupable de fraude fiscale[47]. Ainsi, la juridiction répressive se voit interdire de porter sur la situation fiscale de l'intéressé un regard différent de celui du juge de l'impôt, nonobstant (comme le relevait jadis la jurisprudence[48]) le fait qu'elle dispose peut-être d'autres éléments dans le dossier de la procédure et qu'elle se prononce, elle, à l'aune du principe de liberté de la preuve pénale. La Cour de cassation a accueilli de manière contrastée cette réserve émanant du Conseil constitutionnel. D'un côté, elle en a amplifié la portée, en considérant nouvellement que la juridiction répressive peut surseoir à statuer, dans l'attention de la décision du juge de l'impôt, en cas de « risque sérieux de contrariété de décisions » si elle venait à se prononcer immédiatement[49]. Mais, d'un autre côté, la Haute juridiction considère qu'une condamnation pénale peut intervenir si le juge pénal trouve un titre d'imposition autre que celui qu'a écarté le juge de l'impôt[50].

22. La seconde réserve d'interprétation soumet la possibilité de condamner pénalement le prévenu qui justifie avoir déjà été sanctionné fiscalement à ce que la fraude qui lui est reprochée soit des « plus graves »[51]. La gravité de la fraude devient ainsi une condition de la répression pénale, dans le cas (uniquement) où l'intéressé[52] a déjà subi une majoration de la part de l'Administration fiscale ou du juge de l'impôt pour les mêmes faits. Si cette condition est remplie, la Cour de cassation considère que le prévenu ne peut pas même être reconnu coupable du délit[53], car l'article 1741 du code général des impôts est alors paralysé par la réserve d'interprétation. Elle oblige néanmoins le juge pénal à caractériser les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui revient, pour ce dernier, à prononcer une déclaration de culpabilité informelle, absente du dispositif, mais lisible dans les motifs[54]. L'originalité de la cause de paralysie du texte d'incrimination conduit alors à s'interroger sur le stade procédural auquel cette dernière opère : empêche-t-elle aussi le ministère public de mettre en mouvement l'action publique ou le juge d'instruction de renvoyer la personne mise en examen ? Il n'est pas impossible, à cet égard, que la qualification pénale des faits ne soit empêchée qu'au stade du jugement, si bien que la procédure pénale peut se développer entièrement, pour toutefois devoir aboutir à une décision de relaxe.

23. Se fondant sur le principe *non bis in idem*[55], la Cour européenne des droits de l'homme[56] et le Cour de justice de l'Union européenne[57] ont

45. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, *AJP* 2016, p. 430, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Constitutions* 2016, p. 436, note C. Mandon ; *D*. 2016, p. 2242, note O. Décima, et p. 1836, obs. C. Mascala ; *Dr. fisc*. 2016, act. 409, obs. N. Jacquot et P. Mispelon ; *Dr. fisc*. 2016, comm. 405, note S. Detraz ; *Dr. fisc.* 2016, act. 466, obs. M. Pelletier ; *Dr. fisc*. 2016, 439, obs. R. Salomon ; *JCP G* 2016, p. 1042, note S. Detraz ; *JCP G* 2016, 847, obs. M. Collet et P. Collin ; *JCP G* 2016, 847, obs. M. Collet et P. Collin ; *Rev. pénit*. 2016, p. 618, obs. F. Rousseau ; *Rev. pénit*. 2016, p. 633, obs. S. Detraz ; *RSC* 2016, p. 524, obs. S. Detraz. *Adde* Cons. const., 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC.
46. La règle ne joue pas, *a contrario*, s'il s'agit d'un simple motif de procédure.
47. L'on ne sait pas, pour l'heure, si le juge pénal peut néanmoins librement développer son argumentation, le cas échéant en indiquant que l'impôt est applicable et que l'infraction de fraude fiscale est constituée, à la condition qu'il s'abstienne *in fine* de déclarer le prévenu coupable.
48. Crim., 9 avr. 1970, n° 68-92.282, préc.
49. Crim., 11 sept. 2019, n° 18-81.980. *Adde* Crim., 1er déc. 2021, n° 20-83.235.
50. Crim., 28 juin 2017, n° 16-81.149, *Bull. crim.*, n° 183.
51. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC, préc.
52. Sanctionné « à titre personnel » (Crim., 25 mars 2026, n° 25-81.707 ; Crim., 11 sept. 2019, n° 18-82.430 et n° 18-81.067).
53. Crim., 11 sept. 2019, nos 18-81.040, 18-84.144 et 18-81.067.
54. Crim., 22 mars 2023, nos 19-81.929 et 19-80.689.
55. CEDH, protoc. n° 7, art. 4. CDFU, art. 50.
56. CEDH, 15 nov. 2016, nos 24130/11 et 29758/11, *A. et B. c/ Norvège*. Comp. CEDH, 11 mai 2010, n° 11898/05, *Versini c/ France*.
57. CJUE, 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Menci*.

forgé une jurisprudence[58] convergente avec celle du Conseil constitutionnel, mais qui insiste davantage sur la nécessité de coordonner les deux ordres de sanction. Tout particulièrement, la première de ces juridictions exige, pour qu'un cumul de répressions soit possible, que soit vérifié un lien « matériel » et « temporel », ce qui implique l'exigence d'une bonne liaison entre les procédures fiscale et pénale[59]. Or, la jurisprudence française favorise une telle harmonie, à la fois par des solutions classiques (autorité de la chose jugée au pénal sur le fiscal[60], possibilité pour le juge pénal de s'appuyer sur les résultats et évaluations issus des contrôles administratifs[61], etc.) et des solutions renouvelées.

24. S'agissant de ces dernières, l'on observera une nette tendance à l'égalisation des procédures. Ainsi, la Cour de cassation estime désormais[62] que lorsqu'une personne poursuivie conteste la validité d'opérations de visite et de saisie fiscales qui la concernent, elle ne peut le faire devant la juridiction pénale connaissant de la procédure mais doit, conformément aux dispositions de l'article L. 16 B du Livre des procédures fiscales, s'adresser au premier président de la cour d'appel[63], comme c'est également le cas du contribuable qui entend critiquer devant le juge de l'impôt la procédure d'imposition et de sanction fiscale dont il fait l'objet[64]. Le Conseil d'État, quant à lui, considère nouvellement[65] – sous l'influence du Conseil constitutionnel[66] – que des pièces d'une procédure pénale communiquées à l'Administration fiscale puis annulées par le juge pénal ne peuvent plus (et rétroactivement) être exploitées sur le plan fiscal[67]. De telles solutions, qui font dépendre le sort de la procédure pénale ou fiscale de l'appréciation d'un juge extérieur à celle-ci, permettent d'assurer la cohésion d'ensemble, en évitant que des actes ne soient vus comme nuls dans une procédure mais valables dans une autre et, partant, qu'il n'y ait une distorsion entre les décisions prises dans l'une et l'autre de ces procédures.

25. Pour autant, il demeure encore des poches d'indépendance. Les deux principales[68] – qui sont de nature différente – ont trait au sort des opérations administratives de contrôle (examen de la situation fiscale personnelle et vérification de comptabilité), une fois intégrées à la procédure pénale. La Cour de cassation juge en effet, tout d'abord, que la nullité de ces opérations est en principe sans incidence sur la validité des poursuites pénales auxquelles elles ont été jointes[69], de sorte que, de ce point de vue, la procédure pénale se déroule de manière indépendante. Ensuite, la Haute juridiction admet d'importantes exceptions à cette absence de contamination (récemment accrues semble-t-il[70]) lorsque sont en cause certains actes et certaines irrégularités[71], mais en donnant cette fois-ci une totale autonomie au juge pénal : ce dernier peut et doit examiner lui-même la régularité de l'opération fiscale critiquée par la personne poursuivie, si bien qu'il n'y a pas lieu de saisir le juge de l'impôt ni de se conformer à sa décision éventuelle.

58. Celle des juges de Strasbourg ne concerne pas, pour l'heure, la France, en raison de la réserve formulée par cette dernière lors de la ratification du protocole n° 7. Celle des juges de Luxembourg ne s'applique que dans les affaires (essentiellement de fraude à la TVA) appelant le jeu de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.
59. Indépendamment du principe *non bis in idem*, le droit à un procès équitable (CSEDH, art 6) pourrait obliger à ce que la procédure d'imposition non répressive et la procédure pénale ne se contredisent pas (CEDH, 21 oct. 2014, n° 25129/06, *Lungu et a. c/ Roumanie* ; CEDH, 30 avr. 2015, n^{os} 3453/12, 42941/12 et 9028/13, *Kapetanios et a. c/ Grèce*).
60. V. *supra*, n° 13. Mais l'autorité ne vaut qu'en ce qui concerne la « constatation matérielle des faits » et « leur qualification sur le plan pénal », à l'exclusion de « la qualification […] de ces mêmes faits au regard de la loi fiscale » (CE, 24 févr. 2017, n° 390467).
61. Crim., 11 oct. 1982, n° 81-94.702, *Bull. crim.*, n° 209 ; Crim., 12 mai 1976, n° 75-91.792, *Bull. crim.*, n° 154.
62. *Contra* : Crim., 7 oct. 2009, n° 08-85.350.
63. Crim., 10 sept. 2025, n° 24-86.618.
64. CE, 13 mars 2025, n° 469738.
65. CE, 6 déc. 1995, n° 126826, *Navon*.
66. Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC.
67. CE, 15 avr. 2015, n° 373269.
68. *Adde* CE, 21 juin 2022, n° 446421, le juge de l'impôt peut étendre la portée de l'annulation d'un acte de procédure pénale prononcée par le juge répressif aux actes subséquents que ce dernier n'a pas annulés.
69. Crim., 15 janv. 2025, n° 22-85.638.
70. Crim., 12 févr. 2025, n^{os} 24-84.281 et 24-84.282.
71. En cas de méconnaissance de certaines des dispositions de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales (Crim., 9 oct. 1997, n° 96-83.681, *Bull. crim.*, n° 331).

26. Voilà, finalement, à quoi se résume principalement l'indépendance des procédures fiscale et pénale. C'est bien peu pour un « principe ». En outre, paradoxalement, dans la seconde hypothèse, l'indépendance conférée à la juridiction répressive ne sert qu'à favoriser la dépendance de la procédure pénale au formalisme de la procédure fiscale. Elle diminue de surcroît la probabilité qu'une personne déchargée de l'impôt pour un motif de forme[72] puisse être condamnée pénalement : si cette décharge a eu lieu, il est fort possible que ce soit en raison du non-respect des dispositions de l'article L. 47 du Livre des procédures fiscales, que le juge pénal peut lui aussi sanctionner, en annulant tout ou partie de la procédure pénale subséquente.

72. Étant rappelé que le Conseil constitutionnel proscrit la condamnation pénale en cas uniquement de décharge pour un motif « de fond ».

Dossier
L'indépendance

Déclarer l'indépendance : l'État à l'état de prétention

Jean-Baptiste Dudant
Professeur de droit international public à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

À quoi bon se déclarer indépendant lorsqu'on exerce *déjà* une compétence souveraine sur un territoire et une population déterminés ou, tout à l'inverse, lorsqu'on est *empêché* de le faire ? Dans les deux cas, la déclaration d'indépendance peut sembler inutile ou, à tout le moins, symbolique : soit parce qu'elle se borne à réceptionner un fait que les fictions juridiques ne parviendraient jamais à renverser, soit parce qu'elle rêve l'impossible, à savoir une liberté momentanément inatteignable. Ce premier constat pourrait suffire à relativiser la portée des déclarations d'indépendance en droit international, mais il ne permet pas d'expliquer leur popularité depuis 1776 – date à laquelle les États-Unis d'Amérique se sont déclarés indépendants de la Couronne britannique. Malgré l'existence de déclarations antérieures à celle des États-Unis[1], elle serait la première à avoir initié une nouvelle pratique transformant profondément les relations internationales. Une poignée d'États seulement s'était effectivement déclarée indépendante avant 1776, tandis qu'un nombre bien plus important s'apprêtait à le faire au XIXe siècle – trente-six, pour être exact[2]. Aujourd'hui, plus de la moitié des États membres de l'Organisation des Nations Unies font remonter leur généalogie à diverses déclarations d'indépendance[3]. Le contexte dans lequel elles se multiplient permet alors de comprendre que leur utilité ne se réduit pas à une simple valeur symbolique : elles apparaissent dans une ère nouvelle, celle d'un monde fini, désormais privé de *terra nullius* susceptibles d'appropriation. L'apparition d'un nouvel État suppose dorénavant une confrontation avec un *autre*, dont il faut obtenir, parfois arracher, le divorce sous la forme d'une indépendance.

Si la France, comme la plupart de ses voisins, n'a jamais eu à se déclarer indépendante, c'est pour la simple raison qu'elle n'a pas eu à se

1. V. la déclaration d'indépendance des États Généraux de Provinces-Unies, que l'on appelle aujourd'hui les Pays-Bas, prononcée le 26 juillet 1581 à l'encontre du Roi d'Espagne :
« Scavoir Faisons, que considéré ce que dessus, & l'extrême nécessité nous pressant, comme a esté dit, nous avons, par commun Accord, déliberation & consentement, déclaré & déclarons par cette le Roy d'Espaigne decheu, *ipso Jure*, de sa Souveraineté, Droit & Héritage de ces Pays, & que nous ne sommes plus d'intention de le recognoistre en aucunes choses lesquelles touchent le Prince, sa Souveraineté, Jurisdiction, ou les Domaines des Pays-Bas, & de ne nous servir plus de son nom comme Souverain, ou permettre qu'aucun s'en serve ».
Un auteur estime néanmoins que cette déclaration ne déclarait aucunement l'indépendance des Pays-Bas, v. D. Armitage, « Declarations of Independence and the Law of Nations », *in* L. Obregón-Tarazona (dir.) *et al.*, *The Oxford Handbook of International Law and the Americas*, Oxford University Press, 2023 : « [*they*] *did not declare "independence" at all : in fact, the Plakkaat was substantively a declaration of dependence, as Dutch rebels from Spain sought to switch allegiance from one prince to another* ».
2. D. Armitage, *The Declaration of Independence. A Global History*, Harvard University Press, 2008, spéc. p. 146-150.
3. D. Armitage, « Declarations of Independence and the Law of Nations », préc.

défaire d'une autre puissance assimilable à un État. S'il lui fallait certes s'émanciper de la Papauté et de l'Empire, c'était néanmoins pour donner naissance à la notion même d'État, par l'affirmation de sa principale qualité : la souveraineté[4]. À partir du XIXe siècle, la lutte pour l'indépendance change véritablement de nature. Elle vise à contester la présence continue d'un État sur un territoire le plus souvent éloigné de son assise historique. Autrement dit, l'indépendance conteste le fait accompli d'une domination extérieure imposée à une population qui, en retour, se constitue progressivement en communauté nationale[5]. Les territoires des États se sont ainsi étendus par l'occupation effective de « terres sans maîtres » malgré la présence indéniable de populations autochtones. À cette fiction d'appropriation répond, dans le cours même de cette domination, une revendication d'émancipation : l'indépendance devient le concept juridique et politique autour duquel s'organisent les luttes de libération et le processus de décolonisation. Elle consacre une rupture avec un ordre juridique antérieur – celui de l'État dont l'entité entend se séparer – et prétend, dans le même temps, donner naissance à un ordre juridique nouveau – celui de l'État nouvellement indépendant. L'indépendance ne concerne dès lors jamais seulement l'entité qui la proclame puisqu'elle affecte également l'ordre juridique dont elle entend se détacher. C'est pourquoi les déclarations dites « unilatérales » sont fréquemment regardées avec circonspection, voire vivement rejetées par la communauté internationale. La Rhodésie du Sud et le Kosovo en offrent deux exemples célèbres quoique diamétralement opposés. La première s'est déclarée indépendante le 11 novembre 1965 dans le but affiché de maintenir les colons, représentés par Ian Smith, au pouvoir[6]. Le Conseil de sécurité de l'ONU a donc entrepris d'empêcher l'émergence de cette entité en interdisant à l'ensemble des États membres de reconnaître son existence[7]. À l'inverse, le Kosovo ne voit pas son existence empêchée par l'organe chargé du maintien de la paix et de la sécurité internationales, mais par l'État dont il fait sécession, la Serbie. Le Kosovo étant néanmoins soutenu par de puissants alliés, notamment les États-Unis d'Amérique et la France, la Cour internationale de Justice a été appelée à se prononcer sur la licéité de sa « déclaration unilatérale d'indépendance » en 2010. Si la Cour conclut que cette déclaration « n'a pas violé le droit international »[8], elle se garde bien d'affirmer qu'elle aurait été adoptée *en vertu* de ce droit[9]. Le sort du Kosovo demeure ainsi renvoyé aux relations internationales, plus précisément aux réactions de la communauté internationale.

La déclaration d'indépendance n'est alors plus unilatérale. Elle est aussi bilatérale, puisqu'elle affecte l'État dont l'entité espère se séparer, et multilatérale, puisqu'elle suppose d'anticiper le soutien des États tiers. Elle relève autant du droit interne des principaux concernés que du droit international. La double nature de l'indépendance ne doit pas être sous-estimée : elle est tout à la fois un divorce et une naissance, sans que celle-ci suive nécessairement sa proclamation. La déclaration d'indépendance marque ainsi moins l'avènement *certain* d'un État que l'apparition d'une *prétention* à exister comme État souverain. Cette prétention constitue le cœur de la proclamation de l'indépendance (I), avant que ne se pose la question de sa réalisation (II).

4. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Réimpression par les éditions du CNRS, t. 1, 1962, p. 73.
5. Sur l'importance de l'autre, v. un discours prononcé par le chef du Front populaire de libération de l'Érythrée (FPLE), peu avant la déclaration d'indépendance : « L'Italie a joué son rôle en mettant le peuple ensemble et en le faisant sentir ensemble » (cité par R. Goy, « L'indépendance de l'Érythrée », *AFDI* 1993, vol. 39, p. 339).
6. Alors même que la déclaration rhodésienne reprend sur de nombreux aspects celle des États-Unis d'Amérique, la première ne fait *jamais* référence à l'égalité entre les hommes, contrairement à la seconde. V. M. Schaub, « Rhodesia/Zimbabwe », *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, n° 6.
7. Résolution adoptée le lendemain de la déclaration d'indépendance, le 12 novembre 1965 : le Conseil « [d]*écide de condamner* la déclaration unilatérale d'indépendance proclamée par une minorité raciste en Rhodésie du Sud » (S/RES/216(1965), § 1).
8. CIJ, 22 juill. 2010, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 454, § 123(3).
9. La question qui lui était posée visait effectivement à contrôler la conformité de la déclaration au droit international, ce que la Cour a interprété restrictivement : non pas comme une invitation à vérifier l'existence d'un « droit » de se déclarer indépendant, mais plutôt comme une obligation de déterminer l'existence d'un principe interdisant les déclarations unilatérales d'indépendance, *ibid.*, p. 438, § 84.

I. La proclamation de l'indépendance

Si la déclaration d'indépendance est à l'origine d'une prétention, c'est bien celle de mettre fin à l'application de l'ordre juridique de l'État dont on se sépare pour donner naissance à un nouvel ordre juridique souverain (A). Une telle prétention s'appuie habituellement sur l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, sans que l'on puisse toutefois en conclure qu'il suffise à produire les effets escomptés (B).

A. La rupture juridique revendiquée

La forme de la déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique a largement influencé celle de ses successeurs. Ces derniers justifient quasi systématiquement la légitimité de leur indépendance en énumérant les griefs imputés à l'État dont ils contestent la domination. Par exemple, c'est après avoir souligné que le règne du roi de Grande-Bretagne se résumait à une « *history of repeated injuries and usurpations* » que les États-Uniens se déclarent « *Absolved from all Allegiance to the British Crown* »[10]. Plus récemment, la déclaration d'indépendance du Soudan du Sud souligne d'emblée l'altérité à l'origine du processus de sécession, avant d'annoncer l'établissement d'un nouveau système gouvernemental[11]. La région autonome de la Catalogne, quant à elle, invoquait plus généralement une violation du droit positif pour soutenir la création d'une « République catalane, en tant qu'État indépendant et souverain »[12]. Cela permet de comprendre pourquoi les préambules des déclarations d'indépendance s'achèvent suivant une formule désormais classique : « en vertu de ce qui précède », l'indépendance est tenue pour fondée[13].

La rupture ainsi proclamée n'est cependant pas aussi évidente que le texte même pourrait le laisser croire. La déclaration d'indépendance n'est jamais réellement à l'origine d'une « table rase » qui couperait soudainement les liens avec le prédécesseur. David Armitage observe que ces déclarations « *were necessarily declarations of* interdependence »[14]. Un tel constat est manifeste à propos du Maroc, sous protectorat français jusqu'en 1956. Edgar Faure, alors chef du gouvernement français, soutenait l'idée d'une « indépendance dans l'interdépendance », que l'on retrouva dans la Déclaration de La Celle-Saint-Cloud en 1955. En effet, ce qui devait être un divorce s'apparentait davantage à un mariage unissant deux États souverains « par des liens permanents d'une interdépendance librement consentie et définie ». Cela devait permettre d'accompagner le nouvel État vers la pleine réali-

10. M. de Villiers et A. Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 14e éd., Dalloz, 2024, vo « Déclaration d'indépendance », p. 114-115 : l'influence de la déclaration états-unienne est telle que la définition est réduite à ce seul document, décrit comme un « long réquisitoire dirigé contre le roi d'Angleterre Georges III […] » et qui manifeste dans le « même temps l'esprit du constitutionnalisme naissant […] ».
11. Déclaration d'indépendance lue par James Wani Igga, alors président de la Législature nationale du Soudan du Sud, le 9 juillet 2011 :
« *Recalling the long and heroic struggle of our people for justice, freedom, equality, human dignity and political and economic emancipation;*
Considering the years of conflict and the immeasurable sufferings of our people resulting from the conflict between North and Southern Sudan; […]
Resolved to establish a system of governance that upholds the rule of law, justice, democracy, human rights and respect for diversity ».
12. La déclaration adoptée par le Parlement de Catalogne le 27 octobre 2017 fait effectivement référence, en préambule, à une « brutale opération policière » portant atteinte aux « libertés civiles et politiques » des Catalans, ainsi qu'à une méconnaissance du principe d'autonomie et des « accords internationaux signés et ratifiés par l'État espagnol ». Inutile de se demander si cette déclaration ne devrait pas être qualifiée de « fausse déclaration d'indépendance », puisque nous avons évoqué en introduction l'absence de caractère automatique de la réalisation de cette indépendance à la suite de sa proclamation (v. A. Sfez, « Pourquoi la Catalogne n'a pas vraiment déclaré son indépendance », *JP Blog* 10 novembre 2017).
13. Déclaration d'indépendance de la République catalane, *ibid.* : « En vertu de ce qui précède, nous, les représentants démocratiques du peuple de Catalogne […] *nous constituons* la République catalane […] ». Dans le même sens, v. la déclaration des États-Unis d'Amérique : « *We*, therefore*, the Representatives of the United States of America, in General Congress* […] *solemnly publish and declare, That the United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States* […] » (nous soulignons).
14. D. Armitage, « Declarations of Independence and the Law of Nations », préc.

sation de son indépendance[15]. L'interdépendance ne neutralisait toutefois pas l'une des conséquences quasi immédiates de la proclamation de l'indépendance : la création d'un nouvel ordre juridique appelé à remplacer le régime en vigueur jusqu'alors. Ainsi, dans le cas du Maroc, « la disparition du régime du protectorat se tradui[sai]t par l'élimination de toutes les techniques qui étaient liées à ce régime »[16].

La rupture proclamée s'apparente en réalité à une transition juridique, d'autant plus aisée à organiser que l'indépendance recueille le soutien de l'ancienne puissance souveraine. Une telle entente permit à la nouvelle République démocratique du Congo d'obtenir l'abrogation de la Charte coloniale belge grâce à la Loi fondamentale adoptée par le Parlement belge le 19 mai 1960[17]. Dans le même temps cependant, l'article 2 prévoyait le maintien en vigueur de la « législation du Congo belge […] aussi longtemps qu'elle n'était pas expressément abrogée »[18]. Nulle *tabula rasa*, encore une fois, mais la nécessité de composer avec les représentants de l'ordre juridique dont le nouvel État prétend précisément s'affranchir. L'on comprend mieux pourquoi l'abrogation de la Charte coloniale « n'avait pas enlevé aux juridictions belges toutes les compétences découlant de l'exercice passé de la souveraineté belge au Congo »[19]. Il fallait bien que l'ancienne puissance souveraine réponde « des actes des autorités publiques relevant de sa souveraineté »[20]. À cet enjeu de responsabilité administrative s'ajoutait celui de la transition juridictionnelle, le temps que soient créées les juridictions suprêmes du Congo. Ainsi, l'article 189 de la Loi fondamentale précitée disposait que la Cour de cassation belge ferait fonction de Cour de cassation du Congo jusqu'à ce que cette dernière « soit légalement instituée […] ». La *rupture* éloquemment proclamée au moment de l'indépendance s'apparente finalement à une *continuité* habilement construite.

Cette continuité est autrement plus difficile à élaborer sans le soutien plein et entier de l'État dont un peuple remet pourtant en cause l'autorité. Le droit à l'autodétermination permet certes de soutenir le processus susceptible de conduire à l'indépendance, mais il ne suffit pas à imposer cette indépendance à l'État qui la refuse. C'est toute l'ambiguïté de ce droit : alors même qu'il appartient aux peuples, son exercice demeure tributaire de l'ordre juridique dont ils entendent précisément s'émanciper.

B. L'appui incertain du droit à l'autodétermination

Une méprise profonde entoure le rôle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans la proclamation de l'indépendance. Elle tient sans doute à la force d'évidence des formules qui consacrent ce droit fondamental comme un droit absolu et inaliénable[21]. En effet, si « [*t*]*ous* les peuples » bénéficient du droit de déterminer « librement leur statut politique »[22], ne devraient-ils pas être libres de se déclarer indépendants dès qu'ils l'estiment opportun ? Le droit d'autodétermination confèrerait ainsi aux peuples un *droit* de se déclarer indépendants, ce qui ne manquerait pas de relativiser la capacité de nuisance de la puissance contestée. Un tel raisonnement aurait toutefois conduit à une décolonisation parfaitement chaotique, ce qui explique pourquoi l'exercice du droit d'autodétermination est strictement encadré. Son champ d'application

15. On postule ainsi que la dépendance prolongée d'un État risquerait de le fragiliser au point où son indépendance ne lui permettrait de bénéficier que d'une courte existence. V. M. Flory, « Indépendance de Djibouti », *AFDI* 1977, vol. 23, p. 295 : « L'évolution aurait sans doute été plus rapide si ce territoire d'Outre-Mer n'avait présenté des particularités qui rendaient difficile l'abandon du *statu quo*. Son exiguïté, la faiblesse de sa population et sa pauvreté le condamnent à être un mini-État dont la survie ne peut qu'être précaire […] ».
16. A. de Laubadère, « Le statut international du Maroc depuis 1955 », *AFDI* 1956, vol. 2, p. 140.
17. Article 259 de la Loi fondamentale du Congo belge.
18. Article 2 de la Loi fondamentale du Congo belge.
19. J.-V. Louis, « L'accession du Congo belge à l'indépendance. Problèmes de succession d'États dans la jurisprudence belge », *AFDI* 1966, vol. 12, p. 734.
20. *Ibid*.
21. Il a même été qualifié de norme impérative « en cas d'occupation étrangère » par la Cour internationale de Justice, v. CIJ, 19 juill. 2024, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2024*, p. 836, § 233.
22. AGNU, 14 déc. 1960, « Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux », 947e séance plénière, U.N. doc. A/RES/1514(XV), § 2 (italiques ajoutés).

était initialement restreint aux territoires non autonomes du Chapitre XI de la Charte et aux peuples soumis à la subjugation. Dans le premier cas, la déclaration d'indépendance est impossible tant que l'État qui administre un territoire n'a pas créé les conditions propices à l'exercice du droit d'autodétermination, ce qui se traduit par le développement de « leur capacité de s'administrer » et « le développement progressif de leurs libres institutions politiques »[23]. L'autodétermination ne conduit effectivement pas nécessairement à l'indépendance (volet externe) puisque le processus peut aboutir à une intégration au sein de la puissance administrante (volet interne).

Rien ne permet dès lors de substituer entièrement la volonté des populations aux tractations menées avec cette puissance. Il en résulte des situations ambiguës, dans lesquelles le droit à l'autodétermination semble moins exercé une fois pour toutes que prolongé, différé ou inachevé. Le Groenland en offre une illustration significative. Rayé de la liste des territoires non autonomes en 1954[24], il l'a été au terme d'une procédure d'« intégration dans le royaume du Danemark […] imparfaite »[25], ce que plusieurs États n'ont pas manqué de relever, en vain, lors du vote de la résolution entérinant cette décision[26]. Le Danemark avait en effet présenté le vote des représentants du Groenland – et non celui de son peuple – comme l'exercice de son droit d'autodétermination[27]. La technique n'est pas sans rappeler celle retenue par la France lorsqu'elle soumit la Constitution de la Ve République au vote des Territoires d'outre-mer : un vote négatif devait traduire le souhait de devenir indépendant. Seule la Guinée rejeta ladite Constitution à 95 % des voix, ce qui lui permit de déclarer son indépendance quelques jours plus tard, le 2 octobre 1958[28]. Pour les autres territoires, comme la Nouvelle-Calédonie, le vote pourtant massivement favorable à la nouvelle Constitution n'a pas épuisé la question d'une éventuelle indépendance. Difficile, en effet, de tenir cette expression populaire pour « l'exercice véritable du droit d'autodétermination »[29] !

Comme le Groenland[30], certains territoires français gagnent alors progressivement en autonomie sans accéder nécessairement à l'indépendance. La Nouvelle-Calédonie dispose ainsi d'un titre propre dans la Constitution de 1958. Contrairement à ce que pourrait laisser croire le caractère « transitoire » des dispositions inscrites au Titre XIII, le processus d'autodétermination semble moins rapprocher la Nouvelle-Calédonie de l'indépendance qu'en différer toujours davantage l'éventualité. Le récent accord de Bougival, signé en juillet 2025, avant d'être finalement rejeté par le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS), puis par l'Assemblée natio-

23. Charte de l'ONU, art. 73(b).
24. AGNU, 22 nov. 1954, « Cessation de la communication des renseignements visés à l'Article 73, e, de la Charte en ce qui concerne le Groenland », 499e séance plénière, U.N. doc. A/RES/849(IX), § 5 : « *Exprime l'avis* qu'il ressort de la documentation et des explicitations fournies que le peuple du Groenland a librement décidé de s'intégrer au Royaume de Danemark avec le même statut constitutionnel et administratif que les mêmes autres parties du Danemark » (italiques dans l'original).
25. J. Fernandez, « À propos des conditions d'accession à l'indépendance du Groenland (Kalaallit Nunaat) », *AFDI* 2010, vol. 56, p. 419.
26. V. la déclaration du Libéria, qui regrettait l'absence de « plébiscite » (ou de référendum) avant le vote de la révision constitutionnelle (débats intervenus lors de la 499e séance plénière de l'AGNU, v. AGNU, 22 nov. 1954, « Cessation de la communication des renseignements visés à l'Article 73, e, de la Charte en ce qui concerne le Groenland », 499e séance plénière, U.N. doc. A/PV.499, p. 317, § 116).
27. Comité des renseignements relatifs aux territoires non autonomes, 7 déc. 1953, « Cessation de la transmission de renseignements : Communication du Gouvernement du Danemark concernant le Groenland », 5e session (1954), U.N. doc. A/AC.35/L.155, p. 3.
28. G. Fischer, « L'indépendance de la Guinée et les accords franco-guinéens », *AFDI* 1958, vol. 4, spéc. p. 712-714.
29. V. le rapport rédigé par le député Philippe Gomès, *Proposition de loi organique n° 2500 visant à permettre l'inscription d'office sur la liste électorale spéciale à la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie. Document faisant état de l'avancée des travaux du rapporteur*, 21 janv. 2020, p. 2.
30. Depuis le référendum consultatif du 23 février 1982 et la « sortie » du Groenland des Communautés européennes, l'autonomie a été renforcée par la Loi n° 473 du 12 juin 2009 sur l'autonomie du Groenland (*Act No. 473 of 12 June 2009 on Greenland Self-Government*), 12 juin 2009, § 11(1). Cela fait plusieurs années que le Danemark se prépare à l'éventualité d'une indépendance du Groenland, alors même que le contexte international semble en compliquer la perspective – notamment en raison des menaces répétées du Président des États-Unis, Donald Trump.

nale[31], prévoyait de créer un « État de la Nouvelle-Calédonie » non souverain, intégré à la République française, dont l'article 1er de la Constitution proclame pourtant l'indivisibilité[32]. L'obligation faite à la France de garantir l'exercice du droit à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie permet donc à celle-ci de s'approcher de l'indépendance, sans pouvoir pleinement l'atteindre sans le concours de l'État français. C'est également manifeste en Polynésie française, qui continue de figurer parmi les territoires non autonomes de l'ONU et dont l'assemblée a récemment demandé d'initier « un dialogue entre l'État français et les institutions de la Polynésie française, sous l'égide des Nations Unies, en vue d'assurer la mise en œuvre d'un processus d'autodétermination du peuple polynésien ». Après le refus opposé à cette demande, un recours en annulation a été formé devant le tribunal administratif de la Polynésie française qui, par un jugement du 2 décembre 2025, l'a rejeté en s'appuyant sur la doctrine de l'acte de gouvernement[33].

Si le chemin vers la proclamation de l'indépendance est tortueux, celui qui conduit à sa réalisation ne l'est pas moins. Déclarer l'indépendance n'a pas seulement vocation à produire une rupture : il s'agit encore de faire apparaître un État, ce que la seule déclaration ne permet pas nécessairement d'accomplir.

II. La réalisation de l'indépendance

Dès lors que l'indépendance consiste à devenir un État, celui qui la proclame est désireux de démontrer l'exercice réel et effectif de sa souveraineté sur son territoire (A). Si les faits sont insuffisants à produire le résultat attendu, ils peuvent néanmoins inciter les tiers à reconnaître massivement l'entité comme État (B).

A. L'insuffisance de l'exercice effectif de la souveraineté

Interroger l'effectivité de l'indépendance revient plus largement à éprouver la réalité étatique de l'entité qui la proclame. Si la déclaration d'indépendance suffisait à constituer un État, la difficulté disparaîtrait aussitôt : il suffirait d'identifier l'acte par lequel l'entité se proclame indépendante pour constater son existence. Le droit international demeure pourtant attaché à une théorie dont les limites ont depuis longtemps été soulignées : celle des « éléments constitutifs ». En effet, la réunion d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement représente une condition nécessaire mais non suffisante à la création d'un État[34]. L'entité qui prétend agir comme un État doit encore pouvoir exercer sur son territoire une souveraineté incontestable, tout en la rendant suffisamment incontestée aux yeux de la communauté internationale. C'est ce que la Convention de Montevideo de 1933 désigne comme la « [c]apacité d'entrer en relations avec les autres États »[35], érigeant ainsi l'indépendance en condition de formation de l'État[36]. Cette indépendance n'est cependant que le reflet de la souveraineté, sans laquelle une entité ne saurait valablement se constituer comme État[37]. Le lecteur aura compris combien le raisonnement est circulaire, puisqu'il ne laisse subsister qu'une certitude… elle-même incertaine : les éléments constitutifs ne constituent

31. N. Guibert, « Nouvelle-Calédonie : le projet Bougival échoue à l'Assemblée, le gouvernement dans l'impasse », *Le Monde*, 3 avr. 2026.
32. Si le Conseil constitutionnel a censuré un projet de loi consacrant l'existence d'un « peuple corse », ne faut-il pas en déduire qu'il devrait considérer un « État de Nouvelle-Calédonie » contraire à la Constitution ? V. Cons. const., 9 mai 1991, no 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, cons. 13.
33. TA Polynésie française, 2 déc. 2025, nos 2500235 et 2500236.
34. J. Verhoeven, « Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public », *RCADI* 2008, vol. 334, p. 39 : « la référence à un territoire et à une population ne présente qu'un intérêt purement descriptif, qui ne permet d'ailleurs pas d'identifier l'État comme tel ».
35. Convention de Montevideo sur les droits et devoirs des États, signée à Montevideo le 26 déc. 1933, art. 1er.
36. K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Librairie E. Droz, 1954, spéc. p. 162-163. V. également J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, 2e éd., Oxford University Press, 2007, p. 62-89, spéc. p. 62 : « [i]*ndependence is the central criterion for statehood* ».
37. J. Basdevant (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1960, vo « Indépendance », p. 327-328 ; J. Salmon (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant, 2001, vo « Indépendance », p. 570-571.

peut-être pas l'État, mais ils demeurent indispensables pour en expliquer la naissance, à condition toutefois de ne pas en surestimer la portée[38].

Le rôle joué par la déclaration d'indépendance devient aussi fondamental que marginal. Elle annonce effectivement l'intention d'exercer librement une souveraineté sur un territoire et une population déterminés, même si cet exercice reste encore à démontrer. Cela permet de comprendre pourquoi la déclaration d'indépendance s'accompagne généralement d'arrangements ou de traités internationaux organisant l'exercice de la souveraineté qui en découle. Les accords franco-marocains du 2 mars 1956 admettent explicitement que l'« indépendance implique en particulier une diplomatie et une armée »[39]. À son indépendance, Djibouti conclut également avec la France plusieurs traités destinés à organiser sa défense, son économie et sa monnaie[40]. Le lecteur avisé reconnaîtra ici les « vrayes marques de la souveraineté » dégagées par Bodin et précisées, à sa suite, par Hobbes : faire et abroger les lois, conclure des traités, décider de la guerre et de la paix, battre la monnaie, etc[41]. La déclaration des États-Unis d'Amérique en constitue l'écho le plus éclatant, puisqu'elle s'achève par une énumération des droits fondamentaux des États souverains : « [*t*]*o levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things* which Independent States may of right do »[42].

La déclaration d'indépendance (ré)active ainsi les attributs de la souveraineté sans pour autant garantir que l'entité qui les invoque soit juridiquement considérée comme un État. L'effectivité entretient en effet une relation particulièrement équivoque avec l'existence étatique. Elle ne suffit pas toujours à faire disparaître l'État qui en a été privé après la proclamation de son indépendance ; elle ne suffit pas davantage à faire apparaître l'entité qui est en mesure de l'exercer depuis sa proclamation. Dans le premier cas, l'indépendance peut être revendiquée contre l'ordre juridique qui l'a ignorée en se substituant à lui. Dans le second, elle peut demeurer impuissante malgré l'exercice matériel d'une puissance souveraine. L'exemple des États baltes permet de comprendre le premier mouvement. Occupées puis incorporées à l'URSS à partir de 1940, la Lettonie, la Lituanie et l'Estonie se sont chacune déclarées indépendantes à deux reprises : en 1918, après la fin de la Première Guerre mondiale et en 1991, peu avant la chute de l'URSS. Chacune de leurs constitutions proclame ou postule la continuité de leur existence étatique malgré leur absorption illicite par l'URSS[43]. Matériellement privés de l'exercice de leur souveraineté sur leur territoire, les États baltes ont néanmoins profité de la dissolution de l'URSS pour prétendre n'avoir, en droit, jamais cessé d'exister.

Si l'exercice effectif d'une souveraineté étrangère ne suffit pas nécessairement à faire disparaître l'État occupé, l'exercice de sa propre souveraineté ne garantit pas davantage la naissance de l'entité qui se proclame indépendante. La région du Haut-Karabagh illustre ce second mouvement, notamment après avoir profité de l'éclatement de l'Empire soviétique pour déclarer son indépendance, le 2 septembre 1991. Bien qu'ayant matériellement exercé sa souveraineté sur ce territoire, la République du Haut-Karabagh était contestée par son voisin, l'Azerbaïdjan, dont la campagne militaire lancée en 2023 devait la conduire à obtenir la dissolution de la République à compter du 1er janvier 2024[44]. Chose rare, en effet, qu'un ordre juridique qui ne se

38. M. Forteau, « Être ou ne pas être un État : le rôle du juge interne dans la détermination de la qualité étatique d'entités étrangères », *AFDI* 2016, vol. 62, p. 42 : les juridictions nationales sont « généralement fidèles dans leur pratique au *credo* international selon lequel l'État serait la réunion de trois éléments constitutifs […] articulés d'une manière telle qu'ils aboutissent à l'indépendance ».

39. A. de Laubadère, « Le statut international du Maroc depuis 1955 », préc., p. 127-128.

40. M. Flory, « Indépendance de Djibouti », préc., p. 302 et s.

41. F. Poirat, « Les droits fondamentaux de l'État en droit international public », *in* J.-C. Barbato et J.-D. Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2010, p. 248.

42. Nous soulignons.

43. V. le préambule de la Constitution de la Lettonie (« *The people of Latvia did not recognise the occupation regimes, resisted them and regained their freedom by restoring national independence on 4 May 1990 on the basis of continuity of the State* »), celui de la Constitution de l'Estonie (« Avec une foi infaillible et une volonté inflexible de maintenir et de développer l'État, […] qui a été proclamé le 24 février 1918 ») ou encore celui de la Constitution de la Lituanie (« Le peuple lituanien – ayant fondé l'État lituanien il y a de nombreux siècles […] »).

44. « La république autoproclamée du Haut-Karabakh annonce sa propre dissolution », *Le Monde*, 28 sept. 2023.

contente pas de contempler sa disparition mais qui prétend l'organiser lui-même. Certes, « parce qu'il est souverain, l'État a le droit de se suicider ! »[45]. Encore ne s'y résout-il le plus souvent que lorsque sa disparition formelle ne menace pas ses intérêts essentiels, mais permet au contraire d'en assurer la protection par d'autres moyens[46]. Tel semblait être l'espoir de la république séparatiste, avant que son représentant ne décide finalement, en décembre 2023, de revenir sur la dissolution annoncée[47]. Cette rétractation n'a toutefois pas suffi à empêcher la disparition de cette entité contestée, comme en témoigne la récente fermeture, en Arménie, de l'ambassade de l'ancienne république autoproclamée[48].

L'exercice effectif de la souveraineté ne suffit donc pas à réaliser l'indépendance proclamée. Encore faut-il que cette prétention emporte la conviction des États voisins, et au-delà, des membres de la communauté internationale. La reconnaissance devient alors une étape décisive de la réalisation de la déclaration d'indépendance, sans pouvoir, à elle seule, en garantir le succès.

B. La consolidation par la reconnaissance

Si l'exercice effectif d'une souveraineté ne suffit pas toujours à faire apparaître un État, faut-il aller jusqu'à considérer qu'il n'est même pas nécessaire de l'exercer ? L'évolution du statut de la Palestine depuis sa déclaration d'indépendance, le 15 novembre 1988, apporte quelques éléments de réponse. La Cour internationale de Justice a rappelé que le territoire palestinien occupé par Israël depuis 1967 « comprend la Cisjordanie, Jérusalem-Est et la bande de Gaza »[49]. L'Autorité nationale palestinienne, gouvernement officiel de la Palestine, demeure alors *matériellement incapable* d'exercer une souveraineté effective sur l'ensemble de ces territoires. Elle ne contrôle, tout au plus, qu'une partie limitée de la Cisjordanie, autour de Ramallah, siège de ses institutions. Cette position est encore fragilisée par la prétention concurrente du Hamas à représenter le peuple palestinien depuis les élections législatives de 2006[50]. Difficile, dans ces conditions, de tenir la Palestine pour un État sur le seul fondement de sa déclaration d'indépendance.

Il s'avère pourtant qu'elle est, parmi les entités contestées, celle qui bénéficie du soutien le plus étendu au sein de la communauté internationale : elle est aujourd'hui reconnue par 157 des 193 États membres de l'ONU. Ce chiffre s'est récemment accru sous l'influence de la France, qui a contribué à provoquer une nouvelle vague de reconnaissances lors d'une session extraordinaire de l'Assemblée générale en septembre 2025. L'enjeu ne tient toutefois pas vraiment au nombre de ces nouvelles reconnaissances – une dizaine – mais à leurs auteurs : plusieurs d'entre elles émanent d'alliés historiques d'Israël, dont la France, le Royaume-Uni et le Canada[51]. Certes, les incertitudes entourant la réalité de l'État palestinien ne disparaissent pas pour autant. Le *consensus* qui se forme progressivement contribue néanmoins à réaliser sa déclaration d'indépendance. Le chef de l'Autorité palestinienne reçoit ainsi les honneurs d'un chef d'État, alors même qu'il ne contrôle ni l'ensemble du territoire ni l'ensemble de la population qu'il est censé représenter. La reconnaissance qui en découle constitue toutefois le meilleur moyen d'exercer une pression supplémentaire contre Israël, qui entrave depuis plusieurs décennies

45. F. Poirat, « La doctrine des "droits fondamentaux" des États », *Droits* 1992, n° 16, p. 91.
46. J.-B. Dudant, *La conservation de l'État en droit international*, Éditions A. Pedone, 2024, n^{os} 295 et s., p. 155 et s.
47. « Le dirigeant séparatiste du Haut-Karabakh annule la dissolution de la République autoproclamée », *France 24*, 22 déc. 2023.
48. F. Vincent, « "Les gens peuvent nous réduire au silence, mais ils ne parviendront pas à effacer notre mémoire" : en Arménie, la disparition du dernier vestige du Haut-Karabakh », *Le Monde*, 21 juin 2026. Une observation qui rappelle une conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme, suggérant le caractère « fantoche » de la République séparatiste, v. CEDH, Gr. ch., 16 juin 2015, n° 13216/05, *Affaire Chiragov et autres c/ Arménie*, § 186 : « […] la "RHK" et son administration survivent grâce à l'appui militaire, politique, financier et autre que leur apporte l'Arménie, laquelle, dès lors, exerce un contrôle effectif sur le Haut-Karabagh et les territoires avoisinants […] ».
49. CIJ, 19 juill. 2024, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, préc., p. 785-786, § 78.
50. Sur cette question, v. S. Laghmani, « Le statut juridique du Hamas », *RBDI* 2024/1-2, p. 220.
51. C. Chaux et J.-B. Dudant, « L'instrument(alisation) de la reconnaissance : le cas de la Palestine », *JP Blog*, 18 nov. 2025.

l'exercice du droit d'autodétermination du peuple palestinien[52].

La déclaration d'indépendance agit alors comme une invitation à être reconnu comme État par les membres de la communauté internationale dont la qualité étatique ne fait absolument plus aucun doute. À quoi bon, en effet, prétendre régir un territoire si ses voisins en contestent la possibilité ? L'entité nouvellement indépendante fait alors feu de tout bois pour obtenir une telle reconnaissance, quitte à la monnayer contre certains avantages. Taïwan, qui ne cesse de perdre des soutiens en faveur de la Chine[53], partage son expertise dans les nouvelles technologies avec l'espoir de maintenir ses relations diplomatiques avec ses alliés[54]. De l'autre côté du globe, le Somaliland, longtemps privé de toute reconnaissance étatique, tente d'obtenir le soutien d'un ennemi historique de la Somalie : l'Éthiopie. Cette dernière a conclu un *memorandum of understanding* avec le Somaliland le 1er janvier 2024 « prévoyant un accès direct à la mer Rouge pour la première par la mise à disposition du territoire du second »[55]. En tant que territoire enclavé, l'Éthiopie espère briser sa dépendance à Djibouti « par le port duquel transitent 90 % des importations éthiopiennes »[56]. En échange d'une promesse de reconnaissance, le Somaliland s'est engagé à garantir un accès préférentiel à son littoral. Ces engagements n'ont toutefois pas encore reçu d'application concrète[57], mais ils ont peut-être ouvert la voie à une reconnaissance du Somaliland par Israël. Ce sont toutefois des considérations sécuritaires qui ont motivé cette reconnaissance, contestée par la Somalie et ses alliés. Le Somaliland est effectivement proche du golfe d'Aden, « à proximité du détroit de Bab el-Mandeb, et dont les côtes font face au Yémen d'où opèrent les Houthis »[58], un groupe armé soutenu par l'Iran et qui n'hésite pas à lancer des attaques contre Israël.

Loin d'être une formalité, voire un acte purement symbolique, la déclaration d'indépendance marque l'ouverture d'une nouvelle séquence juridique et diplomatique. Après avoir contesté l'autorité de l'ancienne puissance souveraine, l'entité qui se proclame indépendante doit désormais convaincre les tiers de la traiter comme un État. Déclarer l'indépendance ne signifie donc pas devenir État : c'est faire entrer cette prétention dans le jeu intersubjectif du droit international, où elle pourra être contestée, éprouvée, reconnue ou finalement défaite.

52. CIJ, 19 juill. 2024, *Conséquences juridiques découlant des politiques et pratiques d'Israël dans le Territoire palestinien occupé, y compris Jérusalem-Est*, préc., p. 837-840, § 236-243.
53. V. par exemple, « Nauru, micro-État du Pacifique, rompt ses liens diplomatiques avec Taïwan », *RFI*, 15 janv. 2024. Entre 2016 et 2021, huit pays ont rompu leurs relations diplomatiques avec Taïwan, qui n'est aujourd'hui reconnu que par douze États.
54. T. Rinaldi, « Tuvalu delegation visits Taiwan for tech, energy talks », *Taiwan News*, 10 mai 2026. Les élections législatives organisées aux Tuvalu en 2024 ont révélé la fragilité de leur relation diplomatique avec Taïwan, v. « Après les élections aux Tuvalu, Taïwan assure que leurs relations sont "éternelles" », *Le Monde*, 26 fév. 2024.
55. A. Laurent, « Éthiopie-Somaliland – Accord d'accès à la mer en échange d'une reconnaissance », *Chronique des faits internationaux*, *RGDIP* 2024/2.21, p. 370.
56. *Ibid*.
57. S. Sahlu, « Somaliland's Top Diplomat Talks Recognition, Port Deal, and Investment », *The Reporter Ethiopia*, 6 juin 2026.
58. L. Lévy-Stern, « Reconnaissance du Somaliland par Israël », *Chronique des faits internationaux*, *RGDIP* 2026/2.33, p. 476.

Dossier
L'indépendance

L'indépendance des juges de la Cour pénale internationale

Didier Rebut
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris

1. Parmi les garanties du procès équitable, l'indépendance et l'impartialité ont le même objet puisqu'elles portent l'une et l'autre sur la juridiction appelée à juger une affaire et, partant, sur les magistrats qui la composent. Cette identité d'objet s'explique par une identité de finalité. Les deux exigences visent à garantir que la juridiction et ses membres présentent les qualités requises pour statuer conformément aux seules exigences de leur office. Elles se différencient cependant quant à l'origine des causes susceptibles d'altérer l'exercice de la fonction de juger. Alors que l'indépendance protège le juge contre les pressions extérieures, l'impartialité le prémunit contre ses propres préjugés, intérêts ou partis pris. La première soustrait ainsi la décision aux puissances extérieures, la seconde aux préventions intérieures. Elles sont, à ce titre, consacrées par l'ensemble des instruments internationaux et européens relatifs au procès équitable[1].

2. L'indépendance désigne la situation dans laquelle une juridiction et les magistrats qui la composent exercent la fonction de juger sans être soumis à une autorité, une pression ou une influence susceptible d'orienter leurs décisions, lesquelles doivent procéder de la seule application du droit aux faits qui leur sont soumis. Elle présente une double dimension institutionnelle et individuelle. Sa dimension institutionnelle suppose que la juridiction dispose, à l'égard des autres pouvoirs, d'une autonomie lui permettant d'exercer librement ses attributions et qu'aucune ingérence indue ne puisse affecter le déroulement des procédures ou remettre en cause les décisions rendues. Sa dimension individuelle garantit à chacun de ses membres la liberté de statuer sans recevoir d'ordres ou d'instructions ni avoir à redouter les conséquences personnelles ou professionnelles de ses décisions. Ces deux dimensions sont étroitement liées : l'autonomie formelle de la juridiction ne suffit pas si ses membres peuvent être personnellement soumis à des pressions, tandis que le statut protecteur des juges perd une grande partie de son efficacité si l'institution à laquelle ils appartiennent demeure sous la dépendance d'un autre pouvoir. Les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés en 1985 par le septième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, puis approuvés par l'Assemblée générale

1. V. Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 10 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 déc. 1966, art. 14, § 1 ; Convention européenne des droits de l'homme, art. 6, § 1 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47, al. 2. V. également les Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, adoptés par le septième Congrès des Nations unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Milan, 26 août – 6 sept. 1985, puis approuvés par l'Assemblée générale des Nations unies, rés. 40/32 du 29 nov. 1985 et 40/146 du 13 déc. 1985, spéc. principes 1 et 2, texte disponible sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme : https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary.

des Nations unies, rendent compte de cette complémentarité. Ils réclament que l'indépendance de la magistrature soit garantie par l'État et respectée par toutes les institutions, proscrivent les influences, pressions, menaces et ingérences indues dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et excluent toute intervention injustifiée dans le cours de la justice. Ils assortissent ces prescriptions de garanties relatives à la sélection et aux qualifications des juges, à la durée et à la sécurité de leurs fonctions, à leurs conditions de service et à leur rémunération ainsi qu'à l'encadrement des procédures disciplinaires, de suspension et de révocation[2]. L'indépendance constitue donc une qualité objective de l'organisation et du statut juridictionnels, assurée par un ensemble de garanties destinées à mettre la juridiction comme chacun de ses membres à l'abri des influences extérieures.

3. L'indépendance revêt une importance particulière en matière pénale. Le procès pénal porte sur le bien-fondé d'une accusation susceptible d'entraîner une condamnation qui, au-delà de la réprobation sociale qu'elle exprime, peut atteindre la personne dans sa liberté, ses droits ou son patrimoine. Il met ainsi l'accusé aux prises avec l'exercice du pouvoir de poursuivre et de punir, lequel appartient à l'État. L'indépendance garantit alors que l'autorité qui juge demeure distincte de celle qui accuse et qu'aucune considération étrangère à l'appréciation des faits et à l'application du droit ne puisse déterminer la déclaration de culpabilité ou la peine prononcée. Elle constitue ainsi une protection de l'accusé contre l'arbitraire, mais également une condition de la légitimité de la condamnation et de la confiance placée par les citoyens dans la justice pénale. La Cour européenne des droits de l'homme souligne en ce sens que les tribunaux doivent inspirer confiance au public et, avant tout, s'agissant d'une procédure pénale, à l'accusé. Elle considère également que la personne qui fait l'objet d'une accusation pénale grave a droit, dès la première instance, à un tribunal satisfaisant pleinement aux exigences d'indépendance et d'impartialité, sans que les insuffisances affectant son organisation puissent être réparées par le seul exercice d'un recours[3].

4. Ces exigences sont pleinement applicables à la Cour pénale internationale (CPI). Parce qu'elle exerce une fonction juridictionnelle en matière pénale et peut prononcer des peines privatives de liberté, son indépendance doit être garantie aussi bien dans sa dimension institutionnelle, à l'égard de la Cour elle-même, que dans sa dimension individuelle, à l'égard des juges qui la composent. Le Statut de Rome ne proclame pas expressément l'indépendance de la Cour en tant qu'institution. Son autonomie institutionnelle se déduit néanmoins de sa permanence, de sa personnalité juridique et de son organisation propre. En revanche, le Statut de Rome consacre directement celle de ses juges, dont l'article 40 dispose qu'ils « exercent leurs fonctions en toute indépendance », et l'assortit de plusieurs garanties tenant notamment à leur élection, à la durée de leur mandat, aux incompatibilités, à la cessation de leurs fonctions, à leurs immunités et à leur rémunération[4].

5. La transposition à la CPI d'une exigence traditionnellement conçue dans un cadre étatique soulève cependant une difficulté particulière. Dans l'ordre interne, l'indépendance juridictionnelle se construit principalement à l'égard des autres pouvoirs de l'État auquel la juridiction appartient. La CPI n'appartient, quant à elle, à aucun ordre étatique, ayant été instituée par un traité et exerçant ses fonctions dans un ordre international décentralisé, à l'égard d'une pluralité d'États dont tous n'ont pas consenti à son institution ni accepté son autorité. Son indépendance peut donc être exigée des États parties, qui ont accepté le Statut de Rome, mais son opposabilité aux États tiers est beaucoup plus incertaine. Cette difficulté, inhérente à la nature conventionnelle de la Cour, est devenue son principal défi. La Russie a engagé des poursuites et délivré des mandats d'arrêt contre plusieurs de ses juges et son Procureur, tandis que les États-

2. Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature, préc. Nations unies, rés. 40/32, 29 nov. 1985, et 40/146, 13 déc. 1985, spéc. principes n^{os} 1, 2 et 4.
3. CEDH, 25 févr. 1997, n° 22107/93, *Findlay c/ Royaume-Uni*, spéc. § 73 et 79 ; CEDH, 9 juin 1998, n° 22678/93, *Incal c/ Turquie*, spéc. § 65 et 71.
4. Statut de Rome, art. 36, 40, 46, 48 et 49. V. également le Code d'éthique judiciaire de la Cour pénale internationale, adopté le 19 janv. 2021, art. 3.

Unis leur ont imposé des sanctions économiques et des restrictions d'entrée sur leur territoire[5]. Ces mesures portent assurément atteinte à l'exercice indépendant des fonctions de la Cour. Mais cette constatation ne suffit pas à établir leur illicéité internationale. Le Statut de Rome ne saurait, par lui-même, imposer aux États qui n'y sont pas parties une obligation de respecter l'indépendance qu'il organise. Si un tel respect peut être politiquement attendu d'eux, son caractère juridiquement obligatoire supposerait d'identifier une autre règle internationale qui leur soit opposable. L'étude de l'indépendance de la Cour impose ainsi de distinguer son organisation statutaire (I) et son opposabilité dans l'ordre international (II).

I. L'organisation statutaire de l'indépendance

6. L'indépendance de la CPI n'est pas organisée par une disposition unique du Statut de Rome. Celui-ci consacre expressément l'indépendance des juges, mais assure également, par plusieurs de ses dispositions, l'autonomie de l'institution à laquelle ils appartiennent. Ces deux niveaux de protection sont complémentaires. Le juge ne pourrait pas exercer ses fonctions en toute indépendance au sein d'une juridiction elle-même placée sous l'autorité d'un autre pouvoir. Inversement, l'autonomie reconnue à la Cour demeurerait formelle si ses membres ne bénéficiaient pas d'un statut les protégeant individuellement contre les pressions susceptibles de s'exercer sur eux. L'organisation statutaire de l'indépendance conduit ainsi à examiner l'autonomie institutionnelle de la Cour (A) et le statut protecteur de ses juges (B).

A. L'autonomie institutionnelle de la Cour

7. À la différence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, la CPI n'a pas été créée par une résolution du Conseil de sécurité et ne constitue pas un organe subsidiaire des Nations unies. Elle a été instituée par une convention internationale qui en fait une institution permanente, dotée de la personnalité juridique internationale et de la capacité nécessaire à l'exercice de ses fonctions. La Cour constitue ainsi une organisation internationale distincte aussi bien des États parties que de l'Organisation des Nations unies[6]. Cette séparation organique est expressément confirmée par l'Accord régissant les relations entre la Cour et les Nations unies, dont l'article 2 qualifie la première d'« institution judiciaire permanente indépendante » et impose aux deux organisations de respecter mutuellement leur statut et leur mandat[7]. L'indépendance institutionnelle, qui n'est pas proclamée en tant que telle par le Statut, reçoit donc une consécration explicite dans l'accord conclu pour organiser les relations de la Cour avec l'Organisation des Nations unies.

8. Cette indépendance n'exclut pas l'existence de liens entre les deux institutions. Le Conseil de sécurité peut saisir la Cour d'une situation en agissant sur le fondement du chapitre VII de la Charte des Nations unies. Il peut également lui demander de suspendre une enquête ou des poursuites pendant une période de douze mois, renouvelable dans les mêmes conditions[8]. Ces prérogatives introduisent une dimension politique dans le déclenchement comme dans l'interruption de l'activité de la Cour. Elles ne placent cependant pas celle-ci sous l'autorité du Conseil de sécurité. La décision de renvoi ne détermine ni les personnes à poursuivre ni les qualifications pénales susceptibles d'être retenues. Elle saisit la Cour d'une situation, à charge pour ses organes d'exercer les compétences que le Statut leur attribue. De même, l'article 16 permet au Conseil de sécurité de différer l'exercice de la fonction juridictionnelle, mais non d'en orienter le contenu. La Cour apprécie seule sa compétence, la recevabilité des affaires et le bien-fondé des accusations dont elle est saisie. Si l'autonomie de la Cour ne correspond pas à un isolement institutionnel, elle s'incarne dans l'impossibilité, pour

5. V. sur les mesures russes, Présidence de l'Assemblée des États parties, déclaration du 22 mars 2023 ; sur les mesures américaines, *Executive Order*, 6 févr. 2025, *Imposing Sanctions on the International Criminal Court*.
6. Statut de Rome, art. 1er et 4. V. D. Rebut, *Droit pénal international*, 5e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2025, no 1302.
7. Accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations unies, conclu le 4 oct. 2004, art. 2, § 1 et 3. V. également A. Lemasson, *Rép. pén. Dalloz*, 2026, vo « Justice pénale internationale : institutions », nos 109-110.
8. Statut de Rome, art. 13, b), et 16.

toute autorité extérieure, de lui dicter la solution d'une affaire.

9. Cette autonomie se manifeste aussi dans l'organisation propre de la Cour. L'article 34 du Statut distingue la Présidence, les sections judiciaires, le Bureau du Procureur et le Greffe. Les fonctions juridictionnelles sont exercées par les Chambres constituées au sein des sections préliminaire, de première instance et des appels. La Présidence est élue par les juges et assure la bonne administration de la Cour, à l'exception du Bureau du Procureur, tandis que le Greffier, également élu par les juges, demeure placé sous l'autorité du Président. Le Bureau du Procureur forme, quant à lui, un organe distinct qui agit indépendamment et ne doit solliciter ni accepter d'instructions d'aucune source extérieure. Cette distribution des compétences évite que l'administration de la Cour, la conduite des poursuites et l'exercice de la fonction de juger soient confondus entre les mains d'un même organe[9]. Elle protège en particulier les Chambres aussi bien contre les interventions du Procureur que contre celles des organes administratifs de la Cour.

10. La Cour dispose également d'un pouvoir d'organisation interne. L'article 52 du Statut confie aux juges le soin d'adopter, à la majorité absolue, le règlement nécessaire à son fonctionnement quotidien, après consultation du Procureur et du Greffier. Ce pouvoir est certes dérivé et subordonné. Le Règlement de la Cour doit être conforme au Statut et au Règlement de procédure et de preuve, tandis qu'une majorité d'États parties peut s'opposer aux dispositions adoptées dans les six mois de leur communication. Il n'en permet pas moins aux juges de fixer eux-mêmes une part importante des règles relatives au fonctionnement de l'institution et à l'exercice de ses activités judiciaires. Cette compétence participe de l'autonomie juridictionnelle, sans conférer pour autant à la Cour la maîtrise de son propre statut. Celui-ci demeure un traité dont la modification appartient aux États parties, de même que le Règlement de procédure et de preuve est adopté et amendé par leur Assemblée. L'indépendance de la Cour ne signifie donc pas qu'elle disposerait d'un pouvoir normatif originaire. Elle implique seulement que les règles établies par les États ne puissent pas servir de fondement à une intervention dans le traitement d'une affaire déterminée.

11. La place reconnue à l'Assemblée des États parties confirme cette distinction. L'Assemblée constitue l'organe par lequel les États qui ont créé la Cour participent à son organisation et à son fonctionnement. Elle élit les juges et le Procureur, adopte le Règlement de procédure et de preuve ainsi que le budget, examine les rapports d'activité de la Cour et peut se prononcer sur les manquements des États à leur obligation de coopération. L'article 112 lui reconnaît en outre un pouvoir de contrôle sur l'administration de la Cour exercée par la Présidence, le Procureur et le Greffier[10]. Ses compétences sont donc importantes. Elles ne s'étendent pas cependant à l'exercice de la fonction juridictionnelle. L'Assemblée ne peut ni adresser d'instructions aux Chambres, ni réviser leurs décisions, ni demander qu'une personne soit poursuivie ou qu'il soit mis fin à une procédure. Le contrôle administratif qu'elle exerce demeure donc distinct d'un contrôle sur l'activité judiciaire. Cette limite ne résulte pas d'une disposition qui l'énoncerait expressément, mais de la répartition des compétences opérée par le Statut et de l'indépendance reconnue aux juges dans l'exercice de leurs fonctions.

12. L'autonomie institutionnelle de la Cour est néanmoins limitée en matière financière. Son budget est approuvé par l'Assemblée des États parties et principalement alimenté par leurs contributions. Peuvent s'y ajouter les ressources versées par les Nations unies, particulièrement lorsque les dépenses résultent d'une saisine du Conseil de sécurité, ainsi que les contributions volontaires de gouvernements, d'organisations internationales, de particuliers, d'entreprises et d'autres entités[11]. La Cour ne dispose donc pas de ressources propres lui permettant de s'affranchir de ceux qui la financent. Cette dépendance budgétaire n'emporte pas, par elle-même, sou-

9. Statut de Rome, art. 34, 38, 42 et 43. V. O. Beauvallet et V. Nerlich, JCl. Droit international, fasc. 220, mai 2022, v° « Cour pénale internationale », n^os^ 22 et s.
10. Statut de Rome, art. 112, spéc. § 2, a), b) et d). V. O. Beauvallet et V. Nerlich, *JCl. Droit international*, fasc. 220, préc., n° 33.
11. Statut de Rome, art. 113 à 116. V. D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n° 347.

mission de l'activité juridictionnelle. Elle peut néanmoins affecter les conditions dans lesquelles cette activité est exercée. Une insuffisance durable de moyens peut ralentir les procédures, limiter les enquêtes, réduire les capacités de protection des témoins ou contraindre la Cour à hiérarchiser ses activités. Sans commander directement le sens d'une décision, le financement peut ainsi déterminer l'étendue et l'efficacité de l'action juridictionnelle. L'indépendance institutionnelle exige donc moins une autonomie financière, qui paraît difficilement réalisable pour une organisation internationale, que l'assurance que le pouvoir budgétaire ne soit pas utilisé pour exercer une pression sur les procédures en cours.

13. La dépendance de la Cour est plus manifeste encore dans l'exécution de ses fonctions. Celle-ci ne dispose ni d'un territoire propre ni d'une force publique qui lui permettrait d'utiliser la contrainte dans ses enquêtes, d'arrêter les personnes recherchées ou de faire exécuter les peines qu'elle prononce. Elle s'appuie sur la coopération des États pour recueillir des preuves, protéger des témoins, arrêter et remettre les suspects ou accueillir les personnes condamnées. Les États parties ont certes l'obligation de coopérer pleinement avec elle. Mais la Cour ne dispose pas elle-même des moyens de les contraindre à respecter cette obligation. Lorsqu'un État partie refuse de donner suite à une demande de coopération et l'empêche ainsi d'exercer ses fonctions, elle peut seulement constater ce manquement et en référer à l'Assemblée des États parties ou, lorsqu'elle a été saisie par lui, au Conseil de sécurité[12]. L'exercice indépendant de la compétence juridictionnelle demeure ainsi tributaire du concours de ceux auxquels les décisions de la Cour sont adressées.

14. Cette dépendance opérationnelle ne contredit pas nécessairement l'indépendance institutionnelle. Une juridiction dépend d'autres institutions pour son financement et l'exécution de ses décisions. La particularité de la CPI tient à l'intensité de cette dépendance et à l'absence d'un ordre politique intégré capable de garantir l'effectivité de son action. Le Statut lui assure une autonomie juridique et décisionnelle au sens où elle constitue une institution distincte, dispose d'organes propres et n'est soumise, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, ni aux États parties, ni à leur Assemblée, ni aux Nations unies. Mais il ne lui confère aucune autonomie matérielle comparable à celle que procure à une juridiction interne son insertion dans un ordre étatique. L'indépendance de l'institution est donc juridiquement organisée, mais son exercice concret demeure subordonné aux moyens et à la coopération que les États acceptent de lui fournir. Cette fragilité institutionnelle rend d'autant plus nécessaires les garanties attachées au statut de chacun de ses juges.

B. Le statut protecteur des juges

15. La protection individuelle des juges repose sur la proclamation expresse de leur indépendance. Aux termes de l'article 40, paragraphe 1, du Statut de Rome, ceux-ci « exercent leurs fonctions en toute indépendance ». La formule signifie que le juge, une fois élu, ne représente ni l'État qui a présenté sa candidature, ni un groupe régional, ni même l'Assemblée des États parties qui l'a élu. Il ne reçoit d'instructions d'aucune de ces autorités et ne saurait être tenu de défendre leurs intérêts. Son office est exclusivement juridictionnel, consistant à appliquer le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve, conformément à la hiérarchie des normes établie par l'article 21. Cette indépendance fonctionnelle constitue le principe autour duquel s'ordonnent les autres éléments de son statut. Les règles relatives à la sélection des juges, à la durée de leurs fonctions, aux incompatibilités, à la discipline, aux immunités et à leur rémunération n'ont pas seulement pour objet d'organiser la magistrature de la Cour. Elles tendent à empêcher qu'une autorité extérieure puisse influer sur le contenu des décisions en agissant sur la situation personnelle ou professionnelle de ceux qui les rendent[13].

16. La première garantie réside dans les conditions auxquelles est subordonné l'accès aux fonctions judiciaires. L'article 36 exige que les

12. Statut de Rome, art. 86, 87, § 7, 89 et 93. V. O. Beauvallet et V. Nerlich, *JCl. Droit international*, fasc. 220, préc., n^{os} 191 et s.
13. Statut de Rome, art. 21 et 40. V. F.Z. Ntoubandi, « Article 40 – Indépendance des juges », *in* J. Fernandez, X. Pacreau et M. Ubéda-Saillard (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, 2^{e} éd., Pedone, 2019, commentaire de l'art. 40.

candidats soient choisis parmi des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité et réunissant les conditions requises dans leurs États respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires. Ils doivent, en outre, justifier soit d'une compétence reconnue en droit et en procédure pénale ainsi que de l'expérience nécessaire du procès pénal, soit d'une compétence reconnue dans des domaines pertinents du droit international, tels que le droit international humanitaire et les droits de l'homme. Une excellente connaissance et une pratique courante de l'une au moins des langues de travail de la Cour sont également requises. Ces exigences visent à garantir que le juge possède à la fois les qualités morales et la compétence professionnelle nécessaires pour résister aux pressions dont il pourrait faire l'objet et pour statuer sans dépendre de l'expertise d'autorités extérieures. L'indépendance ne procède pas seulement de protections accordées après l'élection ; elle suppose, en amont, la désignation de personnalités dont la formation, l'expérience et l'intégrité les rendent aptes à exercer librement leur office[14].

17. Le mode de désignation ménage toutefois une place déterminante aux États parties. Les candidatures sont présentées par eux et les juges sont élus, au scrutin secret, par l'Assemblée des États parties. L'article 36 cherche à encadrer cette intervention politique en imposant la représentation des principaux systèmes juridiques du monde, une répartition géographique équitable, une représentation équitable des hommes et des femmes ainsi que la présence de juges possédant une expertise juridique dans certaines matières, notamment celles relatives aux violences contre les femmes et les enfants. Ces exigences contribuent à la légitimité d'une juridiction appelée à connaître de situations provenant de régions et de traditions juridiques très différentes. Elles ne garantissent pas cependant, à elles seules, que l'élection soit exclusivement déterminée par les mérites individuels des candidats. La présentation des candidatures par les États, le caractère intergouvernemental de l'organe électoral et le secret du scrutin laissent subsister la possibilité de considérations diplomatiques, de répartitions régionales ou d'échanges de soutiens étrangers aux seules qualités judiciaires recherchées. Les élections n'ont d'ailleurs pas toujours porté – loin s'en faut – sur les candidats présentant les compétences juridiques et l'expérience judiciaire les plus élevées, ayant parfois conduit à la désignation de magistrats issus de régimes autoritaires ou de systèmes judiciaires clientélistes, dont la familiarité avec les exigences d'une véritable indépendance juridictionnelle était faible sinon inexistante. La création par l'Assemblée, en 2011, d'un Comité consultatif pour les candidatures à la fonction de juge a précisément répondu à la volonté de soumettre les candidatures à une évaluation professionnelle préalable[15]. Son intervention accroît la transparence du processus et permet de vérifier plus rigoureusement la réunion des conditions statutaires. Elle demeure néanmoins consultative, l'élection appartenant toujours aux États parties, qui ne sont juridiquement tenus ni de suivre ses appréciations ni de motiver leur choix. Le Statut organise ainsi une sélection politique encadrée par des critères juridiques, plutôt qu'une nomination soustraite à toute intervention étatique.

18. Une fois le juge élu, la stabilité de ses fonctions constitue une garantie plus directement protectrice. Le mandat est fixé à neuf ans et n'est, en principe, pas renouvelable. Sa durée permet au juge d'exercer ses fonctions dans une temporalité distincte de celle des gouvernements et de l'Assemblée qui l'a élu. Surtout, l'absence de renouvellement le dispense de rechercher le soutien des États en vue d'une nouvelle élection et réduit le risque que ses décisions soient influencées par la perspective de conserver ses fonctions. Elle distingue son statut de ceux dans lesquels le juge international doit périodiquement solliciter la reconduction de son mandat et qui demeurent ainsi tributaires, pour leur main-

14. Statut de Rome, art. 36, § 3. V. D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n° 1347 ; F. Bellivier, M. Eudes et I. Fouchard, *Droit des crimes internationaux*, PUF, coll. « Thémis droit », 2018, n° 372 ; O. Beauvallet et V. Nerlich, *JCl. Droit international*, fasc. 220, préc., n° 24.

15. Statut de Rome, art. 36, § 4 à 8 ; F. Bellivier, M. Eudes et I. Fouchard, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit.*, n° 373. Le Comité consultatif pour les candidatures à la fonction de juge a été institué par l'Assemblée des États parties en application de l'article 36, § 4, c), du Statut de Rome : AEP, rés. ICC-ASP/10/Res.5, 20 déc. 2011, § 19.

tien en fonctions, d'une nouvelle nomination ou d'une nouvelle élection[16]. L'article 36, paragraphe 10, prévoit en outre que, malgré l'expiration de son mandat, le juge affecté à une Chambre de première instance ou d'appel continue à siéger afin d'achever le procès ou l'appel dont il a été saisi. Cette prorogation fonctionnelle assure la continuité de la formation de jugement et empêche que le calendrier des élections puisse modifier la composition d'une Chambre au cours d'une affaire. Ces garanties n'excluent pas toute influence extérieure. La perspective d'une activité professionnelle après la cessation des fonctions peut encore susciter des interrogations et le juge demeure tributaire, pour son élection initiale, du soutien des États. Elles neutralisent néanmoins l'un des principaux instruments de pression susceptibles de peser sur un magistrat, celui qui résulte de la précarité ou du renouvellement périodique de son mandant[17].

19. L'indépendance est également protégée par un régime d'incompatibilités destiné à éviter qu'un juge ne soit placé dans une situation de dépendance à l'égard d'intérêts extérieurs. L'article 40, paragraphe 2, interdit ainsi aux juges de se livrer à une activité susceptible d'entraver l'exercice de leurs fonctions ou de faire douter de leur indépendance, ceux qui exercent leurs fonctions à plein temps au siège de la Cour ne pouvant se livrer à aucune autre activité de caractère professionnel. L'interdiction appréhende donc aussi bien l'influence effective que l'apparence de dépendance et rejoint, à cet égard, l'exigence d'impartialité. Celle-ci est plus directement protégée par les règles de décharge et de récusation prévues à l'article 41, qui permettent d'écarter d'une affaire le juge dont l'impartialité pourrait raisonnablement être mise en doute, notamment en raison de son intervention antérieure dans une procédure concernant la personne poursuivie ou l'affaire examinée. Les deux dispositions remplissent ainsi des fonctions complémentaires. La première protège le juge contre les intérêts extérieurs susceptibles d'affecter l'exercice général de ses fonctions, tandis que la seconde préserve la décision des liens, intérêts ou préjugés propres à une affaire particulière. Les difficultés relatives aux incompatibilités comme les demandes de récusation sont tranchées par les autres juges, sans participation de celui auquel la question se rapporte, selon les modalités précisées par le Règlement de procédure et de preuve. Le Statut confie ainsi au corps judiciaire lui-même la responsabilité première de préserver l'indépendance et l'impartialité de ses membres[18]. Le Code d'éthique judiciaire adopté le 19 janvier 2021 complète ce dispositif en demandant aux juges de défendre l'indépendance de leur charge et l'autorité de la Cour, de décider sans restriction, influence indue, incitation, pression, menace ou ingérence et de s'abstenir de toute activité susceptible d'interférer avec leurs fonctions ou d'altérer la confiance placée dans leur indépendance[19].

20. La sécurité du mandat suppose aussi que la cessation anticipée des fonctions ne puisse pas servir de moyen de pression. Les juges ne peuvent être relevés de leurs fonctions que dans les hypothèses limitativement énumérées par l'article 46, c'est-à-dire lorsqu'il est établi qu'ils ont commis une faute lourde ou un manquement grave aux devoirs que leur impose le Statut, ou qu'ils se trouvent dans l'incapacité d'exercer leurs fonctions. La décision ne relève pas de la seule Assemblée des États parties. Elle doit être précédée d'une recommandation adoptée à la majorité des deux tiers des autres juges, puis être approuvée par une majorité des deux tiers des

16. V. notamment, Statut de la Cour internationale de Justice, art. 13, § 1 ; Statut du Tribunal international du droit de la mer, art. 5, § 1 ; TFUE, art. 253 et 254 ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 54, § 1 ; Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 15, § 1. À l'inverse, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme sont élus pour un mandat non renouvelable de neuf ans : Conv. EDH, art. 23, § 1.
17. Statut de Rome, art. 36, § 9 et 10 ; D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n° 1347.
18. Statut de Rome, art. 40, § 2 à 4, et art. 41, § 1 et 2 ; Règlement de procédure et de preuve, règles 33 à 35. La règle 34 précise notamment les motifs de récusation, parmi lesquels l'intérêt personnel dans l'affaire, les relations personnelles avec une partie ou ses conseils, l'exercice antérieur de fonctions dans la même affaire et l'expression d'une opinion susceptible de mettre objectivement en doute l'impartialité du juge.
19. Code d'éthique judiciaire de la Cour pénale internationale, adopté le 19 janv. 2021 et entré en vigueur le 27 janv. 2021, art. 3, spéc. § 1 à 3. V. également art. 4, relatif à l'impartialité et aux conflits d'intérêts. Le Code est disponible sur le site de la Cour pénale internationale : https://www.icc-cpi.int/publications/core-legal-texts/code-judicial-ethics.

États parties. Cette double intervention traduit la recherche d'un équilibre. Si l'Assemblée dispose d'un pouvoir dans la cessation des fonctions, elle ne peut pas cependant l'exercer de sa propre initiative ni contre l'avis du corps judiciaire. Inversement, la décision de révocation n'appartient pas aux juges, dont la recommandation ne lie pas l'Assemblée des États parties. Les mesures disciplinaires applicables aux fautes d'une gravité moindre sont prévues par l'article 47 et précisées par les règles 23 à 32 du Règlement de procédure et de preuve, qui organisent notamment la communication des griefs et la possibilité pour l'intéressé de présenter ses observations. L'existence d'une responsabilité disciplinaire ne contredit pas l'indépendance car celle-ci ne saurait se confondre avec l'irresponsabilité du juge. Elle exige cependant que la définition des manquements, la procédure suivie et l'autorité compétente soient suffisamment encadrées pour que la menace d'une sanction ne puisse pas être utilisée afin d'infléchir une décision juridictionnelle[20].

21. Les privilèges et immunités prévus par l'article 48 répondent plus directement encore au risque de représailles. Dans l'exercice de leurs fonctions ou relativement à celles-ci, les juges bénéficient des mêmes privilèges et immunités que les chefs de missions diplomatiques. Après l'expiration de leur mandat, ils continuent de jouir de l'immunité de juridiction pour les paroles, les écrits et les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Cette protection est indispensable dans une juridiction dont les décisions peuvent concerner les plus hauts responsables politiques ou militaires et susciter l'hostilité des États auxquels ils appartiennent. Elle tend à empêcher que des procédures nationales, des mesures de contrainte ou la menace de telles mesures soient employées pour punir un juge en raison de ses décisions ou le dissuader de statuer. L'immunité n'est toutefois pas instituée dans l'intérêt personnel du juge, sa finalité étant la protection du libre exercice de la fonction juridictionnelle. C'est pourquoi elle peut être levée lorsqu'elle ferait obstacle à la justice et que sa levée ne porte pas préjudice aux fins pour lesquelles elle a été accordée. Cette décision de levée appartient à la majorité absolue des autres juges et non à un État ou à l'Assemblée. L'Accord sur les privilèges et immunités de la CPI précise et développe ce régime[21]. Sa portée révèle néanmoins une limite qui dépasse le statut individuel des magistrats, car cette protection, qui résulte d'engagements conventionnels, ne produit ses effets juridiques qu'à l'égard des États qui les ont acceptés[22]. Le régime protecteur ainsi mis en place ne garantit donc pas, par lui-même, le juge contre les mesures qu'un État tiers pourrait adopter dans son propre ordre juridique.

22. L'indépendance matérielle du juge est enfin assurée par la protection de sa rémunération. L'article 49 attribue à l'Assemblée des États parties la compétence pour fixer les traitements, indemnités et remboursements de frais des juges, mais interdit leur réduction en cours de mandat. Cette règle empêche que la situation financière d'un magistrat puisse être dégradée en réaction à une décision ou utilisée pour exercer sur lui une pression individuelle. Elle neutralise un éventuel usage punitif de la rémunération.

23. Le Statut de Rome prévoit ainsi un ensemble cohérent de garanties individuelles. La compétence et l'intégrité exigées lors de la sélection, la durée et le non-renouvellement du mandat, les incompatibilités, le contrôle exercé par les pairs, l'encadrement de la discipline et de la révocation, les immunités ainsi que la protection de la rémunération tendent tous à soustraire le juge aux conséquences personnelles que pourraient entraîner ses décisions. La protection est particulièrement forte dans l'exercice du mandat. Une fois élu, le juge ne peut pas recevoir d'instructions, être arbitrairement révoqué, privé de sa rémunération ou exposé, dans les États liés par le Statut de Rome, à des poursuites fondées sur ses actes juridictionnels. Elle demeure plus imparfaite à l'entrée dans les fonctions, dès lors que la présentation des candidatures et l'élection relèvent des États parties. Elle se heurte surtout,

20. Statut de Rome, art. 46 et 47 ; Règlement de procédure et de preuve, règles 23 à 32. V. également F. Bellivier, M. Eudes et I. Fouchard, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit.*, n° 374.

21. Statut de Rome, art. 48 ; Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, adopté le 9 sept. 2002 et entré en vigueur le 22 juill. 2004, spéc. art. 15.

22. V. *infra*, n^os^ 42 et s.

dans les relations avec les États qui n'ont accepté ni le Statut ni l'Accord sur les privilèges et immunités, à une limite tenant à l'inopposabilité des garanties qu'ils organisent. Le statut protecteur réduit donc les possibilités juridiques de pression sans pouvoir supprimer les rapports politiques dans lesquels les juges exercent leurs fonctions. Son effectivité dépend à la fois du respect des engagements pris par les États parties, de la vigilance du corps judiciaire et de la capacité de l'ordre international à opposer ces garanties aux États qui ne sont pas liés par le système statutaire. Après l'organisation de l'indépendance, reste ainsi à déterminer ceux auxquels son respect peut juridiquement être imposé.

II. L'opposabilité internationale de l'indépendance

24. L'indépendance organisée par le Statut ne possède pas la même portée à l'égard de tous les États. La Cour est certes une juridiction internationale permanente, instituée pour connaître des crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale. Cette nature et cette finalité ne l'affranchissent pas toutefois du cadre conventionnel qui détermine son statut et ses compétences. Dans ces conditions, l'opposabilité à chaque État de l'exigence d'indépendance dépend de son consentement aux obligations du Statut de Rome. Elle s'impose pleinement aux États parties, qui ont consenti à l'institution de la Cour et accepté les obligations nécessaires à son fonctionnement (**A**). À l'égard des États tiers, elle est, en revanche, dépourvue de ce fondement conventionnel et supposerait l'identification d'une autre règle internationale leur imposant le respect d'une juridiction à laquelle ils n'ont pas adhéré (**B**).

A. Une indépendance statutairement opposable aux États parties

25. L'obligation des États parties de respecter l'indépendance de la Cour trouve son premier fondement dans leur consentement au Statut de Rome. Ce sont eux qui, par la conclusion puis la ratification de ce traité, ont institué la Cour, déterminé ses compétences et organisé son fonctionnement. Conformément au principe *pacta sunt servanda*, ils sont tenus d'exécuter de bonne foi les engagements qui en résultent et ne peuvent pas se prévaloir de leur droit interne pour s'en dispenser[23]. Le Statut ne leur impose pas seulement d'admettre l'existence de la Cour. Il les oblige à respecter les conditions dans lesquelles celle-ci doit exercer ses attributions, parmi lesquelles figure l'indépendance des juges expressément consacrée par son article 40. Sans doute cette disposition est-elle formulée comme une règle applicable aux juges eux-mêmes et non comme une injonction adressée aux États. Elle implique néanmoins que ceux-ci s'abstiennent de tout acte qui priverait cette indépendance de son effectivité. Un État partie ne pourrait pas simultanément reconnaître que les juges doivent exercer leurs fonctions en toute indépendance et prétendre conserver le droit de leur adresser des instructions, de les menacer ou de leur imposer des mesures destinées à orienter leurs décisions. L'obligation étatique est ainsi contenue dans la garantie statutaire elle-même, la liberté reconnue aux juges ayant nécessairement pour corollaire l'interdiction, pour les États qui l'ont acceptée, d'en entraver l'exercice.

26. Cette obligation procède de la nature particulière de l'engagement conventionnel. En adhérant au Statut, chaque État partie n'établit pas seulement des rapports réciproques avec les autres parties, mais concourt à la création d'une institution distincte à laquelle il reconnaît des pouvoirs susceptibles de produire des effets à son égard. Son consentement porte ainsi sur l'exercice, par une juridiction indépendante, des compétences définies par le traité. Il lui interdit, en conséquence, de subordonner cet exercice à son approbation ultérieure ou de tenter d'influer sur le traitement d'une affaire déterminée[24].

27. Les compétences reconnues à l'Assemblée des États parties ne dérogent pas à cette obliga-

23. Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janv. 1980, art. 26 et 27. L'interdiction des réserves au Statut de Rome, prévue par son article 120, garantit en outre l'unité des engagements acceptés par les États parties.

24. V. Statut de Rome, préambule, al. 9, et art. 1er, 4 et 12, § 1. Aux termes de cette dernière disposition, « un État qui devient Partie au Statut reconnaît par là même la compétence de la Cour à l'égard des crimes visés à l'article 5 ». V. également art. 120, qui exclut toute réserve au Statut.

tion. Si l'article 112 lui attribue des pouvoirs en matière budgétaire, administrative et institutionnelle, ceux-ci ne lui confèrent aucune autorité sur l'exercice des fonctions judiciaires, dont les États parties ont accepté l'indépendance. L'Assemblée ne peut donc ni prescrire l'ouverture ou l'abandon d'une procédure, ni imposer une interprétation juridique, ni intervenir dans le traitement d'une affaire particulière. Cette limite, qui ressort de l'économie générale du Statut et de son article 119, paragraphe 1, est régulièrement rappelée par les résolutions de l'Assemblée distinguant la responsabilité administrative des organes de l'indépendance reconnue aux juges et au Procureur[25].

28. Le respect de l'indépendance n'interdit pas aux États parties toute appréciation critique de l'action de la Cour. Ils peuvent discuter ses décisions, proposer une modification du Statut selon les procédures prévues par ses articles 121 à 123, exercer les compétences qui leur appartiennent au sein de l'Assemblée et même se retirer du système conformément à l'article 127. L'indépendance juridictionnelle n'a jamais eu pour objet de soustraire une juridiction à la critique juridique ou de rendre son statut immuable. Elle interdit, en revanche, le passage de la critique à la contrainte. Un État partie méconnaîtrait son engagement s'il cherchait à obtenir une décision déterminée par des instructions, des menaces, des mesures de rétorsion ou des pressions exercées sur les juges, leurs proches ou les agents de la Cour. Il en irait de même s'il utilisait ses compétences institutionnelles, budgétaires ou électorales afin de sanctionner une décision rendue ou de peser sur une procédure en cours. La distinction ne dépend pas de la forme prise par l'intervention étatique, mais de sa finalité et de ses effets. L'exercice régulier des droits reconnus aux États par le Statut demeure licite. Leur détournement en vue d'orienter ou d'entraver l'activité juridictionnelle porte atteinte à l'indépendance qu'ils se sont engagés à respecter.

29. Certaines dispositions du Statut donnent une traduction particulièrement concrète à cette interdiction. L'article 70 qualifie d'infractions portant atteinte à l'administration de la justice le fait d'entraver ou d'intimider un membre ou un agent de la Cour, ou d'exercer des représailles contre lui en raison des fonctions qu'il exerce. Il incrimine également la tentative de corruption d'un membre ou d'un agent de la Cour ainsi que la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage indu par celui-ci. Son paragraphe 4 impose aux États parties d'étendre les dispositions de leur droit pénal réprimant les atteintes à l'intégrité de leurs propres procédures d'enquête ou de jugement aux atteintes à l'administration de la justice de la Cour commises sur leur territoire ou par l'un de leurs ressortissants. Le respect de l'indépendance n'est donc pas seulement une obligation négative d'abstention. Il comporte une dimension positive en faisant obligation aux États parties de disposer des instruments juridiques permettant de prévenir et de réprimer certaines pressions exercées par des personnes privées ou des agents publics contre les membres de la Cour. L'article 70 ne couvre certes pas toute forme d'ingérence politique ou diplomatique, mais il confirme que le Statut envisage les pressions, intimidations et représailles comme des atteintes à l'ordre juridictionnel qu'il institue[26].

30. L'obligation générale de coopération prévue par l'article 86 participe également à la garantie de l'indépendance. Les États parties doivent coopérer pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence. Cette obligation est précisée par les articles suivants, qui concernent notamment l'arrestation et la remise des personnes recherchées, la production d'éléments de preuve, l'audition de témoins, les perquisitions, la protection des victimes et l'exécution des décisions. L'article 88 leur impose en outre de prévoir dans leur droit interne les procédures permettant la réalisation de toutes les formes de coopération visées par le Statut. La Cour ne pourrait pas exercer librement sa fonction juridictionnelle si chaque acte nécessaire à ses procédures demeurait soumis à la volonté discrétionnaire des États. L'obligation de coopération lui procure ainsi les

25. V. Statut de Rome, art. 112, § 2, a), b) et d), et art. 119, § 1. V. également Assemblée des États parties, rés. ICC-ASP/20/Res.3, 9 déc. 2021, § 4 ; rés. ICC-ASP/21/Res.4, 9 déc. 2022, § 4 ; rés. ICC-ASP/22/Res.6, 14 déc. 2023 ; rés. ICC-ASP/23/Res.4, 6 déc. 2024. Ces résolutions soulignent conjointement la nécessité de préserver l'indépendance judiciaire et l'indépendance du Procureur, tout en assurant le contrôle de la gestion, la bonne gouvernance et la responsabilité administrative des organes de la Cour.

26. Statut de Rome, art. 70, § 1, c) à e), et § 4.

moyens d'une indépendance opérationnelle que son absence d'appareil coercitif propre ne lui permet pas d'assurer seule[27].

31. Un manquement à la coopération ne constitue pas, par lui-même, une atteinte à l'indépendance. Un défaut d'exécution peut résulter d'une difficulté juridique, d'une insuffisance administrative ou d'une divergence dans l'interprétation du Statut sans avoir pour objet d'orienter l'activité juridictionnelle. Le Statut prévoit d'ailleurs, dans son article 97, une procédure de consultation lorsqu'un État rencontre des difficultés susceptibles d'entraver ou d'empêcher l'exécution d'une demande. La violation de l'obligation de coopération et l'atteinte à l'indépendance doivent donc être distinguées. Elles se rejoignent lorsque le refus de coopérer devient un instrument destiné à faire obstacle à une enquête, à contraindre la Cour à modifier ses décisions ou à sanctionner l'exercice de sa compétence. Dans cette hypothèse, l'État ne se limite pas à ne pas exécuter une demande particulière. Il utilise la dépendance opérationnelle de la Cour afin d'influer sur l'exercice de sa fonction juridictionnelle. Ce refus méconnaît alors à la fois l'obligation spéciale de coopération et l'obligation plus générale de respecter l'indépendance de l'institution.

32. Les privilèges et immunités précédemment examinés donnent une traduction particulière à cette opposabilité sur le territoire des États parties. L'article 48 bénéficie, en effet, aux membres de la Cour dans chacun de ces États, indépendamment même de leur adhésion à l'Accord sur les privilèges et immunités, lequel précise et développe la protection statutaire pour ceux qui l'ont ratifié[28]. Une mesure de gel des avoirs, une restriction de déplacement, une procédure pénale ou toute autre contrainte visant un juge en raison de l'exercice de ses fonctions serait ainsi incompatible avec les obligations d'un État partie, sous réserve des mécanismes de levée des immunités prévus par le Statut. Celui-ci ne lui laisse pas la faculté de traiter les actes juridictionnels de la Cour comme ceux d'un organe étranger dépourvu de protection sur son territoire.

33. La même exigence encadre l'exercice du pouvoir budgétaire précédemment décrit. Une réduction générale des ressources, décidée en considération de contraintes financières ou de choix de gestion, ne constitue pas *a priori* une ingérence. Il en irait différemment d'une mesure ciblée destinée à empêcher une enquête, à priver une Chambre des moyens nécessaires pour statuer ou à sanctionner une décision juridictionnelle. L'obligation d'exécuter le Statut de bonne foi interdit ainsi aux États parties d'utiliser leur pouvoir budgétaire pour exercer sur l'activité juridictionnelle une autorité que le traité ne leur reconnaît pas.

34. Le caractère collectif du système statutaire donne enfin à la protection de l'indépendance une dimension qui dépasse les rapports bilatéraux entre la Cour et chacun de ses membres. L'article 87, paragraphe 7, permet à la Cour, lorsqu'un État partie ne donne pas suite à une demande de coopération contrairement aux prescriptions du Statut et l'empêche ainsi d'exercer ses fonctions, d'en référer à l'Assemblée des États parties ou, lorsque la saisine émane de celui-ci, au Conseil de sécurité. Si l'Assemblée ne constitue pas une autorité disciplinaire générale des États et ne dispose pas de mécanismes comparables à ceux d'un ordre étatique, elle représente le cadre dans lequel les parties peuvent réagir collectivement aux comportements qui compromettent le fonctionnement de l'institution. Les déclarations de sa Présidence et de son Bureau condamnant les menaces ou les mesures coercitives dirigées contre la Cour témoignent de cette fonction de garantie collective[29]. Elles ne

27. *Ibid.*, art. 86 à 93. V. D. Rebut, *Droit pénal international*, *op. cit.*, n^os^ 1380 et s. ; O. Beauvallet et V. Nerlich, *JCl. Droit international*, fasc. 220, préc., n^os^ 90 et s. Sur le lien entre la coopération étatique et l'effectivité de la justice pénale internationale, v. également F. Bellivier, M. Eudes et I. Fouchard, *Droit des crimes internationaux*, *op. cit.*, n^os^ 532 et s.

28. Statut de Rome, art. 48, § 1 à 5 ; Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale, adopté par l'Assemblée des États parties le 9 sept. 2002 et entré en vigueur le 22 juill. 2004, spéc. art. 3 et 15. L'article 48 du Statut lie tous les États parties à celui-ci, tandis que l'Accord précise et développe ce régime à l'égard des seuls États qui y sont également parties.

29. Statut de Rome, art. 87, § 7. V. pour des illustrations récentes, Bureau de l'Assemblée des États parties, déclaration du 23 janv. 2025 sur les mesures de sanctions dirigées contre la Cour ; Présidence de l'Assemblée des États parties, déclarations des 21 août et 18 déc. 2025. Sur la nécessité de replacer les pouvoirs et les obligations de la Cour dans leur fondement conventionnel, v. D. Rebut, « La CPI et l'absence d'immunité en France des chefs d'État et de gouvernement des États non parties », *JCP G* 2025, doctr. 306, spéc. n^os^ 20 et s.

créent pas à elles seules de nouvelles obligations et ne transforment pas toute opposition politique à la Cour en acte illicite. Elles expriment néanmoins la position des organes représentant les États parties selon laquelle la défense de l'indépendance participe de la préservation de l'intégrité du Statut.

35. Cette garantie conventionnelle se traduit ainsi par un ensemble précis et étendu d'obligations à la charge des États parties. Ils sont tenus de s'abstenir de toute instruction, pression ou mesure de représailles, mais aussi de protéger les membres et agents de la Cour contre certaines atteintes, de respecter leurs privilèges et immunités, de coopérer à l'exécution des décisions et d'exercer de bonne foi leurs compétences administratives, budgétaires et institutionnelles. Le Statut ne leur permet pas de choisir les décisions auxquelles ils se conformeront en fonction de leur approbation de l'affaire ou des personnes concernées. Leur consentement initial emporte acceptation de l'exercice indépendant des compétences attribuées à la Cour, y compris lorsque celui-ci contrarie leurs intérêts politiques. Ces obligations ne s'imposent toutefois qu'aux États ayant adhéré au Statut et dans les limites de leur consentement. L'indépendance organisée par celui-ci ne peut donc pas, sur ce seul fondement, être opposée aux États tiers.

B. Une indépendance juridiquement inopposable aux États tiers

36. Les mesures adoptées par la Russie et les États-Unis contre les magistrats de la Cour mettent en évidence l'ambiguïté de la notion d'atteinte à l'indépendance lorsqu'elle est appliquée aux relations avec les États tiers. Par leur objet comme par leurs effets, ces mesures répondent à des actes juridictionnels et cherchent à dissuader leurs auteurs de poursuivre dans la même voie. Elles constituent, en ce sens, des atteintes matérielles à l'exercice indépendant des fonctions de la Cour. Cette qualification factuelle ne suffit cependant pas à établir qu'elles violent une obligation internationale. L'existence d'une pression et l'illicéité de celle-ci sont deux questions distinctes. La première s'apprécie au regard des effets produits sur la Cour et ses membres ; la seconde suppose l'identification d'une règle opposable à l'État qui en est l'auteur. Or ni la Russie ni les États-Unis ne sont parties au Statut de Rome. L'indépendance organisée par celui-ci ne peut donc pas leur être imposée à la différence des États qui ont accepté le traité. Toute l'analyse juridique de ces sanctions réside ainsi dans cette distinction qui est généralement ignorée dans les réactions indignées qu'elles ont suscitées.

37. La Russie a engagé une politique systématique de représailles contre les magistrats de la Cour. À la suite des mandats d'arrêt délivrés le 17 mars 2023 contre le président Vladimir Poutine et M^me^ Maria Lvova-Belova, les autorités russes ont ouvert des procédures pénales contre le Procureur Karim Khan et les juges ayant pris part à ces décisions. Ces procédures ont conduit à la délivrance de mandats d'arrêt contre plusieurs membres de la Cour. Une nouvelle procédure a été engagée en 2024 contre le juge Haykel Ben Mahfoudh après sa participation aux mandats d'arrêt délivrés le 24 juin de la même année contre l'ancien ministre russe de la Défense Sergueï Choïgou et le chef d'état-major général Valeri Guerassimov. Le 12 décembre 2025, la Cour municipale de Moscou a condamné par contumace le Procureur et huit juges de la Cour à des peines d'emprisonnement comprises entre trois ans et demi et quinze ans pour des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions relativement à la situation en Ukraine[30]. Le lien entre les actes judiciaires accomplis et les poursuites russes ne souffre aucune incertitude. Celles-ci punissent les magistrats pour avoir exercé leurs fonctions et les exposent à un risque d'arrestation s'ils se rendent en Russie ou dans un État disposé à donner suite aux demandes russes.

38. La portée pratique de ces mesures demeure toutefois faible en raison de l'isolement du sys-

30. Sur les premières poursuites russes, v. Présidence de l'Assemblée des États parties, déclarations des 22 mars et 12 oct. 2023. Sur la procédure engagée en 2024 contre le juge Haykel Ben Mahfoudh, v. CPI, mandats d'arrêt délivrés le 24 juin 2024 contre Sergueï Choïgou et Valeri Guerassimov. Sur les condamnations prononcées le 12 déc. 2025, v. Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme, « *Russia must end reprisals and intimidation of ICC Prosecutor and judges* », 4 févr. 2026 ; Mandats de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme dans la Fédération de Russie et de la Rapporteuse spéciale sur l'indépendance des juges et des avocats, communication du 21 janv. 2026.

tème juridique et financier russe. Il en va tout autrement des sanctions américaines[31]. Les États-Unis avaient déjà, sous la première présidence de Donald Trump, révoqué le visa de la Procureure Fatou Bensouda, puis placé celle-ci ainsi que Phakiso Mochochoko, directeur d'une division du Bureau du Procureur, sous sanctions en raison de l'enquête relative à l'Afghanistan. Ces mesures avaient été levées par l'administration Biden en avril 2021[32]. Le décret présidentiel nº 14203 du 6 février 2025 a rétabli et élargi ce dispositif. Il qualifie les actions de la Cour contre les États-Unis et Israël de menace inhabituelle et extraordinaire pour la sécurité nationale et la politique étrangère américaines et autorise le gel des avoirs, les restrictions d'entrée et l'interdiction de fournir des biens ou des services aux personnes désignées[33]. Ont successivement été placés sous sanctions le Procureur Karim Khan, quatre juges en juin 2025, les juges Kimberly Prost et Nicolas Guillou ainsi que les deux procureurs adjoints en août 2025, puis deux nouveaux juges en décembre 2025. Cette politique a connu une nouvelle extension le 18 août 2026 avec la désignation de la juge Tomoko Akane, présidente de la Cour, et d'Abdoulaye Seye, premier substitut du Procureur. Neuf des dix-huit juges de la Cour, ses deux procureurs adjoints, son ancien Procureur et un membre du personnel se trouvent ainsi désormais sous sanctions américaines[34].

39. Les conséquences de ces sanctions dépassent très largement le territoire des États-Unis. L'interdiction faite aux personnes et entreprises américaines de fournir un bien ou un service aux personnes désignées, la place du dollar dans les échanges internationaux et la domination des entreprises américaines dans les secteurs bancaire, numérique et commercial leur donnent une portée mondiale. L'expérience du juge français Nicolas Guillou en fournit une illustration particulièrement éclairante. Entendu le 8 avril 2026 par une commission d'enquête de l'Assemblée nationale, celui-ci a expliqué que ses comptes auprès d'entreprises comme Amazon, Airbnb ou PayPal avaient été clôturés, que sa carte bancaire avait été annulée et qu'il ne pouvait plus disposer d'un moyen de paiement ordinaire. Des entreprises européennes ont également interrompu leurs prestations par crainte d'une exposition aux sanctions américaines, parfois même en l'absence de tout rattachement apparent avec les États-Unis. Ses remboursements de dépenses de santé ont ainsi été suspendus par des prestataires français, tandis que son accès à de nombreux services numériques ou commerciaux était entravé[35]. La désignation de la présidente Tomoko Akane a fourni, quelques jours après son adoption, une nouvelle illustration de ces effets. Celle-ci a fait état des conséquences financières immédiates des sanctions et sollicité l'intervention du gouvernement japonais afin d'éviter une nouvelle escalade avec les États-Unis[36]. Les sanctions américaines ne se limitent donc pas à interdire à un juge l'accès au territoire américain ou à y immobiliser ses avoirs mais tendent à provoquer son exclusion d'une part considérable des échanges économiques et numériques réalisés sur le territoire même des États parties.

40. De tels effets caractérisent objectivement une pression sur l'exercice de la fonction juridictionnelle. Les sanctions sont liées non à un acte privé des juges, mais aux décisions auxquelles ils

31. V. sur les sanctions américaines, J. Fernandez, *Droit international pénal*, 4e éd., LGDJ, coll. « Manuel », 2026, p. 311 et s.
32. L'administration Biden n'approuvait pas pour autant l'action de la Cour. Si elle a levé les sanctions américaines au motif qu'elles étaient « inappropriées et inefficaces », elle a fermement réaffirmé l'opposition des États-Unis à l'exercice par la CPI de sa compétence à l'égard des ressortissants d'États non parties, notamment des ressortissants américains et israéliens, ainsi que son désaccord avec les enquêtes relatives aux situations en Afghanistan et en Palestine. V. Président des États-Unis, *Executive Order* nº 14022, *Termination of Emergency With Respect to the International Criminal Court*, 1er avr. 2021 ; A. J. Blinken, secrétaire d'État, *Ending Sanctions and Visa Restrictions against Personnel of the International Criminal Court*, 2 avr. 2021.
33. Président des États-Unis, Executive Order nº 14203, Imposing Sanctions on the International Criminal Court, 6 févr. 2025.
34. Département d'État américain, déclarations des 5 juin, 20 août et 18 déc. 2025, ainsi que du 18 août 2026 ; CPI, « La CPI rejette fermement les nouvelles désignations des États-Unis imposant des sanctions », déclaration du 19 août 2026.
35. Assemblée nationale, Commission d'enquête sur les dépendances structurelles et les vulnérabilités systémiques dans le secteur du numérique, audition de M. Nicolas Guillou, 8 avr. 2026, compte rendu nº 21, spéc. p. 2 et s. V. également N. Guillou, entretien, *Le Monde*, 19 nov. 2025.
36. V. sur les premières conséquences des sanctions contre Tomoko Akane et sa demande d'intervention auprès des autorités japonaises, « *Sanctioned international court president says she asked Japan to help de-escalate tensions with US* », *Associated Press*, 26 août 2026.

ont participé. En leur faisant durablement supporter les conséquences personnelles, financières et familiales de l'accomplissement de leur office, elles sont susceptibles de peser sur l'exercice futur de leurs fonctions. Elles revêtent également une portée exemplaire à l'égard des autres magistrats, auxquels elles montrent concrètement les conséquences que pourraient entraîner leurs propres décisions. Il en résulte une atteinte à leur indépendance, dès lors que l'exercice de leur office est susceptible d'être affecté par la considération de telles conséquences. Nicolas Guillou a précisément relevé que leur principal danger tient à l'effet dissuasif qu'elles exercent sur tout décideur public : la seule menace d'une exclusion bancaire et numérique peut conduire à renoncer à une décision, sans qu'aucune instruction lui ait été expressément adressée. Cette pression peut également s'exercer par l'intermédiaire de la famille du magistrat. Les restrictions d'entrée sur le territoire américain pouvant s'étendre à son conjoint et à ses enfants, elles sont susceptibles de compromettre les études que ceux-ci envisageraient d'y poursuivre ou la possibilité, pour le magistrat et ses proches, d'y recevoir certains soins ou d'y avoir des activités. Selon plusieurs personnes proches de la Cour, ces conséquences familiales occupent une place importante dans les préoccupations de certains juges. La pression est d'autant plus forte que l'exercice de leurs fonctions est susceptible d'affecter les intérêts essentiels de leurs proches.

41. La Cour, la Présidence de l'Assemblée des États parties, plusieurs organisations internationales et de nombreuses associations ont, en conséquence, dénoncé une attaque contre l'indépendance judiciaire. Une déclaration commune du 7 février 2025, soutenue par soixante-dix-neuf États parties, a estimé que les sanctions compromettaient l'indépendance et l'intégrité de la Cour et accroissaient le risque d'impunité[37]. Les désignations du 18 août 2026 ont suscité des réactions analogues. La Cour les a qualifiées d'« attaque flagrante contre l'indépendance d'une institution judiciaire impartiale » et a considéré qu'elles portaient atteinte à l'État de droit. Plusieurs organisations professionnelles et associations ont également dénoncé ces nouvelles sanctions[38]. Ces réactions sont sans doute justifiées sur les plans institutionnel et politique. Elles deviennent en revanche juridiquement contestables lorsqu'elles présentent l'atteinte matérielle à l'indépendance comme constituant, par elle-même, la violation d'une obligation internationale incombant à la Russie ou aux États-Unis. Elles raisonnent alors comme si le statut de la Cour avait une opposabilité universelle et comme si tous les États étaient tenus de garantir le fonctionnement d'une institution à laquelle certains ont expressément refusé d'adhérer.

42. Le principe de l'effet relatif des traités contredit résolument cette assimilation. Selon l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement. Les États-Unis ont signé le Statut le 31 décembre 2000, mais ont notifié au Secrétaire général des Nations unies, le 6 mai 2002, leur intention de ne pas en devenir partie. La Russie l'avait pareillement signé sans le ratifier avant de faire connaître, en 2016, qu'elle n'entendait plus devenir partie au Statut de Rome. Ces notifications ont mis fin à l'obligation provisoire de ne pas priver le traité de son objet et de son but que l'article 18 de la Convention de Vienne attache à la signature[39]. Aucun de ces États n'a davantage adhéré à l'Accord sur les privilèges et immunités de la Cour. L'article 40 du Statut, qui consacre l'indépendance des juges, et son article 48, qui protège leurs fonctions par des immunités, ne leur sont donc pas opposables en tant que dispositions conventionnelles.

37. Déclaration commune de soixante-dix-neuf États parties, « *Joint Statement – Sanctions International Criminal Court (ICC)* », 7 févr. 2025. Parmi les États membres de l'Union européenne, seuls l'Italie, la Hongrie et la République tchèque ne se sont pas associés à cette déclaration. L'Union européenne, qui n'est pas elle-même partie au Statut de Rome, ne figurait pas parmi ses signataires. *Adde* CPI, « La CPI rejette fermement les nouvelles désignations des États-Unis imposant des sanctions », 19 août 2026.

38. V. par ex., International Bar Association (IBA), « *The IBA condemns US sanctions against the President and a senior official of the International Criminal Court* », 19 août 2026.

39. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 18 et 34. V. les notifications des États-Unis du 6 mai 2002 et de la Fédération de Russie du 30 nov. 2016 adressées au Secrétaire général des Nations unies, dépositaire du Statut de Rome.

43. La personnalité juridique internationale de la Cour ne modifie pas cette analyse. Elle permet à l'institution d'être titulaire de droits, de conclure des accords et d'agir sur le plan international, mais elle ne rend pas l'ensemble de son statut obligatoire pour tous les États. L'existence internationale d'une organisation et l'opposabilité universelle de ses règles constitutives ne se confondent pas. La situation de la Cour ne saurait notamment être assimilée sans réserve à celle de l'Organisation des Nations unies, dont la Cour internationale de Justice a reconnu la personnalité internationale objective en considération des fonctions qui lui avaient été attribuées et de la circonstance que ses États fondateurs représentaient alors une très large majorité de la communauté internationale[40]. La CPI a été créée par certains États afin d'exercer les compétences qu'ils lui ont reconnues, tandis que d'autres ont expressément refusé d'adhérer à son statut. Il n'est pas davantage établi qu'une règle coutumière générale imposerait à tout État de respecter l'indépendance de toute juridiction internationale, indépendamment de son consentement à sa création ou à sa compétence. Faire de la lutte contre l'impunité le fondement suffisant d'une telle obligation reviendrait à transformer une finalité conventionnelle en source autonome d'obligations pour les tiers.

44. C'est pourtant cette transformation que sous-tendent certaines prises de position associatives, politiques ou même juridiques. La mission de la Cour y est présentée comme possédant par elle-même une portée universelle qui l'affranchirait du traité dont elle procède. L'importance des crimes poursuivis et la nécessité de lutter contre leur impunité justifieraient que tout État respecte la Cour, ses décisions et ses magistrats, qu'il ait ou non accepté son statut. Une telle conception peut peut-être nourrir un engagement en faveur de la justice pénale internationale. Elle ne correspond pas à l'état du droit positif. On ne saurait déduire de l'idéal d'une justice indépendante une obligation pour tout État de garantir l'indépendance d'une juridiction internationale particulière à laquelle il a refusé d'adhérer. La légitimité de cet idéal ne suffit pas à établir l'existence d'une règle de droit opposable aux États tiers. Ceux-ci peuvent certes être appelés, pour des raisons politiques ou diplomatiques, à s'abstenir de toute mesure de pression contre la Cour. Mais, en l'absence d'un fondement conventionnel ou coutumier distinct, aucune obligation juridique de respecter son indépendance ne s'impose à eux.

45. L'absence, à la charge des États tiers, d'une obligation de respecter l'indépendance de la Cour ne signifie pas que celle-ci soit nécessairement incompétente à l'égard de leurs ressortissants. Lorsqu'un crime est commis sur le territoire d'un État partie ou d'un État ayant accepté sa compétence, celle-ci peut exercer la compétence pénale que l'État territorial aurait pu exercer lui-même à l'égard d'un ressortissant étranger. L'État tiers n'est pas lié par le Statut, mais son ressortissant peut relever de la compétence juridictionnelle fondée sur le titre territorial. En revanche, la Cour ne peut pas réclamer de cet État, sur le fondement de son Statut, le comportement qu'elle exige de ses membres. Les États-Unis demeurent libres de ne pas coopérer avec elle, de ne pas reconnaître ses décisions et de refuser l'entrée sur leur territoire à ses agents. Ils peuvent également contester l'étendue de sa compétence et défendre leurs ressortissants contre une juridiction dont ils ont refusé l'autorité. Si la non-participation au traité ne soustrait pas nécessairement tout ressortissant d'un État tiers à la compétence de la Cour, elle soustrait cependant cet État aux obligations de coopération et de respect de l'institution que le Statut impose à ses parties.

46. La politique américaine dépasse cependant désormais la seule défense des ressortissants et des intérêts propres aux États-Unis. Le décret du 6 février 2025 protège également les ressortissants d'États alliés qui ne sont pas parties au Statut, au premier rang desquels Israël. Nicolas Guillou a ainsi été sanctionné en raison de sa participation à la délivrance des mandats d'arrêt contre MM. Benyamin Netanyahou et Yoav Gallant. Surtout, le 13 juillet 2026, le secrétaire d'État Marco Rubio a annoncé une campagne

40. CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, avis consultatif, 11 avr. 1949, Rec. 1949, p. 174, spéc. p. 178-179 et 185. La personnalité juridique de l'Organisation est déduite de ses buts et fonctions aux pages 178-179 ; son caractère objectif, et non seulement opposable à ses membres, est affirmé à la page 185.

mobilisant l'ensemble des moyens du Gouvernement américain afin de « *démanteler* » la Cour, si nécessaire « *pierre par pierre* », inscrivant ainsi l'action américaine dans une stratégie dirigée non plus seulement contre certaines procédures, mais contre la Cour et les soutiens institutionnels dont elle bénéficie. Il a accusé celle-ci et ses soutiens de mener une guerre contre les États-Unis par les traités et la force du « *prétendu droit international* »[41]. Cette déclaration a rapidement trouvé une nouvelle traduction. Le 18 août 2026, les États-Unis ont placé sous sanctions la présidente de la Cour et le premier substitut du Procureur[42]. La désignation de la présidente est particulièrement significative. Alors que les sanctions antérieures pouvaient encore être rattachées à la participation individuelle des personnes visées à des enquêtes ou décisions déterminées, l'atteinte portée à la plus haute autorité institutionnelle de la Cour confirme l'élargissement de la politique américaine à l'institution elle-même. Il ne s'agit donc plus seulement de neutraliser les effets d'une procédure sur les États-Unis ou l'un de leurs alliés, mais d'affaiblir l'institution elle-même, voire de provoquer sa disparition. Dans cette même logique s'inscrivent les pressions exercées sur les États parties afin qu'ils cessent de la soutenir ou s'en retirent. Si les États-Unis ne sont pas juridiquement tenus de respecter l'indépendance de la Cour, les pressions qu'ils exercent pour amener les États parties à s'en retirer ne se réduisent pas à un simple refus d'en reconnaître l'autorité. Elles visent à obtenir de ces États qu'ils renoncent à une institution qu'ils ont souverainement choisi de créer.

47. L'inopposabilité du Statut aux États-Unis ne conduit pas pour autant à affirmer que leurs sanctions seraient nécessairement licites. Car leur légalité peut être discutée en dehors du Statut sur d'autres fondements. Les restrictions imposées aux ressortissants américains qui souhaitent travailler avec la Cour ont été contestées devant les juridictions fédérales au regard, notamment, de la liberté d'expression. Trois juges de la Cour ont eux-mêmes saisi, en juin 2026, le tribunal fédéral du district sud de New York afin de faire déclarer ces sanctions illégales et d'en faire interdire l'application à leur égard[43]. D'autres recours ont été introduits par des organisations américaines de défense des droits de l'homme[44]. L'application par des entreprises européennes de sanctions dépourvues de lien avec les États-Unis peut également être confrontée au droit des contrats, au droit bancaire, aux droits fondamentaux et aux règles relatives aux effets extraterritoriaux des législations étrangères. Les États dont les ressortissants sont visés peuvent aussi exercer leur protection diplomatique ou contester certaines mesures affectant leurs intérêts nationaux. Ces contestations pourraient ainsi conduire à reconnaître l'illicéité des sanctions, mais celle-ci reposerait sur un fondement distinct de la violation du Statut, auquel les États-Unis ne sont pas parties[45].

41. M. Rubio, « *Why We're Dismantling the International Criminal Court* », *The Wall Street Journal*, 13 juill. 2026 ; v. également S. Maupas, « La Cour pénale internationale ciblée par une nouvelle offensive américaine », *Le Monde*, 15 juill. 2026.
42. V. *supra* n° 39.
43. United States District Court for the Southern District of New York, Judge Kimberly Prost, *Judge Solomy Balungi Bossa and Judge Reine Adelaide Sophie Alapini-Gansou v. Donald J. Trump et al.*, Complaint, 24 juin 2026, Case No. 1:26-cv-05305, spéc. § 1-9 et demande finale (*Prayer for Relief*).
44. United States District Court, Southern District of New York, *Kimberly Prost, Solomy Balungi Bossa and Reine Alapini-Gansou v. Donald J. Trump et al.*, action introduite le 24 juin 2026, n° 1:26-cv-05305. V. également United States District Court, Southern District of New York, *American Friends Service Committee, Center for Constitutional Rights, Human Rights Watch and Open Society Institute v. Donald J. Trump et al.*, action introduite le 11 août 2026, Case No. 1:26-cv-06830.
45. Il a également été proposé de poursuivre Donald Trump ou d'autres responsables américains pour entrave à l'administration de la justice sur le fondement de l'article 70, § 1, d), du Statut de Rome (v. par ex., *International Federation for Human Rights* (FIDH), « *United States of America: FIDH and its members condemn President Trump's draconian executive order establishing International Criminal Court sanctions regime* », 7 févr. 2025). Cette thèse a encore été soutenue après les sanctions du 18 août 2026 par No Peace Without Justice, qui a estimé que les mesures visant Tomoko Akane et Abdoulaye Seye étaient susceptibles de relever de l'article 70, § 1, d) et e), du Statut (*No Peace Without Justice*, « *US Sanctions Against ICC President Tomoko Akane and Senior Trial Lawyer Abdoulaye Seye Constitute an Offence Against the Administration of Justice Under Article 70 of the Rome Statute* », 18 août 2026). L'article 70, § 1, d), réprime notamment le fait d'entraver ou d'intimider un membre ou un agent de la Cour, ou d'exercer des représailles contre lui en raison de ses fonctions. Or, la règle 163, § 2, du Règlement de procédure et de preuve écarte l'application de la deuxième partie du Statut aux poursuites fondées sur l'article 70. Il en a été déduit que la compétence de la Cour pourrait, dans ce cadre, s'exercer indépendamment de la nationalité de l'auteur et du lieu de commission des faits. Une telle interprétation revient toutefois à conférer à une disposition du Statut des effets à l'égard de ressortissants

48. Les sanctions américaines posent moins la question d'une obligation des États-Unis de respecter l'indépendance de la Cour que celle de la volonté des États parties de la défendre. Ceux-ci sont juridiquement tenus, entre eux et à l'égard de l'institution, de préserver l'exercice des fonctions qu'ils lui ont attribuées. Si un État tiers utilise sa puissance économique et diplomatique pour en neutraliser l'action, il leur revient d'opposer à cette politique une volonté collective. Ils peuvent assurer aux magistrats visés des services bancaires et numériques indépendants des opérateurs américains, interdire ou encadrer l'application sur leur territoire des sanctions extraterritoriales, protéger les contrats et les avoirs des personnes désignées, garantir le financement de la Cour et faire des pressions tendant au retrait du Statut un enjeu de leurs relations diplomatiques avec les États-Unis. Ces mesures préserveraient la capacité des magistrats à exercer leurs fonctions malgré les sanctions américaines. Elles permettraient ainsi aux États parties d'assurer l'effectivité de leurs propres engagements et d'empêcher qu'un État tiers ne les prive, par la maîtrise d'infrastructures essentielles, de la juridiction qu'ils ont choisi d'établir.

49. Les États parties se sont pourtant, jusqu'à présent, principalement bornés à condamner les sanctions américaines. Les déclarations de la Présidence de l'Assemblée, la prise de position commune de soixante-dix-neuf États et les réactions de l'Union européenne ont réaffirmé leur soutien politique à la Cour sans être accompagnées de mesures concrètes destinées à limiter les effets de ces sanctions. Le règlement européen n° 2271/96, dit règlement de blocage, n'a pas encore été étendu au décret américain n° 14203, malgré les demandes formulées par le Parlement européen et plusieurs États membres. La Commission a indiqué examiner cette possibilité tout en privilégiant la démarche diplomatique[46]. Cette insuffisance de la réponse européenne a été relevée par les organisations représentatives de la profession d'avocat. Le Conseil national des barreaux a demandé, dans une résolution du 10 avril 2026, que l'Union européenne mette en œuvre les instruments permettant de protéger les juges et procureurs de la Cour contre les effets des sanctions américaines, notamment les mécanismes de protection contre la coercition économique exercée par les États tiers. Le Conseil des barreaux européens a, à son tour, appelé le 22 juillet 2026 à une « action européenne urgente » afin de protéger la Cour contre les conséquences des sanctions. Ces prises de position présentent l'intérêt de déplacer la question de la seule condamnation des États-Unis vers celle des mesures que les États parties et l'Union peuvent eux-mêmes adopter pour assurer concrètement l'indépendance de la juridiction qu'ils soutiennent[47]. Pendant ce temps, des entreprises européennes continuent d'appliquer ou de *surappliquer* les sanctions américaines à des magistrats européens sur le territoire de l'Union. Cette retenue s'explique par la relation politique, économique et militaire qui unit les principaux États européens aux États-Unis et par leur volonté de ne pas ouvrir un nouvel affrontement avec eux. Elle met néanmoins au jour le décalage entre la fermeté des déclarations de soutien à l'indépendance de la Cour et la faiblesse des mesures prises pour en assurer concrètement la défense.

50. L'indépendance de la Cour se trouve ainsi placée au centre d'un affrontement qui n'est que partiellement juridique. Les critiques dirigées

d'États tiers afin de protéger l'institution créée par ce même Statut, ce qui demeure contestable au regard du principe de l'effet relatif des traités. Une éventuelle poursuite contre un chef d'État en exercice soulèverait, en outre, la question de son immunité personnelle ainsi que celle de l'exécution d'un mandat délivré à son encontre. Aussi la proposition n'est sérieuse ni juridiquement ni politiquement. Comp. G. S. Gordon, « *Can the International Criminal Court Hold the Trump Administration in Contempt?* », *Just Security*, 30 juill. 2020 ; K. J. Heller, « *Exploring Some Limitations to the ICC's Ability to Charge U.S. Officials with Contempt* », *Just Security*, 5 août 2020.

46. Parlement européen, rés. du 12 mars 2025 sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde ; Commission européenne, réponse du 18 févr. 2026 à la question parlementaire E-005056/2025 ; Gouvernement espagnol, demande d'activation du règlement de blocage, 6 mai 2026. Sur l'insuffisance des réponses étatiques, v. K. Reed, « *State (Non)Responses to US Sanctions against the ICC* », *Journal of International Criminal Justice* 2026, vol. 4, n° 1, p. 39.

47. CNB, Résolution à la suite des sanctions par l'administration américaine à l'encontre de plusieurs juges de la CPI, 10 avr. 2026 ; CCBE, *Statement in support of the International Criminal Court in response to sanctions imposed by the US administration*, 22 juill. 2026 ; CCBE, « *CCBE calls for urgent European action to protect the International Criminal Court from the impact of sanctions* », 22 juill. 2026.

contre les mesures américaines et russes peuvent être formulées sur les terrains moral ou politique, notamment en raison de leurs objectifs et de leurs effets sur l'exercice des fonctions juridictionnelles. Sur le terrain juridique, en revanche, ces États peuvent matériellement porter atteinte à l'indépendance de la Cour sans méconnaître, par ce seul fait, une obligation tirée d'un Statut auquel ils n'ont pas adhéré. Leur action peut être illicite sur le fondement d'autres règles internationales ou nationales, mais elle ne peut pas être condamnée comme si les États-Unis et la Russie avaient accepté les mêmes engagements que les parties au Statut. Présenter une critique morale ou politique sous la forme d'une obligation juridique insuffisamment fondée ne la renforce pas mais fragilise, au contraire, l'argumentation dirigée contre ces mesures. Pour autant, l'inopposabilité du Statut aux États tiers ne condamne pas la Cour à l'impuissance. La responsabilité de sa protection incombe alors aux États qui l'ont créée. Face au dessein américain désormais explicite de démanteler la Cour, la survie de celle-ci dépend moins de la proclamation bien-pensante de l'universalité de sa mission que de la détermination des États parties à donner concrètement effet à leur engagement conventionnel.

Dossier
L'indépendance

L'indépendance des époux dans le mariage

Anne Karm
Professeur à l'Université Paris Dauphine – PSL

1. Liberté de s'engager en mariage. Sous réserve des empêchements fondés sur la parenté et l'alliance, le mariage est désormais accessible à tout couple, formé par deux personnes de sexe différent ou de même sexe (C. civ., art. 143, réd. L. n° 2013-404 du 17 mai 2013). Publiquement célébré par un officier d'état civil, le mariage suppose un projet de communauté de vie et de fondation d'un foyer, éventuellement susceptible d'accueillir un ou plusieurs enfants ; il fait naître un ensemble de devoirs mutuels et de droits respectifs, d'ordre extrapatrimonial et patrimonial (C. civ., art. 212 à 226), auxquels les époux ne peuvent déroger, sauf lorsque la loi les y autorise (C. civ., art. 1388). *A priori*, libre à chacun de s'engager en mariage ; libre à certains de demeurer « prisonniers sur parole », aspirant à un amour affranchi de toute obligation légale[1]. Dans la réalité sociologique, néanmoins, la liberté qui préside au choix de former un couple marié ou non marié n'est pas exempte de toute pesanteur sociale : « au-dessus de la volonté d'un homme et d'une femme [ou de deux personnes, désormais], c'est la société qui fait le couple et parfois le défait » ; de fait, « le milieu agit sur les participants ; le groupe détermine le couple » ; et, « dans son apparente indépendance », « le couple hors mariage […] a besoin du mariage pour être lui-même »[2].

2. Métamorphoses du mariage. Or le mariage s'est métamorphosé : débutant plus tard et placé sous le signe de la précarité, au point qu'un couple marié sur deux divorce, il ne marque plus nécessairement le début de la vie du couple, s'inscrivant souvent dans un cycle d'unions successives, recouvrant des engagements inégalement contraignants. Parce qu'au concubinage ou à l'union libre peuvent succéder le Pacte civil de solidarité (Pacs) puis le mariage voire le divorce, il importe de préserver la pluralité des modes de conjugalité.

3. Conjugalité et parentalité : une conception commune du couple égalitaire. Dans l'ordre personnel ou extrapatrimonial, néanmoins, la pluralité des modes de conjugalité ne tourne guère à la concurrence. Ici et là, le couple ne se conçoit plus sans égalité et l'on a pris acte d'une nouvelle conception du couple égalitaire, fondée sur la liberté personnelle de chacun de ses membres : la femme ayant conquis la possibilité d'un travail et d'une indépendance de sa vie

1. V. la chanson de G. Brassens, « La non-demande en mariage », 1966, au refrain libertaire : « J'ai l'honneur de ne pas te demander ta main / Ne gravons pas nos noms au bas d'un parchemin ».
2. V. J. Carbonnier, *Flexible droit*, 3e partie : Les trois piliers du droit, Titre I : La famille, Chapitre premier : « Sociologie du couple », p. 201 et s.

sexuelle au regard de la procréation[3], « les enjeux de conjugalité s'autonomisent des enjeux de parentalité ». Désormais, c'est « la conversation des partenaires », compris comme deux interlocuteurs égaux et indépendants, qui forme l'idéal du couple, marié ou non, inévitablement exposé au risque de la rupture. Dès lors, « tout s'est passé comme si l'idéal d'indissolubilité s'était déplacé du couple vers la filiation », les droits et devoirs des parents envers leurs enfants devant rester constants[4]. Que les parents faillissent à leurs devoirs ou cessent de s'entendre sur l'intérêt de l'enfant, il faudra s'en remettre à une tierce autorité qui jugera de cet intérêt pour le préserver et ce, quelles que soient les modalités d'établissement du lien conjugal et de la filiation.

4. Association conjugale quant aux biens : une loi tendancielle de rapprochement entre couple marié et couple non marié ? Dans l'ordre patrimonial, en revanche, la concurrence des divers modes de conjugalité demeure. Dans son rapport de synthèse au 84e Congrès des notaires de France, tenu à La Baule en 1988, sur le thème « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine », Pierre Catala posait une question prégnante : « le mariage continue-t-il de tracer une frontière significative entre les époux et les concubins ? » À l'époque, Pierre Catala était convaincu que tel était encore le cas, en droit civil des biens à tout le moins[5]. C'est qu'au lendemain de la réforme des régimes matrimoniaux opérée par la loi nº 85-1372 du 23 décembre 1985, venue parachever l'égalisation des pouvoirs entre époux telle qu'engagée vingt ans plus tôt à la faveur de la loi nº 65-570 du 13 juillet 1965, la loi ne régissait l'association conjugale quant aux biens que pour le couple marié. Sans doute, une « loi tendancielle de rapprochement entre mariage et concubinage » a-t-elle été mise au jour : quoique le droit ne leur impose rien *a priori*, les concubins passent parfois pour époux, soit qu'ils imitent le mariage lorsqu'ils prétendent, au nom de l'analogie, à certains avantages accordés aux couples mariés, soit que le juge leur impose des obligations, par transposition des règles du mariage, en considération d'une semblable communauté de vie[6]. Introduit par la loi nº 99-944 du 15 novembre 1999, puis largement amendé à la faveur de la loi nº 2006-728 du 23 juin 2006, le Pacs, en ce qu'il confère un statut patrimonial de base aux partenaires, a renforcé la tendance observée, au point que certains militent à présent pour la consécration d'un droit commun des couples.

Sans doute, nul ne songe à contester la pluralité des modes de conjugalité, dont le notariat a pris solennellement acte lors du 106e Congrès des notaires de France, tenu à Bordeaux, en 2010, sur le thème « Couples, patrimoine, les défis de la vie à deux »[7]. Force est, néanmoins, d'admettre qu'à bien des égards encore, le droit patrimonial des couples impose de tenir compte de la situation particulière de ses membres, auxquels ne peuvent être reconnus les mêmes droits, à défaut de se soumettre aux mêmes contraintes[8]. Mais, précisément, si la contrainte est moindre hors mariage, il importe de protéger le mariage contre la concurrence de l'union libre ou du

3. Plus encore, la liberté sexuelle et le droit de disposer de son corps sont désormais tenus pour incompatibles avec un devoir d'avoir des relations sexuelles procédant d'un mariage dont on considérerait qu'il permettrait de présumer le consentement à ces relations : v. CEDH, 23 janv. 2025, nº 13805/21, *H. W. c/ France* ; *JCP G* 2025, 269, note M. Lamarche ; comp. avec Civ. 1re, 17 sept. 2020, nº 20-10.564, qui admettait la condamnation d'une épouse pour manquement au devoir conjugal. Se trouve ainsi ouvert un débat sur la juridicité de certaines obligations personnelles entre époux, voire sur la survie du divorce pour faute.
4. V. I. Théry, « Les couples, d'hier à aujourd'hui. Mœurs, représentations, valeurs », *JCP N* 2026, 1049, spéc. nos 17 à 21.
5. V. P. Catala, « Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84e Congrès des notaires », *Defrénois* 1988, art. 34305, p. 977 et s., spéc. nº 4.
6. V. Ph. Jestaz, « Indépendance financière et communauté de vie. Rapport de synthèse », *in Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988 organisées par le LERADP de l'Université de Lille II*, LGDJ, 1989, p. 191 et s., spéc. p. 193.
7. V. le 106e Congrès des notaires de France, « Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux » (Bordeaux, 30 mai – 2 juin 2010), *JCP N* hors-série 2010, 1re commission, 2e proposition.
8. V. également en ce sens, en matière de successions et libéralités, le Rapport du groupe de travail sur « La réserve héréditaire », sous la dir. de C. Pérès et Ph. Potentier, remis au garde des Sceaux le 13 déc. 2019, Min. de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, spéc. nº 283 et s., p. 123 et s. : c'est précisément parce qu'il convient de « réaffirmer le pluralisme des modes de conjugalité » qu'il n'est pas jugé opportun d'aligner le traitement successoral du concubin ou du partenaire survivant sur celui du conjoint survivant (v. les propositions 7 à 10).

Pacs[9], ce qui implique spécialement d'œuvrer au renforcement de l'indépendance des époux.

5. Indépendance des époux dans le mariage et concours de volontés. En février 2025, une enquête réalisée par le Conseil supérieur du notariat, intitulée « Le regard des Français sur les régimes matrimoniaux », a d'ailleurs révélé un attachement constant à certaines valeurs du mariage, telles que la protection du conjoint survivant (93 %), la solidarité entre époux (93 %), l'égalité entre conjoints (91 %), tandis que l'indépendance des époux est apparue constituer une forte valeur émergente (79 %)[10]. Visant généralement la « situation de celui qui exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés »[11], l'indépendance, appliquée aux époux dans le mariage, est censée reposer sur un équilibre rigoureux des pouvoirs, placé sous l'autorité du législateur ; celui-ci pourrait, néanmoins, être tenté d'instrumentaliser l'indépendance au service d'une politique juridique discutable. Dans le même temps, les époux, étant désormais également investis d'un droit à l'indépendance, sont, *a priori*, libres d'en faire ce que bon leur semble ; en réalité, toutefois, le choix de renoncer à ce droit ou de le consolider pourrait n'être pas totalement libre. Et, par ailleurs, parce qu'une telle liberté aurait des effets pervers, la jurisprudence développe une fâcheuse tendance à remettre en cause l'exercice conjugal de l'indépendance, au nom de la protection des intérêts du groupe familial ou de l'un de ses membres. Dès lors, dans l'ordre patrimonial, l'indépendance des époux dans le mariage semble procéder d'un concours de volontés plus ou moins conciliables. Reste à vérifier cette hypothèse, en envisageant successivement l'indépendance finalisée par volonté de la loi (I), l'indépendance tempérée par volonté des époux (II) et l'indépendance contrariée par volonté du juge (III).

I. L'indépendance finalisée par volonté de la loi

6. De cohérence en dérives. Tout en œuvrant à l'égalisation des rapports conjugaux, les lois du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 ont expressément visé à renforcer l'indépendance des époux pour protéger le mariage contre la concurrence de l'union libre. Mais, en permettant aux concubins d'accéder à un statut patrimonial élémentaire, par convention librement modifiable et susceptible d'être unilatéralement rompue, la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs, amendée à la faveur de la loi du 23 juin 2006, a finalement suscité des dérives afin de conserver au mariage son caractère concurrentiel à tout prix.

A. Un prudent objectif initial : inscrire l'indépendance des époux au cœur d'une logique d'ensemble

7. Proclamation de l'égalité entre époux au régime primaire, reposant sur un équilibre entre liberté et solidarité. Comment admettre qu'indépendante hors mariage, la femme perde son indépendance sitôt entrée en mariage ? Telle était jadis la destinée de la femme mariée, sauf à s'être placée sous un régime de séparation de biens. Longtemps, celle-ci a dû s'en tenir à des demi-conquêtes[12]. Ce n'est qu'à la faveur de la loi du 13 juillet 1965 que l'égalité a pénétré le statut commun des régimes matrimoniaux, méritant désormais le label de « régime primaire » (C. civ., art. 212 à 226) : en y énonçant les règles applicables aux opérations courantes de la vie d'un ménage, le législateur entend substituer aux idées de soumission et de protection de la femme mariée celles de liberté et de responsabilité des membres du couple marié. Parachevée par la loi du 23 décembre 1985, l'égalité entre

9. En 2024, l'on mesurait 197 000 Pacs conclus pour 247 000 mariages célébrés, soit 4 Pacs pour 5 mariages : v. Insee Première, Bilan démographique 2024, n° 2033, janv. 2025 et Bilan démographique 2025, n° 2087, janv. 2026 (les statistiques relatives au Pacs pour l'année 2025 n'étant pas encore connues, l'on s'en tient à celles de l'année précédente). À noter que, dans 5 % des cas seulement, le Pacs est conclu entre personnes de même sexe : il ne saurait donc être question de supprimer purement et simplement le Pacs, quoique la loi du 17 mai 2013 ait ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe.
10. V. le sondage Ifop pour l'Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat, procédant d'une enquête menée en ligne du 21 au 27 août 2024 auprès d'un échantillon de 2 013 personnes représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus, et publié en février 2025 à l'occasion de la Saint-Valentin (CSN, communiqué de presse du 14 févr. 2025).
11. V. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 16e éd., PUF, 2026, v° « Indépendance ».
12. V. les lois du 13 juillet 1907, du 18 février 1938 et du 22 septembre 1942.

époux repose désormais sur un équilibre entre liberté et solidarité.

La liberté offre l'indépendance, reposant sur l'octroi de pouvoirs concurrents, voire exclusifs. Ainsi, au titre de l'autonomie par la concurrence, chacun des époux peut conclure seul les contrats nécessaires à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants (C. civ., art. 220) ; et, par la vertu de présomptions de pouvoir bancaire et mobilière, chacun des époux est réputé pouvoir librement disposer des fonds, titres ou meubles qu'il détient, sans avoir à établir la réalité de ses pouvoirs vis-à-vis des tiers (C. civ., art. 221 et 222). Au titre de l'autonomie par l'exclusivité, chaque époux peut librement exercer la profession de son choix, percevoir ses gains et salaires et en disposer, après s'être acquitté des charges du mariage (C. civ., art. 223) ; à chaque époux est également reconnue la gestion exclusive de ses biens personnels (C. civ., art. 225). La solidarité se traduit, quant à elle, par certaines concessions à l'indépendance, au nom d'un intérêt commun supérieur : indisponibilité relative du logement de la famille et des meubles meublants dont il est garni (C. civ., art. 215, al. 3), peu important que l'un des époux en soit seul propriétaire ; solidarité passive au titre des dettes d'entretien du ménage et d'éducation des enfants, quoique nées du chef de l'un des époux seulement (C. civ., art. 220) ; obligation faite aux époux de contribuer aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives (C. civ., art. 214).

À l'ensemble de ces règles structurelles, le régime primaire associe des règles conjoncturelles, reposant sur l'immixtion exceptionnelle du juge dans le ménage en crise. À l'aune de l'intérêt de la famille[13], le juge est ainsi appelé à sanctionner une volonté contraire ou suppléer une volonté défaillante (C. civ., art. 217, 219 ou 220-1 à 220-3).

8. Remises en cause ponctuelles de l'indépendance des époux, tenant à la concurrence entre régime primaire et régime de communauté. Naturellement, il arrive que telle règle du régime primaire, *a priori* gage d'indépendance, entre en conflit avec telle autre règle du régime matrimonial, légal ou conventionnel, applicable aux époux. L'impérativité en principe attachée à la première ne suffit pas toujours à neutraliser la force obligatoire de la seconde, pour peu que soit en cause une règle participant de l'essence du régime matrimonial en question. Ainsi, parce que les produits de l'industrie personnelle des époux font partie de la communauté (C. civ., art. 1401)[14], tandis que les actes de disposition entre vifs et à titre gratuit portant sur des biens communs relèvent de la cogestion (C. civ., art. 1422, al. 1er), l'époux commun en biens qui entend disposer gratuitement de ses gains et salaires ne peut agir seul, comme le lui permet en principe son titre de gestion exclusive (C. civ., art. 223), qu'autant que ceux-ci n'ont pas été économisés[15] ou investis dans une acquisition ; et encore la nécessaire reconstitution des patrimoines en valeur après dissolution de la communauté imposera-t-elle à l'époux disposant de récompenser la communauté (C. civ., art. 1437 et 1469).

En d'autres circonstances, en revanche, le législateur a cru bon de dilater le périmètre de certaines règles de pouvoir, compromettant alors bien moins légitimement l'indépendance siégeant par principe au régime primaire. Ainsi, au nom de la protection du patrimoine commun, la loi n° 82-596 du 10 juillet 1982 relative aux conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale est venue imposer à l'époux qui entend employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables d'avertir son conjoint et d'en justifier dans l'acte et ce, pour permettre audit conjoint de revendiquer la qualité d'associé à hauteur de la moitié des parts souscrites ou acquises (C. civ., art. 1832-2, al. 1er et 3). Sans doute, le conjoint de l'époux apporteur ou acquéreur n'est-il pas investi d'un droit de veto, mais le manquement à l'obligation d'avertissement est sanctionné, tel un dépassement de pouvoir, par la nullité (C. civ., art. 1427). Selon la finalité du projet, c'est ainsi l'indépendance professionnelle (C. civ., art. 223) de l'époux apporteur ou acquéreur qui peut s'en

13. V. S. Gaudemet, « "L'intérêt de la famille", élément d'un ordre public familial », *in Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois et Lextenso, 2012, p. 287 et s.

14. V. Civ. 1re, 8 févr. 1978, n° 75-15.731.

15. V. Civ. 1re, 29 févr. 1984, n° 83-10.092 : *D.* 1984, p. 601, note D. Martin ; Civ. 1re, 20 nov. 2019, n° 16-15.867 : *Defrénois*, 28 mai 2020, art. 160b7, obs. G. Champenois ; *Dr. famille* 2020, comm. 28, note M. Nicod ; *JCP G* 2020, 11, note N. Peterka.

trouver compromise, d'autant que la faculté de revendication ménagée au conjoint peut survenir de manière intempestive, à l'époque du divorce[16]. Quoique la pertinence du dispositif légal soit vivement décriée[17], celui-ci perdure, au point que la Cour de cassation s'efforce, maladroitement, de le neutraliser : considérant que la faculté de revendiquer la qualité d'associé n'est légalement soumise à aucune condition de forme, la renonciation à exercer ce droit peut être tacite, « dès lors que les circonstances établissent, de façon non équivoque, la volonté de renoncer »[18]. Prenant le contrepied d'une solution pourtant bien ancrée en jurisprudence[19], la solution retenue ne manquera pas de susciter des difficultés contentieuses sur le terrain probatoire, les circonstances de nature à établir sans équivoque ladite renonciation demeurant à préciser et ne pouvant tenir au seul écoulement du temps.

9. Incidence d'un régime patrimonial moins contraignant pour les partenaires de Pacs. En marge de menaces internes, tenant à la concurrence entre régime matrimonial et régime primaire, l'indépendance des époux se trouve de surcroît perturbée par une menace externe. Aux concubins qui le souhaitent, la loi propose, à la faveur d'une convention de Pacs, un statut patrimonial combinant un « régime primaire », certes lacunaire (C. civ., art. 515-4 et 515-5), et un « régime secondaire », fondé sur un principe de séparation des patrimoines (C. civ., art. 515-5, al. 1er), sauf convention d'indivision des acquêts dont les contours demeurent parcellaires (C. civ., art. 515-5-1 à 515-5-3)[20]. Reste que la convention de Pacs, librement modifiable par le seul accord de volontés des partenaires, peut être abandonnée par initiative unilatérale de l'un ou de l'autre, sans préavis. L'absence de contraintes dans le changement ou la rupture a certes pour revers le défaut de garanties ; reste une incontestable souplesse. Redoutant que l'attractivité du mariage ne souffre d'une certaine rigidité, le législateur s'est engagé sur une pente dangereuse consistant à permettre aux époux de se comporter comme des célibataires.

B. De récentes dérives : permettre aux époux de se comporter comme des célibataires

10. De la prétendue simplification des procédures de divorce et de changement de régime matrimonial au risque de banalisation du mariage. Depuis 2004, le législateur s'est engagé sur la voie de la simplification et de l'accélération des procédures de divorce et de changement de régime matrimonial. En résulte, pour les époux, la possibilité de se libérer plus aisément des liens du mariage ou encore de modifier plus simplement leur régime matrimonial. La suppression ou l'assouplissement de certaines contraintes pesant naguère sur les époux semble propre à renforcer leur indépendance autant que l'attractivité du mariage face à la concurrence du Pacs ou de l'union libre. Mais, au-delà des apparences, le législateur prend le risque d'une banalisation du mariage.

11. Divorce pour altération définitive du lien conjugal au terme d'une séparation de fait d'un an : vers un « droit au divorce » ? Au seul prisme de l'indépendance des époux, deux évolutions remarquables retiennent plus spécialement l'attention au titre de la rupture du lien conjugal. D'une part, depuis la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, telle qu'opérée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (C. civ., art. 229-1 et s.), les époux divorçants se trouvent affranchis de tout contrôle judiciaire de l'intérêt de la famille, sauf le cas du mineur qui demanderait à être audi-

16. V. Com., 14 mai 2013, n° 12-18.103.
17. V. notamment A. Rabreau, « Plaidoyer pour la suppression de l'article 1832-2 du Code civil », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis et Lextenso, 2015, p. 697. Comp. avec le 118e Congrès des notaires de France, « L'ingénierie notariale » (Marseille, 12-14 oct. 2022), *JCP N* 2022, supplément au n° 48 du 2 déc. 2022, 10005, 2e commission, 2e proposition, spéc. p. 22-23.
18. V. Com., 21 sept. 2022, n° 19-26.203 : *Defrénois*, 26 janv. 2023, DEF210x8, Questions-réponses, p. 11 et s., par A. Rabreau ; *RTD civ.* 2023, p. 147, obs. I. Dauriac.
19. V. Com., 12 janv. 1993, n° 90-21.126, selon lequel la renonciation à revendiquer la qualité d'associé doit alors être exprimée « clairement et sans réserves ».
20. Pour un réaménagement du régime de l'indivision dans le Pacs, v. notamment le 121e Congrès des notaires de France, « Famille et créativité notariale – Accompagner les tribus d'aujourd'hui » (Montpellier, 24-26 sept. 2025), *JCP N* 2025, supplément au n° 44 du 31 oct. 2025, 30002, 1re commission, 1re proposition, p. 13 et s.

tionné par le juge (ce qui suppose qu'il ait un discernement suffisant et des parents coopérants) ou celui de l'époux placé sous un régime de protection (C. civ., art. 229-2). D'autre part, l'époux qui prend l'initiative d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal peut effectivement obtenir le prononcé du divorce (C. civ., art. 237), sans que puisse lui être opposée l'exceptionnelle dureté des conséquences matérielles ou morales qu'aurait le divorce pour le conjoint ou les enfants (comp. avec C. civ., art. 238 et 240, réd. L. n° 75-617 du 11 juillet 1975) ; il lui suffit désormais de justifier d'une séparation de fait, dont la durée n'a cessé d'être réduite, passant de six ans à deux ans, puis un an, sous l'influence de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, d'abord, puis de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, ensuite. Le droit français du divorce aurait ainsi glissé vers la répudiation ; dénoncé par certains, ce grief n'a toutefois pas été invoqué devant le Conseil constitutionnel[21].

Reste qu'une question de potestativité, propre au divorce pour altération définitive du lien conjugal, se pose : l'époux demandeur n'est-il pas à même de décider unilatéralement du divorce ? La Cour de cassation n'a pas saisi l'occasion de se positionner sur ce point dans une affaire où un époux, tout juste séparé de fait, avait consenti à son épouse une donation d'un droit viager d'usage et d'habitation portant sur un appartement, une cave et un parking lui appartenant en propre. L'acte comportait une clause de non-divorce, aux termes de laquelle, « en cas de divorce, […] la présente donation sera[it] résolue de plein droit et anéantie ». Deux années exactement après le début de la séparation de fait (selon le délai alors légalement requis), l'époux demandeur assignait son épouse en divorce pour altération définitive du lien conjugal et en constatation de la résolution de plein droit de la donation. Pour éviter de se positionner sur le terrain du caractère éventuellement purement potestatif de la condition litigieuse (à propos duquel les juges d'appel s'étaient mépris), la Cour de cassation vint proclamer l'impérativité de la règle selon laquelle « le divorce est sans incidence sur […] les donations de biens présents […] » (C. civ., art. 265, al. 1er, réd. L. n° 2004-439 du 26 mai 2004), en sorte que, selon elle, serait illicite une clause de non-divorce adossée à une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage. En résultait la neutralisation de la clause au détriment du mari donateur, mais l'efficacité de la donation au profit de l'épouse donataire[22]. Pourtant, sans que soit condamnée de manière générale la clause de non-divorce adossée à une donation de biens présents, une réflexion aurait pu être menée sur les cas où la rédaction de la clause peut tourner à la pure potestativité et sur ses conséquences concrètes selon que la condition, jugée nulle en certaines circonstances, peut être ou non considérée comme ayant été la cause impulsive et déterminante de la donation, entraînant ou non l'anéantissement de celle-ci[23]. Manifestement indifférent à de telles considérations, aux incidences pratiques pourtant graves, le législateur aura sans doute estimé que le raccourcissement du délai de séparation de fait à l'issue duquel un époux obtient un « droit au divorce » ne fait que participer d'une tendance, que certains jugent souhaitable, à l'alignement du mariage sur le Pacs et l'union libre en matière de rupture du lien conjugal.

12. Déjudiciarisation du changement de régime matrimonial : vers un usage concerté d'une indépendance conjugale accrue ? De prime abord, la déjudiciarisation de la procédure de changement de régime matrimonial, telle qu'engagée par la loi du 23 juin 2006, reposait sur de solides arguments. De fait, la mutabilité sous contrôle judiciaire, telle qu'établie par la loi du 13 juillet 1965, n'apparaissait plus guère justifiée : ne débouchant que très rarement sur un refus d'homologation, la procédure fut tenue pour s'en trouver inutilement allongée, plus coûteuse et source d'inégalité, selon qu'opérait ou non la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Tout en prescrivant l'information des enfants

21. V. J. Boisson, « La loi de programmation et de réforme de la Justice : le parachèvement de la loi J21 en matière de séparation du couple », *JCP N* 2019, 1160, spéc. n° 25.

22. V. Civ. 1re, 14 mars 2012, n° 11-13.791.

23. V. en ce sens Cl. Brenner, « Donations de biens présents entre époux : la clause de non-divorce hors la loi », *JCP N* 2012, n° 15, 1182 et *JCP G* 2012, 607 ; comp. avec M. Grimaldi, *RTD civ.* 2012, p. 357.

majeurs et des créanciers, ainsi en mesure de s'opposer au changement projeté dans un délai de trois mois (C. civ., art. 1397, al. 2 et 3), le législateur est ainsi venu substituer à l'homologation judiciaire un changement de régime par acte notarié, contenant, à peine de nullité, la liquidation du régime matrimonial modifié, « si elle est nécessaire » du moins (C. civ., art. 1397, al. 1er, réd. L. nº 2007-308 du 5 mars 2007). Initialement maintenue en présence d'un enfant mineur, l'homologation judiciaire a vu son périmètre plus restreint encore par la loi du 23 mars 2019 : en présence d'un enfant mineur placé sous le régime de l'administration légale, le notaire est investi d'un pouvoir d'alerte du juge des tutelles (C. civ., art. 1397, al. 5 renvoyant à C. civ., art. 387-3), auquel il revient d'autoriser ou non le changement projeté. La même loi est également venue supprimer le délai d'attente de deux ans jusqu'alors imposé aux époux aspirant à modifier leur régime en cours, afin de l'expérimenter.

Favorisant, en apparence, un usage concerté d'une indépendance conjugale accrue, de telles évolutions révèlent, néanmoins, d'évidentes limites. D'une part, sauf à invoquer un vice du consentement ou une fraude, aucun des époux ne saurait être admis à contester le changement opéré par acte notarié en arguant d'une prétendue contrariété à l'intérêt de la famille[24] ; l'éviction de tout contrôle judiciaire de l'intérêt de la famille, *a posteriori* comme *a priori*, fragilise l'équilibre du changement projeté, dès lors que, par devant notaire, les époux auront exprimé la volonté d'y procéder. D'autre part, le risque d'atteinte aux intérêts patrimoniaux d'un enfant mineur est susceptible d'une appréciation plus ou moins stricte, rendant particulièrement délicate la mission d'alerte confiée au notaire[25]. Enfin, la faculté offerte aux époux de réitérer sans délai une modification de leur régime peut laisser craindre que les intéressés, libérés de tout contrôle judiciaire, n'expérimentent à répétition des combinaisons douteuses procédant de leur seule volonté : en résulte un risque d'instabilité et de potestativité, imposant au notaire d'être spécialement vigilant. Ainsi, le notaire doit alerter les époux sur le risque d'abus de droit fiscal (LPF, art. L. 64 et L. 64 A), s'il s'agissait pour eux de donner à leurs enfants des biens initialement propres à l'un d'eux et devenus communs à la faveur du changement de régime projeté et ce, pour bénéficier d'un double abattement et d'un double barème (et, dès lors, deux fois de la progressivité de l'impôt)[26].

13. Vers une totale déjudiciarisation du changement de régime matrimonial : l'avenir du régime matrimonial en danger ? Sur cette pente dangereuse de la libéralisation, il est néanmoins proposé de s'aventurer plus avant. Ainsi, le 121e Congrès des notaires de France, tenu à Montpellier en 2025, sur le thème « Famille et créativité notariale », a proposé de supprimer l'information et la faculté d'opposition des enfants majeurs ainsi que la seule faculté d'opposition des créanciers, qu'il conviendrait néanmoins d'informer encore en vue de l'exercice éventuel d'une action paulienne[27]. Sans doute, la préservation de la seule information des créanciers suffirait à les protéger, car en mesure d'user des recours de droit commun visant à critiquer un partage effectué en fraude de leurs droits. En revanche, la suppression de toute information comme de toute faculté d'opposition ne pourrait que nuire aux enfants : tandis que les enfants non communs ne peuvent agir en retranchement d'un avantage matrimonial excessif qu'au décès de leur auteur (C. civ., art. 1527, al. 2), les enfants communs, s'ils ont certes vocation à succéder à l'époux avantagé, ne sont aucunement à l'abri du risque de dilapidation des biens recueillis ou de leur transmission à un nouveau conjoint, au mépris de leur réserve.

Quant à la doctrine, elle semble souvent favorable à une totale déjudiciarisation, considérant que le changement de régime matrimonial ne devrait relever que de la volonté des époux, aux-

24. V. Civ. 1re, 29 mai 2013, nº 12-10.027, *JCP G* 2013, 959, note M. Lagelée-Heymann.

25. V. Chr. Sarto-Le Martret, « Procédure de changement de régime matrimonial en présence d'enfants mineurs et étendue du devoir d'alerte du notaire », *Bulletin du Cridon de Paris* 1er juin 2020, nº 11, p. 6 et s.

26. V. Chr. Sarto-Le Martret et S. Legret-Gontier, « Focus loi du 23 juin 2006 et droit des couples – Caractérisation de l'intérêt de la famille et abus de droit », « Éclairage du Cridon de Paris », *JCP N* 2026, nº 27, p. 33.

27. V. le 121e Congrès des notaires de France, « Famille et créativité notariale – Accompagner les tribus d'aujourd'hui » (Montpellier, 24-26 sept. 2025), préc., 2e commission, 1re proposition, p. 23 et s.

quels appartient exclusivement le choix de leur régime initial. Une telle évolution serait « d'autant plus nécessaire que, si l'on veut restituer son attractivité au mariage, il importe qu'il présente cette maniabilité que recherchent aujourd'hui les couples », en un temps où l'« on peut pratiquement tout faire avec un simple document Cerfa pour se pacser, se dé-pacser (par lettre recommandée), vivre en union libre, etc., sans la moindre surveillance »[28]. Mais n'est-ce pas perdre de vue l'avenir même du régime matrimonial ? À ce titre, certaines alertes solennelles devraient être reconsidérées : appréciant les vertus du contrôle judiciaire et se demandant si les époux peuvent tout, le doyen Cornu concluait : « Si tel était le cas, il serait plus clair d'abolir les régimes matrimoniaux et de proclamer : les époux en mariage sont comme en célibat (d'où l'exclusion de tout régime légal et l'interdiction des conventions matrimoniales autres que les contrats de droit commun). Les gens mariés pourraient enfin vivre comme s'ils ne l'étaient pas »[29]. Prévenus d'une telle perspective, que peuvent raisonnablement faire les époux de leur indépendance ?

II. L'indépendance tempérée par volonté des époux

14. Choix du régime matrimonial et liberté des époux de renoncer à leur indépendance. L'un et l'autre investis d'un même « droit à l'indépendance », les époux sont naturellement libres d'en jouir comme ils l'entendent. Ils peuvent, dès lors, y renoncer, à la faveur, notamment, du choix de leur régime matrimonial et des aménagements conventionnels qu'ils peuvent y apporter. Procédant d'une volonté, tantôt tacite, tantôt expresse, le choix que peuvent faire les époux de renoncer à partie de leur indépendance s'exerce-t-il en toute liberté ?

A. Volonté tacite de se voir appliquer la communauté comme régime légal

15. Régime légal et fiction de volontés. Tout en énonçant que « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos », sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs (C. civ., art. 1387), le Code civil désigne pour régime supplétif la « communauté légale » (C. civ., art. 1400), laquelle s'impose, de fait, à plus de 80 % des couples mariés. Reposant sur une fiction de volontés, le régime légal est celui que le législateur estime correspondre aux aspirations du plus grand nombre d'époux. Or, « en rigoureuse logique, l'image nouvelle de l'indépendance de la femme aurait dû conduire à la séparation de biens »[30] ; mais l'enquête sociologique ayant précédé la réforme de 1965 avait révélé un très vif attachement de la population à l'idée de communauté, laquelle s'imposa finalement. Reste que les personnes sondées se prononcent sur des mots, sans connaître le droit des régimes matrimoniaux[31], et celui de « communauté » pourrait simplement sonner mieux que celui de « séparation »[32], alors même que l'indépendance est tenue pour une forte valeur du mariage[33]. Aujourd'hui encore, se pose la question de savoir si la communauté légale est réellement adaptée comme régime légal.

Au seul prisme de l'indépendance, présentement examiné, la communauté pourrait passer pour un régime « anti-indépendantiste », en ce qu'elle repose sur la constitution d'une masse commune (C. civ., art. 1401) ; celle-ci est servie par une présomption d'acquêts (C. civ.,

28. V. B. Beignier, « La liberté des conventions matrimoniales », *JCP N* 2025, supplément au n° 44 du 31 oct. 2025, 30008, p. 31 et s., compte rendu du 121e Congrès des notaires. Comp., toutefois, avec Q. Monget, « Changement de régime matrimonial et partage judiciaire : analyse des propositions processuelles du 121e Congrès des notaires », *Gaz. Pal.* 9 déc. 2025, n° GPL484v6, p. 45 et s., spéc. p. 46.
29. V. G. Cornu, *Régimes matrimoniaux*, 9e éd., PUF, coll. « Thémis », 1997, p. 215-216.
30. V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2e éd., Defrénois, 1995, p. 47.
31. Selon l'enquête précitée réalisée par l'Ifop en 2024 pour le Conseil supérieur du notariat (v. *supra,* note 10), près d'un Français sur deux (49 %) déclare ne pas avoir assez de connaissances pour choisir entre régime de communauté et régime de séparation de biens ; parmi les mariés, 33 % admettent un manque d'information.
32. V. Ph. Jestaz, « Indépendance financière et communauté de vie. Rapport de synthèse », préc., spéc. p. 197 : « Si le régime de communauté s'était appelé régime de collaboration et si celui de séparation s'était appelé régime d'indépendance, nul doute que les sondés, en fidèles disciples du Général de Gaulle, eussent préféré l'indépendance à la collaboration ».
33. V. à nouveau l'enquête précitée réalisée par l'Ifop en 2024 pour le Conseil supérieur du notariat (précitée au n° 5), selon laquelle 79 % des Français sont attachés à l'indépendance.

art. 1402), dont il résulte que le doute profite à la communauté. Les pouvoirs y sont partagés, n'assurant que marginalement aux époux une sphère d'autodétermination : par principe, les biens communs sont soumis à la gestion concurrente des époux (c'est l'égalité dans l'interdépendance, chacun des époux n'étant plus seul à agir) et, par tempérament, tantôt à la gestion conjointe (c'est l'égalité dans l'association), tantôt à la gestion exclusive (c'est alors l'égalité dans l'indépendance). Encore faut-il, à nouveau, se méfier des mots : ainsi, la gestion conjointe requiert l'unanimité ; or « l'unanimité, c'est l'indépendance, puisque, par le revers, c'est le *liberum veto* »[34]. Quant à l'étendue de l'« avoir commun », elle est elle-même susceptible d'aménagements par conventions matrimoniales, pour peu que les éléments qui s'y agrègent par essence y demeurent : peuvent ainsi être exclus de la communauté, non les gains et salaires, mais les revenus des propres, par faveur pour l'indépendance conjugale. Au pouvoir de gérer est corrélé le pouvoir d'engager : *a priori*, l'interdépendance y est de mise, puisque chaque époux peut engager seul la communauté (C. civ., art. 1413), sauf la protection des gains et salaires du conjoint (C. civ., art. 1414) et sous réserve d'une limitation du gage des créanciers en cas de cautionnement ou d'emprunt (C. civ., art. 1415).

16. Inadaptation de la communauté légale au cas où l'un des époux a qualité d'entrepreneur individuel. Reste que de telles règles d'obligation à la dette se trouvent largement perturbées dans l'hypothèse où l'un des époux, voire les deux, a (ont) qualité d'entrepreneur individuel. Sans doute la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante est-elle venue consacrer « la distinction des patrimoines personnel et professionnel » de l'entrepreneur individuel : en résulte l'étanchéité de ces patrimoines, par limitation du gage des créanciers professionnels ou personnels aux biens utiles à la profession de l'époux débiteur ou à ses biens personnels (entendus, ici et là, comme pouvant être propres ou communs). Mais un tel dispositif n'est effectif que si ledit entrepreneur n'a pas renoncé à la distinction de ses patrimoines personnel et professionnel et n'a pas consenti de sûretés conventionnelles sur les biens de son patrimoine personnel en garantie de ses dettes professionnelles (C. com., art. L. 526-22, al. 4). Et encore alors la possible coexistence, pour chacun des époux, de deux patrimoines personnel et professionnel complique-t-elle sérieusement la situation, sans que l'articulation avec les règles du régime matrimonial ait été envisagée par le législateur[35].

Mettant à l'épreuve du statut d'entrepreneur individuel l'article 1415 du Code civil, et passant précisément en revue les hypothèses selon que le cautionnement a été souscrit par un époux seul ou avec le consentement de son conjoint ou encore par les deux époux, une doctrine des plus averties, pressentant de nouvelles vagues de contentieux, s'interroge sur l'opportunité de maintenir la communauté comme régime légal, dès lors que l'un au moins des époux exerce une profession indépendante[36]. Un régime séparatiste serait manifestement plus adapté, quitte à tempérer l'indépendance radicale résultant d'une séparation de biens pure et simple (C. civ., art. 1536) par l'adjonction à celle-ci d'une société d'acquêts (avec exclusion des biens professionnels alors).

B. Volonté expresse d'annexer à la séparation de biens une société d'acquêts

17. Société d'acquêts et recherche d'association dans l'indépendance. Apparue au Code Napoléon en régime dotal, la société d'acquêts est devenue un accessoire du régime de séparation de biens, sous l'influence de la pratique encouragée par la jurisprudence. Destinée à consolider l'autonomie de la femme mariée, sous réserve que celle-ci conservât, jusqu'à la dissolution du régime, la maîtrise de ses économies et des biens acquis avec celles-ci, la combinaison aurait pu tomber en sommeil, sitôt réalisée l'éga-

34. V. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, *op. cit.*, p. 50.

35. V. Q. Guiguet-Schielé, « L'articulation du nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur avec son régime matrimonial », *Gaz. Pal.* 12 avr. 2022, n° 12, doctr., p. 43 et s. ; Ch. Goldie-Genicon, « L'articulation du statut de l'entrepreneur individuel et du droit patrimonial de la famille », *Bull. Joly E* juill.-août 2023, BJE201c4, p. 4 et s.

36. V. Ph. Simler, « De quelques singularités du cautionnement souscrit par des époux communs en biens sous l'empire de la loi du 14 février 2022 – L'article 1415 du Code civil à l'épreuve du statut d'entrepreneur individuel », *in Mélanges en l'honneur de Bernard Vareille, Le droit en héritage*, Lefebvre Dalloz, 2026, p. 739 et s., spéc. p. 752.

lisation des pouvoirs des époux, à la faveur des lois de 1965 et 1985, et compte tenu, par ailleurs, des aménagements conventionnels de la communauté légale. Pourtant, en un temps où l'efficacité de la clause d'exclusion des biens professionnels est discutée en régime de participation aux acquêts, parce qu'elle y constitue un avantage matrimonial susceptible d'être neutralisé en cas de divorce[37], et alors que la protection du conjoint survivant ou sans ressources demeure un objectif prioritaire, la société d'acquêts est certainement appelée à connaître « un nouveau souffle »[38]. Elle témoigne d'une recherche d'association dans l'indépendance, l'îlot communautaire constitué par volonté des époux étant en principe régi par les règles de la communauté.

Reste que l'intérêt d'annexer une société d'acquêts à un régime de séparation « n'est véritablement établi que s'il est permis de stipuler une société d'acquêts tout en écartant certaines règles habituellement considérées comme relevant de l'essence du régime de communauté »[39]. La liberté des conventions matrimoniales devrait le permettre, sauf à s'assurer de l'opportunité d'une telle exclusion (ainsi, au titre de l'obligation à la dette, il est peu probable que les époux veuillent renoncer à la protection de l'article 1415 du Code civil). Demeurent, toutefois, certaines incertitudes, principalement en cas de distorsion entre les règles régissant les biens personnels sous la séparation et celles gouvernant les biens propres sous la communauté (ainsi, la nécessité de respecter les formalités de remploi est discutée). D'où l'utilité de stipulations précises au contrat de mariage, procédant d'un étroit accompagnement du notaire[40].

18. Société d'acquêts et grief de potestativité. Encore convient-il d'éviter le grief de potestativité, dont peut résulter l'annulation de la clause portant adoption de la société d'acquêts, la responsabilité du notaire étant susceptible d'être alors engagée. Sans doute un tel grief peut-il être formulé à l'encontre d'une société d'acquêts différée, laquelle consisterait à « constituer une société d'acquêts qui n'existerait qu'au jour de la dissolution du régime (si elle intervient par décès) et ne contiendrait que tel bien ou telle catégorie de biens », qu'une clause de préciput permettrait d'attribuer au conjoint survivant[41]. La combinaison ne formerait pas alors une société d'acquêts, à défaut de tout acquêt en cours de régime, tout en contrariant le principe d'unicité du régime matrimonial car reposant sur la succession de deux régimes distincts, pendant le mariage et à sa dissolution.

Cependant, la société d'acquêts différée ne doit pas être confondue avec la société d'acquêts à titre particulier ou à objet limité, laquelle confère un statut communautaire à un ou plusieurs biens, selon leur nature ou leur affectation particulière[42]. Dès lors, ne devrait pas s'exposer systématiquement au grief de potestativité la clause par laquelle les (futurs) époux intégreraient à la société d'acquêts, non pas un bien présent, tel que le logement d'ores et déjà acquis, mais un bien futur, tel que « le logement de la famille qu'ils ont le projet d'acquérir à plus ou moins brève échéance »[43]. Rigoureusement, en effet, le grief de potestativité ne devrait être retenu que si la mise en œuvre de la clause litigieuse dépend de la volonté unilatérale de l'une des parties ; tel n'est notamment pas le cas lorsqu'est inscrite au contrat de mariage une stipulation selon laquelle les parties conviennent que chaque acquisition et revente d'un logement affecté à la famille se fera en commun par les deux époux. Sous réserve « de ne pas donner une portée excessive à la prohibition de la potestativité et de n'annuler la clause que si le risque d'arbitraire est avéré ou les intérêts des tiers

37. V. *infra*, n° 22.
38. L'expression se trouve sous la plume de J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 2e éd., Armand Colin, 2001, n° 756, p. 713.
39. V. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, *op. cit.*, n° 756, p. 713.
40. V. X. Grosjean, « Séparation de biens avec société d'acquêts : existence et sort des acquêts », *JCP N* 2021, nos 51-52, 1355.
41. V. en ce sens Cl. Brenner et B. Savouré, « La société d'acquêts », *in* I. Dauriac, C. Grare-Didier et S. Gaudemet (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2010, p. 77 et s., spéc. p. 86-87.
42. V. E. Rousseau, « La clause de société d'acquêts à titre particulier », *Defrénois* 2013, p. 125 et s.
43. V. A. Karm, « La séparation de biens avec société d'acquêts : quelle attractivité ? », *in Recueil en l'honneur de Maître Jean-François Pillebout*, LexisNexis, 2025, p. 221 et s., spéc. n° 15, p. 237. Comp. avec Cl. Brenner et B. Savouré, « La société d'acquêts », préc., spéc. p. 91-92, lesquels retiennent la potestativité.

menacés »[44], la société d'acquêts à objet limité paraît un outil spécialement adapté pour donner efficacité à la volonté des époux de tempérer l'indépendance de leur régime séparatiste de base. Au cas contraire, la recherche d'association dans l'indépendance s'en trouverait compromise, si, du moins, les époux y aspirent.

III. L'indépendance contrariée par volonté du juge

19. Prétendue solidarité conjugale contre logique du régime. Libre aux époux de consolider l'indépendance élémentaire résultant du régime primaire en faisant le choix d'un régime matrimonial séparatiste : les époux peuvent alors opter entre une séparation de biens pure et simple (C. civ., art. 1536 et s.) et une participation aux acquêts, laquelle ménage, à chacun d'eux, une vocation à être associé, en valeur et à la dissolution du régime, à l'enrichissement réalisé par son conjoint en cours de régime (C. civ., art. 1569 et s.). Appelée à se prononcer sur le terrain des créances conjugales aussi bien que sur celui de l'évaluation de la créance de participation, la jurisprudence tend à prendre le parti d'une prétendue solidarité conjugale ; la logique séparatiste aussi bien que la logique participative voulues par les époux s'en trouvent inopportunément contrariées.

A. Contrariété à la logique séparatiste voulue par les époux : la jurisprudence sur le financement du logement de la famille par des époux séparés de biens

20. Volonté d'éviter tout recours contributif. En régime de séparation de biens pure et simple, il arrive aux époux de se comporter, en fait, comme des époux communs en biens, procédant à l'acquisition en commun du logement de la famille, dès lors indivis. Or, il se peut que l'un des époux ait finalement financé l'opération au-delà de sa quote-part indivise, telle qu'inscrite à l'acte d'acquisition. Une telle distorsion entre titre et financement devrait ouvrir à l'époux *solvens* une créance, à évaluer au temps de la liquidation du régime. Tel n'est pourtant pas le parti pris par la jurisprudence depuis 2013[45], celle-ci considérant que l'affectation familiale du bien indivis laisse place à l'obligation de contribuer aux charges du mariage (C. civ., art. 214 et 1537). Il se trouve que, généralement, au contrat de mariage des époux séparés de biens, siège une clause selon laquelle « chacun [d'eux] sera réputé avoir fourni au jour le jour sa part contributive, en sorte qu'ils ne seront assujettis à aucun compte entre eux, ni à retirer à ce sujet aucune quittance l'un de l'autre ». Dès lors, la négation de tout principe de créance au détriment de l'époux *solvens* résulte de deux facteurs : le rattachement du financement du logement de la famille aux charges du mariage, d'une part ; la découverte d'une présomption irréfragable, découlant de la clause-type précitée, telle qu'analysée par des juges du fond se référant à la prétendue volonté des époux, d'autre part. Quoiqu'approuvée par certains, une telle solution suscite deux principaux griefs : elle aboutit à une dilatation excessive de la notion de contribution aux charges du mariage, excédant largement les strictes dépenses de la vie courante généralement visées au régime primaire[46] ; et elle apparaît contraire à la logique du régime de séparation de biens, pourtant délibérément choisi par les époux, sans que ceux-ci aient tenu à le tempérer en y annexant une société d'acquêts. Une telle jurisprudence s'est néanmoins propagée aux partenaires de Pacs, tenus quant à eux d'une aide

44. V. en ce sens G. Champenois et J. Combret, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux ? », *Defrénois* 2012, dossier « La société d'acquêts : nouveaux aspects et modalités d'utilisation », art. 111f2, p. 1247 et s., spéc. n° 28.

45. V. notamment Civ. 1re, 15 mai 2013, n° 11-26.933 ; Civ. 1re, 25 sept. 2013, n° 12-21.892 ; Civ. 1re, 1er avr. 2015, n° 14-14.349 ; Civ. 1re, 18 nov. 2020, n° 19-15.353. V. également, à propos d'une résidence secondaire, Civ. 1re, 18 déc. 2013, n° 12-17.420.

46. Poursuivant sur cette pente, la Cour de cassation, appelée à se prononcer sur l'apport en industrie de l'époux séparé de biens, ayant permis l'amélioration d'un bien personnel à son conjoint, s'en remet aux juges du fond pour décider qu'un tel apport participe de l'exécution de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, pour peu que ledit bien ait été affecté au logement familial : v., à propos de la construction d'une maison par un mari maçon sur un terrain nu appartenant à son épouse, Civ. 1re, 4 févr. 2026, n° 24-10.920. Pourtant, à la dissolution du régime, le bien ainsi amélioré demeure personnel au conjoint dispensé de toute créance envers son époux industrieux, empêchant tout rééquilibrage des patrimoines en valeur. Sans aucunement distinguer l'industrie personnelle de l'industrie (quasi-)professionnelle, une telle solution contrarie, de surcroît, l'admission antérieure, par la Cour de cassation elle-même, d'une créance conjugale au titre de l'industrie déployée par une épouse sur le fonds professionnel personnel de son conjoint : v. Civ. 1re, 12 déc. 2007, n° 06-15.547 et Civ. 1re, 23 févr. 2011, n° 09-70.745.

matérielle proportionnelle à leurs facultés respectives (C. civ., art. 515-4)[47], mais aussi aux concubins, entre lesquels, à défaut de prévision légale quant à la contribution aux charges de la vie commune, les juges du fond vont jusqu'à découvrir un accord tacite en ce sens[48]. Simplement, en l'absence de clause-type conventionnellement stipulée entre les uns ou les autres, dont pourrait être déduite une présomption d'accomplissement de l'obligation contributive aux charges du ménage, le partenaire ou concubin *solvens* est recevable à rapporter la preuve d'une surcontribution, la reconnaissance d'une créance à son profit demeurant néanmoins aléatoire. Entre époux, toutefois, la volonté d'éviter tout recours contributif se trouve contrebalancée par la volonté de ne pas rendre le régime séparatiste plus communautaire que ne l'est le régime légal.

21. Volonté de ne pas rendre le régime séparatiste plus communautaire que ne l'est le régime légal. Considérant la récompense due par la communauté à l'époux qui finance, de ses deniers propres, l'acquisition d'un bien commun (C. civ., art. 1433), la Cour de cassation est venue sensiblement atténuer la jurisprudence établie, dans l'hypothèse de l'apport en capital de fonds personnels : en 2019, puis en 2021, la première chambre civile a finalement énoncé que, sauf convention contraire des époux, un tel apport ne participe pas de l'obligation de contribuer aux charges du mariage[49]. Là encore, une telle solution n'échappe pas à la critique. D'une part, dissocier l'apport en capital du remboursement de l'emprunt ayant pu financer l'opération revient à consacrer l'affectation des revenus au ménage, ce qui est conforme à la logique communautaire, non à la logique séparatiste. D'autre part, ménager l'éventualité d'une convention contraire revient à permettre qu'un apport en capital de fonds personnels n'ouvre pas droit à créance au profit de l'époux *solvens*, ce qui revient à concevoir un avantage matrimonial en régime séparatiste, là où il ne se conçoit qu'au sein d'une société d'acquêts annexée à ce régime. Enfin, par réciprocité, la théorie des récompenses en régime de communauté pourrait être remise en cause, s'il fallait exclure toute récompense à la communauté en cas de remboursement, à l'aide de fonds communs, du capital emprunté pour financer l'acquisition ou l'édification d'un immeuble propre à usage familial.

En un tel contexte, il est devenu indispensable aux époux d'exprimer leur volonté au contrat de mariage pour tempérer ou, au contraire, conforter la rigueur du modèle séparatiste et la logique indépendantiste de celui-ci. Périlleuse, une telle entreprise ne saurait être menée sans le conseil du notaire, tenu de prescrire des clauses efficaces[50]. Un semblable accompagnement du notaire s'impose en régime de participation aux acquêts pour déjouer toute atteinte à la logique participative voulue par les époux.

B. Contrariété à la logique participative voulue par les époux : la jurisprudence sur le sort des biens professionnels en régime de participation aux acquêts

22. Efficacité reconquise de la clause d'exclusion des biens professionnels au temps du divorce. En régime de participation aux acquêts, la pratique notariale préconisait naguère la stipulation d'une clause d'exclusion des biens professionnels du champ d'évaluation de la créance de participation : l'objectif consistait à préserver l'époux entrepreneur, qui apparaîtrait s'être davantage enrichi que son conjoint à la sortie du régime, du risque de devoir céder son outil de travail pour être en mesure de s'acquitter de ladite créance envers celui-ci. En somme, la clause tendait à préserver l'indépendance professionnelle de chacun des époux, puisque rédigée de manière bilatérale. Or, au lendemain de la réforme opérée par la loi du 26 mai 2004, le sort d'une telle clause au temps du divorce a suscité débat, le notaire risquant d'engager sa responsabilité pour avoir incité les (futurs) époux à l'inscrire en leur contrat de mariage, si celle-ci devait être tenue pour illicite ou inefficace. En 2019, la

47. V. Civ. 1re, 27 janv. 2021, nº 19-26.140.
48. V. Civ. 1re, 2 sept. 2020, nº 19-10.477.
49. V. Civ. 1re, 3 oct. 2019, nº 18-20.828 puis Civ. 1re, 17 mars 2021, nº 19-21.463.
50. V. notamment G. Champenois et N. Couzigou-Suhas, « Contrat de mariage, charges du mariage et acquisitions indivises », *Defrénois* 15 avr. 2015, art. 119g4, p. 367 et s. V. également A. Karm, « Logique de l'indivision et logique de la séparation de biens : à propos des créances en cas d'acquisitions indivises entre époux séparés de biens », *JCP N* 2021, nos 51-52, 1356 et les références citées.

Cour de cassation s'est finalement positionnée en énonçant d'abord qu'une telle clause constitue un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial, de sorte qu'il est révoqué de plein droit par le divorce des époux, sauf volonté contraire de celui qui l'a consenti ; et d'ajouter qu'une telle volonté devait être « exprimée au moment du divorce », quoique l'alinéa 2 de l'article 265 du Code civil ait originairement visé une volonté contraire « constatée » au moment du divorce[51]. Manifestement irréaliste, tant est douteuse l'expression d'une volonté contraire dans le climat souvent conflictuel d'un divorce, cette solution fut réitérée par la Cour de cassation en 2021[52]. Tandis que certains annoncèrent promptement la mort du régime de participation aux acquêts, la pratique notariale invitait à la réécriture de l'article 265 du Code civil[53]. Finalement, la loi n° 2024-494 du 31 mai 2024 visant à assurer une justice patrimoniale au sein de la famille a mis fin au débat en complétant la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 265 : la volonté contraire tendant à rendre irrévocable un avantage matrimonial prenant effet à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux « est exprimée dans la convention matrimoniale ou constatée » au temps du divorce. Reste une difficulté non encore résolue, tenant à l'absence de disposition transitoire : convient-il d'appliquer la disposition ainsi retouchée aux conventions matrimoniales antérieures au 2 juin 2024, date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle[54] ? Dans un souci de sécurité juridique, le notaire rédacteur devrait inciter ses clients à réitérer leur volonté, en respectant la procédure de changement de régime matrimonial.

23. Comptabilisation discutable des plus-values industrielles au titre des acquêts nets. À défaut de volonté contraire efficacement exprimée, la clause d'exclusion des biens professionnels se trouve neutralisée, ce qui invite à s'interroger sur le sort des plus-values industrielles enregistrées en cours de régime par les biens originaires susceptibles d'être affectés à la profession de chacun des époux. De fait, en régime de participation aux acquêts, l'industrie déployée sur un bien compris dans le patrimoine originaire d'un époux peut susciter un changement d'état du bien dont il convient de déterminer s'il doit être pris en compte au titre des acquêts nets réalisés par cet époux. Puisque les biens originaires sont évalués, au patrimoine final comme au patrimoine originaire, à la date de la liquidation (C. civ., art. 1574, al. 1er, et 1571, al. 1er), des acquêts nets ne seront mis au jour que si peut opérer un correctif légal tenant à l'état des biens : estimés, au patrimoine originaire, « d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition », les biens le sont, au patrimoine final, « d'après leur état à l'époque de la dissolution du régime matrimonial ». Encore la mise en œuvre d'un tel correctif dépend elle de la nature des plus-values enregistrées. Ainsi, les plus-values fortuites, résultant notamment de circonstances économiques, ne sont certainement pas visées, ne recouvrant pas des acquêts apparus en cours de régime ; au contraire, on admet généralement que les plus-values d'amélioration, procédant d'un investissement en « deniers acquêts » de la part de l'époux propriétaire, donnent lieu à mise en œuvre du correctif. Quant au sort des plus-values industrielles, il suscitait discussion jusqu'à ce que la Cour de cassation ne le fixe, en 2023 : dans la même affaire que celle jugée en 2019, à propos d'une officine de pharmacie constituant un bien originaire de l'épouse, et alors que la clause d'exclusion des biens professionnels s'était trouvée neutralisée au temps du divorce, la première chambre civile est venue préciser que la plus-value d'amélioration, due à l'industrie personnelle d'un époux, vient accroître

51. V. Civ. 1re, 18 déc. 2019, n° 18-26.337 : *JCP N* 2020, n° 9, 1059, obs. et note A. Karm. – Comp. avec Rép. min. n° 18-632, *JOAN* 26 mai 2009, p. 5148 ; *JCP N* 2009, n° 23, act. 428.

52. V. Civ. 1re, 31 mars 2021, n° 19-25.903 : *JCP N* 2021, n° 23, 597, obs. S. Bernard.

53. V. le 116e Congrès des notaires de France, « Protéger – Les vulnérables, les proches, le logement, les droits » (Paris, 8-10 oct. 2020), *JCP N* 2020, supplément au n° du 20 nov. 2020, 2e commission, 1re proposition : « Restaurer la protection de l'époux professionnel dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts », p. 24 et s.

54. En faveur d'une application générale et immédiate de l'article 265, alinéa 2 modifié, v. notamment Th. Le Bars et L. Mauger-Vielpeau, « La réforme de l'article 265 du Code civil par la loi "justice patrimoniale" – Résurrection de la participation aux acquêts et réveil de l'autonomie de la volonté en droit des régimes matrimoniaux », *JCP N* 2024, n° 25, 1132.

les acquêts nets de celui-ci[55]. Réitérée, en 2025, à propos de droits sociaux dans le cas d'une entreprise exploitée sous forme sociétaire par l'un des époux[56], la solution ne repose nullement sur un fondement juridique évident. Sans doute, les biens professionnels créés ou acquis en cours de régime et les plus-values qu'ils ont enregistrées dans le même temps doivent être comptabilisés au titre des acquêts nets de chaque époux. En revanche, ni les textes, ni l'esprit du régime ne commandent de dilater la notion d'acquêts nets pour y intégrer les plus-values agrégées aux biens originaires et imputables à l'industrie de l'époux propriétaire. Comparativement, en régime légal, aucune récompense n'est due à la communauté au titre de l'industrie déployée sur un propre. Faut-il, dès lors, s'en tenir à prendre acte de l'autonomie du régime de participation aux acquêts ou redouter qu'une telle solution ne contamine le régime légal ? En tout cas, si les (futurs) époux entendent ne pas pénaliser celui qui s'investit à mettre en valeur son patrimoine originaire, ils ont tout intérêt à exprimer leur volonté au contrat de mariage. S'ils ont, par ailleurs, stipulé une clause d'exclusion des biens professionnels dont ils ont exprimé le vœu qu'elle perdure en cas de divorce, le sort des plus-values industrielles n'aura plus, d'ailleurs, à être réglé qu'au titre des biens originaires dépourvus d'affectation professionnelle[57].

24. Pour une restauration de l'indépendance des époux dans le mariage. Quel bilan tirer des investigations menées ? Tenue pour une valeur essentielle dans le mariage, l'indépendance des époux est censée participer d'un équilibre fondamental entre liberté et solidarité ; elle apparaît, toutefois, en danger car parfois instrumentalisée par la volonté du législateur, au service d'une politique juridique discutable tendant à préserver l'attractivité du mariage par rapprochement avec le Pacs et l'union libre. Constitutive d'un droit acquis, l'indépendance devrait pouvoir être librement tempérée par la volonté des époux ; c'est, néanmoins, à une volonté tacite que l'on s'est attaché pour ériger la communauté en régime légal, dont l'opportunité est désormais largement contestée ; quant à la volonté expresse d'introduire de l'association dans l'indépendance, *via* la société d'acquêts, elle se trouve potentiellement menacée par le grief de potestativité. Aux époux attachés à consolider plutôt qu'à tempérer leur indépendance, par adoption d'un régime de séparation de biens pure et simple ou de participation aux acquêts, le juge impose des solutions contraires à la logique séparatiste ou participative adoptée. En somme, à l'heure où s'est engagée une réflexion sur une réforme du droit de l'organisation patrimoniale des couples, l'une des priorités serait de restaurer l'indépendance des époux dans le mariage, ce qui suggère d'exclure toute banalisation du mariage, de s'interroger sur le régime légal, de mesurer le risque de potestativité et de respecter la logique des régimes matrimoniaux.

55. V. Civ. 1re, 13 déc. 2023, nº 21-25.554 : *JCP N* 2024, nº 4, 1017, note V. Bouchard ; *D.* 2024, nº 9, p. 457, étude B. Chaffois ; *Defrénois* 20 juin 2024, nº 22, nº DEF220o3, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2024, p. 173, obs. I. Dauriac.

56. V. Civ. 1re, 12 juin 2025, nº 25-70.009.

57. V. A. Karm, « Le sort des plus-values industrielles dans les liquidations conjugales et successorales : quelle cohérence ? », *JCP N* 2024, nº 51-52, 1252.

Perspectives
Droit comparé

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une discipline donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

L'avenir du droit comparé
Yves-Marie Laithier *p. 144*

L'avenir (en France) du droit (privé) comparé
Samuel Fulli-Lemaire *p. 151*

L'Institut de droit comparé et le droit comparé au XXIe siècle
Thierry Bonneau et Sophie Gjidara-Decaix *p. 156*

Common law vs. Civil law
Philippe Delebecque *p. 164*

Qu'attendre du droit comparé des personnes et de la famille ?
Jérémy Houssier *p. 169*

Quel futur pour le droit comparé en droit du procès ?
Fernando Gascón Inchausti *p. 173*

Le droit comparé est-il l'avenir du droit pénal ?
Guillaume Beaussonie *p. 181*

Vers un renouvellement des méthodes de la recherche en droit public comparé ?
Thomas Perroud *p. 184*

L'avenir du droit comparé

Yves-Marie Laithier
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

1. Prédiction. Exercice présenté comme ontologiquement lié à la doctrine parce qu'ils sont l'un et l'autre un « phénomène d'autorité »[1], la prédiction est un art aussi séduisant que périlleux. Séduisant par les lumières qu'il promet et l'espoir de peser sur le cours des choses qu'il suscite. Périlleux en raison du manque de clairvoyance et de la tentation de confondre le futur avec les dernières tendances en vogue du moment présent.

Le droit comparé n'est pas la seule branche du droit dont la doctrine entend prédire l'avenir[2], mais c'est une branche où ce questionnement est notoirement plus fréquent[3]. S'agit-il d'un bon ou d'un mauvais signe ? Les optimistes y verront la manifestation exemplaire d'une introspection et d'une capacité critique bienvenues compte tenu de l'exceptionnelle liberté dont jouissent les comparatistes. Les pessimistes y verront plutôt la fragilité d'une discipline en quête perpétuelle d'identité, de légitimité et d'utilité.

2. Vivacité apparente. À s'en tenir aux apparences, l'évolution du droit comparé peut être envisagée favorablement. La matière est présente dans l'offre de formation d'un grand nombre d'Universités (françaises et étrangères) et en particulier des plus prestigieuses. La recherche bénéficie du cadre institutionnel et financier offert par des sociétés savantes et des instituts spécialisés. L'activité éditoriale, sous forme d'ouvrages et de revues, est abondante[4].

1. N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », *in Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Éd. Juris-Classeur, 1999, p. 141, spéc. p. 162.
2. V. par exemple O. Beaud, « Où va le droit (constitutionnel) ? », *JCP G* 2018, 1022 ; H. Fulchiron, « Quelques réflexions prospectives sur les évolutions du droit international privé », *RDA* oct. 2024, n° 28, p. 132 ; R. Libchaber, « Le dépérissement du droit civil », *in* F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, Lextenso, 2018, p. 243 ; H. Muir Watt, « Perspective : l'altérité ou la double scénographie du droit international privé », *RDA* oct. 2024, n° 28, p. 138.
3. V. par exemple, parmi une abondante littérature, X. Blanc-Jouvan *et al.*, *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, SLC, 2000 ; B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au* XXIe *siècle. Enjeux et défis*, SLC, 2015 ; J. Husa (dir.), *A Research Agenda for Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2024.
4. Parmi les ouvrages récemment publiés, signalons en français, Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, Lextenso, 2024 ; Y. Vega Cárdenas, *Méthodologie et épistémologie du droit comparé. Diverses méthodes et écoles*, LexisNexis, 2024. Et en anglais, J. Husa, *Introduction to Comparative Law*, 2e éd., Hart Publishing, Bloomsbury, 2023 ; P. Legrand, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge Univ. Press, 2022 ; P. Legrand, *Comparative Law and the Task of Negative Critique*, Routledge, 2023 ; P. Legrand, *The Negative Turn in Comparative Law*, Routledge, 2025 ; G. Mousourakis, *Traversing Legal Traditions*, 2e éd., Springer, 2025 ; F. G. Nicola et G. Frankenberg, *Comparative Law. Introduction to a Critical Practice*, Edward Elgar Publishing, 2024 ; M. Siems, *Legal Transplants. An Interdisciplinary Approach*, Oxford Univ. Press, 2026 ; M. Siems et P. J. Yap (dir.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, Cambridge Univ. Press, 2024 ; R. Scarciglia, *Methods and Legal Comparison. Challenges for Methodological Pluralism*, Edward Elgar Publishing, 2023 ; L. Siliquini-Cinelli, D. Gianti et M. Balestrieri (dir.), *The Grand Strategy of Comparative Law. Themes, Methods, Developments*, Routledge, 2024 ; J. M. Smits, J. Husa, C. Valcke et M. Narciso (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 3e éd., Edward Elgar Publishing, 2023. Un examen plus détaillé d'une partie de cette littérature récente a été effectué par R. Michaels, « Comparative law today – tomes, themes, trends », *Comp. Legal Hist*. 2026, vol. 14, p. 4.

Le droit comparé, jadis enfermé dans l'enceinte universitaire, se propage vers d'autres cercles et notamment au sein des juridictions supérieures étatiques ou supra-étatiques (sa « clientèle »[5] s'élargit en quelque sorte). Autant d'éléments qui sont à l'origine du « rebond »[6] ou de la « renaissance »[7] du droit comparé et qui n'ont pas de raison de disparaître dans un avenir proche.

3. Directions. Un regard plus attentif conduit cependant à davantage de circonspection. La comparaison juridique – vue de France[8] – se diversifie et donne lieu à des disputes nombreuses et, souvent, radicales. Ces tensions forment le substrat de la discipline en même temps qu'elles contribuent à son évolution[9]. Mais la direction qu'elles impriment n'est pas écrite d'avance. L'une de ces directions pourrait être la progression d'un droit comparé sans comparaison appliquée (I). Une autre, plus salvatrice, pourrait être le développement d'une comparaison juridique enrichie (II).

I. Un droit comparé sans comparaison appliquée

4. L'absence de comparaison juridique appliquée provient de deux phénomènes distincts : la comparaison nominale (A) et la comparaison théorique (B).

A. La comparaison nominale

5. Formes. La comparaison nominale est celle qui n'a de comparaison que le nom. Elle peut prendre deux formes.

La première consiste à choisir comme objet d'étude au moins deux éléments (ne faisant pas partie du même ordre juridique) mais à ne donner de l'un d'eux qu'une présentation superficielle. Citant – et encore…[10] – des sources qui ne sont pas toujours de première main, en occultant toutes les difficultés soulevées par la traduction, l'étude se borne en général à mentionner des textes en vigueur, des arrêts ou des ouvrages de doctrine en présumant qu'ils sont l'expression fidèle et complète de l'un des droits examinés. La similitude ou la différence relevée est le fruit d'un travail hâtif.

La seconde consiste à ne prendre comme objet d'étude qu'un seul droit et à qualifier la démarche de comparative au seul motif que ce droit est étranger (par rapport au lecteur ciblé). Certes, il est concevable qu'une comparaison implicite soit effectuée dans cette hypothèse[11]. Mais à moins d'un effort important et constant de l'auteur pour adapter son propos au lectorat visé, aucune comparaison ne résulte de la présentation d'« un » droit étranger.

6. Répercussions. Compte tenu des standards académiques actuels, la première forme de comparaison nominale évoquée va en régressant parmi les travaux universitaires. Mais elle persiste ailleurs, notamment dans les cadres parlementaire et judiciaire soit par manque de temps ou de moyens, soit à des fins stratégiques. Ce dernier point éclaire l'avenir de la pratique. Autant l'Université a tout intérêt à éradiquer ces études superficielles car elles nuisent à la crédibilité du droit comparé en tant que discipline. Autant les autorités disposant d'un pouvoir normatif ont intérêt à les maintenir car en prenant appui sur l'effet de persuasion exercé par le droit étranger non pas tel qu'il est mais tel qu'il est donné à voir, ces études leur servent, comme l'a écrit Carbonnier, d'« instrument de propagande »[12]. L'observation, qui remonte à plus d'un demi-siècle,

5. V. J. Basedow, « Comparative Law and its Clients », *Am. J. Comp. L.* 2014, vol. 62, p. 821.
6. G. Cornu, *Introduction au droit*, 13e éd., Montchrestien, 2007, no 231.
7. R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford Univ. Press, 2014.
8. Le point de vue est valable, mais son étroitesse en relativise la portée.
9. Pour une étude des principales controverses, v. J. Husa, *Contrarian Jurists. The Story of Comparative Law and How Collisions Shaped it*, Bloomsbury, 2026.
10. Il arrive que l'expression « droit comparé » tienne lieu d'appareil scientifique. V. par exemple Assemblée nationale, *Rapport sur la justice criminelle et le respect des victimes*, no 2904, 10 juin 2026, dans lequel il est écrit que « la [procédure de jugement des crimes reconnus] s'inscrit dans un mouvement observé dans vingt-sept des trente pays membres du Conseil de l'Europe. Dès lors, si l'on se fonde sur le droit comparé, il semble difficile de présenter cette réforme comme un recul civilisationnel ».
11. Sur ce procédé, v. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, *op. cit.*, no 467.
12. J. Carbonnier, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger », *Essais sur les lois*, 2e éd., Defrénois, 1995, p. 227, spéc. p. 237.

n'a rien perdu de son acuité ni de son actualité[13]. Il faudrait être exagérément optimiste pour croire en la fin de cette instrumentalisation à court terme.

B. La comparaison théorique

7. Théorisation. Depuis une trentaine d'années environ, la comparaison juridique a fait l'objet d'une théorisation inédite dans l'histoire de la discipline. En un sens, tout oppose ce mouvement au phénomène décrit précédemment[14]. Cette fois-ci en effet, l'ensemble de la démarche comparative (les conceptions du droit ; la délimitation de l'enquête comparative ; les finalités poursuivies ; les non-dits, etc.) est scruté dans les moindres détails et de manière érudite. Nourris d'autres champs du savoir (la linguistique, l'herméneutique, la philosophie, etc.), parfois éloignés du droit (comme la littérature[15]), ce sont des travaux qui accordent une place de choix à l'épistémologie[16] et dont la teneur est détachée du droit positif.

8. Pratique ? Quels que soient les mérites de cette théorisation, elle n'a guère encouragé la pratique de la comparaison. D'abord, parce qu'une partie de ces théoriciens ne semblent pas intéressés par la mise en œuvre concrète des indications qu'ils donnent sur ce qu'il faut faire ou ne pas faire. Leur recherche est spéculative. Ensuite, parce que cette théorisation s'est développée (pour des raisons sur lesquelles il n'est pas possible de revenir ici) dans un esprit critique, n'admettant le pluralisme méthodologique que pour autant qu'il reste conforme à leurs propositions et parvenant à la conclusion que la comparaison, compte tenu des limites cognitives de chacun, ne peut qu'« échouer »[17], ce qui, concédons-le, n'interdit pas de l'entreprendre malgré tout[18] mais constitue, reconnaissons-le aussi, un signal bien peu encourageant. Le programme imposé par ce courant critique est tel que « la comparaison juridique devient impossible » a-t-on observé[19]. Plus exactement, il favorise son élaboration théorique – les publications actuelles en témoignent – mais menace de réduire à néant son utilisation pratique[20]. Le droit comparé pourrait devenir une discipline purement savante.

9. Évolution. C'est une direction qui, si elle était la seule suivie, présenterait l'inconvénient, d'abord, de réserver la comparaison juridique à un petit cercle d'universitaires vivant dans un entre-soi[21], ensuite et plus gravement, d'oublier cette vérité élémentaire que le droit n'est pas « un système abstrait, servant à occuper seulement les esprits »[22]. La réalisation du droit est indispensable à la régulation des rapports sociaux à laquelle il aspire. Aussi est-il rassurant, pour l'avenir du droit comparé, d'observer une évolution de la part de ses théoriciens. De ce point de vue, le comparatiste italien Sacco a été un précurseur. Éclairé par ses connaissances en matière de linguistique et d'anthropologie, il est l'un des premiers à avoir conceptualisé les outils de la comparaison (les « formants ») et certains phénomènes majeurs (la circulation des droits) tout en la pratiquant lui-même (en droit des obligations notamment)[23]. Depuis, d'autres s'efforcent de plus en plus d'illustrer par l'exemple les théo-

13. Une variante de cette instrumentalisation est le « comparatisme d'intimidation », qui joue sur le prétendu retard ou isolement d'un droit pour en justifier la réforme, v. R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1194, n° 37.
14. V. *supra* n° 5.
15. V. par exemple P. Legrand, « Beckett's Weather Report », *in* L. Siliquini-Cinelli, D. Gianti et M. Balestrieri (dir.), *The Grand Strategy of Comparative Law. Themes, Methods, Developments*, *op. cit.*, p. 181 (auquel il faut ajouter, plus généralement, la monographie précitée du même auteur, P. Legrand, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, *op. cit.*).
16. V. en dernier lieu, H. Muir Watt et G. Samuel, *Producing Legal Knowledge. Comparative Methods, Models and Schemes*, Edward Elgar Publishing, 2026. Les travaux de G. Samuel sont parmi les plus approfondis à ce sujet.
17. V. P. Legrand, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, *op. cit.*, p. 1.
18. *Ibid.*, p. 36 (l'auteur insiste sur la nécessité de poursuivre la comparaison encore et encore).
19. M. Siems, « The End of Comparative Law », *J. Comp. L.* 2007, vol. 2, p. 133, spéc. p. 140.
20. V. en ce sens, J. Basedow, « Comparative Law and its Clients », préc., spéc. p. 824.
21. V. B. Markesinis, *Juges et universitaires face au droit comparé*, Dalloz, 2006, p. 48.
22. F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 18e éd., Dalloz, 2026, n° 484.
23. Pour une présentation de son apport, v. par exemple E. Ioriatti, « Rodolfo Sacco: A Hidden Observer », *in* P. G. Monateri (dir.), *Scritti in Memoria di Rodolfo Sacco*, Utet Giuridica, 2024, t. 2, p. 959.

ries de la comparaison qu'ils élaborent et défendent[24]. Il est également remarquable que certaines études comparatives effectuées par des auteurs qui ne se présentent pas comme des théoriciens de la comparaison tiennent compte d'une partie des recommandations formulées par ces derniers[25]. Si l'évolution mérite d'être soulignée, c'est qu'elle traduit le passage de ce qui était au départ une entreprise de déconstruction (ambition clairement affichée par bon nombre de théoriciens) vers une entreprise de reconstruction. Si cette tendance devait se confirmer, le bilan serait positif. Rétrospectivement, la théorisation observée depuis une trentaine d'années pourrait apparaître comme le moyen qui aura permis l'amélioration des comparaisons appliquées. Elle aura concouru à leur enrichissement.

II. Une comparaison juridique enrichie

10. La liberté dont jouit chaque comparatiste donne lieu à une diversification de la discipline qui est accueillie avec bienveillance sous le nom de pluralisme. La comparaison juridique s'enrichit grâce à l'élargissement de ses objets (A) et au renouvellement de ses méthodes (B). Dans un monde ouvert, cette tendance devrait perdurer.

A. L'élargissement des objets

11. Complémentarité. Le droit comparé étant apparu comme discipline universitaire en Europe au XIXe siècle, il était naturel que son objet soit centré sur les droits européens et les matières qui y prédominent. Ce type de comparaison demeure d'actualité à ceci près que son champ spatial a été progressivement élargi de l'Europe à l'ensemble de l'Occident. Rien ne laisse présager sa disparition. C'est d'autant moins probable que la richesse de certaines de ces comparaisons est indéniable. Leur qualité est un solide gage de pérennité des études comparatives en ce qu'elle met en évidence le caractère irremplaçable de leur apport[26]. Il n'est donc nullement question de renoncer à ces comparaisons « traditionnelles » (si l'on veut), mais de les compléter par d'autres objets. Deux élargissements se dessinent.

12. Décentrement. Le premier est le décentrement de l'objet de l'étude comparative. La globalisation favorise ce mouvement[27]. Mais il s'explique également par la volonté d'explorer de nouveaux champs de recherche en effectuant soit des comparaisons dans lesquelles les droits occidentaux sont présents mais comparés par des juristes qui n'ont pas été formés à ces systèmes (un changement de perspective de nature à porter un regard différent sur le même objet), soit des comparaisons dans lesquelles les droits occidentaux positifs sont absents et ne constituent donc plus un point de référence – par exemple, en comparant des droits asiatiques entre eux[28]. Emboîtant le pas d'autres sciences sociales, le droit comparé entend à son tour

24. V. en particulier, F. G. Nicola et G. Frankenberg, *Comparative Law. Introduction to a Critical Practice*, *op. cit*. V. également P. Legrand, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, *op. cit.*, p. 389 et s. (à propos de l'interdiction édictée par la loi française de porter dans certains lieux des signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse).
25. Le caractère interdisciplinaire (droit, science politique, histoire, économie, sociologie, géographie sociale, études culturelles, anthropologie, relations internationales, linguistique, psychologie, etc.) de l'ouvrage de M. Siems sur les « transplants juridiques » en offre une illustration récente, v. M. Siems, *Legal Transplants. An Interdisciplinary Approach*, *op. cit*.
26. V. par exemple L. Larribère, *La réglementation de la convention d'arbitrage international. Étude critique et comparative en droits français et américain*, LGDJ, 2023, préf. S. Bollée ; G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford Univ. Press, 1988.
27. Pour de plus amples développements sur cette incidence, v. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, *op. cit.*, nos 417 et s.
28. V. par exemple M. S. Erie et C.-F. Lin (dir.), *Inter-Asian Law*, Cambridge Univ. Press, 2026 (remarque : un nombre significatif d'auteurs ayant rédigé les études publiées dans cet ouvrage sont des universitaires en poste dans des établissements occidentaux). V. également N. S. Bui et M. Pongsapan (dir.), *Comparative Law in Asia. Essays in Honour of Andrew Harding*, Hart Publishing, 2025.

prendre le virage des études « décoloniales »[29]. Les arrière-pensées idéologiques mises à part (lutte contre l'impérialisme ou le néo-colonialisme occidental), il sera intéressant d'observer, à plus ou moins longue échéance, dans quelle mesure ces travaux – en grande partie rédigés en anglais, ce qui n'est peut-être pas le meilleur signe d'émancipation… – parviennent véritablement – c'est-à-dire sur le fond et pas seulement dans le discours – à s'extraire et à se distancier des apports de la comparaison juridique menée en Occident. Comme souvent en droit, la référence au changement de paradigme que l'on trouve dans cette littérature pourrait bien être exagérée. De même qu'il sera intéressant de mesurer dans quelques années, une fois passé l'enthousiasme de la nouveauté, la place que continuera à occuper sur la scène mondiale la comparaison effectuée avec les droits occidentaux par des juristes qui y ont été formés. L'approche « décoloniale » du droit comparé étant en partie promue par des juristes occidentaux, il faudra en particulier vérifier l'accueil réservé à cette orientation par ceux qui sont en priorité invités à la suivre.

Quoi qu'il en soit, ce serait une erreur de réduire ce décentrement à l'émergence de nouveaux pôles géographiques de comparaison. Cette multipolarité en devenir porte en elle des changements substantiels. La conception du Droit en constitue un parmi d'autres tant il est vrai que vu d'Europe et en tout cas vu de France, il reste difficile de séparer la sphère juridique de la sphère étatique[30].

13. Transnationalisation. En complément de l'approche traditionnelle consistant à étudier un objet (une notion, une procédure, un régime, etc.) relevant de deux ou plusieurs droits étatiques nationaux, la comparaison juridique porte de plus en plus sur des thèmes transnationaux. Cela tient, d'une part, au développement de règles et d'institutions transnationales ou supranationales dont s'empare le droit comparé. Les comparaisons portant sur les jurisprudences respectives de la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme et la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, ou encore celles portant sur les Principes d'Unidroit en matière de procédure civile ou en matière contractuelle avec d'autres règles de même nature[31] en offrent des exemples[32]. Cela tient, d'autre part, à l'essor de doctrines et de problématiques qui par leur objet dépassent aisément les frontières nationales. Le genre et l'environnement[33] en sont des illustrations actuelles. D'autres suivent[34]. À cet égard, il convient de souligner le rôle équivoque du droit

29. V. Y. Vega Cárdenas, *Méthodologie et épistémologie du droit comparé. Diverses méthodes et écoles*, *op. cit.*, p. 153 et s. C'est l'un des actuels programmes de recherche de l'Institut Max Planck de Hambourg, v. à ce propos l'article programmatique de L. Salaymeh et R. Michaels, « Droit comparé décolonial : un début conceptuel », *Revue de droit international et de droit comparé* 2023, p. 357 (version française d'un article rédigé en anglais et publié en 2022). V. également M.-E. Arbour, « (De)colonized Comparative Law – A Note », *in* A. Parise, M. Vitetta et M. Séjean (dir.), *Moréteau on Law, Language & Heritage*, vol. 1, Praxis Jurídica, 2026, p. 325 ; P. Legrand, *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, *op. cit.*, p. 217 ; R. Michaels, « Decolonial comparative law: FAQ », *in* J. Husa (dir.), *A Research Agenda for Comparative Law*, *op. cit.*, p. 61 ; R. Merino, « Decolonial Theory and Comparative Law », *in* M. Siems et P. J. Yap (dir.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 408.

30. Sur le rapport entre « décolonialité » et droits non-étatiques, v. par exemple F. Pirie, « Global Comparative Law? », *OJLS* 2025, vol. 45, p. 506, spéc. p. 517 et s.

31. Pour de plus amples développements et des références, v. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, *op. cit.*, n[os] 413 et s.

32. Autre exemple : le recours à la comparaison juridique pour analyser le processus par lequel la Cour de justice de l'Union européenne développe des concepts juridiques propres dans le contexte supranational particulier de l'Union et marqué par une triple pluralité juridique, linguistique et culturelle, v. C. Bergomi, *Comparative law and autonomous concepts. The making of common European legal meanings*, Giappichelli, 2025.

33. V. pour une première approche générale, T. Yang, « A comparative environmental law primer », *in* T. Yang, A. Telesetsky et S. K. Phillips (dir.), *Comparative Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2025, p. 8, spéc. p. 14 et s. Pour des études plus particulières, outre l'ouvrage précité, v. par exemple I. Alogna, *La circulation des modèles juridiques dans le domaine de l'environnement. Vers un droit global de l'environnement*, LGDJ, 2026, av.-pr. M. Prieur, préf. F.-G. Trébulle ; L. Antoniolli, « *Climate litigation* e diritto ambientale transnazionale – Il ruolo del diritto comparato », *in* P. G. Monateri (dir.), *Scritti in Memoria di Rodolfo Sacco*, *op. cit.*, t. 1, p. 87, spéc. p. 109 et s.

34. V. par exemple, sur la régulation des systèmes d'intelligence artificielle et des contenus qu'ils génèrent, G. Abiri, X. Dai et E. V. Towfigh, « Comparative AI Law: An Introduction », *German L.J.* 2025, vol. 26, p. 1093 (et le numéro spécial auquel cet article introduit) ; sur le cyberespace, C. Goanta, « Comparative law and cyberspace », *in* J. Husa (dir.), *A Research Agenda for Comparative Law*, *op. cit.*, p. 177.

comparé qui ne se borne pas – ou pas toujours – à analyser un phénomène à l'essor duquel il est étranger, mais contribue plus ou moins activement à sa diffusion. Par exemple, le droit comparé a joué un rôle décisif dans l'apparition en droit français (et ailleurs) d'une approche féministe du droit[35] ou de la question de la reconnaissance de droits à des éléments naturels.

B. Le renouvellement des méthodes

14. Pluridisciplinarité : de l'incantation à la réalisation. Depuis ses origines en tant que discipline académique, le droit comparé fait l'objet d'interminables controverses sur sa méthodologie que ce soit pour soutenir qu'il n'en existe aucune ou au contraire qu'il en existe plusieurs, auquel cas le débat rebondit sur leur articulation[36]. Deux observations peuvent être formulées sur l'évolution en cours et à venir.

En premier lieu, alors même que les outils méthodologiques de la comparaison juridique ont été empruntés à d'autres disciplines que le droit[37], nombreuses sont les études comparatives qui se limitent à l'analyse des droits positifs. Certaines d'entre elles sont d'une grande qualité technique et sont donc instructives. Mais l'explication des similitudes et des différences ainsi que leurs répercussions sociales ou économiques souffre de l'étroitesse de l'angle d'analyse adopté. Certes, l'appel à effectuer des comparaisons pluridisciplinaires n'a jamais manqué d'être lancé, mais il était en réalité peu suivi d'effet. Or depuis quelques années, la situation semble – enfin – évoluer. Les comparaisons juridiques enrichies d'anthropologie[38], de sociologie[39] et d'histoire[40] augmentent en nombre et en profondeur.

En second lieu, de nouvelles approches font leur apparition. Les comparaisons fondées sur une analyse économique du droit en sont un exemple[41], plus particulièrement visible en droit de la responsabilité délictuelle[42]. Mais l'essor le plus marquant concerne l'approche quantitative (ou « numérique »). Les statistiques, les codages et autres indicateurs font leur entrée dans la comparaison des droits[43]. Les deux principaux avantages attendus par les partisans de cette approche sont l'apport de données empiriques et la facilité d'effectuer des comparaisons à grande échelle. Compte tenu de ces avantages supposés mais également de l'usage croissant des nombres et des algorithmes[44] dans notre société, ce mouvement devrait se poursuivre en dépit de la simplification que ces instruments entraînent inévitablement[45].

15. Conclusion : la fonction de la comparaison juridique. Et si la destinée du droit comparé ne dépendait pas plutôt de sa fonction ? L'argument est simple : plus le rôle du droit comparé apparaît comme capital, plus son avenir paraît radieux. Ce point de vue utilitariste est régulièrement défendu par certains comparatistes, les uns prétendant (hier) qu'il est au service d'une meil-

35. V. par exemple M.-C. Belleau, « Les théories féministes : droit et différence sexuelle », *RTD civ*. 2001, p. 1.
36. V. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, *op. cit.*, n^{os} 433 et s.
37. *Ibid.*, n^{os} 457 et s.
38. V. par exemple R. Sacco, *Anthropologie juridique*. *Apport d'une macro-histoire du droit*, Dalloz, 2008 ; R. Sacco, *Le droit africain*. *Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009 ; F. Pirie, *The Rules of Laws: A 4000-year Quest to Order the World*, Profile Books, 2021 ; F. Pirie, « Comparison in the Anthropology and History of Law », *J. Comp. L.* 2014, vol. 9, p. 88.
39. Les travaux de R. Cotterrell et D. Nelken méritent une attention particulière.
40. Pour un exemple récent, dans la doctrine française, v. D. Deroussin, *Une introduction aux droits européens*. *La notion d'obligation et le contrat*, SLC, 2026. L'ouvrage fait écho à celui, classique, de R. Zimmermann, *The Law of Obligations*. *Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Univ. Press, 1996. Signe supplémentaire de cette vitalité, des revues spécialisées au carrefour de deux disciplines ont récemment vu le jour (ex. : *Comparative Legal History*, *Tribonien* ou, quoique de manière moins systématique, *Clio@Themis*).
41. V. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, *op. cit.*, n° 499 et les références citées.
42. Pour un exemple récent, v. F. Parisi, « Liability or No Liability? Promoting Safety by Shifting Accident Losses onto Third Parties », *in* L. Siliquini-Cinelli, D. Gianti et M. Balestrieri (dir.), *The Grand Strategy of Comparative Law*. *Themes, Methods, Developments*, *op. cit.*, p. 285.
43. Pour de plus amples développements, v. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, *op. cit.*, n^{os} 276 et s. et les références citées.
44. Sur le recours en droit comparé aux outils d'intelligence artificielle, v. H. Ho, P. Chung-Chia Huang et Y. Chang, « Machine-Learning Methods », *in* M. Siems et P.J. Yap (dir.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 177.
45. V., suggérant certaines précautions méthodologiques, P.G. Monateri et M. Balestrieri, *Quantitative Methods in Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2023 ; M. Siems, « Empirical Methods », *in* M. Siems et P.J. Yap (dir.), *The Cambridge Handbook of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 157.

leure compréhension entre les peuples[46], les autres soutenant (aujourd'hui) qu'il existe un « impératif comparatif »[47] dans l'élaboration des normes en vue de leur rapprochement.

En réalité, ces ambitions sont excessives, sources de désillusions et, tout bien considéré, desservent la comparaison[48]. S'il fallait envisager l'avenir du droit comparé à travers son rôle, il faudrait plutôt souligner qu'il est un remarquable instrument de connaissance critique permettant, d'abord, d'« explorer »[49] et d'apprécier les spécificités propres à chaque système, puis, de raisonner en étant confronté aux différences inhérentes à l'altérité des droits. C'est là que se dégage la plus grande force du droit comparé tant il est vrai que la prise de conscience de la différence est un formidable aiguillon de la pensée. Telle est, en définitive et au premier sens du terme, la fonction essentielle de la comparaison juridique et celle qui, pour cette raison précise, lui assure mieux que toute autre un bel avenir.

46. V. par exemple A. Tunc, « La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations », *RID comp.* 1964, p. 47.

47. B. Fauvarque-Cosson, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », *Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, SLC, 2005, p. 69, spéc. p. 89.

48. V. par exemple, en réponse à l'aptitude du droit comparé à préserver un climat de paix entre les peuples, R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 6, observant que cette ambition « donnerait à croire que les pouvoirs qui ont déclenché les deux guerres mondiales se seraient arrêtés au seuil de la catastrophe s'ils avaient suivi des cours de droit comparé ou que Napoléon aurait renoncé à ses projets s'il avait suffisamment réfléchi sur le *gemeines Recht*, la *common law* et la *kormtchaia pravda* » ; en réponse au caractère impératif du rôle normatif attribué au droit comparé et à la quête d'uniformité, v. respectivement, E. Picard, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RID comp.* 1999, p. 885, spéc. p. 909, qui écrit que cela vient « fausser le sens de la démarche comparative » ; R. Libchaber, « L'avenir d'un paradoxe », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Lextenso, 2015, p. 519, spéc. p. 526, s'élevant contre un comparatisme se transformant en « manuels pour inquisiteurs », aboutissant « à scléroser la recherche d'une solution spécifique » en étant hostile à la possibilité de conserver ou d'introduire des solutions singulières.

49. V. M. A. Glendon, « Reflection on the Comparative Study of Law in the 21st Century », *in* K. Boele-Woelki et D. P. Fernàndez Arroyo (dir.), *The Past, Present and Future of Comparative Law – Le passé, le présent et le futur du droit comparé*, Springer, 2018, p. 3, spéc. p. 8.

L'avenir (en France) du droit (privé) comparé[1]

Samuel Fulli-Lemaire
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Mars 2026. En traversant le hall de l'Institut Max Planck de droit privé comparé et droit international privé de Hambourg, où je me trouve pour une semaine, je m'arrête pour consulter le tableau des visiteurs étrangers. Mis à jour plusieurs fois par semaine en principe, ce tableau recense, en temps réel ou presque donc, les noms et prénoms, affiliations, sujets de recherche, places dans la bibliothèque et dates de séjour de ces visiteurs. Aucune institution scientifique française ne figure sur cette liste pourtant longue de plusieurs dizaines d'entrées[2]. Il se trouve que, grâce à un bref échange alors qu'elle préparait sa venue, je sais qu'une doctorante de l'Université Paris-Panthéon-Assas va arriver quelques jours plus tard, après mon départ. Sa thèse, néanmoins, ne porte pas sur le droit comparé mais sur le droit international privé. Il ne s'agit pas d'une situation inhabituelle, bien loin de là. Fasciné par ce kaléidoscope de lieux et de thématiques, j'avais en effet pris l'habitude de jeter un œil quotidien à ce tableau durant les quatre années et demie que j'ai passées à l'institut[3], et il était bien rare d'apprendre que j'allais croiser un comparatiste français. Je regrette aujourd'hui n'avoir pas tenu de décompte précis, mais je ne crois pas me tromper en estimant leur nombre total à une dizaine environ[4].

Juillet 2026. Sur le réseau LinkedIn, une publication de Philippe Cossalter, actuellement titulaire de la Chaire de droit public français de l'Université de la Sarre et directeur de la *Revue générale du droit*, attire mon attention[5]. Après avoir rap-

1. Je remercie Zoé Jacquemin, Marie Mercat-Bruns et Thomas Perroud pour leur relecture bienveillante et stimulante. Selon la formule consacrée, les erreurs ou omissions qui subsisteraient relèvent de ma seule responsabilité.
2. Peut-être est-il opportun de préciser, dès l'orée de la présente contribution, que celle-ci concerne le droit comparé tel qu'il est étudié et pratiqué, en France, par les privatistes. C'est donc la seule affiliation académique française qui m'intéresse, et aucunement la nationalité des intéressés. En d'autres termes, toute future référence, par commodité ou brièveté, à un « comparatiste (privatiste) français » devra être comprise comme désignant un comparatiste inséré à un titre ou un autre dans le monde académique français.
3. Entre janvier et juin 2013, puis de 2014 à 2018. Peut-être mon cas personnel est-il d'ailleurs symptomatique de ce que je décris puisque j'ai occupé quatre ans durant un poste au sein du département alors dirigé par Reinhard Zimmermann, alors que la majorité de mes travaux s'inscrivaient et s'inscrivent toujours en droit international privé. Il est vrai que les deux disciplines entretiennent des liens étroits et anciennement décrits, v. par ex. B. Fauvarque-Cosson, « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », *in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 43, et les références citées.
4. Tous statuts confondus, c'est-à-dire des doctorants aux enseignants-chercheurs titulaires. Un souci d'exactitude me conduit à préciser que les internationalistes privatistes étaient encore moins nombreux, mais leurs points de chute sont plus variés, ne serait-ce qu'en Allemagne et à plus forte raison en Europe. Pour cette raison et d'autres encore, droit international privé et droit comparé ne se prêtent pas à un traitement unique au regard de ce qui m'occupe.
5. https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7480234639471644672/ (lien consulté le 31 août 2026).

pelé le souvenir de quelques chroniques de droit privé qui ont été accueillies au sein de cette revue, il annonce qu'elle va être rebaptisée *Revue générale du droit public français et comparé* afin de mieux refléter ce qui est devenu son centre de gravité scientifique. Le site internet de la publication ne pourrait être plus clair : « Créée en 2012, la *Revue Générale du Droit* est essentiellement consacrée au droit administratif français et comparé. Elle affiche désormais son objet scientifique[6]. »

Août 2026. Après avoir été relancé, à un nombre de reprises qui évoque plutôt la publicité pour les sites de vente en ligne que le monde académique, par les coordinateurs d'un rapport spécial qui doit être présenté à l'automne au congrès général de Berlin de l'Académie internationale de droit comparé, je finis par lire un texte qui s'est considérablement développé depuis la première prise de contact. Il s'agit, sur un registre scientifique puis plus explicitement sous la forme d'une déclaration, d'un appel à promouvoir le recours aux Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans les situations transfrontières. Les coordinateurs souhaitent, de façon compréhensible sans doute, asseoir la légitimité de leur initiative et probablement en augmenter le retentissement en obtenant la signature du plus grand nombre possible de praticiens et d'universitaires. Lorsque je suis contacté pour la dernière fois, ils sont plus de trois cents, représentant plus de cent systèmes juridiques. On ne compte, parmi eux, que quatre Français[7] dont un seul enseignant-chercheur titulaire, lequel, de surcroît, est – considérablement – plus connu des spécialistes de droit international privé que des comparatistes. Cette démarche m'inspire l'idée de consulter le programme encore provisoire du congrès général[8] : parmi les intervenants, un seul privatiste en poste dans une université française.

J'ai bien conscience à la fois de n'avoir encore qu'exposé quelques anecdotes et que, selon un adage bien connu de nos collègues des sciences dites dures, « *the plural of anecdote is not data* ». Pour chacune de ces anecdotes, du reste, les explications concevables sont nombreuses et, pour partie au moins, convaincantes : peut-être les privatistes français désireux d'effectuer des recherches de droit comparé à l'étranger privilégient-ils d'autres destinations qu'Hambourg ; la *Revue* qui n'était encore que *générale du droit* a pu progressivement combler un vide du paysage éditorial français en droit public, les privatistes privilégiant dans le même temps d'autres publications pour accueillir leurs travaux ; sans doute des raisons scientifiques solides peuvent-elles expliquer qu'on se réfrène d'appeler à un recours généralisé aux Principes d'Unidroit. Par ailleurs, il est certain que, sous certains aspects, le reflux du droit comparé – privé comme public, du reste – n'est pas une tendance spécifiquement française ; ainsi est-il fréquemment relevé que les articles qui s'inscrivent dans ce champ ne constituent plus qu'une portion congrue de ceux qui sont publiés par l'*International & Comparative Law Quarterly*. Il est, enfin, facile de m'opposer un certain nombre de contre-exemples, c'est-à-dire de mettre en avant une ou deux sociétés savantes prestigieuses ou, dans la plupart sinon la totalité des sous-domaines du droit privé, des collègues actifs et renommés, parfois célèbres, en France comme à l'étranger. Quelques noms me viennent bien évidemment en tête en écrivant ces lignes mais justement, ami lecteur, sont-ils vraiment différents de ceux auxquels tu auras toi-même songé ? S'ils ne le sont pas, c'est bien que le nombre total de ces collègues reste limité.

Le tableau pessimiste que je viens d'esquisser ne me réjouit aucunement, et je serais soulagé d'être détrompé. Pour être tout à fait honnête, je souhaiterais seulement, alors, l'avoir été plus tôt,

6. https://www.revuegeneraledudroit.eu/ (lien consulté le 31 août 2026).
7. De là, probablement, l'empressement à m'écrire, comme sans doute à d'autres collègues français.
8. https://iacl.hu-berlin.de/media/pages/congress-programme/5147ec1d19-1786006752/draft-programme-05-08-26.pdf (lien consulté le 31 août 2026).

ce qui m'aurait mieux armé pour réagir aux nombreuses remarques, acides ou compatissantes, entendues au fil des années sur l'état du droit privé comparé en France[9]. À supposer, en d'autres termes, qu'une contradiction vigoureuse et unanime me soit portée sur ce point au sein de mon propre monde académique, je découvrirais une image bien différente de celle qui semble avoir cours hors de nos frontières. Mais peu importe, à l'extrême limite, pour la fin de mon propos, car il suffit d'admettre que la santé du droit privé comparé en France n'est pas aussi florissante qu'elle pourrait l'être ou l'a été. Convient-il de s'y résigner ou d'espérer un sursaut ? Faut-il s'accommoder d'un avenir inscrit dans la continuité des dernières décennies[10], ou œuvrer à un autre plus ambitieux ?

Ma conviction personnelle est naturellement que c'est au second parti qu'il convient de se rallier, et ce pour de nombreuses raisons dont la plupart sont si connues et classiques qu'il est inutile de s'y attarder trop longuement. Au-delà des considérations de prestige national ou de « rang » à tenir ou retrouver[11], auxquelles chacun peut être plus ou moins sensible, les vertus pédagogiques et intellectuelles du droit comparé sont éprouvées, non seulement pour mieux connaître les droits des autres systèmes juridiques, mais aussi pour mieux comprendre le nôtre, et pour penser le droit tout court[12]. En somme, il paraît acquis que tant la recherche que l'enseignement gagneraient à ce que les comparatistes français soient plus nombreux et à ce que l'approche comparative soit plus largement mobilisée. D'ailleurs, et pour en arriver à des préoccupations plus contemporaines, comment se passer d'elle, de ses enseignements fondamentaux, transversaux et méthodologiques, pour entamer la réinvention des cursus juridiques que l'irruption de l'intelligence artificielle rend déjà opportune et qui deviendra bientôt indispensable ? Pour terminer sur un registre très prosaïque, les comparatistes ne sont-ils pas idéalement placés pour contribuer à l'internationalisation des institutions académiques et à l'expansion de l'enseignement en langues étrangères, deux préoccupations que, pour le meilleur et pour le pire, nous sommes désormais fortement incités à faire nôtres, ne serait-ce qu'au fil et dans la perspective des évaluations du Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur (Hcéres) ?

Si ce point est admis, un autre surgit : comment procéder ? La question est inévitablement plus délicate. La confrontation avec les voies d'accès à la carrière universitaire, telles qu'elles se présentent ou évoluent à l'étranger, peut inspirer des idées très diverses, dont la transplantation en France ne serait bien sûr pas nécessairement opportune ni possible : dans tel État, il est désormais attendu, formellement ou non, qu'une thèse de doctorat comporte une partie

9. Un souvenir particulièrement douloureux : ce collègue francophone et francophile qui, en marge d'une conférence, avait partagé l'impression selon laquelle la grande majorité de la recherche qui, en France, se percevait comme « comparatiste », voyait des universitaires français s'exprimer, parfois en langue française, sur le droit français, en « dialogue » avec des collègues étrangers traitant eux aussi de leurs droits nationaux respectifs (les guillemets sont un ajout de ma part que je pense fidèle à l'esprit de cette remarque, dont la tonalité était au demeurant déçue bien davantage que méprisante). Pour des propos plus durs encore, v. B. Markesinis, *Juges et universitaires face au droit comparé – Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2006, spéc. p. 163 et s., qui rejoint O. Moréteau, « Ne tirez pas sur le comparatiste », *D.* 2005, p. 452.

10. Je grossis ici le trait, car il est certain que des progrès considérables ont été accomplis durant cette période au bénéfice, sinon du droit privé comparé en particulier, au moins du droit comparé en général. V. ainsi V. Constantinesco, « Quel avenir pour la Faculté internationale de droit comparé ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 215, qui mentionne, parmi les causes de la mise en sommeil de la FIDC, la généralisation en France comme à l'étranger des enseignements de droit comparé dans les cursus juridiques universitaires.

11. Pour se rappeler ce que ce rang a pu être, il suffit de parcourir les actes du congrès international tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 à l'initiative de la Société de législation comparée, récemment réédités par cette dernière avec une introduction de Julien Boudon (*Actes du congrès de Paris de 1900 – Théorie générale, méthode et enseignement du droit comparé*, Société de législation comparée, coll. « *Sensus iuris* », 2020). Plus près de nous, les mélanges en l'honneur de René David auraient certainement pu nous offrir un autre point de comparaison, s'il en avait accepté le principe, mais il a préféré rédiger lui-même une sorte d'« Anti-Mélanges » (*Les avatars d'un comparatiste*, Economica, 1982). V. toutefois l'*Hommage à René David* publié en 2012 chez Dalloz par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française dans la collection « Thèmes & commentaires ».

12. Sur les finalités de la comparaison juridique, et plus particulièrement sur celle qu'il qualifie de « cognitive », v. not. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 2024, n^{os} 603 et s. V. aussi H. Patrick Glenn, « Aims of Comparative Law », *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 1, 2023.

de droit comparé ; tel autre conditionne l'accès à un grade à la publication d'articles dans des revues scientifiques à comité de lecture étrangères ou référencées[13] ; tel autre encourage et finance, au stade du doctorat ou du post-doctorat, les séjours de deux années à l'étranger dont la première consacrée à l'apprentissage de la langue concernée… Mais, au fait, la jeune recherche française est-elle si rétive ? C'est loin d'être certain, à en juger par exemple au regard de la liste des docteurs qualifiés cette année en section 01[14] : sur un total de soixante-treize, six ont soutenu une thèse dont l'intitulé fait explicitement référence au droit comparé, et il est certain que d'autres y ont consacré des développements significatifs. Ils n'étaient néanmoins que deux en 2025 sur soixante-et-onze, mais à nouveau six sur soixante-quinze en 2024.

Dans ces conditions, sans doute convient-il de tourner le regard vers les voies de recrutement elles-mêmes. En section 01, les postes de maîtres de conférences comme de professeurs ne sont presque jamais fléchés exclusivement en droit comparé, et il est rare qu'un profil de poste y fasse référence de manière significative. Reste le concours d'agrégation, qui certes conduit avec régularité des comparatistes au professorat, mais en nombre très limité[15] : un en 2026, un autre en 2024 ; trois en 2021 ; de nouveau un seul en 2019[16]… Peut-être l'absence d'une spécialité dédiée[17] joue-t-elle un rôle à cet égard ? Au-delà de cette dernière interrogation, un article publié par Denis Tallon en 1998 offre une utile mise en perspective[18]. Il y rappelle une anecdote qu'il considérait comme « significative » au point de la « rabâcher » : « Enthousiasmé par l'enseignement de droit comparé donné par René David à la Faculté de droit de Paris, je lui avais demandé de faire sous sa direction une thèse de droit comparé. Or il avait refusé en me disant : "vous pensez à l'agrégation ; alors ne faites pas une thèse de droit comparé, ça ne serait pas sérieux". C'était il y a cinquante ans. » Cette citation, sans doute, permet de mesurer le chemin parcouru au cours de la seconde moitié du XXe siècle, mais pouvons-nous vraiment nous satisfaire des trois dernières décennies ?

C'est bien sur ce dernier terrain qu'il serait le plus efficace d'agir directement en faveur du droit comparé, qu'il s'agisse du profilage des postes[19] ou, éventuellement, des matières de spécialité du concours d'agrégation[20]. Même à supposer, néanmoins, qu'un consensus local ou national puisse émerger en ce sens, la traduction concrète risque d'être difficile entre la logique de gestion de pénurie induite par le contexte d'austérité budgétaire, qui trop souvent dicte les décisions en matière d'ouverture de postes, d'une part, et les difficultés à faire évoluer le concours d'agrégation, d'autre part. Il est donc indispensable d'envisager d'autres moyens d'action, plus détournés mais aussi plus simples à mettre en œuvre, et qui pourraient du reste se révéler très efficaces[21], comme la pondération plus grande des séjours de recherche à l'étranger, des publications scientifiques en langues étrangères, ou

13. Ce que ne sont pas, à ma connaissance, les revues françaises, mais il s'agit d'un autre sujet.
14. La liste 2026, comme les précédentes, a été consultée sur le site Galaxie du ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche (dernière consultation le 31 août 2026).
15. À cet égard, le droit comparé est donc moins bien loti que le droit international privé, autre spécialité peu favorable sur le terrain des profilages de postes de maîtres de conférences comme, dans une moindre mesure il est vrai, de professeurs, mais qui réussit bien aux candidats à l'agrégation.
16. Par commodité, les listes ont été consultées sur le Portail universitaire du droit (https://univ-droit.fr/, lien consulté le 31 août 2026).
17. V. l'art. 9, 2, b de l'arrêté du 13 févr. 1986 relatif à l'organisation générale du premier concours d'agrégation pour le recrutement des professeurs des universités des disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion.
18. D. Tallon, « Quel droit comparé pour le XXIe siècle ? », *Revue de droit uniforme* 1998, vol. 3, no 2-3, p. 703.
19. Le succès de l'entreprise suppose également, en cas de fléchage partiel en droit comparé, que les membres des comités de sélection donnent à ce pan du profil du poste une importance suffisante, tant lors de la sélection des candidats qui seront convoqués aux auditions que lors de celles-ci.
20. Pour être traité convenablement, ce point appellerait des développements considérables car les interrogations qu'il soulève sont pour partie le reflet, dans le contexte particulier du concours d'agrégation, des grandes et éternelles questions que charrie le droit comparé. Il n'est guère besoin de s'aventurer très loin : à bien y regarder, s'agit-il vraiment d'une discipline juridique ? V. F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? – Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*, LGDJ, coll. « Contextes », 2018, et spéc. la contribution d'H. Muir Watt.
21. Cette efficacité, une fois encore, sera *in fine* tributaire de l'exigence des comités de sélection dans l'appréciation de ces dimensions des dossiers. V. déjà, en ce sens, O. Moréteau, « Ne tirez pas sur le comparatiste », préc.

des aptitudes à l'enseignement en langue étrangère. D'une manière plus indirecte encore, toute mise en valeur des travaux de droit comparé constitue une avancée ; de ce point de vue, l'on ne peut que se réjouir de la récente renaissance du Prix de thèse du Centre français de droit comparé, sous la forme d'un Prix de thèse de droit comparé désormais attribué conjointement avec la Société de législation comparée et l'Institut de droit comparé de Paris[22].

Il me semble non seulement important, mais aussi possible, de conclure ces brèves réflexions sur une note optimiste, audible pour qui tend l'oreille vers l'autre côté de la *summa divisio* du droit public et du droit privé[23]. Bien que nombre des facteurs évoqués jusqu'à présent s'y rencontrent également, et tout particulièrement les contraintes administratives des voies de recrutement, la vivacité du droit public comparé semble tout à fait remarquable, notamment en droit constitutionnel mais aussi dans d'autres disciplines comme les finances publiques[24]. Il n'est donc nullement exclu qu'une évolution semblable se produise en droit privé – « J'en accepte l'augure, et j'ose l'espérer »[25] ! À l'heure où des approches et préoccupations nouvelles conduisent à envisager des itinéraires originaux[26] de recherche comparative, une participation accrue des privatistes français serait éminemment bienvenue.

22. https://www.legiscompare.fr/site-web/?Prix-de-these-de-droit-compare&lang=fr (lien consulté le 31 août 2026). Ce prix, toutefois, n'est pas réservé aux privatistes.
23. Rappelons, d'ailleurs, que « malgré le développement du droit public comparé, la comparaison est restée pendant longtemps [en France] l'apanage des juristes privatistes », v. E. Bottini *et al.*, « L'état du droit public comparé : la tradition romano-germanique. – Les expériences européennes occidentales », *Droit Public Comparé* 2023, vol. 1, n° 18. Il y aurait bien évidemment beaucoup à écrire, et à critiquer, sur la déférence encore très souvent manifestée à l'égard de la *summa divisio*, comme l'illustrent d'ailleurs très bien les présents développements.
24. En première approche, il suffit de recenser les revues – françaises – spécifiquement dédiées au droit public comparé (l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, *Droit Public Comparé*, *Politeia*…), et de considérer également la place qui lui est consacrée au sein des autres (la *Revue du droit public*, de son nom complet *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, mais aussi la *Revue française de droit constitutionnel*, la *Revue française de droit administratif*, *Jus Politicum*, la *Revue générale du droit public français et comparé*…).
25. Corneille, *Cinna ou la Clémence d'Auguste*, acte V, scène 3.
26. Sans aucune prétention à l'exhaustivité, l'on songe immédiatement aux perspectives postcoloniales et décoloniales (v. par ex. H. Culot et W. Decock (dir.), Numéro spécial « Colonialisme et comparatisme », *RDIC* 2023, n^{os} 3-4), ou encore aux méthodes empiriques (A. Amado et A. Desprairies (dir.), *Le tournant des méthodes empiriques en droit ?*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2025). Pour un tour d'horizon plus ample, v. B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au* XXI^{e} *siècle – Enjeux et défis*, actes des Journées internationales de la Société de législation comparée des 8-9 avr. 2015, Société de législation comparée, 2015.

L'Institut de droit comparé et le droit comparé au XXIe siècle

Thierry Bonneau
Professeur agrégé des facultés de droit
Université Paris-Panthéon-Assas
Directeur de l'I.D.C.

Sophie Gjidara-Decaix
Maître de conférences HDR
Université Paris-Panthéon-Assas
Directrice des études de l'I.D.C.

1. Créé officiellement par décret du 21 juillet 1931, l'Institut de droit comparé de Paris est rattaché à l'université Paris-Panthéon-Assas depuis les évènements de 1968 qui ont conduit à l'éclatement de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris. Né sous l'impulsion d'Henri Lévy-Ullman et d'Henri Capitant dès 1920, l'Institut fut d'abord dirigé par Henri Lévy-Ullman, auquel ont ensuite succédé les professeurs Léon Julliot de la Morandière, Joseph Hamel, René Rodière, Michel Pédamon, Denis Tallon, Camille Jauffret-Spinosi, Louis Vogel et Marie Goré. Envisagé à ses origines principalement comme un centre d'enseignement, et accessoirement comme un centre de recherche, l'I.D.C. est devenu un centre de documentation unique et, naturellement, de coopération internationale dans toutes ses dimensions. Logé au 28 de la rue Saint-Guillaume, l'Institut de droit comparé est, aux côtés de la Société de législation comparée et du Comité de législation étrangère du ministère de la Justice, l'un des membres fondateurs du Centre français de droit comparé pour lequel l'immeuble a été construit[1]. Bien qu'autonomes et de structuration juridique différente, ces entités sont complémentaires et partagent une identique vocation à promouvoir le développement du droit comparé et la coopération internationale, à laquelle l'Institut participe activement par ses activités d'enseignement et de recherche en droit comparé.

2. En 2031, l'Institut aura cent ans et même si un siècle ne semble rien à l'échelle d'une institution, le contexte dans lequel il évolue a profondément changé. À l'époque de la création de l'Institut, le commerce international était encore limité et si l'étude des législations étrangères pouvait inspirer des évolutions législatives nationales, le contexte précédant la Seconde Guerre mondiale n'a rien à voir avec le contexte actuel marqué par le développement du commerce international, la suppression, en droit ou en fait, de certaines frontières et donc de certaines barrières, la mondialisation de l'économie, la globalisation et l'internationalisation, la réduction des distances due aux moyens modernes de transport et l'essor de l'internet et de l'intelligence artificielle. L'accélé-

1. M. Ancel et M. Van Camelbeke, « Deux dates mémorables dans le développement du droit comparé en France », *RID comp.* janv.-mars 1982, vol. 34, n° 1, p. 131-144.

ration de ces facteurs se constate depuis déjà plusieurs années. Aussi l'Institut, qui s'est toujours adapté au monde dans lequel il évoluait, est-il à une période charnière de son développement.

3. Le droit comparé l'est également. Consacrée en tant que discipline à partir du Congrès international qui s'est tenu en 1900 à Paris, la comparaison juridique s'est développée sur tous les continents de manière différente et avec plus ou moins de succès[2]. Discipline relativement récente et diverse par son contenu, ses méthodes et ses finalités, la comparaison juridique se distingue des autres matières juridiques qui n'ont pas notamment à justifier de leur existence. Or les intérêts sont nombreux tant pour les étudiants que pour les professionnels, qu'ils soient juristes d'entreprise, avocats ou juges. Malgré tout, sa place dans l'enseignement du droit n'est pas claire et justifie que l'on s'interroge sur son avenir (I). Mais ce n'est pas tant l'existence même du droit comparé qui est menacée que la façon dont on l'appréhende et son impact sur l'Institut lui-même (II).

I. Le droit comparé est-il menacé ?

4. La question est provocatrice. Mais l'est-elle autant qu'il y paraît, dès lors que de la pluralité des systèmes juridiques et de leurs droits, sur laquelle prend appui le droit comparé, on passe à l'uniformisation du droit, ce qui brouille les systèmes juridiques et paraît être la négation même de ce droit ?

5. Au XIXe siècle et dans la première partie du XXe, le droit comparé avait toute sa place. Sur le plan international, le droit comparé a contribué à l'adoption de multiples conventions internationales dans les domaines les plus divers, gouvernés par des règles et des interprétations communes. C'est en s'appuyant sur des comparaisons entre des règles issues de divers systèmes juridiques que, sous l'égide de la Conférence de La Haye ou bien encore d'Unidroit, le droit international privé et le droit des contrats ont été façonnés[3]. Sur le plan interne, les États ont pu souhaiter s'inspirer de législations étrangères sans toutefois les transposer purement et simplement, parce qu'ils étaient soucieux de leur spécificité, de leur originalité, et au-delà, de leur propre culture. Ce constat est lié au contexte politique et économique de l'époque. Il est vrai que, au gré des guerres et des colonisations, d'autres États n'ont pas hésité, de gré ou de force, à imposer leur modèle, ce qui est une négation du droit comparé qui repose sur la pluralité. Mais, d'un point de vue général, les États restaient relativement fermés, de sorte qu'en dépit de quelques phénomènes d'exportation, d'importation ou de transplantation, les droits nationaux demeuraient bien différents les uns des autres.

6. Notre époque semble bien différente. L'uniformisation des législations paraît croissante, de sorte que, faute de différences, le droit comparé paraît avoir perdu une partie de son objet. Ce constat doit toutefois être relativisé tant à l'échelle internationale qu'à celle de l'Union européenne.

7. Les institutions et organismes internationaux, tels que l'OICV (Organisation internationale des commissions de valeurs)[4], le comité de Bâle[5] et le GAFI (Groupe d'action financière)[6], publient des recommandations et des principes directeurs qu'ils souhaitent voir mis en œuvre. Il est vrai qu'il s'agit uniquement de *soft law* et qu'il n'y a aucune obligation *a priori* pour les États membres de ces institutions et organismes de les introduire dans leurs législations. Certaines chartes, qui sont à leur base, indiquent même que ces États ne contractent aucune obligation[7]. Mais en tant que membres, ils en ont. Étant observé que les États introduisent librement ces recommandations et principes directeurs, de sorte qu'une pluralité de droit demeure. On sait toutefois que le GAFI veille au respect de ses recommandations

2. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 2024, nos 24 et s.
3. C. Haguenau-Moizard, *Introduction au droit comparé. En 10 thèmes*, Dalloz, coll. « Séquences », 2018, séquence 1, spéc. p. 4.
4. V. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, 8e éd., Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2026, nos 45 et s.
5. *Ibid.*, nos 35 et s.
6. *Ibid.*, nos 64 et s.
7. V. *Charter of the Financial Stability Board*, art. 23 : « This Charter is not intended to create any legal rights or obligations ».

par les États[8], mais cela n'aboutit pas à une identité des droits, ce qui maintient tout l'intérêt du droit comparé.

8. À l'échelle internationale, on ne doit toutefois pas uniquement raisonner par référence aux recommandations et principes directeurs publiés par les institutions et organismes internationaux. On doit également prendre en compte la démarche des États qui souhaitent modifier leur droit, notamment pour le rendre plus compétitif. Ainsi, par exemple, le Maroc réfléchit actuellement à introduire les valeurs mobilières composées dans sa législation : les experts qui ont travaillé sur ce projet ont pris en compte les législations française et britannique ainsi que celle de l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). D'autres exemples pourraient être donnés pour montrer toute l'importance de l'approche comparative à l'échelle internationale.

9. L'uniformisation s'accentue à l'échelle de l'Union européenne. Il est vrai que le droit dérivé résulte de directives et de règlements et que les premières doivent être transposées dans la législation des États membres. Toutefois, d'une part, si à l'origine les directives étaient l'*instrumentum* le plus utilisé, il n'en va plus ainsi actuellement puisque les règlements sont de plus en plus nombreux, aussi bien en ce qui concerne les textes de niveau 1 que les textes de niveau 2[9]. Or, comme les règlements sont d'application directe, ils contribuent à un droit uniforme. Étant observé que le droit des États membres est parfois adapté[10], de sorte que, nonobstant l'uniformisation, des spécificités demeurent. D'autre part, si originellement, les directives formulaient des objectifs qui pouvaient être mis en œuvre librement par les États membres en raison du principe de l'harmonisation minimale, aujourd'hui, nombre de directives relèvent de l'harmonisation maximale ou totale[11], ce qui impose auxdits États de recopier le texte des directives. Aussi, même si les enveloppes demeurent nationales, la comparaison présente peu d'intérêt en raison de l'identité des normes adoptées. Celle-ci est d'ailleurs renforcée par l'action de la CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) et de la CEDH (Cour européenne des droits de l'Homme), les décisions de la première modelant l'application du droit de l'Union européenne et celles de la seconde limitant les spécificités des législations nationales.

10. Sans doute en est-il de même dans d'autres zones géographiques du fait de la régionalisation, qui repose sur un processus de coopération plus ou moins intégrée entre pays d'une même zone géographique. Il suffit de penser à l'OHADA qui lie 17 États et dont les actes uniformes contiennent des règles de droit matériel s'appliquant à l'identique dans l'ensemble des États membres de cette organisation. Ces règles ont un effet direct similaire aux règlements de l'Union européenne.

11. La tendance à l'uniformisation ne doit cependant pas être exagérée. Même au sein de l'Union européenne, il y a un grand nombre de questions qui ne sont pas couvertes par le droit de l'UE. En tout état de cause, lorsqu'une nouvelle législation européenne est envisagée, l'étude des droits nationaux des États membres est un préalable à l'adoption d'un texte européen et peut inspirer la future législation européenne. Au-delà de la mise en évidence des ressemblances, la comparaison des droits nationaux peut justifier, en raison même de leurs divergences, l'adoption de normes communes propres à assurer le bon fonctionnement de l'UE.

12. Ainsi, par exemple, la responsabilité civile en matière de prospectus est envisagée par l'article 11 du Règlement prospectus[12] qui renvoie

8. Sur l'évaluation et la procédure de suivi de la façon dont les États mettent en œuvre les recommandations, v. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale, op. cit.*, n^os^ 67 et s.
9. V. pour le secteur bancaire et financier, l'index des textes européens, Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *loc. cit.*
10. V. par exemple, Th. Bonneau, « L'ordonnance n° 2024-936 du 15 octobre 2024 relative aux marchés de crypto-actifs », *RD banc. fin.* nov.-déc. 2024, étude 12.
11. Sur l'harmonisation minimale et l'harmonisation maximale, v. Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, *op. cit.*, n^os^ 75.5 et s.
12. Règ. (UE) 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE.

lui-même au droit des États membres[13]. L'ESMA[14] s'est demandé si cette question ne devait pas être unifiée à l'échelle européenne. Après une analyse comparative et le recueil d'un certain nombre d'avis, une réponse négative a été donnée.

13. La CJUE est elle-même amenée à procéder à des analyses comparatives pour identifier les « principes généraux communs aux droits des États membres » de l'art. 340 TFUE, auxquels elle s'est référée pour élaborer le régime de la responsabilité extracontractuelle de l'UE[15]. C'est également en s'inspirant des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » que la CJUE a assuré la protection des droits fondamentaux[16]. Cependant, pour affirmer l'autonomie du droit de l'UE, la CJUE n'hésite pas, elle aussi, à se détacher des législations des États membres pour retenir une interprétation autonome, comme le montre une décision du 9 janvier 2025[17] qui statue, en matière de prospectus, sur la notion de négociabilité.

14. Ces exemples montrent que la comparaison des droits est une nécessité, qu'il s'agisse de comparer les droits nationaux entre eux, mais aussi avec des droits définis au niveau international ou européen[18]. Par ailleurs, même si l'uniformisation est une tendance forte dans certaines zones géographiques, elle laisse demeurer des différences entre les zones et est loin encore d'être générale de sorte que l'intérêt du droit comparé demeure.

II. L'Institut de droit comparé est-il menacé ?

15. Là encore, la question est provocatrice, mais notre expérience nous conduit à nous interroger : le droit comparé est-il une simple composante de chaque branche du droit ou une discipline autonome ? Dans le premier cas, il appartient à chaque laboratoire de recherche d'intégrer dans ses travaux une approche comparatiste. Dans le second cas, l'Institut de droit comparé a toute sa place aux côtés des autres laboratoires de recherche.

16. Il est bien évident qu'aucun juriste ne peut ignorer aujourd'hui la méthode comparative et les approches retenues par d'autres États dans sa spécialité. Mais l'on peut se demander si cette approche du droit comparé par chaque laboratoire n'aboutit pas à un éclatement du droit comparé et à son appauvrissement, au risque même de mettre en péril l'institution, bientôt centenaire, que constitue l'Institut de droit comparé.

17. Avant même sa reconnaissance officielle, l'Institut de droit comparé a eu pour vocation de réunir et de coordonner, avec le précieux concours de la SLC, la documentation comparative, donnant ainsi naissance à la bibliothèque de l'Institut de droit comparé[19]. Possédant le plus important fonds de droit comparé et de droits étrangers en France, la Bibliothèque de l'I.D.C. s'est enrichie en 2010 d'une importante docu-

13. *Ibid.,* art. 11, § 1 : « Les États membres veillent à ce que la responsabilité des informations fournies dans un prospectus et dans tout supplément à celui-ci, incombe au moins à l'émetteur ou à ses organes d'administration, de direction ou de surveillance, à l'offreur, à la personne qui sollicite l'admission à la négociation sur un marché réglementé ou au garant, selon le cas. Le prospectus identifie clairement les personnes responsables au titre du prospectus et, le cas échéant, de tout supplément à celui-ci par leur nom et leur fonction ou, lorsqu'il s'agit de personnes morales, par leur dénomination et leur siège statutaire, et contient une déclaration de leur part attestant que, à leur connaissance, les informations contenues dans le prospectus sont conformes à la réalité et ne comportent pas d'omissions de nature à en altérer la portée ».
14. ESMA, *Final Report*, *Technical advice concerning civil prospectus liability*, 12 juin 2025, ESMA32-117195963-1413.
15. C. Haguenau-Moizard, *Introduction au droit comparé. En 10 thèmes*, *op. cit.*, p. 269.
16. CJCE, 17 déc. 1970, nº 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rec.* p. 1125.
17. CJUE, 9 janv. 2025, nº C-627/23, *Cne Schaerbeek et Cne Linkebeek c/ Holding Communal SA*, *RD banc. fin.* mai-juin 2025, comm. nº 82, note Th. Bonneau ; *Europe* 2025, comm. 83, note V. Bassani-Winckler ; *Bull. Joly B.* mars-avr. 2025, note A. Sotiropoulou ; *Banque et Droit* 2025, nº 220, p. 59, note J. Chacornac ; *Bull. Joly S.* juin 2025, p. 12, note A. Reygrobellet ; *Rev. sociétés* 2025, p. 486, note I. M. Barsan ; *RISF* 2025/1, p. 60, note N. Aliyev.
18. J.-S. Bergé, « La comparaison du droit national, international, européen : de quelques présupposés et finalités », *in Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 87 ; B. Bouloc, « Droit comparé, Bruxelles, Strasbourg, Paris », *in Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinosi*, *op. cit.*, p. 181 ; H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », *in Mélanges en l'honneur de C. Jauffret-Spinosi*, *op. cit.*, p. 433.
19. Y. Marx, « Vingt-cinq ans d'expérience de la pratique du droit comparé », *in Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière*, t. 2, Dalloz, 1964, p. 351, spéc. p. 353-354.

mentation en droit de l'Union européenne grâce au Centre de droit européen, avec lequel elle est désormais partagée, tandis que son rattachement à l'Université Paris-Panthéon-Assas lui a permis d'élargir son fonds documentaire à de nombreuses sources numériques étrangères. Centre d'enseignement et de recherche, l'Institut est un lieu unique de rencontres et d'échanges où les étudiants, les universitaires et les professionnels de toutes les parties du monde, qui manifestent un intérêt pour la discipline que constitue le droit comparé ou la « comparaison des droits »[20], peuvent poursuivre une réflexion comparative sur toutes les matières juridiques.

18. En tant qu'établissement d'enseignement, l'Institut a été investi de la vocation première de coordonner les divers enseignements de droit comparé de la Faculté de droit, de former les étudiants à la méthode comparative et de les initier à la terminologie juridique étrangère et à la technique des droits étrangers. C'est dans ce contexte qu'il a délivré, dès 1932, un brevet de terminologie juridique et un diplôme de droit comparé[21], dont le format a évolué au fil des réformes de l'enseignement. Aujourd'hui, l'Institut poursuit sa mission d'enseignement en proposant de nombreuses formations de niveau master 2 à destination tant des étudiants de formation française, que des étudiants de formation étrangère.

19. L'Institut, permet, en premier lieu, aux étudiants formés dans les universités françaises d'approfondir leurs connaissances en droit comparé, public comme privé, et leur apprentissage des méthodes et techniques de la comparaison des droits. À cette fin, le Master 2 de Droit comparé des affaires permet à ses étudiants d'acquérir une connaissance précise du droit des affaires pratiqué dans les différents systèmes de droit contemporain et de découvrir d'autres familles juridiques (droits asiatiques, droit des pays arabes, droits des pays de l'Amérique latine, etc.), tandis que le M2 de Droit public comparé propose à ses étudiants d'acquérir les principes juridiques et les déterminants à l'œuvre dans la pratique et la théorie du droit public de *common law* et de droit continental. Ces formations visent à permettre aux étudiants français de tenir leur place de juristes dans un monde globalisé, où il importe d'être familier avec d'autres solutions que les leurs et avec d'autres modes de raisonnement que ceux auxquels ils sont habitués.

20. En second lieu, l'Institut offre aux étudiants en provenance d'universités étrangères l'opportunité de se former au droit français dans sa dimension nationale, européenne et internationale, afin d'assurer au-delà de nos frontières une meilleure diffusion de notre « culture juridique »[22]. C'est à ce titre que le Master 2 Culture juridique française et européenne a permis à de nombreux étudiants venant de pays principalement non francophones de se former aux principes du droit français et du droit européen ainsi qu'aux méthodes de recherche françaises. C'est avec cette même ambition que son successeur, le Master 2 Droits français et européen, continue de former des étudiants venant de traditions juridiques diverses, notamment de Chine, aux principales matières du droit français, public comme privé, en y intégrant une perspective européenne et internationale. Dans le cadre de ce diplôme, au même titre que dans le *LL.M.* de droit français, européen et international des affaires, les étudiants acquièrent une meilleure connaissance et compréhension du système juridique français et se familiarisent aussi avec une approche multidimensionnelle du droit, à laquelle contribuent l'européanisation, l'internationalisation et la globalisation du droit[23]. Sous la direction de Marie Goré, la création d'un diplôme d'université Droit européen et droits nationaux a permis d'offrir aux doctorants des enseignements communs, dispensés par une équipe

20. X. Blanc-Jouvan, « La formation au droit comparé. Le point de vue d'un universitaire », *in Le droit comparé : aujourd'hui et demain. Colloque organisé par le Centre français de droit comparé au Conseil d'État (Paris, 1er décembre 1995)*, Société de législation comparée, 1996, p. 89, spéc. nº 9.
21. M. Ancel, M. Van Camelbeke, « Deux dates mémorables dans le développement du droit comparé en France », préc., spéc. p. 140-141.
22. J.-L. Halpérin, « L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé ? », *in* B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au XXIe siècle : enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée, 8-9 avril 2015*, Société de législation comparée, 2015, p. 155.
23. J.-S. Bergé, « La comparaison du droit national, international, européen : de quelques présupposés et finalités », préc., p. 87.

transnationale d'enseignants de notre université et des universités partenaires du Réseau de l'*European Law School*. Bénéficiant d'un financement européen[24], cette formation a été l'occasion d'aborder des thèmes spécifiques ne faisant pas traditionnellement partie du programme de formation juridique mais présentant un intérêt majeur pour l'Europe[25], et de les traiter avec toute la diversité des traditions juridiques et des méthodes d'enseignement caractéristiques de l'Europe. Ce diplôme a été la première expérience d'un système d'enseignement supérieur inclusif visant à aider les étudiants à mieux appréhender les interactions entre le droit européen et les droits nationaux et, plus fondamentalement, le processus d'européanisation. En association avec l'Université de Liège, l'Institut a également contribué à la création d'une Chaire de droit comparé et de droit continental au Maroc, au Japon et en Amérique latine, qui organise chaque année un cours sur un thème général de nature à mettre en exergue les forces et les méthodes de la culture juridique continentale, ainsi que les apports du droit comparé[26].

21. En tant que centre de recherche, l'Institut de droit comparé s'est imposé progressivement en dépit des modifications substantielles qu'a subi son système de fonctionnement. Jusqu'en 1971, son activité de recherche s'est organisée dans le cadre de sections et de centres d'études. Passant de 2 à 6, ces sections spécialisées (de droit privé, de droit public, de droit pénal et de science criminelle, de droit international privé, de droit économique, de finances publiques, etc.) organisaient leurs travaux selon un programme scientifique défini, dont la publication a permis à l'Institut d'acquérir « rapidement en France comme à l'étranger une réputation de plus en plus grande »[27]. Aux côtés de ces sections sont nés plusieurs centres d'études, dont les recherches ont été poursuivies, à partir de 1971, par certaines équipes de l'Institut ou ont été à l'origine des thèmes de recherches d'autres de ses équipes[28]. À compter du 1er janvier 1971, c'est en tant que laboratoire associé au CNRS (L.A. 166)[29] que l'Institut de droit comparé a poursuivi ses travaux de recherche au sein de trois équipes consacrées respectivement à l'« Unification du droit et rapports juridiques Est-Ouest », au « Droit des techniques de pointe » et à la « Science criminelle ». Les études et enquêtes comparatives menées par l'Institut ont conduit à une multitude de publications, à la tenue de colloques sur des thèmes les plus divers et à la collaboration scientifique à de nombreuses revues telles que la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*[30]. Alors que le personnel de recherche était marqué par sa diversité, appartenant soit à l'université, soit au CNRS[31], la rupture avec ce dernier, en 1998, a modifié tant les conditions que la politique générale de la recherche de l'Institut de droit comparé.

22. Régi par un statut particulier adopté le 20 janvier 1991 (modifié le 3 juillet 1996) et par les statuts de l'université, l'Institut de droit comparé est un centre de recherche dont les activités sont organisées dans le cadre d'un laboratoire dénommé « laboratoire de droit comparé ». Sous la direction de Louis Vogel (1998-2018), l'activité de recherche a conduit à la création d'un groupe de recherche « Unification du droit européen et la mondialisation du droit », dont les nombreux ouvrages ont été publiés dans la collection dédiée au Droit Global/*Global Law* publiée aux Éditions Panthéon-Assas. Procédant d'une véritable recherche collective du fait de la collaboration de chercheurs de traditions juridiques différentes et de l'adoption d'une méthodologie

24. Partenariat stratégique EUlysses – De nouvelles frontières pour l'enseignement et la formation juridique.
25. *European Governance* et *European Identity in Solidarity*, divisés en 10 cours chacun.
26. Consultable sur le site idc.assas-universite.fr.
27. M. Ancel et M. Van Camelbeke, « Deux dates mémorables dans le développement du droit comparé en France », préc., spéc. p. 141.
28. M. Van Camelbeke, « L'Institut de droit comparé de l'Université de Paris II », *in Études offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 33, spéc. nos 15-16 et no 31.
29. *Ibid.*, no 7.
30. *Ibid.*, no 26.
31. *Ibid.*, nos 32-34.

appliquée[32], ces ouvrages ont abordé des thématiques variées de droit comparé des affaires et, plus spécialement, de droit économique, présentant un intérêt particulier dans le cadre de l'Europe[33]. Cette coopération scientifique s'est prolongée dans l'organisation, à l'initiative du laboratoire de droit comparé composé de deux professeurs et deux maîtres de conférence, de nombreuses conférences animées par ses professeurs invités (quinze par an), d'Ateliers de droit comparé en collaboration avec la Société de législation comparée à destination des doctorants comme des membres de la Société de législation comparée ou bien encore de cycles de conférences et de colloques à destination de tout public.

23. Sous la direction de Marie Goré (2018-2025) – qui a créé le poste de directeur des études et accueilli de nouveaux enseignants-chercheurs au sein du laboratoire –, l'Institut de droit comparé a poursuivi, malgré la diminution de ses moyens matériels et humains[34], ses activités de recherche comparative couvrant un vaste secteur géographique (Asie, Amérique latine, États-Unis). Axé principalement sur le droit bancaire et financier comparé, le droit européen comparé, le droit international privé comparé, le droit de l'arbitrage comparé et les droits asiatiques, l'Institut de droit comparé a multiplié les liens pérennes avec d'autres structures de recherche de l'université[35] ainsi qu'avec d'autres instituts européens de droit comparé[36], lui permettant ainsi d'organiser ou de participer à de nombreuses manifestations scientifiques et de publier sous diverses formes (monographies, ouvrages collectifs, contributions dans des actes de colloque ou des Mélanges, etc.) les résultats de ses recherches[37].

24. Sous la nouvelle direction de Thierry Bonneau, l'Institut de droit comparé poursuit ce même objectif de développer les études de droit comparé sous toutes ses formes théoriques et pratiques. La réactivation, en 2026, de l'attribution du Prix de thèse du droit comparé par le Centre français de droit comparé – avec la participation de l'Institut de droit comparé et la Société de législation comparée, en tant que membres fondateurs – manifeste cette ambition d'encourager les études comparatives dans toutes leurs dimensions. C'est dans cette perspective que le laboratoire de droit comparé s'est élargi pour compter aujourd'hui une quinzaine d'enseignants-chercheurs rattachés, parfois à titre principal, mais le plus souvent à titre secondaire, à l'Institut. Il n'en demeure pas moins que cette double appartenance est une richesse de nature à donner un nouvel essor au droit comparé, dont la légitimité et l'utilité ne peuvent plus être remises en cause dans un monde globalisé où les droits nationaux s'interpénètrent et les systèmes juridiques supranationaux se superposent[38]. « Ni branche auxiliaire du droit, ni l'application de la méthode comparative aux droits pratiqués dans les différents pays à notre époque […] », le droit comparé est « le droit, dans toutes

32. Méthodologie appliquée en 5 étapes développée sur le site de l'I.D.C. de l'époque : 1. définition des grandes lignes du projet après un débat au sein de l'équipe, 2. préparation de rapports nationaux, 3. exposé et confrontation des solutions législatives et jurisprudentielles puis de propositions d'amélioration du droit positif, 4. après la recherche par pays, recherche par thème selon les intérêts des participants et constitution de binômes ou trinômes de chercheurs en vue de la rédaction des différentes parties de l'ouvrage dont chaque section embrasse les différents ordres juridiques étudiés, mettant en valeur et commentant les convergences et divergences apparues lors des précédentes phases, 5. révision par le directeur de recherche avant publication.
33. L. Vogel, *Les agents commerciaux en Europe : échec de l'harmonisation ?*, Éditions Panthéon-Assas, 2012 ; L. Vogel, *La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats*, Éditions Panthéon-Assas, 2011 ; L. Vogel, *Les actions civiles de concurrence*. *Union européenne, France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Suisse, États-Unis*, Éditions Panthéon-Assas, 2013 ; L. Vogel, *Les inspections de concurrence. Union européenne, France, Allemagne, Italie, États-Unis*, Éditions Panthéon-Assas, 2017 ; L. Vogel, *L'américanisation du droit de la concurrence : jusqu'où ?*, Éditions Panthéon-Assas, 2020.
34. HCÉRES, *Rapport d'évaluation de l'unité I.D.C. – Institut de droit comparé, à l'occasion de la campagne d'évaluation 2023-2024 – vague D*, publié le 11 mars 2024, consultable en ligne : www.hceres.fr, p. 8, soulignant que « l'unité disposait originairement de lecteurs de langue étrangère qui aidaient au développement de la recherche et de deux ATER qui concourraient au développement et à la diffusion de cycles de conférences ou de colloques. Ces postes ont été supprimés par la tutelle ».
35. Le Laboratoire de droit civil, le Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits, le Centre de droit public comparé et l'Institut de criminologie et de droit pénal.
36. En juin 2024 a été créée, à l'initiative de l'I.D.C., l'*European Association of Comparative Law (EACL)*.
37. HCÉRES, *Rapport d'évaluation de l'unité I.D.C. – Institut de droit comparé, à l'occasion de la campagne d'évaluation 2023-2024 – vague D*, *op. cit.*, p. 5.
38. B. Fauvarque-Cosson, « Le droit comparé : art d'agrément ou entreprise stratégique ? », *in De tous horizons. Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, 2005, p. 69.

ses dimensions : nationale, européenne et internationale »[39]. En tant que lieu d'accueil, d'échanges et de rencontres tant formelles qu'informelles, l'Institut offre aux universitaires de tous les continents la possibilité de faire connaître et de confronter leurs droits, leurs pratiques et leurs méthodes de travail, dans un monde globalisé.

25. Même si les laboratoires de recherche de notre université adoptent une démarche comparative de l'étude de leur matière, cette approche comparative n'est pas exclusive de l'approche plus globale et générale du droit comparé que défend l'Institut de droit comparé, dont l'ambition est d'offrir la vision la plus complète des droits et des systèmes juridiques étrangers, de favoriser le pluralisme des méthodes et de répondre à toutes les finalités qui peuvent être assignées au droit comparé. À l'image des relations que l'Institut entretenait par le passé avec les centres de recherche, l'Institut et les différents laboratoires de recherche de l'université pourraient aussi œuvrer, dans le cadre d'actions communes, au déploiement des études comparatives par matière, par thème, de manière transdisciplinaire/transversale ou bien encore par secteur géographique. Cette collaboration – dans le respect de l'autonomie de chacun et des thématiques particulières qui les animent – permettrait de répondre à la demande d'études comparatives qui demeure forte. Les professionnels, les juges comme les institutions nationales, européennes ou internationales[40] sont amenés à adopter, dans le cadre de leurs activités, une démarche comparatiste que l'Institut peut soutenir et alimenter.

26. Pour répondre aux demandes protéiformes de droit comparé, l'Institut de droit comparé doit néanmoins pouvoir compter sur le renforcement de ses moyens humains tant en personnel de support dédié à la recherche qu'en enseignants-chercheurs, notamment en accueillant, parmi ses membres de plein exercice, les enseignants-chercheurs qui partagent cette même vision. Plus fondamentalement, il importe que les activités comparatives puissent continuer à se développer au sein du bâtiment qui leur a été dédié par l'installation des trois institutions que constituent le Centre de droit français comparé, la Société de législation comparée et l'Institut de droit comparé, dans les missions complémentaires qui leur ont été confiées. Pour les 100 ans de l'Institut, nous ne pouvons que formuler le souhait que le 28 de la rue Saint-Guillaume – qui a toujours dû partager son espace avec d'autres organismes[41] avec plus ou moins d'harmonie et à un titre provisoire ayant vocation à s'éterniser – puisse retrouver sa destination première et exclusive de centre de droit comparé dans une approche tridimensionnelle (nationale, européenne et internationale)[42]. Plus précisément, la création à cette adresse historique d'un pôle de droit européen, de droit international et de droit comparé, serait de nature à porter les ambitions auxquelles aspire notre université, en tant que grand établissement, tant sur le plan de l'enseignement que sur celui de la recherche scientifique dans ces domaines.

39. B. Fauvarque-Cosson, « La Société de législation comparée dans le XXIe siècle », *in* B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au XXIe siècle : enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée*, *op. cit.*, p. 19.

40. V. Chapuis-Thuault et S. Fougou, « Les nouveaux défis pour le droit comparé dans un monde globalisé vus du poste d'observation du juriste d'entreprise », *in* B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au XXIe siècle : enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée*, *op. cit.*, p. 114 ; B. Fauvarque-Cosson, « La Société de législation comparée dans le XXIe siècle », préc., p. 23.

41. D'abord, avec l'Institut des hautes études de l'Amérique latine – UER de l'université Paris III, ensuite et encore à ce jour, avec Sciences Po.

42. H. Gaudemet-Tallon, « Un trio d'inséparables : droit comparé, droit international privé, droit de l'Union européenne », préc., p. 433.

Common law vs. Civil law

Philippe Delebecque
Professeur émérite de l'Université de Paris-I
Président de la Chambre arbitrale maritime de Paris

1. René David que j'avais eu la chance d'avoir comme Professeur à la Faculté de droit d'Aix-Marseille disait à ses étudiants que l'on ne pouvait se contenter de ses cours, fussent-ils bien professés et qu'il fallait dès la première année s'intéresser aux droits étrangers, ne serait-ce que pour savoir que les méthodes de raisonnement et les concepts qui les sous-tendent ne sont pas universels. Jean Guitton m'avait appris la même chose en demandant à ses lecteurs d'avoir toujours un coin de l'esprit ouvert sur les autres. C'est dans cette perspective que je souhaiterais répondre à l'invitation de la *Revue de droit d'Assas* d'écrire quelques lignes sur les vertus du droit comparé. Je me permettrais de le faire en prenant quelques exemples tirés du monde maritime, monde international par essence, largement dominé par nos amis Anglais, mais dans lequel le droit continental et spécialement le droit français ont encore leur mot à dire.

2. Les spécialistes de droit maritime lisent régulièrement les jurisprudences étrangères, de *common law,* bien entendu, mais aussi de droit italien (*cf*. *Il Diritto Marittimo*), de droit espagnol (à travers les écrits du professeur Arroyo), de droit hollandais (*cf*. les chroniques au *DMF* de Me Seck) ou encore de droit grec (*cf*. les commentaires de Lia Athanassiou). En s'en tenant à la *common law*, nous relèverons déjà qu'il faut, une fois encore, se méfier de tout esprit de système. Le droit maritime anglais, dit-on, est généralement, plus favorable aux armateurs que ne peut l'être le droit français, lequel serait plus sensible aux intérêts des chargeurs. Ce n'est pas faux, mais ce n'est pas tout à fait exact si l'on tient compte de récentes décisions des juridictions anglaises sur le jeu des cas exceptés relativement à la responsabilité des compagnies maritimes. L'affaire *Libra* l'atteste amplement[1].

3. On fait également observer au regard de la dialectique *common law/civil law*, que, même si les méthodes suivies ne sont pas les mêmes, les solutions se rejoignent très largement. Là encore, ce n'est pas faux, mais les exemples contraires ne manquent pas. C'est sur ce dernier aspect que nous voudrions insister en laissant aux lecteurs le soin d'apprécier quelles pourraient être les meilleures directions. On le fera à travers les cinq questions suivantes portant sur la procédure de l'*Anti suit injunction*, sur la portée des « *lien clauses* », sur l'opposabilité de la clause « *Pay to be paid* », sur la récente affaire *King Crude* et le jeu des conditions suspensives, et sur la compréhension d'une clause pourtant claire et précise.

4. Une question controversée dans la pratique arbitrale est celle des *Anti suit Injunctions* (*ASI*). La procédure d'*ASI*, conçue au XVI^e^ siècle dans le cadre du conflit entre les juridictions d'*equity* et celles de *common law*, permet à un justiciable, anglais ou non, de demander à la *High Court* d'interdire à un justiciable de saisir une juridiction étrangère et ce, sous peine d'amende et/ou d'emprisonnement, le non-respect de l'injonction étant constitutif d'un « *contempt of court* ».

1. V. Ph. Delebecque, « *Common law vs Civil law: a paradigm shift?* », *Gazette CAMP*, n° 57.

C'est ainsi qu'Airbus a pu obtenir de la Chambre des Lords le prononcé d'une injonction, interdisant aux ayants droit des victimes d'un accident aérien survenu en Inde de saisir un tribunal américain censé accorder des indemnisations plus généreuses[2]. La procédure a, depuis, fait florès en matière d'arbitrage. Dans de nombreuses instances, tel ou tel armateur n'a pas manqué d'engager cette procédure pour interdire à son contradicteur, chargeur ou assureur, de contester la clause d'arbitrage à Londres stipulée dans la charte-partie. Les tribunaux français ont essayé de réagir, mais en vain[3].

La technique de l'*ASI* est éminemment critiquable. D'abord, et avant tout, parce qu'elle est sanctionnée pénalement ; inutile de dire que cette menace, d'un autre âge, porte ses fruits dans le commerce international et compte tenu de l'importance de la place de la *City* dans les affaires financières. De nombreux opérateurs craignent donc de s'opposer à la compétence de Londres et baissent ainsi les armes. Ensuite, la procédure d'*ASI*, dans l'UE, va à l'encontre de la confiance que les États accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques ainsi qu'à leurs institutions judiciaires. C'est pourquoi elle a été ouvertement condamnée par la Cour de justice[4]. Excellentes décisions, nous semble-t-il !

Depuis le Brexit, les *ASI* ont retrouvé une nouvelle faveur. L'arrêt suivant en est l'illustration (UK Supreme Court, 18 sept. 2024, *Uni Credit Bank GmbH v. Rus Chem Alliance LLC (2024) UKSC 30*). La décision peut être ainsi résumée :

« *As the law stands, the arbitration agreement is an agreement governed by the law of the contract, unless the parties have agreed otherwise. This is so even if the law of the seat of the arbitration is different from the law of the contract*. »

« *The fact that a contract is subject to English law may be a sufficient basis for the English courts to grant an anti-suit injunction even if there is no other connection whatsoever between the parties, the contract or the dispute and the English jurisdiction*. »

Les *ASI* sont même valorisées ! Aux juridictions continentales désormais de réagir, sinon de se protéger.

5. Sur le fond même du droit, une première question vient à l'esprit. C'est celle de la portée que l'on peut reconnaître à la « *lien clause* » que l'on peut qualifier de droit de rétention conventionnel. Le droit français n'ignore plus, depuis la réforme des sûretés, ce type de garantie[5]. La Cour de cassation, dans une affaire importante et à rebondissements, s'est prononcée sur le jeu d'une telle garantie en faisant observer qu'elle ne pouvait avoir d'effet à l'égard des tiers[6]. En l'espèce, une société Aramis avait conclu un contrat d'affrètement à temps avec une société Transvast. Non payée de ses loyers, Aramis avait entendu exercer son « *lien on cargo* » stipulé dans la charte-partie à l'encontre de la société Traxys, affréteur au voyage et co-contractant de Transvast, affréteur à temps et fréteur au voyage. Peine perdue, a répondu la Cour de cassation : Aramis, fréteur à temps, ne peut exercer son droit de rétention conventionnel qu'elle tient du contrat d'affrètement à temps conclu avec Transvast que sur les biens de cette dernière. Aramis aurait pu penser à se prévaloir d'un droit de rétention légal, mais encore eût-il fallu que la condition de connexité juridique fondant un tel droit fût établie. Ce n'était pas le cas, car les sommes dues par l'affréteur résultaient de la charte à temps, tandis que la marchandise que le fréteur prétendait retenir lui avait été remise dans le cadre de l'affrètement au voyage. Les deux contrats étant distincts, l'un ne pouvait fonder une connexité juridique au titre de l'autre.

Sans doute eût-il été plus judicieux de rechercher la loi applicable à la garantie en cause, dès lors que la jurisprudence anglaise est plus ouverte que la nôtre sur la question : « *Justice Kwek Mean Luck considered the validity of a lien exercised by a vessel's disponent owner, against a*

2. V. R. Carrier, « L'antisuit-injonction », *DMF* 2002, p. 499.
3. T. com. Marseille, 13 janv. 2006, *DMF* 2007, hors-série 11, n° 107 et les obs., rejetant une prétention visant à obtenir une *anti-anti suit injunction.*
4. CJCE, 27 avr. 2004, n° C-159/02, *Turner c/ Grovit* ; CJUE, 10 févr. 2009, *Rev. arb.* 2009, 407, note S. Bollée ; *DMF* 2009, hors-série 13, n° 98 et les obs.
5. C. civ., art. 2286-1 ; v. A. Aynès, *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, Economica, 2005, préf. Ch. Larroumet.
6. Com., 14 juin 2023, n° 20-19.948, *DMF* 2025, hors-série 29, n° 111 ; et sur renvoi : CA Paris, 27 mars 2025, *DMF* 2025, 602, obs. G. Piette.

sub-charterer, for sums owed under a head charterparty with the intermediate charterer. At issue was whether a lien under Clause 18 of the 1946 NYPE T/C could be exercised for bunkers paid for by the owner, even though they were the charterer's contractual responsibility. The decision affirms that an owner's lien under Clause 18 can extend to expenses the charterer was supposed to bear, including third-party debts paid to prevent ship arrest »[7].

Une telle décision « *clarifies that such liens can be enforced against sub-charterers* ». La loi anglaise est donc ici plus favorable aux créanciers que ne peut l'être la loi française, créanciers qui sont souvent des armateurs.

6. Une autre différence importante entre la *common law* et le droit continental ou, en tout cas, le droit français, réside dans l'application de la fameuse clause « *pay first* » ou « *pay to be paid* » très fréquemment stipulée dans les contrats d'assurance responsabilité soumis au droit anglais.

Cette clause a été récemment condamnée par la Cour de cassation[8]. L'affaire était la suivante : la ville de Cannes avait éprouvé des dommages importants, un armateur ayant endommagé certaines de ses installations portuaires. D'où un recours contre l'assureur de responsabilité de l'armateur, lequel s'était prévalu de la fameuse clause « *pay to be paid* » stipulée dans la police d'assurance soumise au droit anglais. Une telle clause est parfaitement valable en droit anglais et conduit l'assureur à refuser de payer les indemnités dues tant que l'assuré lui-même n'a pas dédommagé la victime. C'est un effet de l'absence, en droit anglais, d'action directe contre l'assureur, ce qui entraîne des conséquences très préjudiciables lorsque l'assuré est en faillite : la victime ne sera donc jamais indemnisée (ce qui était le cas en l'espèce). À travers un raisonnement très solide de droit international privé, écartant, à juste titre, la compétence de la loi anglaise, et en retenant la seule compétence de la loi française, loi du lieu de survenance du dommage, la Cour de cassation a rendu une excellente décision, qui a provoqué, comme on pouvait s'y attendre, bien des réactions à Londres.

Ainsi, dans une décision importante et remarquée[9], « *the Court of Appeal has agreed with the Commercial Court that a pay first provision in a marine insurance policy was valid and effective. Consequently, the insurer of an insolvent assured could rely on this provision to avoid liability to third parties seeking to bring a direct claim against the insurer* »[10].

7. Autre exemple de jurisprudences opposées. On le tirera du récent arrêt « *King Crude* » de la Cour suprême du Royaume-Uni[11].

Le litige trouve son origine dans trois contrats de vente de navires conclus sur la base de trois protocoles d'accord (les « *MOA* ») s'inspirant de la formule « *Saleform 2012* ». Les clauses essentielles de ces contrats sont identiques. Les demandeurs sont désignés comme « les acheteurs » et les défendeurs comme « les vendeurs » dans les *MOA*. Conformément à la clause 2 des protocoles d'accord, les acheteurs étaient tenus de verser des acomptes (10 % du prix d'achat) auprès d'un tiers (le « dépositaire ») dans un délai de trois jours ouvrables à compter de la confirmation écrite par le dépositaire que les comptes de dépôt étaient ouverts et prêts à recevoir des fonds. En vertu des protocoles d'accord, les parties étaient tenues de fournir tous les documents nécessaires pour permettre au dépositaire d'ouvrir les comptes de dépôt. En violation des protocoles d'accord, les acheteurs n'ont pas fourni les documents nécessaires, ce qui a eu pour conséquence que les comptes de dépôt n'ont pas pu être ouverts et que les acomptes n'y ont jamais été versés par les acheteurs. Les vendeurs ont alors notifié la résiliation des protocoles d'accord et ont réclamé le paiement des acomptes à titre de créances de sommes d'argent, au motif que les acheteurs, par leur comportement, avaient compromis l'ouverture

7. Singapore High Court, 29 nov. 2023, *Marchand Navigation Co c/ Olam Global Agri Pte Ltd et Sinco Shipping Pte Ltd.,* (2023) SGHC 339, *Lloyd's Rep.* 2025, vol. 1, p. 92.
8. Civ. 1re, 18 déc. 2024, n° 21-23.252, *DMF* 2025, n° 876, 114 et les obs.
9. UK Court of Appeal, 5 nov. 2025, *MS Amlin Marine NV on behalf of MS Amlin Syndicate AML/2001 c/ King Trader Ltd. & Others (Solomon Trader)*, EWCA Civ 1387.
10. https://www.hilldickinson.com/our-view/articles/court-of-appeal-upholds-pay-first-provision-in-marine-insurance-policy/ (consulté le 22 juillet 2026).
11. UK Supreme Court, 12 nov. 2025, *King Crude SA and others c/ Ridgebury November LLC and others*, UKSC 39.

des comptes et ainsi empêché la survenance de la condition suspensive à laquelle était subordonné le versement des acomptes.

La question juridique principale portait sur le point de savoir comment sanctionner la défaillance des acheteurs : pouvait-on considérer que les acheteurs avaient compromis la réalisation d'une condition suspensive, qu'ainsi la condition devait être tenue pour réalisée et qu'en conséquence ils devaient payer les sommes prévues au titre de créances contractuelles ? Devait-on, à l'inverse, admettre que les acheteurs devaient indemniser les vendeurs en raison d'un manquement contractuel, ayant engagé leur responsabilité ?

Était en cause le principe *Mackay* qui est l'équivalent de ce que prévoit l'article 1304-3 du Code civil selon lequel une condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement (C. civ., art. 1304-3). Ce principe a été évoqué dans l'affaire *Hotham c. East India Company (1787)*, qui remonte aux débuts du droit maritime. Un armateur avait été alors privé de ses droits de fret à vide parce que les agents de l'affréteur avaient omis de délivrer un certificat de chargement incomplet. La Chambre des Lords avait relevé que le préjudice subi, qu'il soit réclamé à titre de créance ou de dommages-intérêts, aurait été le même et que les préjudices réclamés avaient tous été causés par un manquement de la partie ayant empêché la délivrance du certificat. En conséquence, les préjudices subis étaient bien susceptibles d'être réparés, sans qu'il soit nécessaire de considérer qu'une condition suspensive était remplie. Plus récemment, il avait été jugé que le principe *Mackay* ne faisait pas partie du droit anglais[12].

Dans le *King Crude case*, les vendeurs déçus avaient engagé une procédure d'arbitrage au titre de chacun des trois protocoles d'accord et les arbitres avaient estimé que les vendeurs étaient en droit de recouvrer le montant des acomptes à titre de créances de sommes d'argent. Les acheteurs avaient obtenu l'autorisation de faire appel et la *High Court* avait accueilli leur recours, estimant que la demande des vendeurs ne portait que sur des dommages-intérêts contractuels, et non sur le paiement d'une créance. En appel, la Cour s'était prononcée en faveur des vendeurs et avait accueilli leur recours. Les acheteurs avaient peu après engagé, à leur tour, un recours devant la Cour suprême. La décision est tombée : le principe *Mackay* n'est pas reconnu par le droit anglais : les demandes des vendeurs ne pouvaient donc porter que sur des dommages-intérêts pour manquement à une obligation contractuelle. Reste alors à apprécier le préjudice réparable, ce qui ne va pas de soi.

C'est pourquoi les vendeurs de navires insistent désormais pour que le protocole d'accord contienne une clause prévoyant que si le dépositaire de l'acompte n'a pas confirmé aux vendeurs, dans un délai précis à compter de la signature du protocole d'accord, que les acheteurs ont fourni l'ensemble des documents requis, ils sont en droit de résilier l'accord en raison de la défaillance de l'acheteur. Le droit français leur aurait donné plus rapidement les bonnes clés.

8. Pour finir, permettons-nous de proposer à nos lecteurs un petit cas pratique. Comment comprendre la dernière phrase d'un contrat de vente (*saleform*) ainsi conçue : « *The Seller (of a vessel) hereby undertakes to indemnify the Buyer against all consequences of claims made against the vessel which have been incurred prior to the time of delivery* » ?

Dix mois après la vente, le navire est saisi par un tiers pour un litige concernant l'ancien armateur (le vendeur). Une *LOI* (*letter of indemnity*) avec garantie de près de 4 millions de dollars est réclamée. L'armateur acheteur se fonde sur la clause et demande à l'armateur vendeur de prendre en charge la procédure et de fournir la garantie nécessaire à la libération du navire. À tort ou à raison ? À tort a-t-il été décidé, par un juge anglais, l'indemnité étant considérée comme compensatoire et non comme préventive, comme peut l'être une demande de garantie dans une *LOI*.

« *The obvious is worth stating* » : soyons précis et complets dans la rédaction des clauses soumises au droit anglais.

9. D'autres questions mériteraient d'être examinées pour rendre compte des avantages et

12. *Thompson c/ ASDA-MFI Group plc* (1988) ; égal. *Colley c/ Overseas Exporters* (1921).

inconvénients respectifs des jurisprudences de *common law* et de *civil law*. On pense bien entendu aux questions de preuve, aux mérites discutables de la *discovery*, mais encore et surtout à ces deux notions que la *common law* se refuse encore de consacrer, contrairement à la *civil law* et spécialement au droit français : la bonne foi contractuelle et l'abus dans les procédures de saisie. Est-il pertinent de se demander pourquoi la plupart des contrats internationaux, en tout cas maritimes, sont soumis à la loi anglaise avec compétence à Londres ?

Qu'attendre du droit comparé des personnes et de la famille ?

Jérémy Houssier
Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Connues de toutes et de tous, les finalités du droit comparé sont généralement réunies en doctrine autour de deux éléments essentiels. Ainsi trouve-t-on, aux côtés d'une finalité cognitive évidente, visant à renforcer la réflexivité et l'extériorité du savoir, *via* la connaissance des droits étrangers, une finalité normative sous-jacente, visant à l'amélioration ou à l'uniformisation des règles de droit interne, à l'aune de ces droits étrangers[1]. Originellement instructif, le droit comparé peut donc se faire prescriptif, selon la finalité privilégiée par ses usagers.

À cet égard, le droit comparé des personnes et de la famille ne déroge aucunement à la règle, son usage étant tantôt attesté aux fins d'instruire l'École, le Palais ou le Parlement sur l'unité ou la diversité des règles de droit constituant ces matières en dehors de nos frontières, tantôt aux fins d'influencer le juge ou le législateur dans l'élaboration de nos règles de droit interne. Ainsi en témoignent, comme le souligne le Professeur Jean-Jacques Lemouland, « les nombreuses études publiées dans les revues spécialisées de droit de la famille ou dans la *Revue internationale de droit comparé*, [ou encore] les travaux de la Division des études de législation comparée du service des études juridiques du Sénat, dont l'un des thèmes affichés est celui de [la famille] », et dont l'objet est d'éclairer le Parlement lors du vote de la loi[2].

À première vue, donc, le droit comparé des personnes et de la famille ne présenterait guère d'originalité vis-à-vis du droit comparé en général, mais à première vue seulement !

Car à parcourir les études précitées, un sentiment mitigé surgit aussitôt s'agissant de la contribution effective du droit comparé au droit français. Car si, s'agissant de sa finalité cognitive, ce droit assume ici comme ailleurs sa fonction[3], s'agissant de sa finalité normative, sa contribu-

1. Sur cette présentation duale, v. not. Y.-M. Laithier, *Droit comparé*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 2024, n^{os} 600 et s.
2. J.-J. Lemouland, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 329.
3. Il suffit pour s'en convaincre de lire les passionnantes chroniques de M. Guillaume Kessler dans la revue *Droit de la famille*, ou plus anciennement, l'ouvrage de François Boulanger, *Droit civil de la famille,* t. 1*, Aspects comparatifs et internationaux*, 3^{e} éd., Economica, 1997.

tion s'avère, à première vue, mais à première vue encore, davantage limitée[4].

Limitée dans son domaine, d'abord, dans la mesure où seules certaines réformes du droit des personnes et de la famille ont été immédiatement précédées d'études approfondies de droit comparé, nonobstant les nombreuses études publiées par le Sénat entre la fin des années 1990 et celle des années 2000[5]. En ce sens, si certains droits étrangers ont pu éclairer par le passé le législateur français, et continuent encore de le faire actuellement, cette influence est loin d'être généralisée, et en cela limitée.

Mais limitée, la portée du droit comparé l'est aussi, dans la mesure où fort souvent, le droit des personnes et de la famille interne, sans s'incliner face aux modèles étrangers, s'enrichit différemment de nouvelles règles, principes ou institutions nourris de ces modèles, mais prenant place aux côtés, et seulement aux côtés, de celles et ceux existant en France, dans une philosophie additive et non substitutive, ou dit autrement, dans une philosophie pluraliste[6]. Ainsi les régimes matrimoniaux se sont-ils enrichis, à titre d'illustration, d'un nouveau régime matrimonial – la participation aux acquêts – sans altérer les autres ; ainsi le divorce s'est-il enrichi de nouveaux cas d'ouverture, l'acceptation du principe de la rupture et l'altération définitive du lien conjugal, sans supprimer la faute ; ainsi le droit des couples s'est-il enrichi d'une nouvelle forme de conjugalité – le pacs – sans modifier (immédiatement) les règles du mariage et du concubinage ; ou encore, ainsi la lutte contre les violences familiales s'est-elle enrichie de nouveaux outils – comme l'ordonnance de protection – sans réécrire dans leur entier les droits civil et pénal français, et tout ceci sous l'influence des droits étrangers[7].

En d'autres termes, et en sa finalité normative, le droit comparé des personnes et de la famille n'aura donc œuvré ni au changement ni au perfectionnement radical des règles de droit interne existantes, mais seulement, et différemment, à leur enrichissement, signant ici le caractère singulier de la matière[8].

Seulement ? Que l'on corrige instantanément le propos ! Car au vrai, ne serait-ce là, et même à se limiter à lui, un colossal apport du droit comparé ? Ne serait-ce là, dans cette fonction d'enrichissement du droit des personnes et de la famille, que se situerait le plus puissant apport du droit comparé ? Assurément oui, tant celui-ci a parfois changé la vie de millions de Françaises et de Français, que l'on songe ici – chronologiquement – à l'élargissement des cas de divorce, à l'égalisation de la condition de la femme et de l'homme mariés, à l'avènement du pacs ou à la lutte contre les violences familiales, domaines où les apports du droit comparé ont été incontestablement attestés et décisifs dans l'évolution du droit français.

Mais demain, pour en venir au cœur de cette contribution, qu'attendre donc du droit comparé des personnes et de la famille ?

À la réflexion, certainement deux choses : un enthousiasmant changement d'échelle de ses potentialités cognitives, d'un côté ; immédiate-

4. En ce sens : G. Marty, « Les apports du droit comparé au droit civil », *in Livre du centenaire de la société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, LGDJ, 1969, p. 91 et spéc. p. 99, où l'auteur souligne l'existence d'une seule « trace » de « certaines influences comparatives dans les nombreuses réformes partielles dont le droit du mariage et de la filiation a été l'objet », à l'égal du divorce, de l'adoption et des successions. Sur le statut des époux et des régimes matrimoniaux, l'auteur souligne en revanche « l'influence du droit comparé sur la politique législative française » ; v. p. 100 et s. Égal. en ce sens, avec des illustrations plus récentes : J.-J. Lemouland, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », préc.
5. Pour accéder aux études de législation comparée du Sénat : https://www.senat.fr/lc/index.html.
6. En ce sens : J.-J. Lemouland, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », préc., spéc. p. 348, où l'auteur souligne que « l'originalité du droit français face à bon nombre de systèmes étrangers [réside dans le fait que], dans la période contemporaine, [ces systèmes] ont suivi des voies différentes tendant plutôt à l'uniformisation de traitement des situations ».
7. Sur ces illustrations, v. encore J.-J. Lemouland, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille ? », préc.
8. Sauf à voir dans ces enrichissements des changements ou des améliorations du droit interne, ceci ne nous semblant pas être le cas, eu égard à la persistance, souvent, des anciennes règles *aux côtés* des nouvelles. Le propos doit toutefois être nuancé en certains domaines, et notamment s'agissant du statut des époux, où l'influence des droits étrangers a directement contribué à modifier les règles de droit existantes dans une logique substitutive : v. not. C. Labrusse-Riou, *L'égalité des époux en droit allemand*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1965, préf. R. David ; P. Spiteri, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal : étude de réforme législative*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1965, préf. A. Breton.

ment nuancé par une prudence envers ses potentialités normatives, de l'autre.

Car précisons le propos.

En termes de changement d'échelle, d'abord, les progrès sans cesse croissants de l'intelligence artificielle et de la traduction en ligne, associés à l'avènement de l'*open data* des décisions de justice, du *big data*, et des sciences ouvertes, bouleverseront très certainement l'accès aux droits étrangers comme la connaissance de ces mêmes droits, en ouvrant de nouvelles perspectives jadis inatteignables, ni même imaginables par les juristes. Ainsi deviendra-t-il possible, dès demain, de lancer de vastes études de droit comparé sur ordinateur, croisant des données légales, jurisprudentielles et doctrinales, juridiques comme extra-juridiques, en français comme en langues étrangères, offrant enfin la faculté de plonger dans le grand « bain sociologique » du droit comme l'écrivait si bien Carbonnier[9], c'est-à-dire dans la « réalité du droit », et dans la comparaison fine de ses phénomènes d'application et d'inapplication[10], à charge pour les nouvelles générations de veiller à la vérification de leurs sources. Car cette précaution prise (et elle sera essentielle), le bouleversement sera assurément total, en ce sens où les études de droit comparé pourront s'étendre à l'ensemble des droits étrangers (tout du moins à ceux accessibles en ligne[11]), tout en mobilisant des données cardinales en droit des personnes et de la famille : celles liées à leurs fondements comme à leur mise en œuvre, révélées par l'analyse de milliers de ressources doctrinales et d'études quantitatives ou qualitatives, issues des sciences humaines et sociales, qu'il deviendra désormais possible d'identifier, de sélectionner et de croiser, nonobstant la masse de données et la barrière de la langue. Chimère, diront certains ? Nous ne le pensons pas, et certainement vivons-nous, sous cet angle, la fin d'une certaine façon de faire du droit comparé, en ce sens où l'art et l'artisanat jadis au cœur de la matière laisseront vraisemblablement place, demain, à la technique et à la mécanique des données, ou différemment – formons-en le vœu – à la coexistence de ces deux façons de faire du droit.

La finalité cognitive du droit comparé des personnes et de la famille changera alors d'échelle, en offrant la faculté aux juristes de parcourir les droits étrangers plus aisément et plus largement, et d'en étudier le fonctionnement plus finement, tout en en déduisant leurs ressemblances et dissemblances avec davantage de facilité. Un progrès dans la connaissance des droits étrangers, et notamment du droit des personnes et de la famille, en somme, à nuancer néanmoins s'agissant de ses suites.

Car en tout état de cause, une certaine prudence demeurera de mise s'agissant des suites à donner à ce changement d'échelle sur la finalité cette fois-ci normative du droit comparé des personnes et de la famille, en ce sens où cette « nouvelle donne des données » sera probablement sans effet ou à effet limité sur cette utilité, et ce pour un motif principal : celui de la nature même de ce droit.

Car fondamentalement, l'accès à la diversité des droits étrangers comme leur meilleure lisibilité ne modifiera pas les facteurs à l'origine de la faible sensibilité du droit des personnes et de la famille aux témoignages étrangers, tant ces facteurs tiennent à la nature même de ce droit, pétri de considérations anthropologiques, sociologiques, historiques et politiques, propres à un pays donné. En d'autres termes, demain comme aujourd'hui, ou hier, les velléités d'amélioration et d'unification du droit des personnes et de la famille par le droit comparé achopperont certainement sur les difficultés communes à toutes les tentatives de greffes de règles de droit en général[12], et de droit des personnes et de la famille en particulier, à savoir des difficultés ajuridiques. Car comme le notait finement Carbonnier, « un droit n'existe et ne subsiste que dans un équilibre délicat avec le terroir social d'où il est issu. Dépla-

9. J. Carbonnier, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », *in Livre du centenaire de la société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, *op. cit.*, p. 75 et spéc. p. 83.
10. *Ibid.*, p. 84.
11. Sur ce point, v. le dossier « Panorama des sites étrangers d'accès au droit » publié par l'*AJ fam.* en déc. 2023 ; *AJ fam.* 2023, p. 595.
12. Sur ce point, v. not. S. Goltzberg, *Le droit comparé*, 2e éd., PUF, coll. « Que sais-je ? », 2024, nos 65 et s., lequel note l'existence de deux écoles, l'une pessimiste, et l'autre optimiste, sur l'opportunité et les potentialités des greffes juridiques (de codes, de constitutions, de méthodes et de principes).

cez-le : les conséquences sont imprévisibles, pour lui-même comme pour le système récepteur. Imprévisibles, mais généralement dommageables, [tant] ces phénomènes que l'on dit d'*acculturation juridique* ressortissent, en sociologie du droit, [de la] pathologie »[13]. Or on ne voit pas en quoi le changement d'échelle que nous vivons en termes de potentialités de connaissance des droits étrangers pourrait influencer en un sens ou en un autre les potentialités normatives du droit comparé, ou dit autrement sa portée normative. Car les mêmes causes entraînant les mêmes effets, les réticences du législateur français à la réception de règles, principes ou institutions étrangères ne changeront probablement pas sur ce point. Et dire cela n'ôte rien à l'intérêt du droit comparé pour la matière, l'assertion consistant seulement à relever, avec lucidité, les limites du droit comparé en termes normatifs en général, et en matière de droit des personnes et de la famille en particulier.

Sous une réserve toutefois : celle de la forte influence du droit comparé sur l'office de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la portée ne devrait cesser de croître, notamment lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité en droit des personnes et de la famille. Car qui ne voit que, *via* l'usage de la notion de « consensus », la Cour de Strasbourg érige le droit comparé en faiseur de règles *via* ses décisions, et ce faisant en moteur de l'évolution des droits fondamentaux en Europe[14] ? Sous cet angle, l'apport du droit comparé au droit des personnes et de la famille, indirect méthodologiquement, mais direct substantiellement, demeurera assurément déterminant dans les années à venir.

C'est dire, pour emprunter à John Steinbeck l'intitulé de l'un de ses romans, que des souris (d'ordinateur) et des hommes (de lois), voici sûrement l'avenir du droit comparé, en droit des personnes et de la famille.

13. J. Carbonnier, « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », *in Livre du centenaire de la société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969). Les apports du droit comparé au droit positif français*, *op. cit.*, p. 78.

14. Sur ce point, v. not. W.-J. Ganshof van der Meersch, « La référence au droit interne des États contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RIDC* 1980, p. 317 ; F. Rigaux, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », *in* F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme : actes du colloque des 13 et 14 mars 1998*, Nemesis : Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 41 ; D. Popovic, « Le droit comparé dans l'accomplissement des tâches de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in Droits de l'Homme. Regards de Strasbourg, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, N.P. Engel Verlag, 2007, p. 383 ; F. J. Doucet, « Les origines et les fondements du recours au consensus en droit européen des droits de l'Homme », *RDUS* 2013, p. 709 ; F. Sudre, « La mystification du "consensus" européen », *JCP G* 2015, doctr. 1369 ; H. Fulchiron, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et "dynamique des normes" », *RTD civ.* 2017, p. 271.

Quel futur pour le droit comparé en droit du procès ?

Fernando Gascón Inchausti
Professeur à l'Université Complutense de Madrid

I. Introduction

L'approche comparative montre comment les systèmes juridiques – tout comme la vie sociale et l'activité économique qu'ils visent à réguler – ne peuvent ni exister ni évoluer isolés les uns des autres[1]. Les comparaisons nous aident à prendre conscience de ce qui fonctionne mieux, mais aussi de ce qui fonctionne moins bien ; si elles sont menées à bon escient, elles tendent à favoriser les améliorations et les progrès. Cela vaut également pour le droit processuel, dont le lien avec les méthodologies propres au droit comparé n'est en rien nouveau[2]. Dans ces pages, je me concentrerai précisément sur deux défis importants si nous voulons renforcer l'importance de la comparaison procédurale alors que le XXIe siècle est déjà bien avancé : l'objet de la comparaison lorsque nous évoluons dans le domaine du droit processuel et les buts et objectifs qui peuvent être poursuivis en appliquant les méthodologies comparatives au droit processuel.

II. Éléments de comparaison

Que faut-il comparer lorsqu'on pratique le droit procédural comparé ?

A. Comparer les procédures civiles

À une époque où les données abondent, la comparaison ne peut se limiter à la réglementation juridique des procédures civiles – *the law in the books* –, mais doit également se concentrer sur l'analyse de la manière dont les dispositions normatives s'appliquent dans la pratique. Les *macro-comparaisons*[3] devraient se concentrer sur le fonctionnement des tribunaux, au niveau général de l'efficacité des systèmes procéduraux ; et

1. V. not., K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law,* 3e éd., Clarendon Press, 1998 ; R. Schlesinger, H. Baade, P. Herzog et E. Wise, *Comparative Law. Cases – Texts – Materials*, 6e éd., Foundation Press, 1998 ; R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains* 11e éd., Dalloz, 2002 ; H. P. Glenn, *Legal Traditions of the World – Sustainable Diversity in Law*, 5e éd., OUP, 2014 ; V. Varano et V. Barsotti, *La tradizione giuiridica occidentale*, vol. 1*, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 4e éd., Giappichelli, 2010.
2. V. M. Cappelletti (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law,* vol. 16, *Civil Procedure*, Mohr Siebeck – Martinus Nijhoff, Tübingen – Leiden – 1987 ; *Id.*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, 1989 ; C. H. van Rhee (dir.), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, 2005 ; J. Walker et O. G. Chase (dir.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, LexisNexis, 2010 ; A. Dondi, V. Ansanelli et P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Giuffrè, 2015 ; O.G. Chase et H. Hershkoff (dir.), *Civil Litigation in Comparative Context*, 2e éd., West, 2017 ; L. Cadiet, B. Hess et M. Requejo Isidro (dir.), *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, Nomos, 2017 ; M. Woo et C. H. van Rhee (dir.), *Comparative Civil Procedure*, Edward Elgar, 2025 ; B. Hess, M. Woo, L. Cadiet., S. Menétrey et E. Vallines (dir.), *Comparative Procedural Law and Justice*, 2025 ; https://www.cplj.org/ ; S. Guinchard, C. Chainais *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz « Précis », 13e éd., 2025.
3. À propos de la distinction entre macrocomparaisons et microcomparaisons : K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, p. 4-5.

les *microcomparaisons* devraient également partager cette approche fonctionnelle[4] : ce qui importe, c'est de déterminer les solutions proposées par différents systèmes juridiques à des problèmes communs ou à des problèmes nouveaux pour le pays concerné par l'analyse comparative[5].

Ainsi, par exemple, lorsqu'on étudie les recours collectifs – un sujet très en vogue depuis l'adoption et la transposition de la directive 1828/2020 –, on peut analyser la manière dont différents systèmes juridiques ont réglementé cette institution, en prenant comme paramètres pertinents certains aspects ou éléments, tels que les « classiques » : le législateur a-t-il opté pour un modèle *opt-in* ou *opt-out* ? Mais, au-delà de cela, ce qui est vraiment intéressant, c'est de pouvoir déterminer si la réglementation légale a été suivie d'une application pratique réussie ; et, si tel n'a pas été le cas – comme cela s'est produit dans de nombreux États –, la recherche devrait alors se concentrer sur les raisons de cet échec et sur les autres moyens – s'il y en a – utilisés dans la pratique pour faire face aux cas de dommages de grande ampleur et aux situations similaires, comme le regroupement d'actions ou les outils d'application publique du droit privé.

B. Comparer les procédures judiciaires et les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges

Il est également pertinent de comparer les solutions procédurales « traditionnelles » et les méthodes de règlement extrajudiciaire des litiges. Ainsi, par exemple, la procédure judiciaire aurait beaucoup à apprendre de l'arbitrage, notamment dans le domaine des litiges transfrontaliers : l'arbitrage a su offrir une grande flexibilité sur des questions qui constitueraient de véritables obstacles devant les tribunaux, telles que la langue dans laquelle les procédures doivent se dérouler ou une gestion plus efficace et « personnalisée » du déroulement de la procédure[6].

D'autre part, il est important de prendre conscience que nous vivons une période de forte « déjudiciarisation »[7], qui pourrait avoir des effets secondaires dangereux. Ces dernières années, dans un contexte de crise économique et d'austérité budgétaire[8], il semble que les systèmes de MARD, présentés comme efficaces, soient appelés à remplacer des systèmes judiciaires prétendument obsolètes et inefficaces, qui semblent être discrètement démantelés par les pouvoirs publics de certains États. Au-delà de la question non négligeable des coûts[9], des études plus approfondies devraient être menées sur ce sujet, y compris des études comparatives sur l'efficacité réelle des tribunaux et des mécanismes de MARD dans le cadre d'affaires concrètes et d'une importance capitale, telles que l'indépendance du juge ou le respect des normes juridiques lors du jugement d'une affaire spécifique.[10]

C. Comparer la procédure civile et la procédure pénale

Il convient également de souligner l'intérêt de procéder à des comparaisons entre la procédure

4. K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, p. 34 et s.
5. V. par ex., sur la diffusion de la jurisprudence, la table ronde comparatiste organisée par la Cour de cassation, le CRJ (Université Paris-Panthéon-Assas) et l'IRJS (Université Panthéon-Sorbonne), in *Quelle jurisprudence à l'ère des données judiciaires ouvertes ?* Actes du colloque du 27 novembre 2023 (dir. L. Cadiet, C. Chainais, P. Deumier, S. Jobert, E. Rottier et S. Zientara-Logeay), *JCP G* 2024, suppl. au n° 7-8, 19 févr. 2024 ; not. C. Chainais, « Perspectives comparatistes sur les modèles de diffusion des décisions de justice », p. 12 et s., et, pour l'Espagne, F. Gascón Inchausti, « La diffusion des décisions de justice en Espagne », p. 24 et s. Plus généralement, sur l'*open justice*, entendue comme l'ouverture de la justice dans toutes ses dimensions – publicité des audiences comprise –, v. B. Hess et A. Koprivica Harašić (dir.), *Open Justice: The Role of Courts in a Democratic Society*, Nomos, 2019.
6. V. F. Gascón Inchausti, « Transplanting Best Practices from ADR Mechanisms to Court Proceedings in Cross-border Litigation », *in* B. Hess et X.E. Kramer (dir.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure,* Nomos, 2017, p. 403 et s.
7. V. S. Amrani-Mekki, « L'économie procédurale », *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016, n° 1, p. 7 et s., spéc. p. 25-28.
8. V. R. Marcus, « Procedure in a Time of Austerity », *International Journal of Procedural Law*, vol. 3, 2013, n° 1, p. 133 et s.
9. J. Nieva Fenoll mentionne une « elitist certainty », « Mediation and Arbitration: a Disappointing Hope », *International Journal of Procedural Law*, vol. 6, 2016, n° 2, p. 350 et s., spéc. p. 357.
10. À cet égard, v. les conclusions, partiellement surprenantes, auxquelles arrive A. Nylund, « Alternative dispute resolution and the judiciary », *in* S. Turenne et M. Moussa (dir.), *Research Handbook on Judging and the Judiciary*, Edward Elgar, 2025, p. 13 et s.

civile et la procédure pénale. Les principes qui les inspirent et leurs implications politiques sont très différents, et il est indispensable de tenir compte de cette réalité pour surmonter les difficultés inhérentes à toute comparaison. Mais il est à nouveau important, à ce stade, de rappeler l'une des affirmations fondamentales de Zweigert et Kötz concernant l'approche fonctionnelle du droit comparé : il faut comparer les éléments ou les composantes qui servent le même objectif, c'est-à-dire qui remplissent la même fonction[11]. Et il est certain que la procédure civile et la procédure pénale sont souvent confrontées à des problèmes similaires, car elles constituent toutes deux des outils permettant à un tribunal de rendre la meilleure décision possible concernant un litige à l'issue d'une succession d'actes juridiquement réglementés.

Le droit de la preuve est l'un des domaines où la comparaison entre la procédure civile et la procédure pénale peut s'avérer la plus fructueuse. Il convient de rappeler, à cet égard, que les *Federal Rules on Evidence* américaines s'appliquent de manière générale à tous les types de procédures, quelle que soit la matière en cause. Des études comparatives pourraient s'avérer utiles pour aborder certaines de ces questions, telles que les suivantes :

- Le problème de la preuve illicite en procédure civile, pour lequel on observe une tension entre l'importation d'une règle d'exclusion stricte – issue de la procédure pénale – et la préférence pour des solutions plus souples, permettant une mise en balance, dans chaque cas concret, des divers intérêts en jeu[12].
- Il existe de plus en plus d'études empiriques concernant la fiabilité des témoins, la mémoire humaine, etc., qui se sont révélées très utiles, surtout dans les procédures pénales, mais qui devraient pouvoir être utilisées dans tout contexte probatoire, y compris les affaires civiles.
- Comment aborder le problème des limites au droit à la preuve (privilèges) et de l'information confidentielle ? Il convient notamment de se demander si les motifs permettant de limiter la preuve devraient être les mêmes dans les procédures civiles et pénales. La comparaison des dispositions légales et de leur application pratique dans les affaires civiles et pénales, ainsi que dans différents pays, pourrait déboucher sur des résultats très intéressants pour identifier différentes techniques permettant de déterminer ce qui doit être considéré comme confidentiel et ce qui ne l'est pas, ainsi que pour définir les moyens d'atteindre cet objectif.

III. Objectifs de l'application de la méthodologie comparée au droit du procès

La comparaison des systèmes juridiques n'est pas une fin en soi, mais plutôt un outil méthodologique permettant d'atteindre certains objectifs. La doctrine comparatiste a tenté de définir ces fins, de manière à la fois similaire et différente. David et Jauffret-Spinosi, par exemple, soulignent l'importance du droit comparé pour construire une bonne théorie générale du droit, pour mieux connaître et améliorer son propre ordre juridique, pour mieux appréhender la dimension internationale du droit, tant d'un point de vue public que privé, et, enfin, pour mieux harmoniser les ordres juridiques[13]. Selon Zweigert et Kötz, les fonctions et les finalités du droit comparé, outre l'élargissement des connaissances juridiques, répondent à quatre objectifs : servir de soutien au législateur lors de la réforme ou de l'innovation de l'ordre juridique ; aider à l'interprétation des normes juridiques, en particulier celles issues de règles uniformes ; améliorer la formation juridique ; et servir de point de départ à l'unification juridique (notamment dans des contextes régionaux homogènes, comme l'Union européenne)[14]. Plus récemment, Varano et Barsotti soulignent comment la comparaison et les comparatistes poursuivent des objectifs

11. K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, p. 10 : « *[…] only rules which perform the same function and address the same real problem or conflict of interests can profitably be compared* » ; *ibid.*, p. 34 : « *[…] in law the only things which are comparable are those which fulfil the same function* ».
12. Comme semblent le soutenir tant la CJUE que la CEDH : v. CEDH, 10 oct. 2006, n° 7508/02, *L.L. c/ France* ; CEDH, 13 mai 2008, n° 65097/01, *N.N. et T.A. c/ Belgique* ; CJUE, 27 sept. 2017, n° C-73/16, *Peter Puškár*.
13. R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, p. 3 et s.
14. K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, *op. cit.*, p. 15 et s.

pertinents, tels que la connaissance, l'universalité de la science juridique, la compréhension, la communication, la politique législative, l'interprétation de la législation nationale, la mondialisation et l'harmonisation juridique.[15] Enfin, Basedow a brillamment illustré comment le droit comparé compte de nombreux « clients » potentiels (universitaires, professionnels du droit, législateurs nationaux, organismes chargés de promouvoir l'unification normative) : selon le client visé, l'objectif, l'approche et la méthodologie peuvent varier, car ce sont les clients qui définissent en réalité les objectifs vers lesquels la recherche comparée devrait tendre[16]. Il me semble important, dans la suite, de concentrer l'attention sur trois d'entre eux : l'amélioration de la législation nationale, l'harmonisation normative et l'action dans un environnement globalisé.

A. Comparer pour améliorer la législation nationale

Les analyses comparatives soutiennent de nombreuses propositions de réforme.[17] Pendant longtemps, cependant, une approche comparative du droit procédural était souvent rejetée au motif que les procédures judiciaires étaient étroitement liées à la culture juridique de chaque nation : l'approche comparative, disait-on, n'avait finalement pas d'intérêt réel, car il était impossible de « greffer » des institutions procédurales étrangères[18].

La doctrine – en particulier depuis Mauro Cappelletti – et l'expérience législative ont démontré que cette vision était tout à fait erronée et que la recherche comparée peut constituer une bonne base pour relever le défi de l'amélioration de la législation nationale[19] – que la solution étrangère soit considérée comme un modèle, comme un contrepoint ou comme un moyen d'élargir la perspective[20]. De plus, il ne s'agit pas seulement d'une question de « greffes » dans leur ensemble, mais d'identifier des éléments et des idées qui pourraient servir à améliorer les législations nationales de manière plus diffuse, en tenant compte dans tous les cas de la culture juridique.[21]

Cela suppose bien sûr un certain point de départ : il faut ressentir la nécessité d'améliorer la situation actuelle de son propre système de justice, mais il faut également faire preuve d'ouverture d'esprit envers l'extérieur afin de rechercher des solutions possibles. À cet égard, Posner et Sunstein soutiennent que « les États les plus modernes ont davantage tendance à s'appuyer sur le droit étranger que les États plus anciens »[22] ; ils considèrent également qu'à mesure que les États développent leur propre jurisprudence [ou leur propre système juridique], le besoin d'analyses comparatives s'amenuise.[23] Outre les États « les plus modernes », le besoin de recourir à l'analyse comparative se fait sentir avec plus d'acuité dans les pays où l'on a pris conscience que la situation n'est pas satisfaisante, que ce soit sur le plan normatif ou pratique. Et la comparaison apparaît également comme une tendance dominante lorsque les États sont confrontés à des changements juridiques globaux ou à des phénomènes de codification.

15. V. Varano et V. Barsotti, *La tradizione giuiridica occidentale*, vol. 1*, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, *op. cit.,* p. 10 et s.
16. J. Basedow, « Comparative Law and its Clients », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, p. 821-858.
17. *Ibid.*, p. 844-846.
18. En ce qui concerne le concept de « greffe légale », il convient bien sûr de considérer A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, 1974 ; plus récemment E. Grande, « Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure has Affected Continental Europe », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, 2016, p. 583 et s., spéc. p. 585-586.
19. En ce qui concerne l'importance des études comparatives dans le cadre des réformes, v. A. Dondi, « L'esperienza di un comparatista processuale », *in* V. Bertorello (dir.), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Giuffrè, 2003, p. 89 et s., spéc. p. 91.
20. Pour une illustration de cette démarche en matière de cassation, v. C. Chainais, B. Hess, A. Saletti et J.-Fr. van Drooghenbroeck (dir.), *Quel avenir pour les juridictions suprêmes ? Études de droit comparé sur la cassation en matière civile*, Bruylant, 2021.
21. P. Gottwald l'exprime clairement : « *[…] comparative law may help to develop new ideas for your own national law, but [that] even excellent ideas are not adopted if they are not in line with national legal culture, with respect to the ideas of the majority of judges, lawyers and so on of a particular country* » *in* L. Cadiet, B. Hess et M. Requejo Isidro (dir.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Nomos, 2015, p. 379 et s., spéc. p. 379.
22. E. A. Posner et C.R. Sunstein, « The Law of Other States », *Stanford Law Review*, 2006, p. 131 et s., spéc. p. 173 [« *young states are more likely to rely on foreign law than old states are* »].
23. *Ibid.*, p. 174.

B. Comparer afin de rapprocher ou d'harmoniser les législations

La méthode comparative est un élément indispensable pour mener à bien tout travail d'harmonisation ou de rapprochement législatif : qu'il s'agisse de normes juridiques contraignantes, telles que les directives et les règlements européens, mais aussi de règles relevant du *soft law*, comme les recommandations émises par l'Union européenne elle-même ou le Conseil de l'Europe, ou encore les lois modèles, souvent élaborées par des institutions scientifiques indépendantes des gouvernements nationaux ou par des organisations internationales.

L'harmonisation procédurale a depuis longtemps cessé d'être un mythe. L'adoption aux États-Unis des *Federal Rules of Civil Procedure* en est un excellent exemple, même si cela ne concerne que le cadre national. Sur le plan international, la voie a été ouverte dans le domaine de l'arbitrage avec la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, actuellement appliquée dans 93 pays.[24]

L'harmonisation des règles régissant les procédures judiciaires s'avère plus complexe, car l'argument de la tradition et de la culture juridique a été présenté comme le principal obstacle. C'est à l'Institut ibéro-américain de droit procédural qu'il revient d'avoir posé les premiers jalons sur la voie de l'harmonisation procédurale, puisqu'il a réussi à adopter, entre 1988 et 1989, deux codes modèles, l'un de procédure civile et l'autre de procédure pénale.[25]

En Europe, le tournant a été marqué par la présentation, au début des années 90, du « projet Storme » visant à rapprocher le droit judiciaire dans l'Union européenne, comprenant les grandes lignes d'une éventuelle directive visant à harmoniser des éléments essentiels de la procédure civile afin de faciliter la compréhension entre les systèmes juridiques et de promouvoir la circulation interne des décisions judiciaires. Ce projet s'appuyait sur des recherches comparatives approfondies menées par une équipe transnationale dirigée par le professeur Marcel Storme.[26]

La prochaine étape a été l'adoption, en 2004, des Principes ALI/UNIDROIT sur la procédure civile transnationale[27], des sortes de règles types proposées aux législateurs nationaux afin de les aider à adopter des règles de procédure adaptées pour résoudre les problèmes soulevés par les litiges transfrontaliers. Ces principes constituent un « point de rencontre » entre des cultures procédurales diverses (celle des États-Unis et celle de l'Europe continentale), un compromis entre différentes visions et approches concernant des questions très délicates, telles que les rôles des juges, des parties et des avocats, la gestion de la procédure ou l'accès à l'information (en particulier celle contrôlée par la partie adverse ou par des tiers). Ce compromis n'a pu être atteint qu'après des années de comparaisons approfondies et d'une analyse minutieuse des solutions les meilleures et les plus souhaitables.

À l'heure actuelle, la balle est de nouveau dans le camp de l'Union européenne, qui est devenue un lieu où l'harmonisation et le rapprochement des législations procédurales sont mis en œuvre et débattus[28]. L'exemple le plus concret en est fourni par les *Model European Rules of*

24. Selon les informations fournies par l'institution elle-même sur son site web : http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (consulté le 16 mai 2026).
25. Les textes peuvent être consultés sur le site de l'Institut : https://www.iibdp.org/es/codigos-modelo/
26. M. Storme (dir.), *Approximation of judiciary law in the European Union*, 1994.
27. ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, *As Adopted and Promulgated by the American Law Institute (May 2004) and by the International Institute for the Unification of Private Law (April 2004)*, Cambridge University Press, 2006.
28. La bibliographie sur le sujet est très abondante ; v. not., K.D. Kerameus, « Procedural Harmonization in Europe », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, 1995, p. 401 et s. ; S. Huber, *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren – am Beispiel der Dokumentenvorlage,* Mohr Siebeck, 2008 ; E. Storskrubb, *Civil Procedure and EU Law. A Policy Area Uncovered*, OUP, 2008 ; M. Tulibacka, « Europeanization of civil procedures: in search of a coherent approach », *Common Market Law Review*, vol. 46, 2009, nº 5, p. 1527-1565 ; A. de la Oliva Santos (dir.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Aranzadi, 2012 ; Z. Vernadaki, « Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations », *Journal of Contemporary European Research*, vol. 9, 2013, nº 2 ; M. Weller et C. Althammer (dir.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2015 ; A. Nylund et B. Krans, *The European Union and National Civil Procedure*, Intersentia, 2016 ; B. Hess, « Ein einheitliches Prozessrecht ? », *Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, vol. 6, Asser-Springer, 2017 ; F. Gascón Inchausti et B. Hess, *The future of the European Law of Civil Procedure: Coordination of Harmonisation?*, Intersentia, 2020.

Civil Procedure, adoptées conjointement par UNIDROIT et le *European Law Institute* (ELI) en 2020.

L'objectif de ce projet conjoint ELI/UNIDROIT était d'élaborer un ensemble de règles types reflétant la meilleure réglementation possible, couvrant la plupart des domaines qui composent la procédure civile, et dont l'adoption ou l'acceptation par les États membres (ou par les institutions de l'Union européenne) contribuerait à harmoniser les systèmes nationaux de justice civile. Et ces règles communes ont, une fois de plus, été élaborées grâce à l'étude et au débat comparatif sur l'efficacité réelle des solutions envisageables.[29]

UNIDROIT et ELI offrent ainsi avec les Règles européennes un modèle de procédure civile, qui peut être utilisé (i) par les législateurs nationaux lorsqu'ils réforment leurs systèmes internes et (ii) par le législateur européen, au cas où il déciderait d'harmoniser les procédures civiles nationales. Ces entités osent proposer ces règles comme modèle, compte tenu de l'approche suivie pour leur élaboration : sur la base d'un travail comparatif et très collectif, qui a pris en compte les systèmes nationaux, la législation européenne existante, la jurisprudence de la Cour de justice et la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme, l'objectif a été de présenter la meilleure solution aux différentes questions problématiques auxquelles tout législateur est confronté lorsqu'il conçoit une procédure civile équitable et efficace (ce que la terminologie anglaise appelle *best practice* ou *best rule approach*)[30].

Proposer des règles modèles ou des *best rules* implique de partir du principe que le même problème peut être abordé de différentes manières et nécessite de déterminer laquelle est préférable, tant du point de vue du fonctionnement interne que dans la perspective d'une éventuelle harmonisation future. Cette analyse n'est possible que sur la base d'une recherche comparative, qui permet d'identifier non seulement les différentes options poursuivies au niveau national, mais aussi leurs performances pratiques, leur efficacité réelle. Il est également nécessaire de déterminer si le bon fonctionnement de certains systèmes nationaux de justice civile est principalement dû à leurs règles procédurales ou s'il est simplement à attendre dans un contexte général de bonne gouvernance et de bonne gestion publique, éventuellement associé à un financement adéquat et à une conscience suffisante de leur importance politico-sociale. D'autre part, on ne peut ignorer que, dans de nombreuses occasions, les meilleures solutions sont vouées à l'échec ou à des résultats médiocres en raison du mauvais fonctionnement du système, dont l'amélioration n'est pas abordée de manière globale : dans un environnement approprié, elles pourraient sans doute produire des performances bien meilleures. En définitive, les meilleures solutions sont identifiées à partir de l'étude et de l'analyse comparative de l'efficacité et de la performance pratique des solutions possibles en jeu.

Cette approche a en partie compliqué le développement du projet, car il n'est pas toujours facile de reconnaître comme « meilleure » une solution normative qui n'est pas la sienne – surtout pour les juridictions qui ont déjà récemment réformé ou reformulé leurs systèmes de justice civile. Le fait est que proposer des règles modèles ou de « meilleures règles » peut toujours avoir un effet perturbateur sur les systèmes procéduraux dont les règles et les pratiques habituelles diffèrent de celles proposées dans les Règles européennes. Au moins deux risques peuvent être envisagés.

D'une part, bien sûr, il est possible que les « lecteurs » de certains systèmes juridiques se sentent dans une certaine mesure « offensés » ou « méprisés » par les choix effectués. Il s'agit d'un risque inévitable, mais auquel il est facile de remédier : si un législateur national estime que son système fonctionne correctement, il devrait lui suffire de le maintenir et de ne pas suivre le modèle proposé par les règles européennes.

D'autre part, il peut également arriver que certaines options soient considérées comme incompatibles avec la « culture procédurale » d'un pays donné, avec son architecture procédurale et judiciaire, même d'un point de vue constitutionnel. La solution, cependant, est une fois de plus la même : nous avons affaire à un instru-

29. En ce qui concerne la manière dont ces projets d'unification s'inscrivent dans le droit comparé, v. J. Basedow, « Comparative Law and its Clients », *op. cit.,* p. 850-851.

30. G. Cuniberti, « The Promotion of Best Practices in European Civil Procedure: Some Initial Remarks », *in* B. Hess et X. E. Kramer, *From common rules to best practices in European Civil Procedure, op. cit.*, p. 439 et s.

ment de droit souple, de *soft law*, qui s'offre aux législateurs nationaux[31].

En tout cas, l'approche suivie pour leur élaboration, ainsi que leur nature d'outil de droit souple, deviennent ainsi des facteurs clés pour permettre aux règles européennes de procédure civile de jouer efficacement le rôle de guides et de modèles qu'elles sont censées remplir[32]. La perspective comparative qui a présidé à la rédaction de l'ensemble du projet est également l'élément qui le légitime, c'est-à-dire qui justifie l'audace qui fait que ELI et UNIDROIT offrent aux législateurs européens leur propre modèle, différent, de procédure civile. En effet, nous parlons de la « vieille Europe », composée en grande partie de pays qui ont de très longues traditions en matière de procédure civile et de justice civile, qui ont leurs propres cultures procédurales, souvent très réactives au changement. Comment ces deux institutions osent-elles suggérer aux législateurs européens de modifier leurs systèmes ? En proposant un système nouveau, avec des règles considérées comme les plus efficaces, ELI et UNIDROIT les invitent d'abord à vérifier si leurs propres règles, certaines vieilles de plusieurs siècles, d'autres récemment modifiées, dépassent les standards d'efficacité et de modernité…

La méthodologie comparative utilisée est extrêmement utile pour légitimer le résultat, à mon avis, de plusieurs manières :

D'une part, en présentant le travail comme le résultat d'une recherche comparative, on génère chez les destinataires le sentiment que tous les systèmes ont été pris en compte, c'est-à-dire que tous, d'une certaine manière, ont eu l'occasion de contribuer, avec leurs éléments positifs, au produit final. Dans cette ligne, la manière de travailler à travers des équipes relativement grandes et représentatives de juristes de différents pays est décisive, ce qui assure un traitement plus large et plus complet des systèmes utilisés dans l'activité comparative.

D'autre part, la méthodologie de travail suivie permet également d'arriver à des solutions hybrides, à des propositions normatives qui ne peuvent pas être identifiées à 100 % avec le système juridique d'un seul pays, qui serait présenté comme le meilleur et qui aspirerait à coloniser les autres, en s'imposant à eux. La recherche raisonnable d'un compromis entre des solutions comparables est typique de ce type de travail, proposant des formules mixtes dans lesquelles les systèmes nationaux ont moins de mal à être reconnus, ce qui contribue à éliminer les obstacles à une hypothétique acceptation future.

C. Comparer pour s'adapter à un monde globalisé

Les comparaisons ne sont pas seulement utiles aux législateurs ou aux tribunaux, mais aussi aux avocats qui exercent leur profession dans les domaines les plus divers. Une connaissance comparative du fonctionnement des différents systèmes nationaux de justice civile est plus que souhaitable pour les avocats exerçant dans le domaine des contrats internationaux, notamment lorsqu'il s'agit de prendre des décisions ayant des répercussions procédurales, comme l'inclusion d'une clause attributive de juridiction. Plus généralement, une connaissance comparative des différents systèmes de procédure civile sera très utile pour une meilleure gestion des litiges transfrontaliers : ainsi, par exemple, il est essentiel de déterminer à quel moment une procédure est réputée avoir débuté, afin de pouvoir appliquer correctement les règles relatives à la litispendance internationale.

Il est vrai que, dans de nombreux cas, plutôt qu'une véritable étude comparative, ce dont les praticiens du droit semblent avoir besoin, c'est de connaître une ou plusieurs réglementations étrangères. Mais, d'une part, la comparaison avec un autre système de référence finira par s'avérer nécessaire dans tous les cas (par exemple, au moment de décider s'il est préférable de saisir les tribunaux français ou allemands) ; et, d'autre part, dans de nombreux cas, ce sont les travaux comparatifs déjà réalisés qui seront utilisés, car

31. Un exemple clair est offert par le système de recours contre les jugements rendus en seconde instance : choisir, comme cela est fait, de limiter la possibilité de recours contre ces décisions est considéré comme préférable (ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, *op. cit.*, art. 172), même si, d'un point de vue italien, c'est peut-être inacceptable, étant donné le statut constitutionnel dans ce pays de l'accès à la *Corte di Cassazione* (Const. italienne, art. 111).

32. Pour une mise à l'épreuve systématique d'un droit national au miroir des Règles, v. C. Chainais, F. Ferrand, E. Jeuland et X. Lagarde (dir.), *La procédure civile française dans le miroir des Règles ELI-Unidroit transnationales de procédure civile*, *JCP G* 2025, suppl. au n° 26, 30 juin 2025.

les délais et la charge de travail ne permettront pas facilement aux praticiens du droit de mener eux-mêmes une étude approfondie.

Pour toutes ces raisons, il est justifié de renforcer la place du droit comparé dans les études de droit. Il ne s'agit pas seulement de proposer des cours portant ce nom, mais de faire en sorte que l'approche comparative soit présente dans tous les cours, de manière transversale, afin de placer nos étudiants dans une position d'avantage et de sécurité face aux défis d'un monde globalisé.

Le droit comparé est-il l'avenir du droit pénal ?

Guillaume Beaussonie
Professeur à l'Université Toulouse Capitole

La comparaison est un réflexe inéluctable et un art délicat. Comparer, c'est, au sens premier, « rapprocher pour mettre en évidence des rapports de ressemblance ou de différence », le *Trésor de la langue française informatisé* précisant, avant cette définition, que « ce que l'on compare (animés, inanimés concr. ou abstr.) est de même nature ou présente des similitudes évidentes »[1]. Ainsi, on compare pour constater à la fin que, le cas échéant, on se ressemble, mais aussi car on a constaté, dès le début, que l'on se ressemblait… Si l'on préfère, on ne compare que ce qui est comparable. Rien de plus humain qu'une telle attitude qui, appliquée à des choses à enjeu, autrement dit lorsqu'il s'agit de le faire sérieusement, pose quand même deux sérieuses difficultés : en premier lieu, il faut connaître et comprendre ce que l'on entend comparer, c'est-à-dire se créer une double culture ; en second lieu, il faut comparer pertinemment, c'est-à-dire avec principe et méthode, à défaut de quoi la comparaison perd tout son intérêt. C'est à ces obstacles que tout comparatiste se confronte, d'où, sans doute, une peur assez usuelle de comparer.

L'utilité de la comparaison a pourtant incité à dépasser ces appréhensions. La démarche, d'abord, permet de mieux analyser nombre de choses : les éléments comparés, bien sûr, tant dans leur existence – qu'il faut assimiler pour les comparer – que dans leur essence, leur confrontation à des éléments comparables permettant de les contextualiser et, partant, d'approfondir leur compréhension individuelle. Le résultat, ensuite, est opératoire, en ce sens que tel ou tel élément peut être perçu, à l'issue de la comparaison, comme meilleur qu'un autre, en conséquence de quoi il sera préféré dans le cadre d'un choix politique si, du moins, sa transposition s'avère possible sans trop de déformation – car il y a, on l'a dit, le contexte. C'est l'occasion de souligner une troisième difficulté, qui est celle de la mauvaise interprétation, à différents stades, d'un élément à comparer ou d'un élément de comparaison. Enfin, au-delà de tout cela, si tel est le souhait de celui qui compare, la comparaison permet de gommer les différences et, par là même, de rapprocher, d'harmoniser, voire d'uniformiser les éléments comparés.

On aura reconnu, dans les développements qui précèdent, nombre d'opérations que mènent notamment les juristes, car les éléments que l'on compare peuvent bien évidemment être des droits et, notamment, des droits pénaux. Punir, au sens juridique, c'est-à-dire interdire des comportements sous la menace de peines effectivement fulminées à ceux qui s'y adonnent malgré tout, est une fonction officielle de toute société ou presque… qui peut alors, de ce point de vue, être comparée à toute société ou presque. Aussi le droit pénal comparé n'a-t-il rien d'iconoclaste : il a un passé. A-t-il pour autant un avenir ?

1. CNRTL, *TLFi*, v° « Comparer ».

Ainsi, la première chaire autonome de droit pénal à la Faculté de droit de Paris, créée en 1837 et confiée à Ortolan, fut consacrée plus précisément – un peu, il est vrai, par opportunisme – à la « législation pénale comparée ». Le professeur l'occupa pendant plus de trente ans, jusqu'à sa mort en 1873[2]. Ainsi, dans leur éditorial du tout premier numéro, paru en 1936, de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* (nous soulignons), dont le rédacteur en chef était le grand comparatiste Marc Ancel, Louis Hugueney et Henri Donnedieu de Vabres soulignèrent les différentes conceptions de la lutte du crime dans l'Europe d'alors – et pour cause ! – et l'importance que la doctrine française ne donne pas au reste du monde « une impression d'isolement et d'anémie ». Ainsi, après les guerres mondiales où, durant un temps, l'esprit universaliste s'imposa, le droit comparé gagna encore en importance et, même si le droit pénal n'a jamais totalement tendu vers une unification substantielle, « la théorie universaliste elle-même entend[ait] beaucoup plus dégager les principes communs d'un droit modèle que créer une législation de transaction entre des résistances nationales »[3]. Un auteur prudent n'en constatait pas moins, quelques années après la Seconde Guerre mondiale, que « l'unification du droit pénal viendra sans doute à son heure qui n'est pas arrivée »[4].

Depuis lors, cette unification – à défaut d'universalisation, que l'on conçoit fort mal en ces jours où les guerres sont de retour – a progressé avec la création et l'essor du droit international pénal – « répression des crimes de droit international »[5] –, même s'il a alors été question de construire un droit proprement international plus que de regrouper des droits initialement nationaux, la mobilisation du droit comparé n'ayant donc pas été indispensable. Celle-ci s'avère fondamentale, en revanche, en droit pénal international – « répression des infractions présentant un élément d'extranéité »[6]–, où l'application de la loi pénale française à des faits commis en dehors du territoire français peut impliquer l'examen d'un droit étranger en raison, la plupart du temps, de la présence d'une condition de réciprocité. Toutefois, c'est surtout dans le cadre des droits européens, droit du Conseil de l'Europe comme droit de l'Union européenne, que l'unification se réalise notamment par examen et réexamen des différents droits nationaux. En deçà, en effet, de la détermination de principes et de règles communs, ces droits procèdent par harmonisation des droits internes, autrement dit par rapprochement de législations qui demeurent, malgré tout, propres à tel ou tel État. Il apparaît donc indispensable, à cet égard, et de les connaître, et de les comparer.

Aujourd'hui, si les droits pénaux européens ont pris une place majeure dans notre système répressif, les droits pénaux nationaux n'en demeurent pas moins, en Europe comme ailleurs, autonomes et originaux. De sorte que, non seulement, la comparaison reste possible mais, au-delà, elle conserve sa pertinence dans la double optique de mieux comprendre le droit pénal et de le rendre plus opératoire. Est-elle devenue plus simple ou, à l'inverse, plus complexe en raison de ces superpositions et de ces enchâssements de normes ? Bien que le nombre et la diversité laissent à penser que le travail du comparatiste soit de plus en plus redoutable, il ne faut pas oublier qu'un droit commun, au moins pour partie, a point de cet ensemble. Nul, sans doute, mieux que Mireille Delmas-Marty – qui, par formation, ne répugnait pas à étudier le droit pénal – n'a balisé ce chemin depuis sa conférence inaugurale de la chaire « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit » prononcée le 20 mars 2003 au Collège de France.

La comparaison « opératoire », en matière de répression, participe de la politique criminelle – discipline également chère à Marc Ancel, fondateur des *Archives de politique criminelle* –, à propos de laquelle il est difficile de nier que c'est de l'examen de modèles étrangers que certaines évolutions récentes de notre droit pénal

2. Sur cette histoire, v. M. Ventre-Denis, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873), un juriste dans son siècle », *RHFD* 1995, p. 173. V. aussi, du même auteur, « La difficile naissance, à la Faculté de droit de Paris, de la première chaire autonome de droit criminel (1804-1846) », *RHFD* 1991, p. 151.
3. V. J.-B. Herzog, « Les principes et les méthodes du droit pénal comparé », *RIDC* 1957, p. 337, spéc. p. 352.
4. *Ibid*.
5. D. Rebut, *Droit pénal international*, 5e éd., Dalloz, 2025, p. 669.
6. *Ibid*., p. 21.

ont procédé, la réciproque étant sans doute vraie. Parmi tant d'exemples, rappelons que différents outils de lutte contre la corruption ont été inspirés des États-Unis, à l'Ouest (ex. : convention judiciaire d'intérêt public[7]), comme différents outils de lutte contre la criminalité organisée ont été puisés en Italie, au Sud (ex. : statut des repentis[8]). On a également essayé, un temps, de punir dehors[9], à l'instar cette fois des pays du Nord. À chaque fois, néanmoins, outre que l'importation supposait que les deux systèmes – modèle et épigone – soient au moins en partie compatibles, ou du moins qu'ils puissent l'être perçus *mutatis mutandis*, la chose s'est opérée moyennant des adaptations pour ne pas heurter la tradition juridique du système modifié. Outre que la greffe n'a pas toujours pris – on ne punit pas beaucoup dehors, en France… –, la tradition a parfois pu être un peu flétrie par ce contact avec un élément allogène. Les effets reconnus à une reconnaissance de culpabilité, ainsi, étrangers au système répressif français en dehors d'une condamnation au sens strict avant 1999 sauf dans certains domaines para-pénaux –, ont eu beaucoup de succès, ces dernières années, de sorte que l'on envisage même, en ce moment, d'instaurer une procédure de jugement des crimes reconnus. Une telle procédure existe d'ailleurs déjà dans plusieurs autres pays européens. Elle implique pourtant un changement culturel majeur, voire, selon certains, quelques déformations de certains de nos grands principes.

Partons à l'Est, en Allemagne, pour parler de la comparaison « informative » – ou « explicative » ? Le débat très contemporain sur l'existence de valeurs protégées par le droit pénal français se nourrit d'éléments issus de droits étrangers, notamment du droit allemand[10]. Le professeur Xavier Pin a ainsi pu mobiliser ces éléments pour rethéoriser une partie du droit pénal général[11], avec un effet éclairant indéniable. Que l'on soit d'accord ou pas avec cette autre façon de comprendre plusieurs mécanismes-clés de la répression pénale, il en résulte un gain tant scientifique que pédagogique, la présentation monolithique d'un objet juridique – dont la génération, même inscrite dans un système, s'avère toujours complexe – confinant rarement à la vérité – qui, on le sait, jaillit plutôt de la contradiction.

Cela étant écrit, a-t-on répondu à la question de départ : le droit comparé est-il l'avenir du droit pénal ? Si la mobilisation de celui-là au profit de celui-ci suppose bien ce que nous venons d'exposer, alors nous l'espérons. Sans être universaliste, rejoignant Jacques-Bernard Herzog – dont, on rappellera, par chauvinisme, qu'il a soutenu sa thèse en 1942 à Toulouse sur le Tribunal suprême d'Espagne, autrement dit en droit comparé –, nous n'en croyons pas moins à l'universalité de certains principes et de certaines valeurs. Le droit comparé révèle alors, parfois, de tristes réalités, par exemple celle que la majorité de la population mondiale se trouve, encore de nos jours, soumise à la menace de la peine de mort. Par ailleurs, il a souvent été reproché aux pénalistes français leur faible appétence pour la théorie, le réalisme cru de la délinquance et de son combat incitant peut-être par trop à regarder ses pieds plutôt qu'à lever son nez. Dès lors, la lecture de certains auteurs étrangers apporte parfois un réconfort à ceux qui considèrent, à l'instar de Pellegrino Rossi, que « mépriser la théorie, c'est avoir la prétention excessivement orgueilleuse d'agir sans savoir ce qu'on fait, et de parler sans savoir ce qu'on dit »[12].

Il est néanmoins difficile d'être pénaliste et comparatiste, non pas tant aujourd'hui pour des questions de langue ou de culture, dont l'éducation favorise la connaissance et auxquelles, à défaut, un usage raisonné de la technologie permet d'accéder, que pour des questions de profusion de normes internes. Quand on étouffe avec son propre droit, et que l'on a déjà du mal à connaître et comparer des règles internes, il devient ardu de trouver du temps et des ressources pour étudier les droits étrangers. C'est dommage car, pour toutes les raisons qui précèdent, il y aurait tout à y gagner.

7. C. proc. pén., art. 41.
8. Appelés, en France, « collaborateurs de justice » : v. C. pén., art. 132-78 et C. proc. pén., art. 706-63-1 et s.
9. V. le rapport issu de la *Conférence de consensus, Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive*, 20 févr. 2013.
10. V. surtout J. Walther, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand : contribution à une théorie générale de l'illicéité*, th. dactyl. Nancy 2 et Université de la Sarre, 2003, J.-F. Seuvic et H. Jung (dir.).
11. V. X. Pin, *Droit pénal général*, 17e éd., Dalloz, 2026.
12. V. la préface à la 2de éd. de son *Traité de droit pénal*, Guillaumin et Cie, 1855.

Vers un renouvellement des méthodes de la recherche en droit public comparé ?

Thomas Perroud
Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (CERSA CNRS)

L'ambition de cette contribution est modestement d'essayer de dresser une liste des thèses récentes qui ont innové par la méthode qu'elles ont choisie et qui renouvellent la façon dont on peut faire une thèse en droit public comparé aujourd'hui. En plus de faire un état – non exhaustif – de ces recherches, il s'agit aussi de leur rendre hommage, tant le choix de renouveler les méthodes de la recherche au moment de la thèse témoigne de courage[1].

Il semble en effet que l'on assiste depuis quelques années à de nouvelles propositions méthodologiques. À dire vrai, la recherche en droit avait déjà connu un changement avec l'analyse économique du droit, qui fut très populaire dans les années 2000. La thèse de Laurent Vidal en est une illustration[2]. Aujourd'hui, on assiste à un renouvellement à partir d'autres méthodes. On peut d'ailleurs noter les tentatives de chercheurs plus confirmés, comme Julien Bétaille, qui réfléchit à l'introduction des analyses empiriques dans le cadre des recherches en droit de l'environnement[3]. On peut aussi rajouter dans cette veine de recherche qui vise à rapprocher le droit de la sociologie le projet ANR REGINE[4].

Ce renouveau n'est certainement pas étranger à des changements profonds qui ont affecté le travail du juge depuis les vingt dernières années au moins : le droit de la concurrence a imposé aux juristes dans ce domaine de se frotter à l'économie, le droit des discriminations appelle une ouverture aux sciences sociales[5] (la notion européenne de discrimination indirecte, par exemple, requiert de dépasser la dogmatique[6]). De façon plus générale, le contentieux des droits fondamentaux ouvre le droit à des considérations plus politiques. Les objets des juristes ont aussi changé : le contrôle des instruments de *soft law* par le juge impose ainsi de repenser les

1. V. aussi : A. Amado et A. Desprairies (dir.), *Le tournant des méthodes empiriques en droit ?*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », vol. 41, 2025.
2. L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, coll. « Droit administratif/Administrative Law », 2005.
3. V. ici la présentation du programme de recherche : https://empiriquedroitenvironnement.wordpress.com/a-propos/.
4. V. la présentation ici : https://anr.fr/Projet-ANR-11-BSH1-0010.
5. V. à cet égard le raisonnement du Conseil d'État dans l'arrêt *Perreux* : CE, Ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *M^me^ Perreux*, *Rec.* p. 407.
6. La dogmatique désigne l'étude savante, systématique et rationnelle du droit positif. Son objectif principal est de conceptualiser, d'interpréter et d'ordonner les normes juridiques.

objets à étudier, ouvre vers des objets dont la juridicité est plus faible. Les techniques du juge européen, comme la proportionnalité, imposent des réflexions en termes d'efficacité de la norme juridique. Il n'est donc pas étonnant qu'en parallèle, la recherche évolue pour sortir de la seule dogmatique. Il faut signaler par souci d'exactitude que les recherches en histoire du droit ont, elles, toujours été ouvertes sur les sciences sociales et adoptent d'ailleurs des méthodes empiriques. On peut le voir dans la thèse de Guillaume Boudou sur la liberté d'association, par exemple[7].

Une dernière considération doit être mentionnée. La combinaison de l'arrivée des *legaltech* dans le paysage de la recherche juridique avec la constitution de corpus immenses de textes et de l'IA aura certainement des conséquences pour la recherche à venir. L'IA va permettre de traiter la masse des décisions juridictionnelles et donc de renouveler nos méthodes empiriques.

Afin d'illustrer ce renouveau méthodologique au sein de la recherche en droit public, cette contribution s'articulera autour de quatre axes principaux. Nous examinerons d'abord le renouvellement du droit public comparé par l'analyse doctrinale comparée, à travers les travaux de Camille Bordère et Lucien Carrier. Dans un second temps, nous aborderons le recours aux entretiens et aux méthodes empiriques, en nous appuyant notamment sur la thèse de Yannick Ganne. Nous explorerons ensuite les ressources offertes par l'analyse statistique comparée des textes, telle qu'elle est mise en œuvre par Marta Aurino. Enfin, nous terminerons par l'approche consistant à « penser par cas », en analysant les recherches de Rémi Poirot et de Rocío del Pilar Trujillo Sosa.

I. L'analyse doctrinale comparée

Nous voudrions évoquer ici deux thèses soutenues sous la direction de Marie-Claire Ponthoreau, qui permettent de mettre l'accent non pas sur la comparaison d'institutions juridiques mais sur la comparaison du regard de la doctrine sur un même objet. À cet égard, ces deux thèses s'inscrivent certainement – mais sans le revendiquer – dans le mouvement ouvert par l'histoire des représentations avec des auteurs comme Roger Chartier[8] ou Alain Corbin[9]. Avec ces deux thèses, il s'agit de montrer comment la question de la représentation que les juristes se font de leur système peut être déterminante dans l'analyse d'une question juridique. Il n'y a que la comparaison qui peut mettre en évidence – et du coup, permettre de relativiser – la façon dont une culture juridique se représente un problème de droit. Ces deux thèses sont celles de Camille Bordère et de Lucien Carrier.

La thèse de Camille Bordère rédigée sous la direction de Marie-Claire Ponthoreau et soutenue en 2023 illustre parfaitement notre propos (*La justice algorithmique. Analyse comparée (France/Québec) d'un phénomène doctrinal)*[10]. Il s'agit d'une thèse sur la doctrine, mais sur la doctrine comparée : son propos est de confronter la façon dont les doctrines française et québécoise abordent un nouvel objet, la justice algorithmique. Afin de pouvoir comparer la façon dont les deux doctrines pensent cette question, elle a constitué un corpus d'articles dans les deux systèmes. Elle présente ainsi de façon convaincante sa méthode :

> « si effectivement le phénomène doctrinal que constitue la justice algorithmique n'est pas observable comme pourrait l'être un objet naturel, la modalité de sa connaissance que constitue le discours doctrinal français qui se porte sur lui est, quant à elle, saisissable. […] L'empirie, c'est-à-dire la mise en place d'une méthode de récolte, de compilation et de traitement de données, permettra donc d'"objectiver" la présence de ces marqueurs au sein du discours – en d'autres termes, il s'agira d'un outil technique de cadrage d'une analyse qui, sur le plan qualitatif, reste tout aussi construite et constructive que le discours

7. G. Boudou, *L'émergence de la liberté d'association en droit français (1810-1848). Apports de la législation et de la pratique judiciaire pénales*, LGDJ, coll. « Thèses de l'Institut francophone pour la justice et la démocratie », 2020, préf. Chr. Bruschi et J.-L. Halpérin.
8. V. R. Chartier, « Le monde comme représentation », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1989, vol. 44, n° 6, p. 1505.
9. A. Corbin, « Le vertige des foisonnements », *Revue d'histoire moderne et contemporaine* 1992, vol. 39, p. 103.
10. C. Bordère, *La justice algorithmique. Analyse comparée (France-Québec) d'un phénomène doctrinal*, Lefebvre Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2025, n° 243.

l'est lui-même. […] C'est précisément l'objectif que poursuit cette analyse empirique dans le cadre de notre étude : traiter un ensemble de données de manière semi-automatisée et semi-standardisée pour offrir un panorama, une photographie, du phénomène doctrinal que représente la réception de la justice algorithmique ».

La méthode de M^me^ Bordère est donc statistique :

« Cette analyse est menée grâce à un tableur permettant de quantifier la mobilisation d'un certain nombre d'arguments déterminés au fur et à mesure de la constitution du corpus et correspondant aux arguments apparaissant le plus souvent dans ces contributions. […] Ces contraintes et choix méthodologiques pris en compte, notre corpus se compose, au 31 décembre 2022, de 486 contributions, 284 appartenant au discours dit "académique", 183 appartenant au discours dit "praticien" et 28 appartenant au discours Legaltech ».

À partir de la constitution de ces deux corpus, dans deux pays, la thèse permet de comprendre comment les deux doctrines ont abordé ce nouvel objet et apporte un éclairage tout à fait neuf sur les tropismes de la doctrine.

Dans cette même veine, nous pouvons classer la thèse de Lucien Carrier, intitulée *Nommer le Royaume-Uni : La classification des formes politiques au prisme des traditions savantes britannique, française et canadienne*[11], qui est une véritable thèse d'histoire des représentations. Elle se propose d'explorer, à partir du droit constitutionnel comparé, l'hypothèse selon laquelle un même objet constitutionnel peut susciter simultanément plusieurs descriptions également plausibles selon les traditions savantes qui s'en saisissent. La question qui anime la recherche est formulée ainsi par l'auteur : « dans quelle mesure la classification de la forme politique du Royaume-Uni dépend-elle des usages savants des traditions britannique, française et canadienne ? » Le choix du Royaume-Uni comme objet d'étude n'est pas fortuit : cette forme politique, qui n'est ni un État unitaire au sens strict ni un État fédéral formellement consacré, résiste aux catégories classiques du droit constitutionnel et fonctionne dès lors comme un révélateur des logiques classificatoires propres à chaque tradition. L'auteur précise que son objet n'est pas tant la forme politique britannique elle-même que la manière dont elle devient intelligible – ou non – à travers des dispositifs conceptuels situés, de sorte que la thèse relève moins d'une comparaison de droits positifs que d'une comparaison de regards, de représentations sur le droit.

Pour conduire cette investigation, la recherche déploie une méthode empirique et métadiscursive originale : le corpus principal est constitué des listes de lecture (*reading lists*) et des manuels prescrits aux étudiants de première année dans vingt-sept universités britanniques, ainsi que dans des établissements canadiens et français. Ce support permet de reconstruire les architectures implicites du savoir enseigné – ses silences, ses insistances et ses partis pris. En croisant une approche quantitative (fréquence et centralité des textes recommandés) avec une analyse qualitative des discours ainsi identifiés, la thèse met en lumière les biais méthodologiques, les impensés et les particularismes épistémologiques qui conditionnent la production et la transmission du savoir constitutionnel selon les contextes académiques.

Cette posture, que l'auteur qualifie de « comparatisme réflexif », vise à déplacer le centre de gravité de la comparaison : il ne s'agit plus seulement de comparer des droits, mais d'interroger les conditions de possibilité d'un discours savant sur le droit, en révélant les structures intellectuelles invisibles qui informent toute mise en forme du droit constitutionnel.

Si l'analyse doctrinale comparée permet de déconstruire les représentations savantes par l'étude des textes, une autre approche cherche à comprendre les dynamiques sous-jacentes à cette production intellectuelle. C'est précisément ici que l'usage des entretiens devient un levier méthodologique indispensable : il permet de saisir, au-delà des discours publiés, les structures de pouvoir et les logiques sociales qui animent le champ académique.

11. L. Carrier, *Nommer le Royaume-Uni : la classification des formes politiques au prisme des traditions savantes britannique, française et canadienne*, th. dactyl. Bordeaux et Université de McGill, 2025, M.-C. Ponthoreau (dir.).

II. L'utilisation d'entretiens

Yannick Ganne a, lui, produit une thèse sous la direction d'Éric Maulin intitulée *L'ouverture des facultés de droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain*[12]. Cela pourrait être une thèse d'histoire doctrinale hors de notre champ, mais en réalité les méthodes utilisées pour analyser la doctrine sont aussi empiriques. Le corpus utilisé est défini par référence à des méthodes d'identification non juridiques :

> « En la matière, seront privilégiés la mention et l'usage des travaux produits par les professeurs les plus investis ou les plus prestigieux – qui sont souvent les mêmes – au sein de ces mouvements. Pour le déterminer, leur participation aux instances administratives et stratégiques des associations (lorsqu'ils ont occupé les positions de présidents ou de membres des conseils d'administration) ou des revues (lorsqu'ils ont participé aux comités éditoriaux) fourniront des indices précieux. Par ailleurs, la récurrence de certains auteurs dans la littérature – comme Richard Posner pour Law & Economics ou Elizabeth Mertz pour le New Legal Realism – permettront d'identifier les principaux acteurs de ces approches et de nous intéresser, en priorité, à leurs travaux ».

Autrement dit, le mode de sélection des travaux étudiés a impliqué une réflexion sur les structures de pouvoir du champ académique étudié et un traitement objectif par l'identification de critères. En outre, cette méthode est complétée par une autre : « […] pour compléter ces matériaux publiés et facilement accessibles, la présente recherche s'appuiera sur des données originales provenant de conversations et entretiens avec des professeurs et chercheurs américains et de séjours de recherche sur place ».

Le travail de Yannick Ganne s'inscrit donc bien, encore une fois, dans le renouvellement des méthodes de la recherche en droit public. Il faut aussi signaler que la thèse de Yannick Ganne n'est pas isolée dans son objet, puisque l'on trouve aussi celle de Matthieu Gaye-Palettes[13] qui s'intéresse, de façon plus large, à l'empirisme dans la recherche juridique et traduit la poursuite, par une nouvelle génération de chercheurs, d'un renouveau des méthodes en droit.

Si l'usage des entretiens et l'approche sociologique permettent d'éclairer les dynamiques humaines et institutionnelles à l'œuvre dans la production du droit, une autre méthode, résolument quantitative, permet de changer d'échelle. C'est ce que propose l'analyse statistique comparée des textes : en s'appuyant sur le traitement massif de données juridiques, elle offre une perspective macro-comparatiste capable de cartographier l'hybridation des systèmes juridiques mondiaux, bien au-delà des cadres conceptuels traditionnels.

III. Les ressources de l'analyse statistique comparée des textes

Nous voudrions détailler ici la méthode mise en œuvre par Marta Aurino dans sa thèse intitulée *Les modèles de justice constitutionnelle : entre inadéquation et innovation. Pour une analyse multidimensionnelle de la justice constitutionnelle comparée*[14]. Ce travail se donne pour objet de réévaluer et de dépasser la bipartition classique entre les modèles américain (diffus) et européen (concentré) de justice constitutionnelle. Constatant que ces modèles traditionnels ont progressivement perdu leur capacité analytique face à la diversité croissante et à l'hybridation des systèmes juridiques mondiaux, l'auteure choisit délibérément la seconde des deux voies qui s'offrent à la doctrine : non pas l'élaboration de nouveaux modèles théoriques, mais la construction d'un outil d'analyse novateur, mieux adapté à la complexité contemporaine. L'auteure qualifie sa démarche de macro-comparatiste, empirique, polythétique et interdisciplinaire.

12. Y. Ganne, *L'ouverture des facultés de droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain,* Institut francophone pour la justice et la démocratie, coll. « Collection des thèses », t. 209, 2021, av.-pr. É. Maulin, préf. F. Audren.
13. M. Gaye-Palettes, *Recherche juridique et empirisme : du réalisme juridique aux* Empirical Legal Studies*,* th. dactyl. Toulouse, 2023, W. Mastor (dir.).
14. M. Aurino, *Les modèles de justice constitutionnelle : entre inadéquation et innovation. Pour une analyse multidimensionnelle de la justice constitutionnelle comparée*, th. dactyl. Bordeaux et Università degli Studi di Napoli Federico II, 2024, F. Hourquebie et L. Cappuccio (dir.).

L'objet de la recherche est défini autour d'une question centrale : comment rendre compte du rôle effectif des juridictions constitutionnelles à l'échelle mondiale, en dépassant les biais ethnocentriques et les rigidités classificatoires inhérentes aux modèles euroatlantiques ? Pour y répondre, l'auteure procède à une analyse normative exhaustive portant sur 183 juridictions mondiales, intégrant non seulement les cours constitutionnelles *stricto sensu*, mais aussi les juges ordinaires, les chambres spécialisées et les organes politiques exerçant un contrôle de constitutionnalité au sens matériel. Le corpus normatif mobilisé dépasse les seules constitutions : il englobe les lois organiques, les lois constitutionnelles et les règlements de procédure, dont les dispositions varient significativement d'un système à l'autre. Les données textuelles sont extraites de manière systématique à partir d'une source unique – constituteproject.org – afin de réduire les biais de sélection liés à l'inégale disponibilité de la littérature selon les régions du monde.

La mise en œuvre de la méthode repose sur une approche en deux temps. Dans un premier temps, l'auteure procède à la construction d'une base de données relationnelle à l'aide d'un logiciel spécialisé, dans laquelle chaque système juridique est codé selon une matrice disjonctive binaire : pour chaque variable institutionnelle, la valeur 1 indique la présence de la caractéristique, la valeur 0 son absence. Les variables retenues sont organisées en trois familles, correspondant aux trois dimensions analytiques de l'outil : les normes de référence du contrôle (paramètre minimal limité à la seule constitution, catalogue interne ou externe de droits, intégration de normes supranationales, système multiniveau) ; les voies d'accès à la justice constitutionnelle (contrôle préventif des lois et des traités, contrôle *a posteriori*, contrôle incident par voie préjudicielle, filtrage par le juge ordinaire ou par les juridictions suprêmes, saisine *ex officio*, accès direct des citoyens, des parlementaires, des organes décentralisés, de l'*ombudsman* ou de l'*amicus curiae*) ; et les fonctions exercées par les juridictions (contrôle de constitutionnalité des lois, protection des droits et libertés, recours en *amparo*, action populaire, contentieux électoral, conflits intersubjectifs et interorganiques, contrôle des référendums, procédure d'*impeachment*).

Dans un second temps, ces données qualitatives codées sont soumises à l'analyse des correspondances multiples (ACM), technique statistique multivariée développée en France par l'école de Jean-Paul Benzécri à partir des années 1960 et mobilisée notamment par Pierre Bourdieu dans ses travaux de sociologie. L'ACM transforme le tableau de contingence en une représentation graphique factorielle, en réduisant la matrice initiale à un nombre limité de dimensions synthétisant les combinaisons de variables. Contrairement aux modèles traditionnels construits *a priori* puis appliqués à la réalité, cette technique opère *a posteriori* : ce sont les données elles-mêmes qui pilotent la représentation. Les systèmes juridiques sont positionnés dans un espace factoriel selon leur distance au barycentre – la moyenne des caractéristiques analysées –, de sorte que la proximité entre deux points reflète la similarité de leurs profils institutionnels, tandis que l'éloignement du centre signale l'atypicité d'un système. L'auteure insiste sur le fait que l'outil ainsi construit est ouvert, dynamique et didactique : il permet d'ajouter ou de modifier des variables, et n'a pas vocation à remplacer l'analyse qualitative contextuelle, mais à la compléter par une vue d'ensemble visuelle et synthétique.

L'auteure identifie et assume explicitement trois biais inhérents à cette démarche : un biais de catégorisation, lié à la nécessité de simplifier la réalité en arrêtant la subdivision des variables à un certain niveau de granularité ; un biais de sélection, découlant de l'inégale profondeur de la littérature disponible selon les régions ; et un biais méthodologique, tenant au caractère non hiérarchique de l'ACM, qui traite toutes les variables comme équivalentes sans pondérer leur importance relative.

Les résultats de la recherche démontrent que le rôle des juridictions constitutionnelles s'est profondément transformé, passant d'un simple contrôle de légalité à une fonction plus large de régulation politique et institutionnelle. Les graphiques issus de l'ACM révèlent l'absence d'homogénéité que supposaient les modèles traditionnels : aucun système ne se conforme parfaitement à l'un ou l'autre idéal-type, et la plupart appartiennent simultanément à plusieurs dimensions. L'étude met notamment en évidence l'émergence d'un spectre d'accessibilité allant des systèmes les plus fermés – où seules les

institutions gouvernementales peuvent saisir le juge – aux plus ouverts, intégrant le droit supranational et permettant l'accès direct des citoyens. Elle révèle également une corrélation forte entre les modalités d'accès et la légitimité perçue de la Cour : plus l'intervention est éloignée dans le temps de l'adoption de la loi, plus la juridiction est perçue comme une garantie neutre de la démocratie constitutionnelle. Enfin, l'analyse des fonctions montre un recul relatif du contrôle de constitutionnalité des lois au profit de fonctions d'arbitrage des conflits politiques internes, l'Amérique latine se distinguant comme la région la plus dynamique dans cette évolution. L'outil multidimensionnel ainsi élaboré permet, selon l'auteure, de libérer la réflexion juridique des contraintes conceptuelles imposées par les modèles traditionnels et de mieux rendre compte de l'essence des systèmes hybrides contemporains.

Si l'analyse statistique permet de saisir les systèmes juridiques dans leur globalité et leurs dynamiques macroscopiques, une autre voie méthodologique privilégie l'immersion dans la singularité. C'est l'approche par le « cas », qui cherche à produire de la généralité non par la multiplication des données, mais par l'analyse fine de terrains spécifiques, permettant ainsi d'observer comment les normes se déploient concrètement dans des contextes locaux.

IV. Penser par cas

La manière française du droit, pour reprendre le titre de la thèse de Quentin Epron[15], se caractérise par son idéalisme : elle est centrée sur l'étude de grandes notions. En regard, les sciences sociales vont penser par cas et chercher des terrains. Ce sont deux façons d'observer la réalité radicalement différentes. L'enjeu ultime est bien sûr, comme le relève le livre dirigé par Jean-Claude Passeron et Jacques Revel, d'arriver à produire de la généralité à partir de situations singulières[16] mais le moyen est différent. Nous voudrions ici parler de deux thèses de droit comparé qui ont essayé, chacune de façon très différente, de partir de cas.

La thèse de Rémi Poirot[17], consacrée à l'organisation institutionnelle et financière des métropoles du Grand Paris, du Grand Londres et de New York, est à la fois une thèse traditionnelle de droit comparé puisqu'elle utilise largement la méthode fonctionnaliste à partir d'une notion juridique – celle de métropole –, et en même temps nouvelle en ce qu'elle s'intéresse bien à des cas en même temps qu'à une grande institution juridique. Ici, cas et notion juridique sont étroitement intriqués.

La nouveauté de la démarche de ce travail ne tient pas seulement dans la méthode, il faut le remarquer, mais aussi dans l'investissement dans un objet que les juristes ont longtemps délaissé au profit des politistes, des économistes ou des géographes. L'auteur souligne en effet que le droit s'est historiquement méfié du fait urbain, s'efforçant de banaliser la spécificité des grandes villes en leur appliquant des catégories juridiques uniformes, ancrées dans un modèle d'administration de proximité. Pour dépasser cette carence, la thèse articule une méthode dont la rigueur repose sur quatre choix méthodologiques explicitement assumés. À cet égard, cette thèse nous fait penser au geste de Jean-Bernard Auby qui, en publiant son ouvrage sur le droit de la ville, s'intéresse à un objet social plutôt qu'à une notion juridique et examine la façon dont le droit appréhende cet objet social[18].

Nous détaillerons ici deux choix méthodologiques qui nous semblent importants dans cette thèse.

Le premier choix consiste dans la définition de l'objet de la comparaison : non pas les institutions métropolitaines en tant que telles, mais leur statut, entendu comme l'ensemble cohérent des règles constitutionnelles, législatives et réglementaires – institutionnelles et financières – qui déterminent la condition juridique de ces trois métropoles. L'auteur reproche aux travaux antérieurs d'ignorer le régime financier et fiscal. La thèse se distingue ainsi par une double transver-

15. Q. Epron, *La manière française du droit. Contribution à l'histoire des méthodes juridiques de l'Humanisme aux pré-Lumières*, th. dactyl. Paris-Panthéon-Assas, 2006, S. Rials (dir.).
16. J.-Cl. Passeron et J. Revel (dir.), *Penser par cas*, Éditions de l'EHESS, coll. « Enquête », 2005.
17. R. Poirot, *L'organisation institutionnelle et financière des métropoles du Grand Paris, du Grand Londres et de New York*, th. dactyl. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2024, M. Caron (dir.).
18. J.-B. Auby, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la ville*, 2e éd., LexisNexis, 2016.

salité : elle élargit l'analyse au droit des finances locales et intègre des éléments de gestion financière concrète – quelque soixante-dix tableaux de données chiffrées tirés de sources publiques officielles – pour vérifier que les prétentions institutionnelles des métropoles sont effectivement soutenues par des moyens adéquats. Il s'agit donc bien d'un travail qui essaye de confronter une notion à une réalité, accessible par la comptabilité. Cette ouverture aux finances locales et à la gestion est importante dans les conclusions du travail.

Le deuxième choix porte sur la méthode comparative elle-même. L'auteur s'inscrit explicitement dans la tradition fonctionnaliste du droit comparé. Cette approche conduit à partir d'un problème factuel commun – le processus de métropolisation – pour analyser la manière dont les règles de trois systèmes distincts tentent d'y répondre. Toutefois, l'auteur reconnaît les limites d'un fonctionnalisme pur, qui resterait trop positiviste en se concentrant sur les seules normes. Il lui adjoint donc une dimension contextualiste, mobilisant tous les éléments extrajuridiques – données politiques, économiques, financières – permettant de saisir « l'atmosphère » et le « style » propres à chacun des ordres juridiques comparés, et d'éclairer le sens profond des règles soumises à l'analyse.

L'un des résultats importants de ce travail – grâce à l'étude comparée d'éléments comptables – est de mettre en évidence un manque manifeste de ressources propres et donc une dépendance structurelle à l'égard des dotations étatiques. L'auteur établit, à l'appui de ces quelque soixante-dix tableaux de données financières, que dans les trois cas, les pouvoirs étatiques demeurent les acteurs principaux de la prise en charge des affaires métropolitaines, réduisant les nouvelles autorités à un rôle supplétif. Ce résultat commun, obtenu dans trois systèmes juridiques pourtant distincts, constitue le principal apport comparatif de la thèse : il révèle que l'échec de la restructuration métropolitaine n'est pas le produit d'une défaillance propre à l'un des trois systèmes, mais le résultat d'une logique commune par laquelle les pouvoirs étatiques ont délibérément privé les nouvelles autorités des moyens nécessaires à l'accomplissement de leurs missions.

Nous voudrions enfin évoquer la méthode d'une thèse que nous avons codirigée avec Gilles J. Martin. Il s'agit du travail de Rocío del Pilar Trujillo Sosa, intitulé *Le concept de communs naturels complexes. Étude comparée de droit de l'environnement et de la gouvernance des milieux naturels*, soutenu le 24 juin 2025 à l'Université Paris-Panthéon-Assas[19].

L'auteure met en place un dispositif analytique sur mesure pour l'étude de son objet et l'élaboration de la notion de commun naturel complexe, dont la principale innovation réside dans une combinaison raisonnée de méthodes qui articulent le droit comparé et les études de cas. Cette approche, qualifiée de « *multi-method legal research* », met en œuvre un jeu constant de variations des échelles d'analyse. La recherche nous porte ainsi de l'échelle macro des ordres juridiques nationaux à l'échelle micro de deux terrains locaux, un fil rouge thématique – la protection des grands prédateurs – assurant la cohérence du passage d'une focale à l'autre.

Cette méthode permet de comprendre comment peuvent fonctionner deux communs dans deux États que tout oppose. Si la démarche comparatiste n'est pas une nouveauté, c'est la façon dont l'auteure s'en saisit à partir d'études de cas, c'est-à-dire d'une échelle micro, qui constitue l'originalité de ce travail et permet de comprendre les interactions entre un commun et son environnement juridique. Nous étudierons ces deux aspects l'un après l'autre.

Le recours au droit comparé est d'abord justifié par une finalité purement épistémique : il ne s'agit ni de promouvoir une improbable harmonisation, ni d'importer des solutions étrangères, mais bien, d'abord, de produire de la connaissance. La comparaison entre la France et les États-Unis, au-delà de l'opposition classique entre droit civil et *common law*, se révèle particulièrement féconde en raison de leurs conceptions divergentes du rôle de l'État et de l'intérêt public, notions cardinales dès lors que l'on aborde la gouvernance. L'objectif est de « dénaturaliser » les solutions du droit français, de les observer avec un regard neuf, informé par l'altérité du système américain.

19. Cette thèse sera publiée dans la Bibliothèque des Thèses de la LGDJ (Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement).

Dans sa mise en œuvre, la thèse déploie une comparaison que l'on pourrait qualifier d'« éclairée ». Prenant appui sur un fonctionnalisme classique pour initier le dialogue entre les systèmes (à un problème commun, la disparition des espèces, quelles réponses juridiques ?), elle s'en affranchit aussitôt pour éviter le piège de la décontextualisation. L'analyse s'attache alors à restituer les règles dans leur cadre procédural, institutionnel et conceptuel, se montrant particulièrement attentive aux cultures juridiques. C'est ainsi que la première partie de la thèse met en œuvre cette méthode. Elle compare les régimes de protection des espèces dans les deux pays, non pour simplement juxtaposer des règles, mais pour révéler, au-delà des différences de traditions juridiques, une logique partagée d'approche verticale et fragmentaire de la nature, et une tendance commune à une judiciarisation excessive des conflits.

Malgré ce point commun, la thèse met aussi en évidence de fortes différences dans la façon dont les communs sont ou pas intégrés au droit de chaque pays. En France, les communs tendent à être pensés soit comme des objets à intégrer dans les cadres existants (service public, propriété publique, participation), soit comme des expériences locales qui peinent à trouver une reconnaissance juridique stable sans être absorbées par l'État ou par des logiques de marché, ce qui peut nuire à l'élaboration de solutions locales par les collectifs. Aux États-Unis, l'État fédéral et les agences restent très présents, mais leur action passe par des procédures de concertation, des mécanismes de participation et de compromis, avec en arrière-plan la possibilité d'une intervention plus unilatérale (réglementation, contentieux, sanctions) si ces arrangements échouent.

D'où l'idée, dans la thèse, que la réussite des communs ne dépend pas seulement de « bonnes règles locales », mais de la manière dont les systèmes juridiques nationaux acceptent (ou non) de laisser une place réelle à ces formes de gouvernance partagée.

Le passage à la méthode des études de cas est justifié par l'objet même de la seconde partie de la recherche : les structures de gouvernance collaborative. Comment l'auteure met-elle en œuvre sa méthode ? L'auteure recourt aux sciences politiques pour définir son objet et sélectionner ses deux cas d'étude – l'Institution patrimoniale du Haut-Béarn (IPHB) en France et le Blackfoot challenge (BC) aux États-Unis – sur la base de critères précis (problématique commune, recul temporel, accessibilité des sources). L'analyse de ces cas, nourrie par une riche littérature en sciences sociales, demeure cependant résolument juridique. Elle s'appuie sur une grille de lecture originale, distinguant les aspects juridiques externes (le droit qui encadre la structure) et internes (le droit produit par la structure), et mobilise une perspective « intradisciplinaire » qui décloisonne les branches du droit pour saisir la complexité des normativités à l'œuvre. La seconde partie de la thèse est ainsi consacrée à cette analyse fine. L'IPHB et le BC ne sont pas comparés l'un à l'autre, mais étudiés comme deux « laboratoires » révélant comment les cadres nationaux (analysés en première partie) sont reçus, adaptés et parfois contournés par les acteurs locaux. C'est de cette observation que l'auteure tire la matière nécessaire pour forger, en conclusion de son travail, la proposition conceptuelle des « communs naturels complexes ». L'étude de cas permet donc de déboucher sur une proposition conceptuelle, ce qui est une façon différente d'envisager la notion dans la recherche juridique.

V. Conclusion

Au terme de cet état des lieux, il apparaît clairement que la recherche en droit public comparé traverse une période de mutation stimulante. Loin de constituer de simples ajustements techniques, les travaux ici analysés témoignent d'une volonté partagée de dépasser les limites de la dogmatique traditionnelle pour mieux appréhender la complexité des objets juridiques contemporains.

Le renouvellement de l'analyse doctrinale (Camille Bordère et Lucien Carrier) nous apprend à traiter la doctrine non comme un simple miroir du droit, mais comme un objet d'étude en soi, en comparant les représentations et les structures intellectuelles qui informent le discours savant. Le recours aux méthodes empiriques et aux entretiens (Yannick Ganne) permet de débusquer les dynamiques de pouvoir au sein du champ académique, offrant une lecture sociologique indispensable à la compréhension du droit savant. La puissance de l'analyse statistique comparée des textes (Marta Aurino) ouvre des perspectives macro-comparatistes inédites. En s'af-

franchissant des modèles bipartites classiques, cette approche permet de cartographier l'hybridation réelle des systèmes juridiques mondiaux. L'approche par le « cas » (Rémi Poirot et Rocío del Pilar Trujillo Sosa), enfin, réconcilie la généralité de la norme avec la singularité des situations locales. Qu'il s'agisse de métropoles ou de « communs naturels », cette méthode permet de saisir comment les cadres nationaux sont reçus et adaptés au niveau local.

Ces cas révèlent, me semble-t-il, deux choses. D'une part, une minorité de chercheurs essaye désormais de sortir de la dogmatique et de penser de nouvelles problématiques juridiques, une nouvelle façon de parler du droit à partir du droit. D'autre part, cette ouverture est acceptée par l'institution, puisque ces thèses ont été bien reçues par les jurys de soutenance, qualifiées et même davantage parfois. On ne peut certes pas parler de tournant réaliste[20], mais on sent en tout cas un frémissement de bon augure.

20. V. Chr. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits* 2010/1, vol. 51, p. 137.

Rétrospective

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise en partenariat avec le Laboratoire de droit civil et, le cas échéant, un autre centre de recherche de l'Université Paris-Panthéon-Assas, et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

« La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique », Julien Bonnecase[1]

Frédéric Audren
Directeur de recherche au CNRS (LIER-Fonds Yan Thomas / EHESS, UMR 8065)

Certaines œuvres semblent vouées à l'oubli : elles sortent peu à peu du champ de la lecture, cessent d'être commentées et disparaissent progressivement du paysage intellectuel. Il arrive pourtant qu'un changement de contexte historique, épistémologique ou culturel, les fasse soudainement resurgir. Ce qui paraissait daté, dépassé, voire dénué de pertinence, retrouve alors une force et une actualité inattendues. La relecture de ces œuvres peut même révéler qu'elles avaient, à leur manière, pressenti ou formulé des questions que leur propre époque n'était pas encore en mesure de pleinement saisir. Ainsi, leur retour ne relève pas de la simple redécouverte : il modifie rétrospectivement leur statut et confère le caractère de précurseur ou de novateur à ce qui avait d'abord été jugé obsolète. Peut-être la grandeur ne réside-t-elle pas d'abord dans des qualités intrinsèques (cohérence interne, originalité conceptuelle, maîtrise stylistique), mais dans une capacité à s'actualiser, c'est-à-dire à produire du sens dans des contextes de réception distincts de celui de sa production. La valeur d'une œuvre se jouerait ainsi moins dans ce qu'elle est en elle-même que dans ce que ses lecteurs successifs, contemporains, futurs ou virtuels, parviennent à en faire, déplaçant l'attention portée à l'intention de l'auteur

1. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique », *RTD civ.* 1911, p. 317 et s. Je tiens à exprimer mes remerciements les plus chaleureux à Coline Mayaudon et Stanislas Julien-Steffens pour l'organisation de cette conférence et pour le suivi sans faille assuré tout au long de sa préparation, ainsi qu'à la Professeure Cécile Chainais, dont la confiance a rendu cette intervention possible.

vers l'histoire de la réception : la grandeur d'un texte tiendrait moins à une essence stable qu'à une puissance de résonance sans cesse réactivée.

C'est sans doute à cette catégorie d'œuvres – dont une relecture attentive, éclairée par les préoccupations contemporaines, permet de révéler toute la portée – qu'appartient le texte de Bonnecase, présenté ici, consacré à la réforme du régime de la communauté légale. Ce texte ne semble pas, en son temps, avoir suscité un grand intérêt chez ses contemporains : il n'y apparaît porteur ni d'une innovation doctrinale notable, ni d'une virtuosité technique singulière, ni d'une construction juridique originale. Pas de cathédrale doctrinale, en somme. Sa réception s'est plutôt limitée à une simple mobilisation à l'appui d'une démonstration, au titre d'arguments complémentaires, plutôt qu'à un commentaire pour lui-même, envisagé comme porteur d'avancées propres au droit matrimonial. Si ce texte a pu être jugé digne d'intérêt par ses contemporains, il ne semble avoir bénéficié d'aucun statut singulier susceptible de le distinguer véritablement au sein de la production doctrinale de son époque. Cet intérêt, tel qu'il se manifeste alors, semble d'ailleurs se cristalliser tout entier dans la formule conclusive de l'auteur, selon laquelle « la France tout entière s'est ralliée au régime de la communauté entre époux »[2].

Publié en 1911 dans l'influente *Revue trimestrielle de droit civil* dans la rubrique « Variétés » (un choix éditorial qui n'est pas anodin), l'article « La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique » propose d'étudier « le domaine d'application actuel du régime de la communauté entre époux ». La démarche de Bonnecase se tient délibérément à distance de toute dogmatique : il n'ambitionne aucune « construction juridique » (méthode prônée par Saleilles et d'autres) mais mène une enquête susceptible d'éclairer le législateur dans la perspective d'une éventuelle réforme. Cette enquête adopte une approche compréhensive plutôt qu'évaluative : il ne s'agit pas de mesurer l'effectivité du droit matrimonial, mais d'observer les pratiques telles qu'elles se manifestent empiriquement, afin d'en dégager les tendances structurantes. L'objet est ainsi d'identifier les pratiques effectives à travers lesquelles les familles du début du XXe siècle règlent leurs intérêts patrimoniaux à l'occasion du mariage : adoption ou éviction du régime légal, préférences accordées à certains régimes conventionnels, insertion de clauses correctrices ou dérogatoires, maintien de traditions régionales relatives à la gestion et à la transmission des patrimoines. À travers cette analyse, Bonnecase cherche moins à vérifier la conformité des pratiques au droit qu'à comprendre les logiques contemporaines qui président à son usage et à son évolution. Le droit est appréhendé comme une ressource que les acteurs s'approprient, négocient, détournent ou ignorent selon leurs propres logiques. Ainsi restitués dans leur capacité d'action, les époux ne sont plus de simples destinataires de la norme, mais des producteurs de pratiques.

Il ne s'agit pas, pour Bonnecase, de recenser exhaustivement la diversité des pratiques matrimoniales mais d'en extraire une tendance dominante. L'enquête privilégie ainsi la mise en évidence d'une régularité ou d'une tendance significative, apte à servir de socle argumentatif à l'action du législateur, plutôt que l'inventaire de la pluralité des comportements. Encore faut-il, pour dégager une telle tendance, disposer des moyens de l'observer et de l'objectiver. Bonnecase met en œuvre à cet effet un dispositif d'enquête relativement original dans le champ juridique de son temps. Au lieu de se limiter aux textes et à la jurisprudence, il mobilise des sources et méthodes variées : statistiques des mariages et des contrats de mariage, enquête par correspondance auprès de praticiens, cartographie quantitative et recours à des monographies historiques. Si cette démarche demeure relativement rudimentaire, les données étant fragmentaires et largement fondées sur les témoignages recueillis, elle n'en marque pas moins un déplacement méthodologique significatif, substituant à l'interprétation des sources l'observation des usages sociaux dont elles font l'objet.

Professeur à Grenoble depuis 1908, Bonnecase s'était déjà distingué par son intérêt pour le droit patrimonial[3]. L'article de la *RTD civ*. s'inscrit

2. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 372.
3. Par exemple, J. Bonnecase, Le féminisme et le régime dotal, thèse de doctorat, Toulouse, 1905, V. Rivière (dir.) ou encore « L'institution de la communauté continuée », *Annales de l'Université de Grenoble* 1909, p. 607 et 1910, p. 1.

dans ce prolongement, tout en occupant une place singulière dans son œuvre, dans la mesure où il ne semble pas avoir renouvelé, par la suite, une telle démarche empirique[4]. Cette dernière n'est d'ailleurs pas la seule marque d'originalité du texte : s'y ajoutent l'attachement à la perspective historique, la sensibilité aux questions féministes et l'attention portée à la pratique du droit, incarnée par la figure du notaire, autant de constantes propres à l'auteur qui s'y trouvent déjà réunies[5]. Mais l'intérêt du texte dépasse sa simple place dans la trajectoire intellectuelle de Bonnecase : il fait également écho aux préoccupations les plus contemporaines, de plus en plus affirmées, pour les méthodes empiriques du droit, c'est-à-dire des approches qui n'appréhendent plus seulement le droit comme un ensemble de dispositions à interpréter et à systématiser, mais qui cherchent à en observer les conditions concrètes d'élaboration, d'application ou de réception, par l'enquête, l'entretien ou l'analyse de données[6]. Le développement de ces méthodes en France, porté par la diffusion des approches quantitatives et ethnographiques, invite à relire cet article non comme une simple curiosité, mais comme un jalon précoce d'une démarche aujourd'hui en quête de légitimité dans la recherche juridique. C'est à ce titre que ce texte peut être appréhendé comme un « grand texte », dont la portée excède le seul cadre de son époque pour éclairer, par anticipation, des débats méthodologiques encore d'actualité, et constituer, plus largement, un jalon dans l'archéologie de la « science sociale en droit »[7].

I.

Mener une enquête : faut-il véritablement s'étonner du recours à une telle démarche de la part d'un juriste ? Julien Bonnecase rappelle que son travail fut élaboré, en 1910, dans le cadre du concours Rossi de législation civile de la Faculté de droit de Paris[8]. Consacré aux « modifications à apporter au régime de la communauté entre époux d'après les enseignements de la pratique et de la législation comparée », ce travail devait, conformément aux attentes du jury, « prendre les allures d'une enquête »[9]. Cette place accordée à cette dernière dans la production du savoir juridique participe d'une transformation plus générale des pratiques intellectuelles au tournant du siècle.

Au tournant du XX^e^ siècle, l'enquête s'impose en France comme une pratique majeure de connaissance du monde social, au point de constituer une véritable « culture de l'enquête ». Loin de se limiter aux milieux savants, elle se diffuse dans l'administration, les sciences sociales, la médecine, la police, le journalisme ou encore la littérature. Son succès tient à une conception nouvelle de la connaissance sociale : connaître la société suppose désormais de l'observer, de recueillir des informations, d'interroger les individus, de mesurer les phénomènes et de confronter les données. L'enquête répond ainsi à la fois au développement des savoirs empiriques, à la volonté croissante de comprendre et de réguler les transformations sociales et à l'essor d'une culture médiatique fondée sur la révélation des réalités cachées. Plus qu'une simple méthode,

4. Bonnecase réemploiera ultérieurement certaines des données recueillies pour cet article dans d'autres de ses travaux, allant jusqu'à en reprendre de très larges extraits dans son Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire. Éléments de clinique juridique, Sirey, 1927, p. 286.
5. On a examiné sa contribution historique (N. Hakim, « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », *in* J. Poumarède (éd.), *Histoire de l'histoire du droit*, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2006, p. 291), et on a rappelé sa contribution précoce à une réflexion sur les cliniques du droit (X. Aurey, M.-J. Redor-Fichot (éd.), *Les cliniques juridiques*, Presses universitaires de Caen, 2015) ainsi que son attachement à la question féministe (P. Michel, « Droit et féminisme, la pensée innovante de Bonnecase au tournant du XX^e^ siècle », *Les Cahiers Portalis* 2022, vol. 9, p. 143).
6. A. Amado et A. Desprairies (dir.), Le tournant des méthodes empiriques en droit ?, LGDJ, coll. « Droit et société », n° 41, 2025 ; J. Bétaille, « *From Doctrine to Data: Towards an Empirical Turn in European Legal Scholarship* », European Journal of Empirical Legal Studies, vol. 2, n° 1, 2025, p. 1.
7. J. Monahan et L. Walker, « *Teaching Social Science in Law: An Alternative to "Law and Society"* », *Journal of Legal Education* 1985, vol. 35, n° 4, p. 478. Cette approche adopte, non le regard extérieur de la tradition « droit et société », mais la perspective interne du juriste, pour qui les sciences sociales sont un outil appliqué au service de l'efficacité professionnelle, plutôt qu'une matière première pour une théorie sociale.
8. Ce concours annuel est financé par le legs de la comtesse Jeanne Charlotte Rossi, épouse de Pellegrino Rossi, et porte sur la législation civile et le droit constitutionnel.
9. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 324, note 1.

elle devient alors une manière de produire du savoir et d'appréhender la société, fondée sur l'idée que le réel doit être exploré, documenté et rendu intelligible[10].

Les Facultés de droit participent aussi à la diffusion d'une telle culture, à travers la diversification des savoirs et des pratiques de recherche auxquels elles font une plus grande place autour de 1900. L'essor de l'économie politique et de la statistique y introduit des modes d'investigation fondés sur la collecte, la mesure et la comparaison des faits. La réforme du doctorat de 1895 marque notamment une étape supplémentaire en instituant un doctorat ès sciences politiques et économiques, qui donne un cadre plus institutionnel à l'étude monographique et statistique des phénomènes économiques et sociaux et favorise l'articulation entre faits sociaux et règles juridiques[11]. Dans le même temps, les échanges avec la sociologie et le développement des « sciences sociales » élargissent les objets susceptibles d'être étudiés au sein des Facultés de droit. Des cours libres de science sociale s'y ouvrent et, en 1889, la faculté parisienne autorise Pierre du Maroussem, un élève de Labbé, à dispenser un cours sur les « questions ouvrières d'après la méthode monographique », c'est-à-dire inspirée par celle promue par Frédéric Le Play et ses disciples[12]. Cette ouverture ne se traduit pas seulement par l'ajout de nouvelles matières au cursus : elle contribue plus largement à faire entrer dans l'espace universitaire des démarches telles que l'observation des faits, l'étude contextuelle des législations et l'analyse des pratiques juridiques. Si l'on connaît bien la dette des innovations doctrinales « fin de siècle » envers la lecture des travaux sociologiques, on doit également ne pas négliger ce que la réflexion juridique doit, en elle-même, à cet intérêt porté à l'empiricité[13].

Il convient toutefois de ne pas surestimer l'ouverture des Facultés de droit à l'enquête, pas plus que l'originalité de Bonnecase. Des juristes l'avaient précédé dans le recours à une démarche plus empirique. Sa démarche s'inscrit donc dans une pratique déjà amorcée, qu'il prolonge plutôt qu'il ne l'inaugure. Plusieurs exemples suffisent à en témoigner. L'une des premières manifestations d'ampleur de cette orientation se rencontre dans les enquêtes inspirées par Frédéric Le Play. La vaste « Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession aux populations ouvrières, rurales et urbaines » repose notamment sur des questionnaires adressés à plus de cent cinquante observateurs, parmi lesquels des notaires, juges de paix ou grands propriétaires. Débutée en 1867, essentiellement pour le Midi de la France, cette enquête collective s'étendra sur plusieurs décennies. Elle vise à démontrer que, dans le Code civil, les règles successorales compromettent l'esprit de solidarité et de continuité des familles et affaiblissent le caractère moral de l'union conjugale. Les données empiriques produites doivent servir à convaincre de la nécessité d'une réforme de la législation civile, voire à contester l'ordre juridique existant. Dans une démarche assez proche, bien que plus limitée, on a pu entreprendre une analyse des effets des régimes matrimoniaux sur la prospérité économique. À partir de statistiques judiciaires, administratives et commerciales, l'objectif est de mesurer l'influence concrète du droit sur la circulation des biens, le crédit ou les faillites[14]. Une telle démarche empirique s'affirme encore dans les études consacrées aux pratiques matrimoniales régionales. Une enquête sur le pays toulousain combine statistiques, données agricoles et témoignages notariaux afin de tenter de relier les choix de régimes matrimoniaux aux comportements économiques, aux stratégies patrimo-

10. Sur la diffusion de l'enquête et la constitution d'une « culture de l'enquête » à la fin du XIXe siècle : D. Kalifa, « Enquête et "culture de l'enquête" au XIXe siècle », Romantisme, nº 149, 2010, p. 3 ; Mil neuf cent. *Revue d'histoire intellectuelle*, nº 22, 2004, « Enquête sur l'enquête » ; A. Faure, « Bibliographie des enquêtes et publications officielles sur les questions ouvrières et sociales (1891-1914) », Bulletin du Centre d'histoire de la France contemporaine, nº 8, 1987, p. 59, et nº 9, 1988, p. 83.
11. A. Sevin, « Une pratique de la monographie en économie politique. La thèse de doctorat (1898-1938) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 2003, 9/2, p. 53 : https://doi.org/10.3917/rhsh.009.0053.
12. Sur l'importance de la science sociale leplaysienne dans les facultés juridiques, L. Guerlain, L'École de Le Play et le droit. Contribution à l'histoire des rapports entre droit et science sociale, LGDJ, 2017.
13. V. l'ensemble du dossier « Droit et sciences sociales », *Droit & Philosophie*, Hors-Série 2, 2022 : https://droitphilosophie.com/volumes/hors-serie-2-:-droit-et-sciences-sociales-100/.
14. J. Simonnet, « De l'influence du régime matrimonial sur la prospérité du pays. Des procès auxquels donnent lieu le régime dotal et le régime de la communauté », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1857, p. 344.

niales et aux traditions locales[15]. Le Congrès international de droit comparé de 1900 est l'occasion de s'interroger, à partir des statistiques de l'administration de l'enregistrement de 1898 et de la consultation de certains notaires, sur les changements du droit matrimonial, par exemple sur les pratiques coutumières en matière de contrats de mariage dans la région de Montpellier[16]. L'Académie des sciences morales et politiques (Institut de France), qui joue un rôle essentiel dans l'essor d'une approche plus gestionnaire et quantifiée du droit, lance à trois reprises un concours (Prix du budget) portant sur « le développement du régime dotal en France depuis la mise en vigueur du Code civil en 1804 ». Le concours de 1901 remporte un succès notable et récompense Albert Eyquem, juge d'instruction au tribunal de Bordeaux. Dans ce travail riche de plus de 580 pages, l'auteur conjugue critique serrée de la jurisprudence, analyse des statistiques, cartographie par ressorts de cours d'appel et questionnaire adressé à de nombreux notaires et à quelques magistrats. Le rapporteur, le professeur parisien Charles Lyon-Caen, relève que la troisième partie du mémoire, *Statistiques et enquêtes*, « n'est pas la plus étendue, c'est la plus intéressante et celle pour laquelle l'auteur a fait les recherches personnelles les plus méritoires »[17].

Bonnecase reconnaît sa dette à l'égard de nombreux travaux antérieurs et les cite abondamment. Il ne s'en efforce pas moins de tracer une voie spécifique. Ce qu'il se donne pour tâche d'observer n'est ni le contenu du régime légal (il n'en discute pas la teneur technique dans le détail) ni le contentieux qu'il fait naître (il ne s'intéresse pas à la jurisprudence). L'objet de son enquête est plus étroit et labile : le comportement des époux au moment de la formation du mariage. Elle porte moins sur le droit prescrit que sur *le droit choisi*, c'est-à-dire les choix actifs (rédaction d'un contrat, choix d'un régime) ou passifs (absence de contrat de mariage valant soumission au régime légal), par lesquels la population se situe, en pratique, par rapport au régime institué par le Code civil. Sans jamais expliciter clairement sa philosophie de l'enquête, Bonnecase cherche à décrire un fait qui n'est ni purement juridique (le texte) ni purement quantitatif (le chiffre) mais un *fait d'adhésion ou de rejet social* : « chaque mariage est une occasion pour les intéressés de manifester leur faveur pour ce régime en ne rédigeant pas de contrat de mariage, ou, au contraire, de se montrer hostile envers lui en l'écartant et en optant pour un autre »[18]. Bonnecase assimile ainsi le comportement des époux à « une sorte de référendum… silencieux », dont la répétition à l'échelle nationale permettrait de dégager, en creux, le sentiment réel de la population à l'égard des régimes matrimoniaux.

L'enquête de Bonnecase répond en réalité à une seule question de fond, énoncée dès l'introduction : quel est le « sentiment public », « l'opinion des masses intéressées », à l'égard du régime légal, à un moment où juristes et sociologues s'accordent sur la nécessité de le réformer sans jamais avoir vérifié ce que pense réellement la population qui vit sous ce régime ?[19] C'est cet écart entre la certitude des experts juridiques et l'ignorance du sentiment populaire que Bonnecase entend combler. Ce dernier considère qu'une méthode strictement doctrinale est inapte à répondre à cette question. La méthode statistique pure est tout aussi insuffisante. Il ne nie pas « l'éloquence des chiffres »[20] mais en pointe les limites structurelles : les sources disponibles sont lacunaires ou ponctuelles, et le chiffre, en outre, ne restitue jamais qu'un résultat sans en révéler la cause, laissant planer une ambiguïté irréductible sur ce qu'il signifie réellement du sentiment des populations (cette ambiguïté ne peut être levée par l'accumulation de données supplémentaires de même nature). Cette insuffisance est encore aggravée par l'agrégation nationale des données, qui masque

15. J. Bressolles, « Des régimes matrimoniaux actuellement pratiqués dans le pays toulousain », *Revue du notariat et de l'enregistrement* 1880, p. 468-472, 547-552, 629-634, 790-794.
16. J. Charmont, « Pratiques coutumières en matière de contrat de mariage dans la région de Montpellier », *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents*, t. 2, 1907, p. 181.
17. A. Eyquem, *Le régime dotal. Son histoire, son évolution et ses transformations au* XIX^e^ *siècle sous l'influence de la jurisprudence et du notariat*, Marchal et Billard, 1903, p. VI.
18. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 323.
19. *Ibid.*, p. 317.
20. *Ibid.*, p. 349.

des réalités régionales contrastées (Nord/Midi, coutumes/droit écrit, rural/urbain) pourtant décisives, aux yeux de l'auteur, pour comprendre le phénomène.

Pour combler ce que ni la doctrine ni la statistique ne peuvent fournir, Bonnecase construit par conséquent un dispositif mixte : il complète les chiffres, tirés notamment de l'*Annuaire statistique de la France* et de l'enquête de l'Administration de l'enregistrement de 1898, « pour leur donner toute leur portée »[21] en interrogeant des notaires, choisis de manière différenciée (grandes villes, chefs-lieux, clientèle rurale) afin de saisir les variations sociales et régionales. Son enquête repose sur un questionnaire en quatre points (fréquence et cause des mariages sans contrat, adoption expresse de la communauté légale, régime préféré et ses motifs, clauses particulières et leur origine)[22], conçu pour recueillir non de simples réponses binaires, mais des témoignages qualitatifs motivés, seuls capables de restituer le sens social des chiffres : il ne s'agit plus de mesurer une fréquence, mais d'en interpréter la cause. Bonnecase dessine le portrait d'un « juriste-enquêteur ».

Cette méthode est enfin renforcée par trois procédés : un découpage historico-géographique ; une confrontation avec des monographies et thèses régionales ; et une extension à la Belgique, où l'absence totale de statistiques officielles l'oblige à s'appuyer sur les seuls témoignages de juristes belges. Malgré une incontestable réflexivité et de réelles précautions méthodologiques (Bonnecase reconnaît lui-même que certains notaires se sont bornés à des réponses binaires inexploitables), sa démarche présente des failles qu'il ne surmonte pas. Par exemple, il ne précise à aucun moment combien de praticiens furent sollicités ni quel fut le taux de réponse, lacune qu'il signale sans jamais chercher à la combler ; de même, l'enquête sur l'espace belge repose sur les témoignages de trois juristes dont le choix paraît quelque peu arbitraire, ce qui en fait un maillon un peu moins convaincant de l'ensemble.

Julien Bonnecase distingue quatre comportements matrimoniaux selon leur degré d'intentionnalité : l'absence de contrat, qui emporte soumission tacite au régime légal ; l'adoption expresse, par convention, de la communauté légale pourtant applicable par défaut ; le choix d'un régime distinct (dotal, séparatiste ou communauté d'acquêts) ; enfin, l'insertion de clauses particulières destinées à en aménager les effets. Cette gradation oppose ainsi l'inertie juridique au choix explicite d'un régime et à son adaptation conventionnelle. L'explication de cette diversité repose sur une approche résolument pluricausale. Bonnecase refuse toute hiérarchie abstraite entre les déterminants et en apprécie plutôt le poids selon les configurations régionales. Le premier facteur est historico-géographique : les pratiques demeurent marquées par le clivage hérité de l'Ancien Régime entre pays de coutumes, favorables à la communauté, et pays de droit écrit, attachés à la dotalité ; la Normandie, dotée d'un régime dotal propre, constitue un cas particulier. S'y ajoute le facteur patrimonial : l'absence de fortune rend le contrat superflu, tandis que la possession d'un patrimoine en favorise la conclusion. Dans le Midi rural, le rejet de la communauté tient notamment au souci de préserver l'intégrité du patrimoine foncier. Ces facteurs se combinent à des déterminants sociaux et culturels : profession des époux, poids de l'habitude, crainte des frais notariés, qui expliquent notamment, dans le Nord et l'Ouest, un silence contractuel souvent dépourvu d'intention véritable. Le notariat agit par ailleurs comme un vecteur de transformation des usages, favorisant dans certaines régions le recul de la dotalité au profit de la communauté d'acquêts. L'organisation de la famille rurale et la cohabitation multigénérationnelle suscitent également des clauses spécifiques de transmission patrimoniale. Enfin, l'influence émergente du féminisme favorise, plus marginalement, la séparation de biens.

II.

Cette pluricausalité assumée trouve toutefois, chez Bonnecase, un principe organisateur privilégié : c'est le facteur géographique qui commande, plus que tout autre, l'architecture même de son enquête et la lecture qu'il propose des comportements observés. L'auteur le formule sans ambiguïté, lorsqu'il choisit de fonder ses

21. *Ibid.*, p. 327.
22. Sur le questionnaire, *ibid.*, p. 327-328.

recherches sur « la division historique du territoire de l'ancienne France en pays de coutumes et en pays de droit écrit »[23] plutôt que sur un simple classement alphabétique des départements. Ce choix méthodologique n'est pas anodin : il postule que l'espace n'est pas un simple cadre neutre de recueil des données, mais une variable explicative à part entière, capable de subsumer et d'ordonner l'ensemble des autres facteurs (économiques, sociaux, culturels) précédemment identifiés. Ce cadre géographique remplit en outre chez Bonnecase une fonction dynamique décisive : il lui permet de mesurer, région par région, l'ampleur du mouvement de fond qu'il décèle dans la pratique contemporaine, à savoir le recul progressif de la dotalité au profit de la communauté d'acquêts, y compris dans des provinces réputées les plus fidèles au régime dotal. Mesurer un tel mouvement suppose cependant de disposer, au préalable, d'un repère spatial stable auquel rapporter les résultats de l'enquête contemporaine ; c'est ce repère que Bonnecase emprunte à une tradition juridique antérieure : la géographie coutumière[24].

La carte juridique de la France ancienne, opposant pays de coutumes et pays de droit écrit, n'est naturellement pas une invention de Bonnecase : elle appartient à une tradition savante plus ancienne qui s'est longtemps satisfaite d'une représentation approximative, celle, notamment, d'une frontière calquée sur le cours de la Loire, défendue au XVIIIe siècle par Grosley dans ses *Recherches sur le droit français* (1752). Cette représentation traditionnelle a cependant été corrigée par des travaux cartographiques postérieurs, en particulier ceux du juriste strasbourgeois Henri Klimrath, dont la célèbre carte propose une délimitation rectifiée et figurée[25].

C'est sur cet auteur et sur le travail de l'historien du droit Jean-Baptiste Brissaud (*Manuel d'histoire du droit français*, 1898) que Bonnecase s'appuie explicitement pour reconstituer sa propre carte. Sa démarche reste cependant purement descriptive : il redessine les contours de cette délimitation, sans jamais la traduire graphiquement en une carte proprement dite ; ses rectifications demeurent de l'ordre du texte, non de la figuration graphique. En cela, sa démarche diffère de celle d'Albert Eyquem, dont le mémoire sur le régime dotal, cité par Bonnecase comme la « contrepartie » de sa propre enquête, comporte au contraire trois cartes figurées représentant la répartition territoriale de ce régime[26]. Cette approche non figurative, discursive pourrait-on dire, n'empêche pas Bonnecase de retravailler la carte des coutumes, en juriste attentif aux anomalies locales que ses sources ne suffisent pas à résoudre. Il déplace ici la ligne de démarcation, négocie là les enclaves litigieuses et assume finalement une « exactitude relative » plutôt qu'une fausse précision. Pour conclure par exemple : « la bordure des pays de coutumes était, au point de vue du régime matrimonial, constituée par la bande du territoire qui a servi à former les départements suivants : la Vendée, les Deux-Sèvres, la Charente, la Vienne, l'Indre, la Creuse, l'Allier, la Saône-et-Loire et le Jura. Tous les départements au-dessus correspondent au territoire qui était régi par le Droit écrit »[27]. Ce dernier voit également sa géographie réexaminée et retouchée. Cette carte fixe est indispensable : sans elle, un chiffre de 1898, celui de l'enquête de l'Administration de l'enregistrement sur la répartition des régimes matrimoniaux, ne serait qu'un instantané isolé ; rapporté à l'état de la répartition des régimes en 1804, à la veille du Code civil, il devient la preuve d'un changement.

C'est ici que Bonnecase opère un déplacement méthodologique décisif, qui constitue l'originalité propre de sa démarche : il fait passer la

23. *Ibid.*, p. 348.

24. Sur cette tradition de la géographie coutumière, L. Assier-Andrieu, « De l'idéologie à la culture : les géographies coutumières », *Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit*, 2015 : https://journals.openedition.org/cliothemis/1563.

25. F. Audren, « Écrire l'histoire du droit français : science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837) », *in* J. Poumarède (éd.), *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 113. La carte de Klimrath inspire de nombreuses études sur les coutumes. Par exemple, l'historien du droit L.-A. Warnkoenig, l'éditeur des travaux posthumes de Klimrath, produit dans ses propres travaux sur l'histoire du droit français une « *Karte von Frankreich nach den Gewohnheitsrechten und nach den Parlamentsbezirken* » ou encore A. de Brandt publie une « carte indiquant les modes de transmission des biens ruraux en usage chez les paysans propriétaires » dans son enquête consacrée au droit et coutumes des populations rurales en France en matière successorale (éd. 1901).

26. A. Eyquem, *Le régime dotal*, p. 370-371 (3 cartes par ressorts de cours d'appel).

27. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 333.

carte coutumière du statut de représentation purement descriptive à celui d'instrument de mesure. La classification héritée (pays de coutumes / pays de droit écrit) cesse ainsi de désigner un simple état de fait pour devenir une grille dans laquelle vient s'inscrire une donnée chiffrée par département : nombre de contrats, répartition par régime, proportion de mariages sans contrat. Les nombreux tableaux publiés dans le texte, organisés par anciennes provinces, du Nord au Midi, sont en ce sens de véritables cartes statistiques : ils reprennent la structure spatiale héritée de la tradition juridique, mais la soumettent à un traitement quantitatif systématique que cette tradition n'avait jamais reçu. L'entreprise d'Albert Eyquem, qui accompagnait déjà son mémoire de cartes figurées, n'en offrait qu'un précédent partiel, puisqu'elle se limitait au seul régime dotal sans embrasser l'ensemble de la répartition matrimoniale.

Cette hybridation entre catégorie juridique ancienne et mesure statistique moderne a une conséquence méthodologique importante. La géographie coutumière, à elle seule, ne fournissait qu'un état, une photographie figée du territoire ; la cartographie quantitative, en superposant des séries de chiffres à ce découpage hérité, produit au contraire un écart mesurable entre deux moments, et c'est cet écart qui constitue la preuve d'un changement[28]. Sans le support de la carte coutumière comme grille de lecture, les chiffres de 1898 resteraient une collection de données sans point de comparaison possible ; sans leur quantification systématique, la carte coutumière demeurerait un héritage savant incapable de mesurer sa propre obsolescence. C'est précisément cette conversion d'une catégorie qualitative en variable quantifiable (plus que l'accumulation des chiffres eux-mêmes) qui confère à la démarche de Bonnecase sa portée démonstrative propre. Il convient enfin de souligner que cette quantification repose elle-même sur deux sources croisées et de fiabilité inégale, l'*Annuaire statistique* et l'enquête de l'Administration de l'enregistrement de 1898 : Bonnecase relève leurs divergences (86 054 contrats selon l'une, 82 346 selon l'autre[29]) avant de les superposer malgré tout à sa carte.

De cette hybridation naît l'argument le plus fort du texte, et l'on mesure ici pourquoi aucun autre dispositif ne pourrait s'y substituer. Dans les pays de coutumes, ce n'est pas la communauté légale qui domine mais la communauté d'acquêts ; or ce même régime s'impose aussi, presque autant, dans les pays de droit écrit, où la dotalité recule à son profit. L'argument que vise Bonnecase n'est en effet pas que « la communauté d'acquêts [soit] majoritaire en France » – un chiffre national aurait suffi à établir ce simple fait –, mais que deux traditions juridiques historiquement opposées convergent malgré leur antagonisme. Cette convergence n'est observable qu'à la condition expresse de maintenir la distinction spatiale entre les deux « blocs » jusqu'au bout du raisonnement : un chiffre agrégé effacerait précisément ce que l'auteur cherche à montrer, en le rendant indiscernable d'un simple effet de masse démographique d'une région dominante. La géographie ne vient donc pas illustrer une conclusion déjà acquise par d'autres moyens ; elle est le seul dispositif capable de la produire.

Ce traitement chiffré du territoire se déploie à plusieurs échelles successives, ce qui en renforce la portée démonstrative. À l'échelle macro-régionale, il oppose les deux grands blocs hérités du droit ancien. À l'échelle départementale, il affine ce contraste en isolant des cas remarquables comme la Haute-Garonne, partie intégrante du Languedoc « particulièrement fidèle à ses traditions romaines »[30], dont le détachement brutal du régime dotal est jugé « extraordinaire » précisément parce qu'il contredit l'attente que la géographie coutumière aurait pu légitimement produire. À l'échelle communale enfin, la série chronologique toulousaine (442 régimes dotaux contre une absence complète de communauté d'acquêts en 1820 ; 57 dotaux contre plus de 35 communautés d'acquêts en 1840 ; 35 dotaux contre 104 communautés d'acquêts en 1869[31]) pousse la logique quantitative jusqu'à son terme : elle donne à voir, sur un territoire mini-

28. G. Palsky, *Des chiffres et des cartes. La cartographie quantitative au* XIXe *siècle*, Paris, Comité des travaux historiques et scientifiques. Mémoire de la section de géographie, n° 19, 1996.
29. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 336.
30. *Ibid.*, p. 356.
31. *Ibid.*, p. 356, note 1.

mal, la trajectoire complète d'un basculement que les seules catégories figées de 1804 ne pouvaient qu'annoncer sans le prouver. Cette même logique d'échelle permet aussi d'identifier des résistances régionales (Corse, Landes, Hautes-Pyrénées) sans affaiblir la thèse générale, puisqu'elles sont anticipées plutôt que dissimulées ; le cas normand, doté d'un régime dotal *sui generis* présentant, selon Bonnecase, « de grandes ressemblances »[32] avec le modèle romain méridional tout en s'en distinguant, justifie même l'ouverture d'un tableau cartographique séparé, preuve que la nomenclature spatiale du texte s'adapte à la singularité juridique de chaque terrain plutôt que de plaquer une grille uniforme. Le cas normand, isolé et suivi sur plusieurs phases (régime dotal, communauté révolutionnaire, reflux sous la Restauration, retour après 1875), révèle le rôle déterminant des notaires dans le choix du régime : un modèle explicatif ensuite généralisé, la Corse offrant un second exemple plus bref du même schéma.

La proposition finale d'ériger la communauté d'acquêts en régime légal national suppose que le mouvement traverse tout le territoire ; la cartographie quantitative, déployée à toutes les échelles précédentes, prétend l'établir. Cette dépendance n'est pas accessoire : proposer un régime unique pour toute la France exige d'avoir montré que le mouvement observé n'est l'apanage d'aucune région particulière, mais traverse au contraire l'ensemble du territoire, y compris ses bastions les plus réfractaires. Un argument non spatialisé resterait, par construction, incapable de répondre à l'objection régionaliste qu'un lecteur du Midi ou de Normandie pourrait immédiatement lui opposer. Le détour belge élargit ce cadre au-delà des frontières nationales, confirmant que le phénomène n'est pas un accident français mais une évolution plus générale.

Le texte de Bonnecase s'organise tout entier autour de l'articulation entre deux dimensions apparemment contradictoires. Il s'agit, d'une part, de restituer la diversité irréductible des pratiques matrimoniales, en exposant les raisons et les choix qui la sous-tendent : ces pratiques ne relèvent jamais d'une décision abstraite, mais demeurent indissociables de facteurs politiques, sociaux et culturels, au point de paraître encastrées dans des espaces particuliers dont elles tirent leur logique propre et leur justification. Cette diversité géo-historique, cependant, ne doit pas être prise pour la conclusion de l'enquête : elle en constitue seulement le point de départ, susceptible de masquer, si l'on s'y arrête, un mouvement plus profond d'unification de ces mêmes pratiques en faveur d'une communauté légale réformée. C'est cette tension entre pluralité manifeste et convergence sous-jacente que l'article met en scène, selon une véritable logique de concrescence : la multiplicité des usages régionaux, loin de s'opposer à l'unité du régime observé, en constitue paradoxalement le chemin d'accès, chaque particularisme local venant, à sa manière, converger vers une même issue. Cette convergence permet à Bonnecase de trancher, avec une certitude qu'il présente comme acquise par les faits eux-mêmes, la question du régime à ériger en droit commun futur : ni le régime dotal, dont le recul est partout constaté y compris dans ses bastions historiques, ni la séparation de biens généralisée, trop peu répandue en pratique, ne sauraient y prétendre ; « cet avantage doit être réservé à la communauté d'acquêts »[33]. Cette conclusion ne dispense cependant pas de la réforme elle-même : il ne s'agit pas de maintenir la communauté légale actuelle en l'état, mais de la remplacer par sa variante réduite, corrigée des défauts déjà identifiés par la pratique (sort des effets personnels, usufruit continué, capacité de gestion accrue de la femme), le législateur conservant la responsabilité de « redresser les erreurs de la pratique »[34].

III.

Bonnecase mobilise sa démonstration géographique contre des « prédictions »[35] doctrinales convergentes, toutes formulées dans le vocabulaire d'une conquête territoriale : le civiliste Alexandre Duverger, sur la foi de François Laurent, et Charles Demolombe avaient cru pouvoir annoncer une extension du régime dotal vers les pays coutumiers. Bonnecase réfute cette thèse

32. *Ibid.*, p. 361.
33. *Ibid.*, p. 376.
34. *Ibid.*
35. *Ibid.*, p. 354.

dès son premier tableau statistique, constatant que « le Nord de la France est demeuré résolument réfractaire au régime dotal »[36]. Il approfondit ensuite cette réfutation à propos de Demolombe seul, dont il cite la formule selon laquelle la dotalité « prend possession des anciens pays de communauté et s'y établit de plus en plus », signe d'un « régime des civilisations avancées »[37], thèse que le conseiller François Sacaze reprenait à son compte. Cette convergence révèle un mode de raisonnement partagé, où la direction attribuée au droit se déduit moins de l'observation que d'une hiérarchie *a priori* entre les régimes matrimoniaux valorisant le droit romain. Une telle prédiction énoncée dans le vocabulaire de l'espace ne pouvait être invalidée que dans ce même vocabulaire : Bonnecase reprend donc le cadre spatial de ses adversaires pour le retourner contre eux, montrant, région par région, que le mouvement s'opère en sens inverse, jusque dans des bastions dotaux comme le Bordelais ou le Pays Basque, et concluant : « le régime dotal n'a pas fait un pas vers le Nord »[38].

Cet épisode, en apparence circonscrit à une polémique doctrinale, manifeste le geste méthodologique plus large qui structure l'ensemble du texte : substituer une preuve tirée de l'observation à une affirmation tirée du seul raisonnement interne au système juridique. Demolombe n'est pas un adversaire choisi au hasard : Bonnecase le désignera plus tard, non sans raillerie, comme le « prince de l'Exégèse », et son *Cours de Code Napoléon* illustre exemplairement une méthode consistant à déduire le droit d'un enchaînement logique (intention du législateur, cohérence systématique du Code, hiérarchie *a priori* entre les institutions) sans jamais interroger si ces catégories correspondent à un état social vérifiable[39]. En lui opposant une géographie fondée sur des données contrôlées, Bonnecase s'attaque, à travers l'une des figures les plus représentatives de l'Exégèse, à l'idée même que le commentaire du texte puisse suffire à rendre compte du droit vivant. Une telle position s'éclaire rétrospectivement à la lumière de *L'École de l'Exégèse en droit civil* (1919) et de ses travaux d'historien de la pensée juridique[40], où Bonnecase théorisera ce courant en lui attribuant les traits qu'illustre déjà, sans les nommer, la réfutation de 1911 (culte du texte légal, primauté de l'intention du législateur, indifférence aux faits sociaux et économiques que le droit est pourtant censé organiser). « La réforme du régime de la communauté légale » fonctionne donc comme un laboratoire méthodologique antérieur à cette théorisation, où l'écart concrètement constaté entre la prédiction savante et la réalité observée précède, et rend possible, la formulation ultérieure d'une critique d'ensemble de la méthode exégétique.

Une telle incapacité à vérifier empiriquement ses constructions théoriques éclaire ce que Bonnecase reproche à la doctrine traditionnelle : son incapacité à percevoir les évolutions réelles des mentalités, en particulier celles touchant à la condition de la femme mariée. Auteur d'une thèse sur *Le féminisme et le régime dotal* et se disant lui-même « féministe convaincu »[41], il reproche par exemple au Congrès international de la condition des femmes de 1900 d'avoir discuté la réforme en se plaçant « purement sur le terrain théorique », sans l'appuyer sur l'observation des pratiques[42]. D'une manière générale, une large partie de la doctrine, fût-elle réformatrice, est aveugle aux attentes de certains groupes et acteurs sociaux, cécité qui n'est pas seulement un défaut de méthode, mais qui traduit la difficulté d'un corps de juristes homogène à entendre certaines revendications, tout particulièrement égalitaires, du corps social.

36. *Ibid.*, p. 351.
37. *Ibid.*, p. 354.
38. *Ibid.*, p. 355.
39. Bonnecase portera plus tard, dans Les destinées de l'œuvre de Demolombe au temps présent (Delmas, 1929), un jugement plus nuancé sur cet auteur.
40. Sur l'évolution de sa pensée historienne, voir N. Hakim, « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », préc.
41. Par exemple, J. Bonnecase, *Le problème féministe. Son énoncé, ses fausses et ses véritables données*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1926, p. 13. Il convient toutefois de nuancer la portée de son féminisme. Celui-ci se montre critique à l'égard des revendications qu'il juge trop radicales chez certaines féministes qu'il moque. Il défend l'idée que les femmes doivent se voir reconnaître les droits, tous les droits correspondant à leur condition, à leur mission, à leurs prérogatives naturelles ainsi qu'à leur rôle social. Il vise surtout l'amélioration de leur condition matérielle. En revanche, il ne leur reconnaît pas la légitimité de revendiquer les fonctions et les positions traditionnellement attribuées aux hommes en raison de leurs « offices virils ».
42. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 329.

La jurisprudence occupe, dans ce texte, une place étonnamment discrète au regard de son importance habituelle dans les critiques contre l'Exégèse. Bonnecase rapporte le mot d'Ambroise Colin selon lequel le sujet du concours invitait à entendre par « pratique » « *non seulement la jurisprudence*, mais surtout les formules notariales, les clauses usuelles dans les contrats »[43]. Cette relégation procède d'une raison de fond : la jurisprudence ne révèle que les régimes devenus objets de litige, alors que la matière matrimoniale se règle très souvent chez le notaire, en amont de tout procès. S'y fier trop exclusivement reviendrait à fonder une conclusion générale sur un échantillon biaisé par les cas exceptionnels de conflits. C'est cette limite qui justifie le choix inverse de Bonnecase : la pratique notariale embrasse la totalité du champ observé, y compris son versant silencieux (la non-rédaction même d'un contrat), et permet de croiser la mesure statistique avec l'accès qualitatif au sentiment des populations que procurent les notaires eux-mêmes.

Cette source n'est cependant pas neutre, et Bonnecase en a pleinement conscience : les notaires orientent activement le choix de leurs clients, et cette orientation n'est pas impartiale à l'égard de la dotalité. Il relève une véritable « animosité » du monde notarial contre ce régime mais aussi, plus secondairement, « la crainte des responsabilités » qu'entraîne l'inaliénabilité dotale, laquelle complique la tâche du notaire et alourdit sa responsabilité professionnelle[44]. Ce constat ne fragilise pas le choix méthodologique de Bonnecase mais le précise : la pratique notariale n'est pas le miroir objectif d'un sentiment populaire spontané, mais le produit d'un rapport de force entre attentes des époux et influence intéressée de leurs conseillers, ce qui explique que Bonnecase double systématiquement les statistiques par des témoignages qualitatifs, seuls capables de révéler cette motivation. Ce déplacement se distingue du mouvement plus général de critique de l'Exégèse porté par « l'École scientifique », qui voit dans la jurisprudence l'instrument privilégié d'adaptation du droit. Bonnecase spécialise cette critique selon la matière étudiée : jurisprudence là où le contentieux abonde, observation directe de la pratique là où le rapport contractuel échappe presque toujours au procès, à condition d'en interroger les biais propres, sous peine de substituer à l'aveuglement du texte celui, tout aussi trompeur, d'une pratique prise pour argent comptant.

Cette volonté de rééquilibrer l'enquête s'inscrit dans un refus plus fondamental de la hiérarchie traditionnelle entre théorie et pratique, la seconde n'étant pas réduite au rôle d'application d'un savoir doctrinal déjà constitué. Ce refus reste toutefois tempéré : Bonnecase précise n'avoir « jamais eu dans l'esprit de limiter l'action du législateur de demain à l'observation pure et simple de l'œuvre de la pratique », celui-ci devant « redresser les erreurs de la pratique » et « prévoir l'avenir »[45]. Sa position n'est donc pas celle d'une dissolution de la théorie dans le fait observé, mais celle d'un dialogue nécessaire entre l'une et l'autre, conviction qui trouvera un prolongement institutionnel explicite dans son *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire : éléments de clinique juridique* (1927), où il théorise, sur le modèle de l'enseignement médical, une « clinique juridique » distinguant clinique externe (rédaction des actes) et clinique interne (compétences professionnelles), déplorant qu'on n'apprenne pas aux étudiants « à rédiger un jugement, des conclusions, une consultation ». L'article tout autant que cet ouvrage de 1927 procèdent ainsi de la même conviction, appliquée successivement à la recherche puis à l'enseignement : le savoir juridique se construit au contact du fait et de la pratique professionnelle, non uniquement par la seule déduction à partir du texte légal, et c'est cette conviction unique, éprouvée d'abord sur le terrain matrimonial puis érigée en programme pédagogique, qui confère à l'œuvre de Bonnecase sa cohérence d'ensemble.

IV.

Si « La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique » anti-

43. *Ibid.*, p. 324.
44. *Ibid.*, p. 359. Sur le notariat comme « force de pression », v. les remarques de F. Terré, « La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux », *L'Année sociologique* 1965, 3e série, vol. 16, p. 8.
45. J. Bonnecase, « La réforme du régime de la communauté légale », préc., p. 376.

cipe certaines orientations que la recherche scientifique de Bonnecase empruntera par la suite, force est de constater que l'auteur n'a guère persévéré dans cette voie du « juriste enquêteur ». Ses travaux ultérieurs se bornent, pour l'essentiel, à recycler les données empiriques rassemblées dans cette étude de 1911, sans qu'il en produise de nouvelles ; son ouvrage de 1938, *Mariages et régimes matrimoniaux*, s'apparente ainsi à un commentaire doctrinal détaché de toute préoccupation empirique, signe que la démarche inaugurée en 1911 n'a pas trouvé de prolongement dans son œuvre ultérieure sur ce même terrain matrimonial. C'est dans une tout autre direction, résolument historienne (certains diraient hagiographique), que Bonnecase engage sa réflexion, et c'est sur ce versant qu'il laissera principalement son nom aux générations futures de juristes. Il contribue en effet de manière décisive à construire l'opposition, devenue classique, entre « école exégétique » et « école scientifique ». Bien que l'historiographie la plus récente en ait révélé le caractère hautement discutable, cette dichotomie continue, aujourd'hui encore, d'irriguer l'imaginaire civiliste.

L'article occupe ainsi une place singulière et quelque peu isolée dans l'ensemble de sa production : il a été comme enseveli sous la masse considérable des pages qu'un Bonnecase prolixe a consacrées, par la suite, aux questions d'histoire du droit et de droit civil. Cet enfouissement bibliographique, phénomène quantitatif, en somme, de dilution d'un texte précoce dans une œuvre pléthorique, n'épuise cependant pas l'explication de la réception discrète réservée à cette étude. Sans prétendre à l'exhaustivité, deux facteurs d'ordre biographique méritent d'être signalés, qui ont sans doute contribué, parmi d'autres, à ce phénomène de relégation historiographique[46]. Le premier tient à la personnalité même de l'auteur, telle qu'elle s'est déployée de son vivant au sein du champ académique bordelais, où il enseigne à partir de 1913. Bonnecase était en effet connu pour un tempérament difficile, porté à la controverse frontale et volontiers polémique sur le terrain intellectuel ; il affectionnait les prises de position tranchées, ainsi qu'en témoigne son célèbre différend avec Léon Duguit, antagonisme suffisamment marquant pour avoir été qualifié de véritable « conflit doctrinal à la Faculté de droit de Bordeaux »[47]. Un tel tempérament n'a sans doute guère facilité l'entreprise de conviction et de ralliement de disciples autour d'un corpus d'idées partagées. Cette personnalité clivante explique en partie qu'il n'accédera pas au décanat en 1935 : le rejet institutionnel dont il fait l'objet de son vivant préfigure, pour partie, la mise à distance dont son œuvre fera l'objet après sa disparition.

Le second facteur, plus tardif, n'en est pas moins important : la fin de sa carrière fut assombrie par sa révocation et sa mise à la retraite d'office en 1941, affaire étouffée par la Faculté. Les circonstances de cette déchéance sont bien documentées[48]. Le fils de Bonnecase, fait prisonnier par les Allemands en 1940 et détenu outre-Rhin avec d'autres jeunes Bordelais, sert de point de départ à l'affaire : dès juin 1940, Bonnecase propose aux familles de ces prisonniers de mettre à profit son influence, et son amitié avec les autorités d'occupation, pour obtenir leur libération, moyennant rémunération de ses « démarches ». Or, plusieurs prisonniers rentrent et démentent lui devoir leur liberté. Une lettre anonyme dénonce l'affaire au préfet de la Gironde fin janvier 1941 ; l'enquête policière qui s'ensuit révèle que Bonnecase, ruiné, menait un train de vie dispendieux et croulait sous les dettes. Jérôme Carcopino, alors secrétaire d'État à l'Éducation nationale, le suspend le 9 mars 1941 puis le révoque, sa défense étant jugée très faible : l'intéressé ne parvint jamais à justifier l'usage des sommes reçues des familles. Le trafic d'influence n'est pas le chemin le plus court vers la grandeur du juriste.

De telles circonstances ont durablement pesé sur l'image de l'auteur et introduit, dans l'appréciation de son legs scientifique, une forme de gêne ou de réticence propre à décourager toute

46. N. Hakim, « Julien Bonnecase », *in* P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), Dictionnaire historique des juristes français, XII^e^-XX^e^ siècle, PUF, 2^e^ éd., 2015, p. 138.

47. J. Brethe de la Gressaye, « Un conflit doctrinal à la Faculté de droit de Bordeaux : Bonnecase contre Duguit », *in* Mélanges Marcel Laborde-Lacoste, Bière, 1963, p. 53.

48. M. Malherbe, La Faculté de Bordeaux (1870-1970), Presses universitaires de Bordeaux, 1996 (l'affaire se solde par un non-lieu en juin 1942).

entreprise de réhabilitation. Ces facteurs biographiques, comme d'autres qu'il faudrait préciser, opèrent en réalité selon un même mécanisme de sélection mémorielle : ils ont favorisé la fixation de la postérité sur les prises de position les plus tranchées de l'auteur, celles-là mêmes qui correspondaient à son tempérament polémique, au détriment d'une lecture plus attentive à la diversité et à la finesse de son œuvre. Si certaines de ses idées ont néanmoins pu parvenir à traverser le temps et à influencer le droit positif[49], on a surtout retenu de Bonnecase les thèses unilatérales sur l'opposition entre « école exégétique » et « école scientifique », réduites au fil du temps à l'état de slogans doctrinaux, tandis que sombraient dans l'oubli des propositions plus originales et des intuitions plus fécondes, à commencer par la proposition méthodologique que recelait déjà son article.

Il convient néanmoins de ne pas négliger l'un de ses élèves, Jean Carbonnier, dont il fut le directeur de thèse : Bonnecase n'a jamais manqué de saluer les qualités de son disciple, tout en rappelant volontiers que celui-ci s'inscrivait dans sa filiation intellectuelle la plus directe, relais générationnel qui constitue, en définitive, l'un des rares canaux par lesquels la mémoire scientifique de Bonnecase a pu se perpétuer au-delà du seul folklore doctrinal de l'opposition entre écoles[50]. Si la thèse de Carbonnier, consacrée au *Régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association* (1932), fait sans nul doute écho au positionnement intellectuel de son maître (articulation théorie / pratique, juste milieu entre apriorisme et empirisme, etc.), elle n'explore pas sérieusement la ligne méthodologique qui avait pourtant animé le texte de 1911[51]. Il est vrai qu'en 1932, Bonnecase lui-même ne faisait plus profession d'empiricité depuis fort longtemps et en condamnait même les excès.

On ne peut néanmoins s'empêcher de constater, dans les travaux proprement sociologiques de Carbonnier postérieurs à la thèse, un remarquable air de famille avec le texte du professeur bordelais. Ainsi, dans son cours de sociologie juridique consacré à la « sociologie des rapports patrimoniaux dans le droit de la famille »[52], l'attention portée aux pratiques effectives et aux comportements observables rappelle, par-delà les décennies, la démarche d'enquête inaugurée par Bonnecase. Carbonnier hérite-t-il ici d'une intuition méthodologique de son maître, restée sans suite dans l'œuvre de ce dernier ? Ou bien faut-il inverser les termes de la filiation, et voir dans le texte du directeur de thèse non pas l'origine, mais l'écho anticipé d'une démarche empirique que Carbonnier n'érigera que plus tard en matrice de la sociologie juridique française, ce qui ferait alors de l'élève, paradoxalement, le véritable précurseur de son maître ?

Au-delà des relations entre ces deux hommes, la doctrine juridique s'est progressivement inspirée des sciences sociales (sociologie, statistique, anthropologie) pour repenser les sources du droit, en renouveler les concepts, ou encore en réviser les méthodes d'interprétation, ainsi que l'illustrent les entreprises de Duguit, Saleilles ou Gény. Mais c'est peut-être par une voie plus inattendue que l'empiricité s'est le plus durablement enracinée dans les opérations juridiques : non par ces grandes théories des sources du droit, mais par le terrain, en apparence plus technique, du droit patrimonial, dont la matière se prête particulièrement à l'observation et à la mesure des pratiques sociales.

De fait, le lien plus ou moins formalisé entre pratiques notariales, empiricité et régimes matrimoniaux ne s'est jamais véritablement rompu dans l'intervalle qui sépare le texte de Bonnecase des travaux de Carbonnier : des études, développées pour certaines dans l'ignorance même de la

49. R. Ferrante, Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico, Giuffrè, 2002, p. 255.

50. V. la préface de la thèse publiée séparément sous le titre *Science et tradition en droit civil : à propos de la thèse de doctorat de J. Carbonnier*, Cadoret, 1932. Dans un chapitre consacré au contrat de mariage et aux droits respectifs des époux du Supplément au *Traité théorique et pratique de droit civil,* Sirey, t. 6, 1935, p. 503, Bonnecase fait une très large place au travail de Jean Carbonnier.

51. Sur cette filiation, v. J. Hauser, « Naissance d'un sociologue du droit : notes de lecture », *L'Année sociologique* 2007, 57(2), p. 301.

52. V. le cours de Sociologie juridique professé à la Faculté de droit de Paris en 1963-64, p. 234 : http://cujasweb.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0600508445.

tentative pionnière de Bonnecase, n'en ont pas moins continué de paraître au fil des décennies, sur ce terrain du droit patrimonial de la famille. C'est ainsi que s'est constituée, à bas bruit, une tradition de recherche discrète mais tenace (sans école constituée, sans filiation revendiquée) pour dessiner, rétrospectivement, une véritable lignée d'enquêtes empiriques sur les pratiques matrimoniales et successorales[53]. Il serait urgent et éclairant de la reconstituer. On ne saurait dès lors soutenir que, dans les années 1960, lorsque Carbonnier entreprend de donner toute sa force à un art législatif adossé à une sociologie juridique dans le contexte des grandes réformes du droit de la famille, il arrive sur un terrain vierge et invente de toutes pièces cette « sociologie législative » qui allait faire sa renommée[54].

Quelles que soient les convergences que l'on peut déceler *a posteriori* entre ce texte et les développements ultérieurs de la sociologie juridique, il convient de se garder de toute surinterprétation rétrospective de la portée d'une telle intuition. Loin d'avoir consciemment inauguré une démarche sociologique, Bonnecase se méfie au contraire de la sociologie comme discipline : son geste procède moins d'une ambition scientifique affirmée que d'un objectif instrumental assumé, la collecte de données empiriques n'étant convoquée que pour étayer une réforme précise du régime matrimonial, sans jamais viser à fonder une méthode généralisable ni un savoir autonome sur le droit et la société. Que cette démarche ponctuelle ait pu, rétrospectivement, s'apparenter à un geste sociologique est une chose ; qu'elle relève d'un projet scientifique comparable à celui que Carbonnier développera plus tard en est une autre, à laquelle rien n'autorise à céder.

Ce serait donc une erreur de faire de Bonnecase un sociologue avant l'heure, tout comme ce serait une erreur symétrique de le réduire à un simple promoteur technique de la réforme de la communauté légale. C'est précisément entre ces deux réductions que ce texte mérite d'être lu aujourd'hui comme un grand texte : celui d'un juriste qui, sans jamais renoncer aux exigences propres de sa discipline, a su faire de l'observation du fait social la condition même de la légitimité du droit qu'il entendait réformer. Une contribution aux débats actuels sur les approches empiriques du droit.

53. J. Brethe de la Gressaye, « De la connaissance pratique du droit et de ses difficultés », *D.* 1952, p. 89 ; L. Sebag, « La méthode quantitative en droit civil et la Réforme des régimes matrimoniaux », *D.* 1963, p. 203.

54. A. Vauchez, « "Quand les juristes faisaient la loi…" Le moment Carbonnier (1963-1977), son histoire et son mythe », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, hors-série, 2010, p. 105.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE
DANS LA *RDA* ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *Revue*.

Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :
rda@assas-universite.fr

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, ADD Associés – Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La *Revue* est disponible en ligne sur le site www.assas-universite.fr/revue-droit-dassas.

ÉCOUTEZ

SECRETS DE FAMILLE • SPOLIATIONS •
HÉRITIERS OUBLIÉS • FAUX DOCUMENTS •
RECHERCHES INTERNATIONALES • GÉOPOLITIQUE

CE NE SONT PAS LES INGRÉDIENTS D'UNE SÉRIE.
CE SONT DES HISTOIRES VRAIES OÙ LE DROIT S'INVITE DANS L'INTRIGUE.

PRÉSENT RECOMPOSÉ

Découvrez le podcast des généalogistes successoraux d'ADD Associés qui raconte ce que les successions d'aujourd'hui disent de notre époque et révèlent parfois de plus complexe, de plus sensible… et de plus inattendu.

ÉPISODE 1

La fille oubliée de Georgette

Quand le passé refait surface à l'autre bout du monde



ÉPISODE 3

Dora Maar Pas de descendance

Une course contre la montre. Une médiatisation extrême



ÉPISODE 6

Faux et usage de faux en matière d'héritage

Mensonge et falsification



ÉPISODE 7

Aurora Linchetta

Une star oubliée de la chanson. Une enquête à Cuba sous Fidel Castro



LISEZ

PROLONGEZ LA RÉFLEXION AVEC
LE NOUVEAU LIVRE D'ANTOINE DJIKPA

- **POURQUOI LES HISTOIRES DE FAMILLE NOUS FASCINENT-ELLES AUTANT ?**
- **QUE TRANSMET-ON AU-DELÀ D'UN PATRIMOINE ?**
- **COMMENT IA ET DATAS TRANSFORMENT-ELLES LES RECHERCHES DE FILIATION ?**
- **QUE NOUS RACONTENT LES SUCCESSIONS SUR L'ÉVOLUTION DE NOTRE SOCIÉTÉ ?**

Nourri par plus de 30 ans d'expérience, d'observations de terrain et de références littéraires et cinématographiques, Antoine Djikpa, président du groupe ADD, propose une réflexion originale sur les mutations de la famille, de la transmission et de la généalogie successorale.

PRÉFACE D'ANTOINE DELABRE
EN LIBRAIRIE LE 1ER OCTOBRE



ADD ASSOCIÉS
Étude Généalogique

RETROUVREZ L'ENSEMBLE DE NOS CONTENUS
SUR **WWW.ADD-ASSOCIES.COM**

ADD
ASSOCIÉS
Étude Généalogique

ADD Associés, la référence de la généalogie successorale et de la recherche d'héritiers



36 BUREAUX EN FRANCE

34 en métropole
1 à La Réunion
1 en Martinique



11 BUREAUX À L'ÉTRANGER

Allemagne • Argentine
Autriche • Espagne
Italie • Maroc • Pologne
Portugal • Serbie • Vietnam



+280 EXPERTS PASSIONNÉS



UNE ÉQUIPE INTERNATIONALE INTÉGRÉE

17 langues parlées



+ 15 000 PROFESSIONNELS NOUS FONT CONFIANCE



ADD DATA

+ 500 millions de données indexées



ADD CONNECT

Vos dossiers 24/7



TGD

Tableau généalogique dématérialisé



DES GARANTIES FORTES



40 000 HÉRITIERS

retrouvés en 2025

Généalogistes de France

IAPPR

Tout savoir sur le groupe ADD, nos bureaux et nos services
www.add-associes.com

Siège social - Paris
4 avenue du Coq - 75009 PARIS
Tél.: +33 (0)1 44 94 91 91
paris@add-associes.com