



USEK Law Journal





Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

*La Revue juridique de l'USEK est ouverte à tous les enseignants et chercheurs en matière de Droit.
Ces derniers pourront envoyer leurs articles tapuscrits à l'adresse suivante :*

Université Saint-Esprit de Kaslik
Faculté de Droit et des Sciences Politiques

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél.: +961 9 600 651
Fax: +961 9 600 011
Mél.: lawjournal@usek.edu.lb
usek.edu.lb

*Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.*

Comité scientifique:

Prof. Frank Emmert, Prof. Franck Violet, Prof. Thierry Rambaud, D^r Aref Fakhry,
D^r Céline Baaklini, D^r Reine Daou, D^r Bechara Karam.

La Revue juridique de l'USEK est une revue publiée depuis 1992.

ISSN 1026-3268
eISSN 2664-8156

© **PUSEK, Kaslik, 2020**
Tous droits réservés
Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban
Tél.: +961 9 600 275
Fax: +961 9 600 273
Mél.: pusek@usek.edu.lb
usek.edu.lb

Sommaire

ARTICLES

Bechara Karam

Le paiement des obligations monétaires en monnaie étrangère en droit libanais :
Une relecture de l'alinéa 2 de l'article 301 COC 7

Celine Baaklini et Reine Daou

Regards croisés sur la gestation pour autrui 43

Damien Monnier

La consécration constitutionnelle du principe de fraternité ou l'art de gouverner
du Conseil constitutionnel français 59

Francisco Salvador Barroso Cortés

How Can the European Union Foster Societal Resilience in the Middle East and
North Africa? 81

Jad Kossaifi

La relation franco-maronite aux conflits des années 1839-1841 :
Crises, isolement et tensions 105

Joban Van De Voorde

En fait de meubles (incorporels), possession (ne) vaut (pas) titre : Remonte aux
sources d'un dogme de l'article 2279 du Code Napoléon 131

Marianne Hanna

Violences sexuelles dans le cadre des conflits armés : L'engagement international
en faveur d'une protection de la dignité des victimes 173

Mauricio Alice

Latin American Contributions to Peace and International Law 197

Rindala Zgbeib

The Issue of Distinguishing Permissible Interrogation Techniques from
Illegal Ones 221

Thierry Rambaud

Religions, Constitution et espace public : Quelques enseignements de la
littérature constitutionnelle allemande du XX^e siècle 239

Maria Kamoub

حكومة تصريف الأعمال: بين حصريّة الدستور وشمولية الاجتهاد ٥

Le paiement des obligations monétaires en monnaie étrangère en droit libanais : Une relecture de l'alinéa 2 de l'article 301 COC / Payment of Monetary Debts in Foreign Currencies in Lebanese Law: An Interpretation of the 2nd Paragraph of Article 301 COC

Bechara Karam, Docteur en droit, professeur assistant, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, ORCID iD : <https://orcid.org/0000-0002-5874-6409>

Doctor in Law, Assistant Professor, Department of Law, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik, P.O.Box 446, Jounieh, Lebanon, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5874-6409>

Abstract

The current financial crisis in Lebanon affects the payment of monetary debts in foreign currencies, especially in US dollars. One would assume that a debtor who contracted a debt in dollars, will pay it in dollars. However, according to the law and to the constant jurisprudence, a creditor cannot refuse a payment in Lebanese pounds (lira) calculated according to the official rate at the time of payment. The problem is that this rate, unchanged, is much inferior to the real unofficial rate at which one can effectively buy dollars, insofar as buying dollars at the official rate is nowadays impossible. This duality of exchange rates favors the debtor, at the expense of the creditor.

The question is whether the creditor can oblige the debtor contractually to pay in dollars (or any foreign currency). The central provision that answers this question is article 301 of the Code of Obligations and Contracts. Its 2nd paragraph states that in “*normal periods*”, parties to a contract are free to

stipulate that the payment will be done in a foreign currency. According to the article, a period is “*normal*” when dealing in fiat money is not mandatory. This provision, dating from 1932, no longer corresponds to reality: today, inconvertible fiat money IS the normal kind of currency. We will discuss the interpretation of “*normal period*” in the first paragraph of our paper. However, the law remains the law, and according to the article’s critter, we are not in a normal period and hence, a creditor cannot use the contract to make his debtor pay in a foreign currency. Still, nothing prevents this debtor from willingly paying in foreign currencies, as it often happens in practice. In the 2nd paragraph of our paper, then, we will study how these debts are effectively paid.

Our study, based on an analysis of the legal provisions and their jurisprudential applications, aims to provide a clearer interpretation of the 2nd paragraph of article 301 COC.

Si la pandémie du covid-19 semble monopoliser l'angoisse publique ces derniers temps, elle est doublée au Liban par une crise monétaire tout autant catastrophique. Depuis les premiers signes prémonitoires de l'automne 2019, la livre libanaise a perdu 80% de sa valeur¹. Ce phénomène d'érosion monétaire pose une pléthore de problèmes, en politique, en économie, en finance, en sociologie, en psychologie même, et en droit. Particulièrement, il a projeté sur le devant de la scène juridique la question du paiement des dettes monétaires libellées en devises étrangères. Notre économie étant dollarisée, rien n'est plus normal en pratique que de déterminer les obligations monétaires en dollars américains. Cela signifie-t-il pour autant que ces obligations doivent être acquittées nécessairement en dollars ? Qu'en est-il alors du pouvoir libératoire dont est dotée la monnaie nationale, la livre libanaise ? La question n'est pas anodine du tout en cette éprouvante année 2020, quand l'acquisition des dollars s'avère excessivement onéreuse.

Que dit la loi ? La pièce maitresse, dans notre droit², est l'article 301 du Code des obligations et des contrats qui régit les dettes de sommes d'argent – c'est-à-dire les dettes monétaires ou pures obligations monétaires³. « *Lorsque la dette est d'une somme d'argent* », dispose son premier alinéa, « *elle doit être acquittée dans la monnaie du pays* ». Le second alinéa continue : « *En période normale et lorsque le cours forcé n'a pas été établi pour la monnaie fiduciaire, les parties sont libres de stipuler que le paiement aura lieu en espèces métalliques déterminées ou en monnaie étrangère*⁴ ».

1 Ceci au moment où nous écrivons ces lignes. Selon Reuters : <<https://www.reuters.com/article/us-lebanon-crisis-pound-idUSKBN23X1KZ>>, consulté le 26 juin 2020.

2 À titre comparatif, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a introduit dans le Code civil français les articles 1343 à 1343-5 sous l'intitulé « *Sous-section 2 : Dispositions particulières aux obligations de sommes d'argent* ». L'article 1343-1 assure au nominalisme monétaire un fondement légal direct. L'article 1343-3 traite le même sujet que l'article 301 COC.

3 Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit privé, 2016, t. 572, p. 15 n° 14 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, vol. 2, p. 1550 n° 684. Ce qui caractérise les dettes monétaires dans un sens strict, c'est que la monnaie y est l'objet *in obligatione* autant que *in solutione*, tandis que les dettes de valeur sont monétaires seulement *in solutione*. V. sur ce point : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 9^e éd., 2017, p. 639 n° 1096.

4 L'art. 1343-3 C. civ. fr., quant à lui, dispose : « *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros. Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger. Les parties peuvent*

Le second alinéa, qui va retenir notre attention, reprend une ancienne solution jurisprudentielle française, célèbre par les conclusions de l'avocat général Matter⁵. Selon cet alinéa, tant que la monnaie en papier (ou plus précisément, la monnaie fiduciaire nationale) est inconvertible en or – c'est-à-dire qu'il y a cours forcé de cette monnaie fiduciaire –, il est interdit aux créanciers d'exiger de leurs débiteurs un paiement en or ou en monnaie étrangère.

Sommes-nous au Liban dans une période de cours forcé ? Force est de constater qu'aujourd'hui le cours forcé est devenu la normalité, aucune monnaie fiduciaire n'étant convertible en or, et par conséquent, par application de l'alinéa 2, les stipulations de paiement en monnaie étrangère sont interdites : le créancier d'une dette monétaire déterminée en dollars ne peut pas exiger de son débiteur un paiement en dollars. Cette situation suscite plusieurs interrogations : si la fixation des dettes en devises étrangères est une pratique courante, elle-elle pour autant une pratique légale ? Que faire des stipulations de paiement en monnaie étrangère ? Comment doit – ou peut – se faire le paiement effectif ?

Pour répondre à ces questions, nous analyserons la règle de l'alinéa 2 de l'article 301 COC. Nous examinerons dans un premier temps l'hypothèse qu'elle envisage : s'il y a cours forcé et s'il y a stipulation de paiement en monnaie étrangère, cette stipulation est nulle. Nous constaterons que nous sommes actuellement, techniquement, dans une ère de cours forcé mais que pourtant, l'annulation des stipulations de paiement en monnaie étrangère ne semble pas toujours de rigueur. Dans un second temps, nous prolongerons l'alinéa 2 de l'article 301 : comment payer effectivement une dette monétaire stipulée en devises étrangères, surtout en période d'érosion monétaire ?

convenir que le paiement aura lieu en devise s'il intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée ». Ce 2^e al. résulte de la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avr. 2018, art. 14. Le texte initial de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 : « *Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre devise si l'obligation ainsi libellée procède d'un contrat international ou d'un jugement étranger* ».

5 Cass. civ. fr., 17 mai 1927, *DP* 1928, disponible sur Legifrance (spéc. le 3^e moyen). V. aussi H. CAPITANT, « De l'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de paiement en or ou en monnaies étrangères », *DP* 1928, chron. p. 53-56 (disponible sur <gallica.bnf.fr>) ; S. BENILSI, *Rép. Civ. Dalloz*, « Paiement », févr. 2019, n° 137.

Avant d'examiner ces questions, précisons que notre recherche ne vise que les paiements nationaux⁶. L'article 301 COC ne le précise pas, mais ces restrictions ne s'appliquent pas aux paiements internationaux⁷. L'article 1343-3 nouveau du Code civil français, quant à lui, dispose clairement que l'obligation de payer en Euro s'efface dans les « opérations à caractère international⁸ ».

Paragraphe 1. L'hypothèse de l'alinéa 2 de l'article 301 COC appliquée aux dettes monétaires libellées en monnaie étrangère

L'alinéa 2 de l'article 301 COC envisage deux situations auxquelles il attache des conséquences opposées. Il distingue entre une période normale, caractérisée par l'absence d'un cours forcé⁹, durant laquelle il est possible de stipuler le paiement d'une dette monétaire en monnaie étrangère, et une

6 Le paiement international est un paiement « impliquant un flux et reflux au-delà des frontières », selon la formule de l'avocat général Matter dans ses conclusions dans Cass. civ. fr., 17 mai 1927, DP 1928. V. : Y. HEYRAUD, « Le paiement en monnaie étrangère sur le territoire français : réflexions sur le nouvel article 1343-3 du Code civil », RTD civ. 2019, p. 16 ; H. MAZEAUD *et al.*, *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd. (par F. CHABAS), 1998, p. 969 n° 875 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e éd., 2015, vol. 3, p. 129 n° 139 : « mouvement trans-frontières ».

7 ز. يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، دار العلم والنور، ج ٦، ص ١٧٢ رقم ٦٩ وج ١٢ ص ٢٨٨-٢٩١؛ ج. سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود. الموجبات، بيروت، ط ٢ (أعدّها م. سيوفي)، ١٩٩٤، ج ٢، ص ٥٣٢ م. سيوفي، "التعاقد بالعملة الأجنبية"، العدل، ١٩٩٣، ع ٢، ص ٢٥.

V. Cass. civ. lib. 4^e, n° 47, 21 mars 2005, *idrel.com* à propos d'un contrat conclu et exécuté à Abidjan entre deux libanais.

8 Alors que le texte initial de l'article 1343-3 selon l'ordonnance de 2016 utilisait l'expression « contrat international », la loi de ratification lui a substitué « opérations à caractère international ».

9 Il serait prudent de s'assurer que la période normale au sens de l'article 301 COC est vraiment caractérisée par l'absence d'un cours forcé, avant de fonder tout le raisonnement sur cette hypothèse. Le texte français de l'article dispose : « En période normale et lorsque le cours forcé n'a pas été établi pour la monnaie fiduciaire ». Que veut dire ce « et » ? Il ne sépare pas entre deux situations distinctes (normalité et absence de cours forcé), mais signifie que l'absence du cours forcé *est* la période normale. Le texte arabe de l'article est plus clair : au lieu d'un « et », il emploie une virgule. Ceci est également évident chez Josserand, parrain du COC, qui oppose la période normale à la période de cours forcé : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, Librairie recueil Sirey, 3^e éd., 1939, vol. II, p. 525 – 526.

période de cours forcé, dans laquelle une telle stipulation est interdite¹⁰. Or, au Liban, le cours forcé de la livre libanaise est établi (A), et par conséquent, les stipulations de paiement en monnaie étrangère doivent être interdites (B).

A. Le cours forcé de la livre libanaise

Le cours forcé signifie que la monnaie fiduciaire est inconvertible en or (1). Cette inconvertibilité en or ne peut plus être considérée comme une mesure exceptionnelle, comme avait pu le faire le COC en 1932 (2).

1. Monnaie fiduciaire et cours forcé

Il fut un temps où l'or et d'autres métaux¹¹ faisaient office de monnaie, et ceci grâce à leur valeur intrinsèque : la matière dont est constituée la monnaie lui donne sa valeur¹². Pour des raisons pratiques, les banques émettaient des billets, représentatifs des dépôts en monnaie métallique qui leur étaient confiés par leurs clients. Le déposant portait sur lui ce papier, un titre de

10 Nous écartons de nos développements les clauses-or ou valeur-or. Toutefois, quelques observations : l'art. 1^{er} de l'arrêté n° 18 du 26 janv. 1940 (*JORL* n° 3760 du 26 févr. 1940, p. 6138) avait interdit les clauses-or ainsi que les clauses-valeur or. Par la suite, l'art. 1^{er} de la loi n° 105 du 22 juin 1999 a abrogé cet arrêté (qui envisageait l'or comme monnaie), ainsi que 4 autres arrêtés relatifs à des opérations sur l'or (qui envisageaient donc l'or comme marchandise : gages en or, importation de l'or, etc.). Les motifs de la loi rappellent que l'interdiction des clauses-or et valeur-or en 1940 était justifiée par la protection de la monnaie-papier contre le manque de confiance des libanais, mais ne l'est plus maintenant. Il résulte de ces motifs que le souci principal de la loi était l'impact économique négatif de l'interdiction des opérations sur l'or. V. aussi, Comité de législation et de consultation du ministère de la Justice, consultation n° 1721/1995 du 2/8/1995, *sader online*.

11 L'argent, notamment, mais également le cuivre comme en Chine. V. documentaire sur Arte.tv : M. BURKE et G. HARTE, « Comment le métal blanc a façonné le monde », visionné le 30/5/2020.

12 La valeur de la monnaie métallique était initialement garantie par pesage et plus tard par la frappe étatique. Cette frappe dispensait de peser les pièces, et en cela, elle permettait une première transition vers la monnaie fiduciaire, en dissociant l'unité monétaire du véritable grammage des pièces. Ceci permettait au souverain, plus grand débiteur (J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1541) de dévaluer la véritable teneur des pièces tout à son profit. V. : R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibl. de Droit privé, t. 225, 1992, p. 75 ; J. DALSÈME, *La monnaie : histoire de l'or, de l'argent et du papier*, Léopold Cerf éd., 1882, p. 19-20 ; K. OLIVECRONA, *The problem of the monetary unit*, Almqvist & Wiksell, 1957, p. 82 ; pour un exemple historique : J. FAVIER, *Philippe le Bel*, Fayard, 1978, p. 167, chapitre « La monnaie du roi ».

créance¹³ sur la banque émettrice, représentatif d'une quantité d'or et pouvait le convertir en or au porteur et à vue¹⁴. Ces billets reçurent l'appellation de monnaie fiduciaire, en tant qu'ils nécessitaient une « *entière confiance dans la sincérité du dépôt dont il[s] tenai[ent] la place*¹⁵ ». Ces billets, initialement convertibles en or, deviennent inconvertibles quand l'État décrète le cours forcé de la monnaie fiduciaire : l'effet est d'interdire la conversion en or de la monnaie fiduciaire : « *le billet prend alors son indépendance [...]. Les unités contenues dans un billet n'ont plus de correspondant matériel*¹⁶ ».

Aujourd'hui la monnaie fiduciaire inconvertible en or est la monnaie de tous les jours¹⁷ – à côté de la monnaie scripturale¹⁸. Il est à remarquer

13 J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1552 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, p. 76.

14 À titre d'exemple, les billets de 100 francs émis par la Banque de France en 1906 mentionnaient : « *payables en espèces, à vue, au porteur* » < https://www.banque-france.fr/sites/default/files/e_100fbdf1906_lucolivier_merson_maj180903.pdf > ; les billets égyptiens de 50 piastres de 1877 mentionnaient un engagement de la Banque Nationale d'Égypte à payer à vue la somme de 50 piastres au porteur, < <https://www.cbe.org.eg/en/BankNote/Pages/currencymuseum.aspx> >. Liens consultés le 30/5/2020. Pour l'anecdote, les billets de lire italienne ont conservé la mention « *pagabili a visto al portatore* » alors même qu'ils étaient devenus inconvertibles.

15 J. DALSÈME, *La monnaie : histoire de l'or, de l'argent et du papier*, p. 90.

16 R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, p. 77 ; H. MAZEAUD *et al.*, *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, p. 967 n° 871 ; D. MONToux, « Fasc. 10 : Indexation – Problèmes généraux – Règlements d'ordre interne », *J.-Cl. Notarial formulaire*, mis à jour 15 mars 2017, n° 11 ; S. BENILSI, *Rép. Civ. Dalloz*, « Paiement », n° 121 ; c'est la « *dispense pour l'institut d'émission de rembourser les billets en or* », F. GRUA et N. CAYROL, « Art. 1343 à 1343-5 – Fasc. 30 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie de paiement », *J.-Cl. Code Civil*, 6 nov. 2019, n° 4. Ou comme le formule un intéressant ouvrage de 1882 : « *l'obligation, pour le justiciable, d'accepter le papier-monnaie [...], sans le droit de l'échanger ensuite contre espèces sonnantes* », J. DALSÈME, *La monnaie : histoire de l'or, de l'argent et du papier*, p. 90-91.

17 Sauf à considérer la très éphémère expérience de la monnaie-or de Daesh. O. MOOS, « Argent, religion et politique : le retour du dinar-or – quand l'État Islamique frappait monnaie », *Religioscope*, 6 août 2018, <<https://www.religion.info/2018/08/06/le-retour-du-dinar-or/>>. Certaines factions islamistes ne reconnaissent pas les billets de banque comme véritable monnaie : N. KRICHENE et H. B. GHASSAN, « The pre-eminence of gold and silver as Shariah money », *Thunderbird Int. Bus. Rev.* 2019, vol. 61, p. 821-835, <<https://doi-org.ezproxy.usek.edu.lb/10.1002/tie.22040>>. Liens consultés le 27/5/2020.

18 La monnaie scripturale est « *matérialisée seulement par des écritures dans les livres de compte des banques* ». F. GRUA et N. CAYROL, « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 30 : Régime

que le texte arabe de l'article 301 traduit « *monnaie fiduciaire* » par « *monnaie en papier* », ce qui n'est pas exactement la même chose. Il est vrai que la monnaie fiduciaire est principalement formée de papier monnaie, mais elle comporte également des petites pièces métalliques – la petite monnaie, ou monnaie d'appoint, ou divisionnaire ou de billion ou jetons-monnaies¹⁹. Ces pièces sont également une monnaie fiduciaire, et non pas une véritable monnaie métallique, car leur valeur nominale n'est pas celle du métal qui les constitue mais la valeur fixée par l'institut émetteur : le métal qui forme une pièce de 500 livres n'a pas une valeur de 500 livres.

Notons que l'interdiction de la convertibilité de la monnaie fiduciaire en or qui caractérise le cours forcé est à distinguer de la convertibilité des monnaies fiduciaires entre elles²⁰ (on parle alors de contrôle des changes²¹).

2. *Cours forcé et normalité*

La question essentielle ici est de savoir si nous sommes, au Liban, dans une période de cours forcé ou en période normale selon l'alinéa 2 de l'article 301 COC. Paradoxalement, nous sommes dans les deux ensemble. La monnaie libanaise est inconvertible en or, mais ceci est aujourd'hui l'état normal de toute monnaie. En effet, en 2020, aucun détenteur d'un billet de banque ne songerait à se rendre à l'institut émetteur de ce billet (la BDL, par exemple) et à demander son équivalent en or. Or, en 1932, année de promulgation du COC, le cours forcé de la monnaie fiduciaire

général des obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Monnaie de paiement », n° 61. Elle joue un rôle considérable, surtout en droit français où le paiement en monnaie scripturale est obligatoire au-delà de certains montants (V. art. L 112-6 CMF). S. BENILSI, *Rép. Civ. Dalloz*, « Paiement », n° 115 et s. Toutefois, nous l'avons omise de nos développements en tant qu'elle n'influe pas particulièrement sur l'application de l'art. 301 COC et les stipulations de paiement.

- 19 Ces pièces ont un pouvoir libératoire limité : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligation*, p. 116 n° 118. V. les art. 7, 8 et 9 du Code de la monnaie et du crédit libanais qui limitent le pouvoir libératoire des pièces divisionnaires.
- 20 Il faut noter que cette liberté de change prive l'interdiction des clauses-monnaie étrangère d'une partie de sa justification : leur nullité n'est plus logique quand les monnaies étrangères sont convertibles entre elles. Note de Ph. MALAURIE, « Nullité absolue de la clause de paiement en monnaie étrangère d'un contrat interne » sur Bordeaux, 8 mars 1990, *D.* 1990, p. 550.
- 21 Le contrôle des changes est le droit exclusif de l'État « *d'acheter ou de vendre des devises étrangères à des taux déterminés par lui-même... Ces taux cessent d'être des prix du marché* ». M. A. HEILPERIN, « Qu'est-ce que la convertibilité monétaire ? », *Revue d'économie politique* 1954, vol. 64, n° 1, p. 6.

était encore perçu comme une mesure exceptionnelle, décrétée en temps de crise²², quand l'institut émetteur des billets de banque devenait impuissant à les rembourser tous en or. Le cours forcé s'imposait comme la meilleure solution. Tel a été le cas lors de la première guerre mondiale²³, notamment en France²⁴ où le cours forcé a été établi par loi du 5 août 1914, puis aboli par la loi du 25 juin 1928²⁵ avant d'être définitivement ré-adopté en 1936, en vertu de la loi du 1^{er} octobre 1936.

La livre libanaise n'est pas convertible en or. Si nous retraçons l'histoire législative de la livre²⁶, nous constatons que les textes qui se sont succédé de

-
- 22 Jossierand se fait l'écho de cette perception : « *Mais il arrive, au cours de périodes troublées, que les pouvoirs publics attribuent au billet de banque, non seulement cours légal, mais cours forcé : la Banque de France est dispensée de rembourser ses billets en espèces métalliques ; elle préserve, de cette façon, son encaisse, au moyen d'un moratoire qu'elle impose aux détenteurs de son papier* ». L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, p. 526 n° 857.
- 23 « *Tous les pays européens qui avaient pris part à la guerre ont institué le cours forcé* ». Société des Nations, *Rapport sur le contrôle des changes*, 9 juillet 1938, p. 10 n° 6, <https://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-232-M-131-1938-II-A_FR.pdf>, consulté le 29/5/2020. De même pour l'empire ottoman : A. SAMMAN, *Le régime monétaire de la Syrie*, Université de Paris, Faculté de droit, 1935, p. 19.
- 24 Le cours forcé avait été précédemment décrété en France le 28 janvier 1720 et ensuite lors de la crise de 1870 et ceci jusqu'au 31 décembre 1877. J. DALSEMÉ, *La monnaie : histoire de l'or, de l'argent et du papier*, p. 111.
- 25 M. BALTAZARD, « Le franc et son histoire », *Mémoires de l'Académie Nationale de Metz* 1954-1955, p. 185-186.
- 26 Brève genèse de la livre libanaise avant l'indépendance : après la 1^{re} guerre mondiale, et après un bref interlude de circulation de la monnaie égyptienne, les autorités mandataires françaises chargèrent la Banque de la Syrie – banque déjà instituée du temps des ottomans – d'émettre la livre syrienne dès le 1^{er} mai 1920 ; par une convention du 23 janvier 1924, la Banque de la Syrie, renommée Banque de la Syrie et du Grand Liban, commença à émettre deux séries de livres du même type, l'une au nom du Grand Liban, l'autre au nom de la Syrie, indifféremment valables. Cette livre était convertible en francs français, à raison de 20 francs par livre, et non pas directement en or. La convention de 1924 devant expirer en 1939, une nouvelle convention fut conclue le 29 mai 1937 ratifiée le 7 juin. La parité entre la livre et le franc fut maintenue mais la livre libanaise eut une couverture séparée de la livre syrienne. Par la suite, la livre libanaise fut indexée sur la livre sterling. *La Syrie et le Liban sous l'occupation et le mandat français 1919-1927*, Librairie et éd. Byblion, [s.d.], p. 89 ; M. BÉRAUD, « Le régime monétaire libano-syrien », *Revue d'économie politique* 1929, p. 119, <<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb343785215>> ; Historique de la livre libanaise sur le site de la BDL : <<https://bdl.gov.lb/pages/index/1/237/History.html>>. Liens consultés le 25/6/2020.

1920 jusqu'à 1940 ont déterminé la valeur de la livre en francs français²⁷ et non pas directement en or ; la livre n'était pas, par conséquent, directement convertible en or, mais en francs. Le 22 avril 1947, le Liban devient membre du Fonds Monétaire International et de la Banque mondiale, et en 1949, entre en vigueur une nouvelle loi monétaire²⁸, déterminant la valeur de la livre en dollars. Elle ne s'exprime pas sur son inconvertibilité, ce qui n'était pas nécessaire : c'était l'époque du système Bretton Woods selon lequel seul le dollar demeurerait convertible en or²⁹. Le Code de la monnaie et du crédit libanais de 1963 ayant créé la Banque du Liban sous-entend l'inconvertibilité de la livre dans son article 4³⁰. Nous pouvons en conclure que nous sommes en période de cours forcé de la monnaie fiduciaire.

L'alinéa 2 de l'article 301 COC qui caractérise la normalité par l'absence du cours forcé est à réécrire. En l'état actuel du texte, il est difficile de donner à la « *période normale* » un autre sens³¹.

B. L'interdiction des stipulations de paiement en devises étrangères

À suivre la logique de l'alinéa 2 de l'article 301 COC, si le cours forcé est établi, les parties ne sont pas « *libres de stipuler que le paiement aura lieu en espèces métalliques déterminées ou en monnaie étrangère* ». Quel est le véritable

27 Par ex., sur le billet de cinquante livres émis par la Banque de Syrie et du Grand-Liban en 1925, nous pouvons lire : « *Remboursable au Porteur en chèque sur Paris ou Marseille à raison de vingt Francs par Livre* ». A. HUET, « À la rencontre de la livre libanaise », *Commerce du Levant* janvier 2017, n° 5684, p. 47.

28 Loi du 24 mai 1949 sur l'unité monétaire, *JORL* n° 21 du 25 mai 1949, p. 265-266.

29 <<https://www.vie-publique.fr/fiches/38285-systeme-de-bretton-woods-fmi-bird-1944-1971>>, consulté le 25/6/2020. C'est le *Gold exchange standard* : chaque pays fixe la parité de sa monnaie vis-à-vis du dollar ou de l'or, le dollar, – *reserve currency* – est la seule monnaie convertible en or. Le système de Bretton Woods dura de 1944 à 1971, quand le Président Nixon annonça l'inconvertibilité du dollar en or.

30 V. : ٢٧. م. سيوفي، "التعاقد بالعملة الأجنبية"، ص ٢٧.

L'art 4, dernier al., CMC : « *Les pièces d'or peuvent être également émises quand la loi aura autorisé la reconversion des billets de banque en or* » (notre traduction). Cette loi autorisant la conversion n'a pas été promulguée.

31 Comme par ex. l'a fait la Cour d'appel du Liban Nord (2^e ch. civ., n° 52, 11 févr. 1993, *R. J. L.* 1993, 2, p. 913) qui a défini la période normale comme étant une période où il n'y a pas de limitations sur les monnaies étrangères : étrange caractérisation, qui conduit à un cercle vicieux : quand pouvons-nous exiger un paiement en monnaies étrangères ? Quand nous sommes en période normale. Qu'est-ce qu'une période normale ? Une période durant laquelle nous pouvons exiger un paiement en monnaie étrangère.

enjeu de cette interdiction ? La monnaie peut jouer deux rôles : déterminer la quantité d'une dette monétaire (unité de compte), et/ou servir d'instrument de paiement de cette dette.

À une définition ontologique de la monnaie³², l'on préfère des définitions fonctionnelles. La monnaie assume classiquement trois fonctions économiques³³ : étalon de valeur³⁴ ; intermédiaire des échanges ou fonction de règlement³⁵ ; réserve de valeur (thésaurisation³⁶). Ces fonctions économiques se déclinent en fonctions juridiques³⁷, la monnaie apparaît respectivement

-
- 32 La monnaie est un bien particulier, difficilement définissable, l'État détermine sa valeur, le retire et le remplace. Sur la définition de la monnaie : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligation*, p. 114 n° 116 ; J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1571 n° 696 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, p. 17 n° 15 qui appelle à une caractérisation purement juridique de la monnaie, loin de la conception fonctionnaliste de l'analyse économique. V. l'art. 51 du Code de la monnaie et du crédit lib. sur la faculté de remplacement des billets par la Banque du Liban.
- 33 Sur les fonctions de la monnaie : P.-B. RUFFINI, *Les théories monétaires*, éd. Du Seuil, coll. La pensée économique contemporaine, 1996, p. 17-25 ; M. LELART, *Le système monétaire international*, La Découverte, coll. Repères, 9^e éd., 2017, p. 3-6 ; D. PLIHON, *La monnaie et ses mécanismes*, La Découverte, coll. Repères, 2013, p. 3-5 ; J. COUPPEY-SOUBEYRAN, *Monnaie, banques, finance*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2015.
- 34 Au lieu d'établir des relations dyadiques entre tous les biens pour déterminer leurs rapports de valeur (par ex., une tomate vaut 2 pommes de terre, une tomate vaut 5 cerises, une pomme de terre vaut 2.5 cerises, etc.) on calcule la valeur de tous les biens par rapport à un tiers bien (étalon de valeur). V. : D. PLIHON, *La monnaie et ses mécanismes*, p. 3 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 639 n° 1095. L'évaluation pécuniaire est un mécanisme général et nécessaire du droit : J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1568, n° 693.
- 35 Si j'ai des tomates et que j'ai besoin de cerises, je ne peux les échanger que dans la mesure où je trouve un producteur de cerises qui a besoin de tomates, mais si ce dernier a besoin de pommes de terre, je dois au préalable échanger mes tomates contre des pommes de terre. La monnaie est un « équivalent général » qui simplifie les échanges (D. PLIHON, *La monnaie et ses mécanismes*, p. 3) vu sa fonction d'étalon de valeur de la monnaie et sa fungibilité.
- 36 La monnaie, qui ne périt pas en principe, peut être accumulée, surtout qu'elle conserve son pouvoir d'achat dans le futur, et – en plus – produit des intérêts. P.-B. RUFFINI, *Les théories monétaires*, p. 22-23.
- 37 Ces 3 fonctions économiques de la monnaie se déclinent également en fonctions psychologiques : respectivement, sens de valorisation, impression de sécurité et indépendance. D. COHEN, F. SHIN et X. LIU, "Meanings and Functions of Money in Different Cultural Milieus", *Annual review of psychology* 2019, vol. 70, p. 479-497, accessible en ligne < <https://doi-org.ezproxy.usek.edu.lb/10.1146/annurev-psych-010418-103221>>, consulté le 27/5/2020.

comme une unité de compte, comme une unité de paiement et comme un objet de propriété³⁸. Les deux premières intéressent particulièrement le juriste³⁹ : comme unité de compte, la monnaie sert à déterminer la quantité de la dette monétaire ; comme unité de paiement⁴⁰, la monnaie sert à éteindre, à « *payer* » une dette monétaire. Ces deux fonctions peuvent être séparées⁴¹ : théoriquement, une somme d'argent peut être déterminée par une unité monétaire et payée par une autre.

Si l'alinéa 2 de l'article 301 semble uniquement limiter l'usage de la monnaie étrangère comme unité de paiement (1), est-il pour autant sans conséquences sur l'usage de cette monnaie comme unité de compte (2) ?

1. La monnaie étrangère comme unité de paiement

Les dispositions de l'article 301 concernent la monnaie de paiement et non la monnaie de compte⁴². Le premier alinéa détermine la monnaie par laquelle une dette monétaire doit être « *acquittée* ». Le second alinéa régit la liberté des parties de « *stipuler* » la monnaie du « *paiement* » d'une dette monétaire. En période de cours forcé, ce que l'alinéa interdit sont les clauses

38 J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1560 n° 688.

39 Les études juridiques sur la monnaie ignorent la fonction de thésaurisation, et développent la fonction d'unité de valeur et d'unité de paiement. V. : K. OLIVECRONA, *The problem of the monetary unit*, p. 180 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, p. 22.

40 Si la monnaie est un moyen de paiement, tout moyen de paiement n'est pas nécessairement de la monnaie. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1555. V. également R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, p. 7-8 et p. 16-17 n° 13-14 et D. MARTIN qui relève une inconsistance dans l'article L 311-3 du CMF, définissant le moyen de paiement comme l'instrument qui permet de transférer des fonds, « *or, la monnaie qui peut être objet de transfert ne saurait être, en même temps, l'instrument de ce transfert* ». D. MARTIN, « L'information de la monnaie : aspects juridiques », 2^e conférence, Cycle Droit, économie, justice, organisé par la Cour de cass. fr. et la Chaire Régulation de Sciences Po le jeudi 7 mars 2005, <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/intervention_m._martin_8031.html>, consulté le 7 juin 2020.

41 J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, p. 1529 n° 672 qui donne l'exemple de l'écu européen, monnaie de compte et non de paiement. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 638 n° 1092, donnent l'exemple historique de la coexistence en France de la livre comme monnaie de compte et l'écu (historique) comme monnaie de paiement.

42 Pour une observation similaire relative à l'article 1343-3 Code civil : Y. HEYRAUD, « Le paiement en monnaie étrangère sur le territoire français : réflexions sur le nouvel article 1343-3 du Code civil », n° 14.

par lesquelles le créancier exige du débiteur, dans le contrat, un paiement en devises étrangères⁴³. Ces clauses sont appelées « *clauses monnaie étrangère*⁴⁴ ».

Certaines dispositions spéciales peuvent tenir l'article 301 COC en échec. Ainsi, en droit commercial, le tireur d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque peut valablement stipuler qu'ils soient payés en une monnaie étrangère spécifique (« *clause de paiement effectif en une monnaie étrangère* »), et dans ce cas, le tiré devra payer en cette monnaie spécifique. Par contre, si le tireur permet le paiement en d'autres monnaies que la monnaie locale, le tiré aura le choix⁴⁵.

Le droit du travail présente une autre exception, jurisprudentielle : eu regard aux spécificités de la protection du salarié (article 59 Code du travail libanais), la jurisprudence⁴⁶ libanaise admet la licéité des stipulations du paiement du salaire en dollars ou autres devises étrangères dans les contrats de travail quand bien même l'article 47 exige le paiement en monnaie

43 ج. سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الموجبات، ج ٢، ص ٢٣٥.

44 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligation*, p. 118 n° 121.

45 V., pour les lettres de change, l'art. 356 du Code de commerce libanais, al. 1 : « *Lorsqu'une lettre de change est stipulée payable en une monnaie n'ayant pas cours au lieu du paiement, le montant peut en être payé dans la monnaie du pays d'après sa valeur au jour de l'échéance. Si le débiteur est en retard, le porteur peut, à son choix, demander que le montant de la lettre de change soit payé dans la monnaie du pays d'après le cours, soit du jour de l'échéance, soit du jour du paiement* » [...] ; al. 3 : « *Les règles ci-énoncées ne s'appliquent pas au cas où le tireur a stipulé que le paiement devra être fait dans une certaine monnaie indiquée (clause de paiement effectif en une monnaie étrangère)* » ; pour les billets à ordre, V. l'art. 405 qui renvoie à l'art. 356, et pour les chèques, l'art. 432, al. 1 : « *Lorsqu'un chèque est stipulé payable en une monnaie n'ayant pas cours au Liban, le montant peut en être payé, dans le délai de présentation du chèque, d'après sa valeur en livres libanaises au jour du paiement. Si le paiement n'a pas été effectué à la présentation, le porteur peut, à son choix, demander que le montant du chèque soit payé en livres libanaises d'après le cours, soit du jour de la présentation, soit du jour du paiement* » et al. 3 : « *Les règles ci-dessus énoncées ne s'appliquent pas au cas où le tireur a stipulé que le paiement devra être fait dans une certaine monnaie indiquée (clause de paiement effectif en monnaie étrangère)* ». Les dispositions de ce Code sont une exception à l'article 301 COC. V. : Ch. FABIA et P. SAFA, *Précis de Code de commerce annoté*, éditions du Béryl, 2^e éd. annotée, 2005, t. 1, p. 696-697, p. 804 et p. 624 sur la détermination de la somme à payer en monnaie étrangère sur la lettre de change. À titre comparatif, V. l'art. L 112-5-1 CMF français, pour les obligations procédant d'un instrument financier à terme.

46 Cass. civ. lib. 8^e, n° 6/2012, 1 mars 2012, *idrel.com* ; Cass. lib. civ. 6^e, n° 25, 13 avr. 1993, *idrel.com* (salaire payé en livres anglaises).

« officielle⁴⁷ », dans la mesure où elles permettent de préserver le pouvoir d'achat du salaire.

Ceci sans mentionner les paiements internationaux, où les clauses monnaie étrangère sont admises sans problèmes⁴⁸.

Il est à noter qu'en dehors de ces cas spéciaux, et en dépit de la conclusion que nous avons pu tirer de l'alinéa 2 de l'article 301 COC résultant de l'existence d'un cours forcé, nous pouvons trouver des décisions libanaises qui admettent les stipulations de paiement en monnaie étrangère⁴⁹, invoquant une libéralité de principe du système libanais et une interprétation différente du sens de la « période normale⁵⁰ », basée sur la liberté des opérations de change. D'autres décisions ignorent tout simplement l'article 301 COC⁵¹.

47 L'art. 47 Code du travail lib. dispose : « *Les salaires des ouvriers s'ils ne sont pas en espèces doivent être payés en monnaie officielle nonobstant toute stipulation contraire* » ; l'art. 59 al. 2 : « *Mais les clauses d'une convention particulière ou d'un statut général du personnel prévoyant des conditions plus favorables aux salariés leur profiteront* ».

48 *V. supra*, introduction *in fine*.

49 Dans une affaire portée devant la Cour de cassation, (Cass. civ. lib., n° 13, 28 mai 1992, *legiliban.ul.edu.lb*) concernant le paiement de titres à la Banque, la cour d'appel s'était fondée sur l'article 356 du Code de commerce qui permet les clauses-monnaie étrangère dans les lettres de change ; la Cour de cassation maintient cette permission mais substitue au motif de la décision d'appel un autre : la dette est née en dollars, elle devra être payée en dollars. Ce qui est, à notre avis, contraire à l'alinéa 2 de l'article 301 COC, du moment où la Cour rejette l'application de l'art. 356 Commerce.

50 Par exemple : Appel Liban Nord, 2^e ch. civ., n° 52, 11 févr. 1993, *R. J. L.* 1993, 2, p. 913 : la période normale est la période durant laquelle les transactions en monnaie étrangère sont permises. Dans la même veine : Appel Beyrouth, n° 173, 4 avril 1950, *Recueil Hatem*, 7, p. 32-33 : cet arrêt se fonde sur le décret n° 13532 du 5 nov. 1948 relatif à l'exportation et l'importation de capitaux et des opérations de change qui a libéré les transactions impliquant les monnaies étrangères. Or ceci n'écarte pas l'existence d'un cours forcé.

51 Par ex., deux décisions récentes, l'une du juge des référés de Nabatieh, 25 nov. 2019, l'autre du juge des référés de Tyr, du 8 avr. 2020, opposant une banque à un client ayant besoin de retirer son dépôt en devises pour se faire hospitaliser à l'étranger. Ils fondent leurs décisions sur l'obligation d'exécuter en nature. La deuxième décision a été infirmée car le juge ne l'avait pas signée : Appel Liban Sud, 5^e ch. civ., 8 mai 2020, <<https://www.mahkama.net/?p=20159>>. Notons ici également le cas suivant : une police d'assurance stipulait le paiement d'un montant tel en livres libanaises ou un montant tel en monnaie étrangère, ce dernier étant à l'époque l'équivalent du premier. Par la suite, la livre libanaise subit une dépréciation. La Cour estime que cette situation permet au juge, quand l'équilibre initial entre les deux sommes est rompu à cause de la dépréciation, de considérer que les 2 parties ont utilisé le marc allemand comme unité de compte, et « *conséquentement* », "وبالتالي" comme unité de paiement. Cass. lib. civ. 4^e,

2. La monnaie étrangère comme monnaie de compte

Du silence de l'article 301 COC, nous pouvons déduire la permission de l'utilisation de la monnaie étrangère comme monnaie de compte. En pratique, l'utilisation du dollar américain pour déterminer le montant des sommes dues est perceptible dans les contrats de vente, de bail, de prêts, de dépôts bancaires. La jurisprudence entérine la pratique et admet que les dettes monétaires puissent être exprimées en devises étrangères, dans les contrats aussi bien que les jugements⁵².

L'usage de la monnaie étrangère peut prendre la forme d'une clause-valeur monnaie étrangère, par laquelle le montant de la dette est déterminé comme l'équivalent, en monnaie locale, d'une somme en monnaie étrangère. La jurisprudence française admet les clauses-valeur monnaie étrangère dans les paiements internes⁵³ depuis 1966 et les assimile à des

n° 23, 7 mai 2002, *idrel.com*. Or, la monnaie de paiement ne s'infère pas nécessairement de la monnaie de compte.

52 La Cour de cassation libanaise considère que si le CMC pose la livre libanaise comme monnaie nationale, il n'interdit pas pour autant l'usage de monnaies étrangères, y inclus la fixation par le juge du montant de dommages-intérêts en monnaie étrangère, la permission étant le principe (Cass. civ. lib., n° 21, 23 mars 2004, *sader online* ; V. aussi Cass. civ. lib. 1^{re}, 15 janv. 2009, *idrel.com* : fixation par le juge d'une valeur locative réelle en dollars). Quand elle fixe la somme à payer en dollars, la jurisprudence majoritaire tend à calculer l'intérêt de retard selon la moyenne des taux d'intérêt appliqués par les banques à leurs dépôts en dollars (attestation de la BDL), et non selon le taux légal (supérieur), qui ne vaut que pour les sommes en livres libanaises : V. Cass. civ. lib. 2^e, n° 31, 28 mars 2013, *idrel.com* ; Cass. civ. lib. 5^e, n° 162, 30 sept. 2013, *idrel.com* ; Cass. civ. lib. 1^{re}, n° 124, 27 nov. 2014, *idrel.com* ; Cass. civ. lib. 1^{re}, n° 55, 19 mai 2016, *idrel.com* ; Cass. civ. lib. 9^e, n° 15, 6 févr. 2018, *idrel.com*. *Contra* : Cass. civ. 4^e, n° 10, 21 févr. 2019, qui mentionne *obiter dictum* que l'art. 265 COC ne distingue pas entre les monnaies quand il établit l'intérêt légal à 9%.

53 Cass. civ. fr. 1^{re}, 10 mai 1966, *Bull. civ. I*, n° 277. Les faits : « au cours de l'année 1944, à Monaco, Catapodis a emprunté à Colombo une somme exprimée en francs suisses », c'est-à-dire une clause monnaie étrangère (rappelons que le critère de nationalité ou d'internationalité du paiement est économique – flux et reflux international. Le fait que le contrat a été conclu à Monaco ne signifie pas nécessairement que le contrat est international) ; la cour d'appel en déduit la nullité de la clause. La Cour de cassation rectifie : « il résultait nécessairement de ces constatations que le contrat n'obligeait pas le débiteur à payer en devises étrangères, mais seulement en francs français selon le cours des devises ». V. également : D. MONToux, « Fasc. 10 : Indexation – Problèmes généraux – Règlements d'ordre interne », n° 12 ; *Les principales clauses des contrats d'affaires* (dir. J. MESTRE et J.-Ch. RODA), Lextenso éd. – Point Delta, 2011, p. 632 n° 1139. Pour un exposé des jalons jurisprudentiels qui ont abouti à l'admission des clauses-valeur monnaie étrangère : F. GRUA et N. CAYROL, « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 40 : Régime général des

indexations⁵⁴ ce qui signifie qu'elles doivent respecter les conditions posées par les articles L. 112-1 et s. du code monétaire et financier⁵⁵ : ces clauses-valeur monnaie étrangère doivent donc être « *en relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties*⁵⁶ ». En droit libanais, en l'absence de texte limitant les indexations⁵⁷, ces clauses sont acceptées plus librement⁵⁸.

Mais qu'en est-il – et c'est là le cas le plus fréquent au Liban – d'une dette fixée directement en devises étrangères ? La jurisprudence française y voit une clause d'indexation, tantôt nulle car illicite⁵⁹, tantôt valable car elle

obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », *J.-Cl. Civ. code*, 6 nov. 2019, n° 39 et suite. V. aussi Cass. civ. fr. 1^{re}, 25 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 104.

- 54 *Les principales clauses des contrats d'affaires* (dir. J. MESTRE et J.-Ch. RODA), p. 632 n° 1139. V. Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-14406. Dans cet arrêt, il s'agissait d'une clause valeur monnaie étrangère : « *ouverture de crédit d'un montant de 22 770 500 yens, représentant la contre-valeur de 1 070 000 francs* ». La Cour statue sur la « *fixation de la créance en monnaie étrangère* » en des termes généraux : cette fixation « *était en relation directe avec l'activité de banquier de l'un des contractants* » et par conséquent, « *le contrat, fût-il purement interne, ne contenait pas une clause d'indexation prohibée* ».
- 55 L'indexation est péjorativement perçue car elle peut favoriser l'inflation, comme elle peut neutraliser l'inflation voulue par une politique monétaire étatique. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 643 n° 1102 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligation*, p. 119-120 n° 122 ; Y. HEYRAUD, « *Le paiement en monnaie étrangère sur le territoire français : réflexions sur le nouvel article 1343-3 du Code civil* », n° 3.
- 56 Ces dispositions sont issues, à l'origine, de l'art. 14 de l'ordonnance n° 52-246 du 4 févr. 1959 portant loi de finances rectificative pour 1959, qui remplace les dispositions de l'article 79-3 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 déc. 1958 (*JORF* du 8 févr. 1959, p. 1753).
- 57 Dans le même sens : F. NAMMOUR *et al.*, *Droit des obligations : droit français – droit libanais : perspectives européennes et internationales*, Bruylant – Delta – LGDJ, 2007, p. 518.
- 58 Les ouvrages libanais que nous avons consultés soit admettent les clauses valeur monnaie étrangère :
 ج. سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود. الموجبات، ج ٢، ص ٢٣٧ م. سيوفي، "التعاقد بالعملة الأجنبية"، ص ٢٥
 Soit les évoquent vaguement :
 م. العوجي، الموجبات المدنية، منشورات الحلبي، ٢٠١٨، ص ٢٥٣؛ خ. جريج، النظرية العامة للموجبات، صادر، ط ٤، ٢٠٠٤، ج ٤، ص ٢٨١؛ ز. يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج ١٢ ص ٢٨٨-٢٩١.
- 59 Par ex., Cass. civ. fr. 1^{re}, 11 oct. 1989, *JCP G.* 1990, II, 21393, note Lévy, l'art. L112-1 CMF « *prohibant ainsi, dans les contrats purement internes, la fixation de la créance en monnaie étrangère, qui constitue une indexation déguisée* ».

respecte les conditions exigées d'une indexation⁶⁰. La jurisprudence libanaise ne semble pas problématiser la fixation des dettes monétaires en monnaie étrangère, - surtout qu'en droit libanais il n'existe pas de limitations légales aux indexations - ; elle l'admet sans sourciller, entérinant par là la pratique qui utilise largement le dollar pour fixer les dettes monétaires⁶¹ (et ceci malgré une opinion doctrinale discordante⁶²). Peu importe de dire « *je paye 100\$* » ou « *je paye l'équivalent de 100\$ en livres* » du moment où je peux me libérer, dans tous les cas, en payant l'équivalent des 100\$ en livres libanaises.

Il faut cependant prendre en considération les lois spéciales qui obligent la détermination de certaines dettes en monnaie nationale, notamment l'article 5 du Code de la protection des consommateurs libanais (loi n° 659 du 4 février 2005) qui oblige les professionnels à déclarer les prix en livres libanaises⁶³. Des législations antérieures avaient également posé des limitations, exigeant que la monnaie locale – la livre – soit seule utilisée

60 Par ex., Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 16-13050, prêt stipulé en francs suisses et remboursables en euro. La Cour de cassation rejette le moyen fondé sur la nullité de l'indexation : « *en l'espèce, la relation directe du taux de change, dont dépendait la révision du taux d'intérêt initialement stipulé, avec la qualité de banquier de la société BNP Personal Finance était suffisamment caractérisée* », mais casse pour un autre motif ; Cass. fr. civ. 1^{re}, 12 janv. 1988, n° 86-11966, cité in J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligation*, p. 125, note 3.

61 Presque toutes les décisions libanaises citées dans cet article concernent des dettes monétaires directement libellées en monnaie étrangère, et dans aucune les juges n'ont tiré une quelconque conséquence quant à la validité de la détermination de la dette. Pour une décision qui explique méthodiquement ce point : JU d'exécution de Beyrouth (président Fayçal Makki), 15 janv. 2020, *idrel.com*. V. Également : Cass. lib. civ. 1^{re}, 15 janv. 2009, *idrel.com* : l'arrêt relève l'absence de textes interdisant la détermination du loyer (valeur locative réelle en l'espèce) en dollars américains. V. aussi :

خ. جريج، النظرية العامة للموجبات، صادر، ط ٤ (إشراف ر. جريج)، ٢٠٠٤، ج ٤، ص ٢٨٢.

62 ج. سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود. الموجبات، ص ٢٣٥؛ م سيوفي، "التعاقد بالعملية الأجنبية"، ص ٢٥.

L'article du Bâtonnier Sioufi, qui a également réédité l'ouvrage de son père sur les obligations, est instructif et très bien documenté. Toutefois, il refuse de distinguer entre monnaie de compte et monnaie de paiement, considérant que l'interdiction du paiement en devises emporte l'interdiction de fixer les dettes en devises. Sa conclusion est que la clause qui détermine directement le montant en dollars est nulle (le prix de la vente est 100 milles \$), mais la clause valeur monnaie étrangère dans son sens strict est valide (le prix est l'équivalent de 100 milles \$).

63 En application de cet article, deux compagnies de téléphone mobile ont été condamnées à fixer les prix de leurs produits et services en livres libanaises : TGI Beyrouth, 6^e ch., 14 nov. 2019, *idrel.com*.

pour déterminer les prix⁶⁴, comme l'arrêté n° 129 du 31 mars 1920 pour les contrats et les effets de commerce (article 4).

En résumé, une obligation de somme d'argent peut être directement fixée en monnaie étrangère en droit libanais, mais tant que la livre libanaise est inconvertible en or, le créancier ne peut exiger du débiteur le paiement en monnaie étrangère. Ce dernier peut acquitter la dette en livres libanaises. Ceci en principe. Comment se fait donc le paiement effectif d'une dette monétaire stipulée en devises étrangères ?

Paragraphe 2. Le paiement effectif des dettes monétaires en monnaie étrangère

D'après l'interprétation que nous avons faite de l'alinéa 2 de l'article 301 COC, les stipulations qui obligent le débiteur à payer en monnaie étrangère sont interdites. La sanction, que l'article ne précise pas, est la nullité de cette stipulation. Du coup, l'obligation monétaire simplement déterminée en monnaie étrangère, et l'obligation monétaire accompagnée d'une clause-monnaie étrangère seront payées de la même manière. Nous examinerons dans un premier temps comment se fait le paiement d'une dette monétaire libellée en monnaie étrangère (A). Dans un second temps, nous confronterons ces solutions au problème particulier posé par l'érosion monétaire, surtout à l'occasion de la crise que nous vivons en cette année de 2020 (B).

64 *Supplément au répertoire général du droit français*, Dalloz, 1927, supplément, t. 6, V° « échelles du Levant », p. 152, n° 747, < <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5454987m/f156.item.zoom> >, consulté le 30/5/2020. Cet arrêté (n° 129) avait exigé que « *les engagements, contrats, effets de commerce passés ou souscrits à dater du 1^{er} mai 1920 sur le territoire de la zone ouest et dont l'exécution doit avoir lieu sur le même territoire* » doivent « *être libellés en monnaie syrienne* », mais les fluctuations du change avaient rapidement amené le Haut-commissaire « *à autoriser le libellé des contrats à long terme dans une autre monnaie* ». D'autres mesures ont élargi le domaine de cette exception. Toutefois, si la monnaie étrangère avait été admise comme unité de compte, la monnaie locale demeurerait la seule unité de paiement. *La Syrie et le Liban sous l'occupation et le mandat français 1919-1927*, p. 93 ; M. BÉRAUD, « *Le régime monétaire libano-syrien* », p. 125.

A. Le paiement d'une dette monétaire libellée en monnaie étrangère

Il faut définir les contours de la nullité des clauses de paiement en monnaie étrangère avant de voir comment va se payer, en définitive, l'obligation monétaire déterminée en monnaie étrangère.

1. La nullité des stipulations de paiement en monnaie étrangère

En période de cours forcé, une clause monnaie étrangère doit être déclarée nulle. L'article 301 COC ne le précise pas ; mais l'alinéa 2 s'inspire directement de la jurisprudence française, notamment de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1927. Dans cette affaire, la Cour avait décidé que tant que le cours forcé est en vigueur (l'arrêt attaqué avait été rendu dans la période de cours forcé qui s'est étendue de 1914 à 1928), la cour d'appel ne pouvait pas condamner les débiteurs à payer en une monnaie étrangère, sous peine de « nullité d'ordre public » de la stipulation⁶⁵. La jurisprudence ultérieure maintient la nullité mais sans le caractère d'ordre public⁶⁶. Le nouvel article 1343-3 du Code civil permet de maintenir les mêmes solutions pour les paiements internes.

La nullité frappe la clause, et non le contrat ou l'obligation, à moins que cette clause fût « la raison déterminante de celui qui l'avait stipulée et qu'il apparaissait qu'il ne se serait pas engagé sans cette condition du contrat⁶⁷ », et ceci par application du droit commun des nullités.

65 Cass. civ., 17 mai 1927, arrêt mentionné *supra*. V. aussi F. GRUA et N. CAYROL, « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », n° 63. À défaut de cours forcé, la jurisprudence admettait la validité des clauses : Req., 18 nov. 1895, S. 1899, I, p. 270-271 : « *Attendu que si, en règle générale, les sommes exigibles en un lieu situé sur le territoire français doivent être payées en monnaies ayant cours légal en France, il est cependant permis de convenir qu'elles seront payées en monnaies étrangères, une telle convention n'ayant rien de contraire à l'ordre public* ». V. aussi ٢٨٢ ج، ع، ص النظرية العامة للموجبات، خ. جريج، النظرية العامة للموجبات، ج، ع، ص ٢٨٢.

66 « *Qu'il est de principe que tout paiement fait en France, quelle qu'en soit la cause, doit être effectué en monnaie française et qu'il n'apparaît d'ailleurs en rien des circonstances retenues par les juges du fond que les parties aient entendu déroger à cette règle* », ce qui veut dire que ce principe tolère bien une exception, une dérogation par les parties. Req., 11 juill. 1917, S. 1918, I, p. 215. En 1917, le cours forcé était établi depuis le début de la guerre mondiale.

67 F. GRUA et N. CAYROL, « Art. 1343 à 1343-5 – Fasc. 40 : Régime général des obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Monnaie étrangère », n° 66.

Pourquoi une telle sanction ? Il ne faut pas oublier que le pouvoir monétaire est un pouvoir régalien⁶⁸, et qui est intimement lié à l'économie nationale, deux considérations qui justifient une limitation de la liberté contractuelle : un État ne peut « *se désintéresser de la masse monétaire circulant sur son territoire*⁶⁹ ». En effet, la monnaie nationale a en principe un cours légal – à distinguer du cours forcé⁷⁰. Le cours légal signifie que la monnaie nationale est un moyen de paiement qui ne peut être refusé dans le pays. Il concerne la monnaie de paiement et non la monnaie de compte. En vertu de l'article 192 du Code de la monnaie et du crédit libanais⁷¹ ainsi que de l'article 301 COC, un créancier ne peut refuser un paiement en livres libanaises – à condition que toutes les autres conditions d'un paiement valable soient remplies – sous peine de sanctions.

L'illicéité des clauses-monnaie étrangère n'est toutefois pas acceptée unanimement en doctrine⁷², et plusieurs codes étrangers permettent les stipulations expresses de paiement en monnaie étrangère (article 244 du

68 L'une des considérations pour lesquelles Daesh a insisté à frapper sa propre monnaie est l'exercice d'un pouvoir régalien affirmant sa « *légitimité* » en tant qu'État. V. *supra* note 17 sur la monnaie métallique éphémère de Daesh.

69 *Les principales clauses des contrats d'affaires* (dir. J. MESTRE et J.-Ch. RODA), Lextenso éd. – Point Delta, 2011, p. 630 n° 1134.

70 Le cours légal se distingue du cours forcé, et les deux ne vont pas nécessairement de pair. Par ex., en France, en 1878, le papier-monnaie n'avait pas de cours forcé, c'est-à-dire qu'il était convertible en pièces métalliques, mais il avait toujours un cours légal, c'est-à-dire que les créanciers ne pouvaient refuser un paiement en papier-monnaie (quitte pour eux de le convertir eux-mêmes auprès de la Banque de France). J. DALSÈME, *La monnaie : histoire de l'or, de l'argent et du papier*, p. 141.

71 Selon l'art. 192 du CMC lib., le refus d'accepter la monnaie libanaise en paiement est puni par les sanctions de l'art. 319 du Code pénal (délit de propagation de faits controuvés ou d'allégations mensongères en vue de provoquer la baisse des devises nationales ou d'ébranler la confiance dans la monnaie) c'est-à-dire de 6 mois à 3 ans d'emprisonnement et de 500 milles à 2 millions de livres d'amende, et éventuellement la publication du jugement.

72 F. GRUA et N. CAYROL, « Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », n° 37.

Code civil allemand⁷³, l'article 1278 du Code civil italien⁷⁴, l'article 84 du Code des obligations suisse⁷⁵).

2. Les modes de paiement d'une dette monétaire libellée en monnaie étrangère

Pour payer une dette monétaire libellée en monnaie étrangère, la jurisprudence libanaise reconnaît au débiteur deux possibilités : un paiement en monnaie nationale qui ne peut être refusé par le créancier, ou un paiement volontaire en monnaie étrangère auquel le débiteur ne peut être contraint⁷⁶.

73 Le 1^{er} al. dispose que si une dette monétaire stipulée en une devise autre que l'euro est payable en Allemagne, le paiement pourra être fait en euro à moins que les parties aient expressément stipulé le paiement dans cette devise étrangère. Le 2nd al. fixe le taux de change : celui en cours au moment du paiement. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0736>, en anglais, consulté le 26/6/2020.

74 Art. 1278 C. civ. italien : « *Se la somma dovuta è determinata in una moneta non avente corso legale nello Stato, il debitore ha facoltà di pagare in moneta legale, al corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo stabilito per il pagamento* », <<https://www.brocardi.it/codice-civile/libro-quarto/titolo-i/capo-vii/sezione-i/art1278.html>> ; consulté le 26/6/2020. Si la somme due est déterminée en une monnaie n'ayant pas cours légal dans l'État, le débiteur a la faculté de payer en monnaie légale au taux de change ayant cours au jour de l'échéance et au lieu établi pour le paiement. V. *infra* note 83.

75 Art. 84 al. 2 Code des obligations suisse : « *2 Si la dette est exprimée dans une monnaie qui n'est pas la monnaie du pays du lieu de paiement, elle peut être acquittée en monnaie du pays au cours du jour de l'échéance, à moins que l'exécution littérale du contrat n'ait été stipulée par les mots "valeur effective" ou par quelque autre complément analogue* ». <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#a84>>, consulté le 26/6/2020.

76 La jurisprudence libanaise admet la possibilité, pour le débiteur, de payer en monnaie étrangère une dette libellée en monnaie étrangère : Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 48, 29 avril 1954, *Recueil Baz*, p. 129 ; Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 8, 29 janv. 1973, *Recueil Baz* 1973, p. 150 (contrat en livres sterling, le débiteur peut soit payer le montant en sterling soit payer en livres libanaises « *un montant qui permet à la créancière d'obtenir l'équivalent de sa dette en sterling* ». Dans un arrêt déjà cité, où la Cour de cassation avait constaté l'absence de dispositions interdisant l'usage de la monnaie étrangère pour déterminer le montant de dettes monétaires, la Cour se justifie en « *prenant en compte implicitement que la livre libanaise est la monnaie nationale, et que le débiteur peut se libérer par cette monnaie s'il le veut* » (Cass. lib. civ. 2^e, n° 21, 23 mars 2004). Un autre arrêt considère que le débiteur d'une dette libellée en monnaie étrangère peut toujours se libérer en payant en livres libanaises selon le taux de change. Cass. lib. civ. 2^e, n° 45, 3 avril 2018, *idrel.com*. Dans des cas de préemption, où le prix du contrat de vente initial est fixé en dollars, la jurisprudence permet au préempteur de consigner la somme soit en dollars, soit son équivalent en livres libanaises, Appel Beyrouth civ., 12^e ch., n° 1081, 11 oct. 2017 et n° 179, 13 janv. 2016 ; Cass. lib. civ. 2^e, n° 45, 3 avril 2018, *idrel.com*. *Contra*, la décision du JU d'exécution de Beyrouth, 15 janv. 2020, citée ci-dessus note 61.

L'interdiction d'inclure une clause de paiement en monnaie étrangère dans l'acte créant l'obligation monétaire, n'emporte pas interdiction d'un paiement volontaire par le débiteur en monnaie étrangère.

Dans le premier cas, le paiement de la dette stipulée en monnaie étrangère se fera en monnaie nationale ayant cours légal. Pour connaître combien d'unités monétaires nationales le débiteur doit payer, le montant exprimé en monnaie étrangère est converti en monnaie locale selon le taux de change officiel à la date du paiement⁷⁷, à moins qu'il y ait des règles spéciales⁷⁸. Le créancier ne peut refuser ce paiement⁷⁹, si les autres conditions du paiement sont remplies (paiement intégral, par exemple) et s'il le refuse, le débiteur peut valablement recourir à une offre réelle et à la consignation. Cette dichotomie entre unité de compte et unité de paiement, combinée à l'effet du cours légal, fausse le jeu du nominalisme monétaire ici⁸⁰.

77 Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 48, 29 avr. 1954, *Recueil Baz* 1954, p. 129 (la Cour a cassé l'arrêt d'appel qui avait opté pour le jour de la sommation) ; Appel Beyrouth, n° 248, 10 févr. 1959, *Recueil Hatem*, 37, p. 34 (banque qui se libère en payant le montant du chèque en livre libanaise selon le taux de conversion en monnaie étrangère le jour du paiement – solution qui correspond à l'art. 432 Code de commerce) ; Appel Liban Nord, 2^e ch. civ., n° 52, 11 févr. 1993, *R. J. L.* 1993, 2, p. 913 ; Cass. civ. lib. 1^{re}, n° 8, 29 janv. 1973, *Recueil Baz* 1973, p. 150 ; *Al-Adl* 1973, 3, p. 183. V. cependant, *contra*, Appel Beyrouth civ., n° 642, 24 mars 1960 (jour de l'échéance plutôt que du paiement) ; Cass. civ. lib., n° 58, 22 avr. 1960, *Recueil Hatem*, 41, p. 41 (date de l'assignation pour évaluer l'objet du litige fixé en monnaie étrangère, mais ceci est une toute autre question). En droit français, la date de la conversion est le jour du paiement, mais s'il y a un retard imputé au débiteur, dans ce cas, le créancier peut convertir à la date de mise en demeure. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 642 n° 1100 et, p. 645 n° 1107.

78 Par ex., en matière de lettre de change, V. les dispositions de l'art. 356 Code de commerce ; pour le chèque, l'art. 432. En cas de faillite, les dettes du failli libellées en monnaie étrangère sont converties en livres libanaises au jour de la déclaration de la faillite. TGI Beyrouth, n° 460, 8 nov. 1974, *Recueil Hatem*, 158, p. 21.

79 Application de l'art. 301 COC au cas de consignation par un préempteur, en livres libanaises, de l'équivalent d'un prix de vente en dollars dans une affaire de préemption. La Cour de cassation confirma la validité de la consignation du prix. Cass. civ. lib. 2^e, n° 45, 3 avr. 2018, *idrel.com*. Dans une situation inversée (prix en livres, consignation en dollars), une cour d'appel considéra que l'acheteur initial ne pouvait s'y opposer. Appel Beyrouth 12^e ch. civile, n° 1081, 11/10/2017, *idrel.com*.

80 Selon ce principe, une dette de somme d'argent fixée par une quantité d'unités monétaires est payée par une quantité strictement semblable d'unités du même nom. L'unité monétaire « *est avant tout un nom* », c'est-à-dire le nom de la monnaie par laquelle on fixe la somme à payer. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, p. 1548 n° 683. Le nominalisme monétaire est désormais consacré expressément en

L'autre mode libératoire est le paiement volontaire, par le débiteur, de la dette en monnaie étrangère. Que l'alinéa 2 de l'article 301 COC interdise les stipulations de paiement en monnaie étrangère en amont, ne signifie pas que le débiteur ne puisse pas se libérer, en aval, en payant en monnaie étrangère. L'article empêche seulement le créancier de forcer son débiteur à payer en une monnaie étrangère onéreuse à se procurer.

Difficile question que de qualifier ce paiement. La jurisprudence permet en aval ce que la loi interdit en amont, et autorise – sous condition de l'acceptation du débiteur – un retour au nominalisme et une exécution en nature de l'obligation (paiement en monnaie étrangère d'une dette libellée en monnaie étrangère – la monnaie étrangère, monnaie de compte, deviendra aussi monnaie de paiement). Toutefois, cette possibilité de payer en monnaie étrangère ne trouve pas sa source dans l'acte constitutif de la créance (car, selon l'alinéa 2 de l'article 301, une telle clause est nulle) ce qui exclut la qualification d'obligation à objet multiple⁸¹, facultative ou alternative⁸². La seule explication qui reste est la dation en paiement⁸³, quoiqu'elle ait l'inconvénient d'ignorer la particularité de la monnaie en tant que bien différent des autres⁸⁴. En effet, le paiement en monnaie étrangère devient

droit français par l'article 1343 al. 1^{er} nouveau, alors qu'avant il était classiquement fondé sur l'article 1895 relatif aux prêts en argent. En droit libanais, à défaut de textes similaires aux articles 1343 et 1895, la jurisprudence fonde le nominalisme sur l'article 299 COC selon lequel « *le paiement doit porter sur la chose même qui était due* ». V. Cass. civ. lib. 4^e, n° 10, 23 mars 1999, *Al-Adl* 1999, jurispr., p. 431, et surtout le rapport du Conseiller Prés. Habib Hadathi publié p. 422 et s.

81 Dans ces obligations, la multiplicité des objets doit exister dans le contrat. V : S. BENILSI, *Rép. Civ. Dalloz*, « Paiement », n° 32 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, 16^e éd., 2017, p. 134 n° 160.

82 Toutefois, les effets de commerce libellés en monnaie étrangère comportent des obligations alternatives (V. art. 356 et 432 Code de commerce libanais, *supra*). Notons qu'en droit italien, la doctrine voit dans l'obligation monétaire exprimée en devises étrangères une obligation alternative et ceci parce que l'article 1278 lui-même permet une telle qualification (V. le texte de l'article *supra* note 74). Notons que la doctrine comprend par « *jour d'échéance* » le jour du paiement. « *Articolo 1278 Codice civile* », <www.brocardi.it>, mis à jour 10 juin 2019, consulté le 13 juin 2020.

83 V. : F GRUA et N CAYROL, « Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », n° 59 qui qualifient le paiement de la dette monétaire libellée en devises étrangères comme dation en paiement, mais sans trop le justifier.

84 Selon R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, p. 130 n° 162, le déni du pouvoir libératoire de la monnaie étrangère révèle la nature particulière de cette monnaie, qui n'est pas donc envisagée comme n'importe quelle autre marchandise.

une prestation différente de celle exigée par le contrat, vu les dispositions impératives de l'article 301 alinéa 2. Rappelons que la jurisprudence française refuse de voir une novation dans le paiement en une monnaie différente⁸⁵.

Quoiqu'il en soit, en donnant au débiteur la possibilité de se libérer en monnaie étrangère, même *a posteriori* et avec l'acceptation du créancier, la jurisprudence semble « délier » ce que le législateur a entendu « lier » par l'alinéa 2 de l'article 301 COC – tout au moins, selon l'interprétation que nous en avons fait plus haut.

B. La difficulté particulière posée par l'érosion monétaire

Pourquoi dans un pays ayant sa propre monnaie nationale, doit-on se poser la question de l'utilisation d'une monnaie étrangère comme unité de compte ou de paiement ? La réponse est simple : pour se prémunir contre l'érosion monétaire. « *Chat échaudé craint l'eau froide* », dit l'adage ; et les libanais ont été gravement échaudés : le Liban n'en est pas à sa première crise monétaire. Sans rappeler les dévaluations de la monnaie ottomane lors de la 1^{re} guerre mondiale, qui ont amplifié les effets de la famine, et sans évoquer les fluctuations du franc dans les années 20 alors que la livre y était indexée, c'est surtout la chute spectaculaire de la livre à la veille des années 90 qui a traumatisé les libanais. De 1984 à 1998 date de sa stabilisation⁸⁶, la livre a

D'une manière générale, la doctrine paraît aujourd'hui d'accord pour voir dans la monnaie étrangère une monnaie – même si elle est dépourvue du cours légal - et non pas une marchandise quelconque, malgré une opinion contraire « *très peu motivée* ». Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, p. 68 n° 104 et les références cités note 51 ; V. aussi F. GRUA et N. CAYROL, « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 40 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie étrangère », n° 1-4. En droit libanais, le Code commercial reconnaît la monnaie étrangère en tant que monnaie dans le plein sens du terme (V. art. 356 al. 2 par ex.) ; les art. 301 COC, 192 CMC et 767 Code pénal lui dénie implicitement le cours légal, quand bien même le CMC détermine la valeur de la livre temporairement vis-à-vis du dollar (art. 229), le Code pénal punit la contrefaçon des monnaies étrangères au même titre que la contrefaçon de la monnaie nationale (art. 443). La monnaie étrangère apparaît ainsi comme une monnaie sans le cours légal. Par contre, dans les opérations de change, vu la nature de leur activité, elle apparaît une marchandise, mais dans ce cas, la monnaie nationale l'est également (Cass. lib. civ. 5^e, n° 13, 28 mai 1992, *Recueil Baz* 1992, p. 442 ; *idrel.com* ; *legiliban.ul.edu.lb*).

85 La distinction entre novation avec changement d'objet et datation en paiement se situe au niveau de l'intention de créer ou non une obligation nouvelle. S. BENILSI, *Rép. Civ. Dalloz*, « Paiement », n° 32.

86 La stabilisation du taux de change de la livre libanaise vis-à-vis du dollar américain a été contestée comme n'étant pas une solution viable (une bombe à retardement). La BDL a

perdu plus de 500 fois sa valeur⁸⁷. Les créanciers en livres libanaises ont été ruinés, et l'on comprend dès lors l'usage croissant du dollar comme garantie non seulement matérielle mais également psychologique. Le phénomène de dollarisation⁸⁸ est observable dès la fin des années 1980, et la stabilisation du taux de change de la livre libanaise n'a pas endigué sa croissance⁸⁹. Cette dollarisation s'observe dans trois dimensions de l'activité économique⁹⁰ : les paiements (tant que le débiteur y consent), les financements et la fixation des prix des biens, des services et des salaires (donc comme monnaie de compte). Les créanciers pensent ainsi transférer le risque d'érosion de la monnaie nationale aux débiteurs⁹¹.

toujours défendu cette stabilisation comme étant la clé de l'amélioration de l'économie et de la confiance des investisseurs. V. par ex. : BDL, « Rapport de la Banque du Liban en réponse aux erreurs contenues dans un document récemment publié », sans date, <www.bdl.gov.lb>, consulté le 19/5/2020. Ce débat sort manifestement de notre champ d'étude. V. : J.-B. DESQUILBET, « Les contraintes de la politique monétaire libanaise (1993-2004) : endettement public, dollarisation et taux de change fixe », *L'activité économique* 2007, vol. 83, n° 2, p. 192 et s. (prévisions prémonitoires sur l'impact de cette politique de stabilisation). V. aussi J. SEIF, Interview avec Dan Azzi « Nous n'avons pas encore atteint le point de non-retour », *Magazine le mensuel*, déc. 2019, p. 24 ; V. également le dossier relatif à la crise dans *Le Commerce du Levant*, déc. 2019, n° 5719.

87 Selon les données de la Banque du Liban, consultable sur le lien suivant : < <https://www.bdl.gov.lb/webroot/statistics/table.php?name=t5282usd>>, entre janvier 1964 et mars 1981, le dollar équivalait à, plus ou moins, trois ou quatre livres libanaises, avec un record de 2.22 LL pour 1 dollar en juin 1975, juste quelques mois après le début de la guerre civile! - et n'avait commencé à excéder la barre des 4 livres qu'à partir d'avril 1981. Le taux a pu se maintenir entre les 5 ou 6 LL pour un \$ de 1981 à 1984, et après ce fut la chute libre : 10 L. L. pour un \$ en janvier 1985, 20 L. L. le janvier de l'an suivant, et 70 L. L. à la fin de 1986. En 1989, le dollar valait déjà les 500 L. L., 900 L. L. en 1990, un pic de 2527 L. L. en septembre 1992, vers 1700 L. L. en 1993-1994. Un effort de stabilisation graduelle par la BDL (V. note précédente) a abouti à une parité de 1507.5 L. L. pour un \$ depuis décembre 1998. Ce taux officiel est maintenu jusqu'aujourd'hui (31/8/2020).

88 La dollarisation est « l'utilisation d'une monnaie étrangère [le dollar américain] parallèlement à la monnaie nationale dans les diverses activités économiques du pays ». J.-B. DESQUILBET, « Les contraintes de la politique monétaire libanaise (1993-2004) : endettement public, dollarisation et taux de change fixe », p. 175.

89 *Ibid.*, p. 180. Alors qu'en 1975, la dollarisation des dépôts variait entre 25% et 30% ; ayant atteint 93% en 1993 elle est aujourd'hui autour de 50%. V. L. MOKBEL, « L'histoire du rationnement des billets verts », *Magazine le mensuel*, nov. 2019, p. 23.

90 J.-B. DESQUILBET, « Les contraintes de la politique monétaire libanaise (1993-2004) : endettement public, dollarisation et taux de change fixe », p. 175

91 *Ibid.*, p. 187

Nous confronterons l'article 301 COC aux difficultés particulières suscitées par l'érosion monétaire. Nous apprécierons la réponse de la jurisprudence fondée sur l'article 301 COC (1), et nous finirons par une rapide évocation des solutions alternatives (2).

1. La réponse jurisprudentielle aux crises monétaires

Nous avons vu que le débiteur d'une dette monétaire libellée en devises étrangères se libère en payant une quantité de monnaie nationale équivalant à la somme initiale convertie selon le taux de change officiel au moment du paiement. Ce taux de change s'est avéré problématique récemment.

Durant la crise des années 80-90, le taux officiel suivait de près le taux du marché. Par contre, durant la récente crise de 2019-2020 et qui n'est pas près de finir, le problème réside dans le décalage⁹² entre le taux officiel, maintenu toujours à 1507.5 livres libanaises pour un dollar, et le taux de change appliqué par les bureaux de change. Or, la solution jurisprudentielle⁹³ constante jusqu'à maintenant est de se fier au taux officiel (et l'on ne saurait comment faire autrement : le taux du marché est trop volatile). Concrètement, le créancier d'une somme de 100 dollars peut voir son débiteur le désintéresser valablement selon le taux de change officiel, c'est-à-dire en lui payant 150,750 livres. Or si le créancier veut lui-même convertir cette somme dans un bureau de change, ce sera en raison de plus de 5000 livres pour un dollar. Le problème est que les bureaux de change sont pratiquement le seul moyen, pour le libanais, de se procurer des dollars, puisque les banques ont arrêté leurs opérations de change. La Banque du Liban essaie tant bien que mal d'y remédier, par exemple en sommant les banques de payer leurs clients en livres mais selon un taux de change supérieur

92 Le régime de change adopté jusqu'en 1992 était un régime de flottement libre (*independently floating*) déterminé par le marché. De 1993 à 1997, le régime était une parité glissante prospective (*forward looking crawling peg*), un taux ajusté périodiquement. Jusque-là, il n'y avait pas de décalage important entre les deux taux de change, officiel et du marché. Ce n'est qu'à la fin de 1997 que la Banque du Liban adopta une politique de fixation du taux de la livre par rapport au dollar américain, à raison de 1507,5 livres pour un dollar, taux qui demeure toujours le taux officiel déclaré par la Banque du Liban, alors qu'aujourd'hui le taux du marché est au moins trois fois plus important (Observation : sans compter le taux du marché noir). J.-B. DESQUILBET, « Les contraintes de la politique monétaire libanaise (1993-2004) : endettement public, dollarisation et taux de change fixe », *L'activité économique* 2007, vol. 83, n° 2, p. 191 (V. le tableau).

93 V. Cass. lib. civ. 2^e, n° 66, 14 juill. 2011, et les décisions mentionnées note 76.

au taux officiel⁹⁴. Surtout, la Banque du Liban a instauré tout récemment une plate-forme pour les bureaux de change⁹⁵ qui vise à contrôler les taux appliqués par les bureaux de change qui devront afficher leurs « *prix* », et ne pas dépasser la fourchette établie par la Banque du Liban. Cette plateforme, qui entrera en vigueur fin juin, dans la mesure où elle pourra pourvoir une moyenne quotidienne de ces différents taux, offrira-t-elle aux juges une alternative plus juste que le taux officiel inchangé ?

Notons que pour les dettes libellées en monnaie nationale, où le nominalisme monétaire joue pleinement, la dépréciation continue affecte le créancier. Il y a lieu alors, en cas du retard du débiteur, de recourir à l'article 265 du COC⁹⁶, auquel correspond l'article 1231-6 alinéa 3 (anciennement l'article 1153 alinéa 4⁹⁷) du Code civil français. Cet article permet au créancier, « *auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard* » d'« *obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire* ».

94 La Banque du Liban a essayé de remédier à cette discordance entre les taux en permettant aux dépositaires en dollars ou en devises étrangères de retirer de leurs comptes des sommes en livres libanaises selon « *le taux du marché* » et ceci pour une période de 6 mois – le taux sera déclaré par chaque banque quotidiennement. Arrêté du BDL n° 13221 du 21 avril 2020 (circulaire n° 151 aux banques du 21 avril 2020) (la BDL dérive ce pouvoir règlementaire de l'article 174 du CMC libanais). L'arrêté précise dans son article 4 que toutes les autres opérations entre banques et clients restent soumises au taux officiel.

95 Afin de remédier aux spéculations, la BDL a créé une plateforme électronique pour les opérations de change appelée « *Sayrafa* ». Arrêté du BDL n° 13263 du 10 juin 2020 (circulaire n° 5 aux bureaux de change du 10 juin 2020) qui entrera en vigueur le 23 juin – déplacé au 26, récemment.

96 Par ex., Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 111, 25 oct. 2001, *Sader cass. civ.* 2001, p. 136 ; Appel Beyrouth, n° 161, 15 mars 1949, *Recueil Hatem*, 5, p. 35 (cas d'une dette fixée en monnaie étrangère qui se dépréciait)

97 V., sur l'application de ces dispositions : Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2002, n° 99-10044. Dans cette affaire, le demandeur en cassation demande réparation sur le fondement de l'article 1153 mais sa demande est rejetée pour une raison de procédure, car elle « *constitue une demande distincte dont elle n'était pas saisie* ». V. note de J. MESTRE et B. FAGES, « Retard d'un débiteur à s'exécuter dans une monnaie dévaluée depuis l'exigibilité de sa dette : nominalisme monétaire et responsabilité civile », *RTD Civ.* 2002, p. 814 ; V. également Y. HEYRAUD, « Le paiement en monnaie étrangère sur le territoire français : réflexions sur le nouvel article 1343-3 du Code civil », *RTD civ.* 2019, n° 15.

2. *Les solutions alternatives*

L'érosion monétaire affecte gravement les dettes monétaires libellées en monnaie nationale. La détermination des dettes monétaires en monnaie étrangère devient un remède contre cette érosion, un remède à ranger parmi les clauses d'indexation, quoique cette opinion trouve des contradicteurs⁹⁸. L'utilisation d'une monnaie de compte étrangère peut être assimilée à une clause-valeur-monnaie étrangère. On a contesté cette assimilation, voyant dans les clauses-valeur monnaie étrangère, qui ne font pas varier l'objet de l'obligation, une dette de valeur plutôt qu'une indexation⁹⁹.

Malgré cette garantie que représente la monnaie de compte étrangère, le créancier peut être lésé si, comme il arrive actuellement au Liban, l'écart entre le taux officiel (selon lequel il peut être légalement désintéressé) et le taux du marché (par lequel il pourra effectivement convertir la somme encaissée en dollars) est devenu considérable. Tout comme le créancier est tenu d'accepter la monnaie locale ayant cours légal, il est également tenu de l'accepter selon le taux de conversion officiel. Pour surmonter cet écueil, nous pouvons penser à des remèdes conventionnels, juridiques ou législatifs.

Conventionnellement, rien n'empêche les parties de réviser leur contrat, quand bien même ceci nécessiterait des manifestations inhabituelles de bonne foi¹⁰⁰.

Quant au juge libanais, il a les mains liées en ce qui concerne le rééquilibrage du contrat : en l'absence de disposition similaire à l'article

98 La question, posée simplement, est la suivante : si une dette est exprimée en dollars, est-elle nulle ? Non, ce qui est nul, c'est toute stipulation qui exigerait son paiement en dollars. Nous revenons à la distinction entre monnaie de compte et de paiement. De là nous passons à une autre question : y a-t-il une différence entre les deux formulations suivantes : « *le montant de la dette est 100 \$* » et « *le montant de la dette est l'équivalent, en livres libanaises lors du paiement, de 100 \$* » ? Nous pensons que non, puisque dans les deux cas, les effets sont déterminés par la loi – par l'alinéa 2 de l'article 301 COC.

99 F. GRUA et N. CAYROL, « Fasc. 40 : Régime général des obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Monnaie étrangère », n° 43. Thomas Le Gueut met en cause la distinction de nature entre les dettes monétaires et les dettes de valeur. Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit privé, 2016, p. 17 n° 15 et s.

100 C'est difficile à rencontrer, mais ce n'est pas impossible : plusieurs locataires libanais ont, de leur propre chef, proposé à leurs bailleurs une augmentation du loyer qui avait acquis des dimensions ridicules suite à la dépréciation de la livre libanaise.

1195 nouveau du Code civil français, il demeure impuissant à réviser les obligations contractuellement convenues¹⁰¹.

Le législateur peut intervenir. Par exemple, l'article 5 de la loi n° 50 du 23 mai 1991 relative à la suspension des délais légaux et judiciaires, qui prévoyait un juste dédommagement des créanciers de bonne foi du fait des dommages causés par l'érosion monétaire, mais dans des conditions très strictes¹⁰², ou la modification du Code des impôts pour permettre une « *actualisation* » exceptionnelle de leurs actifs immobilisés, pour corriger l'incidence de la dépréciation de la livre libanaise¹⁰³.

Qu'en est-il enfin de la piste de l'enrichissement sans cause, le remède de ceux qui n'en n'ont plus ? Nous pouvons imaginer le cas suivant : le créancier libanais d'une dette en dollars, est payé par son débiteur en livres libanaises selon le taux officiel lors du paiement (1507.5 LL pour 1 \$), paiement qui ne peut être refusé (cours légal, paiement intégral). Si ce créancier veut convertir la somme reçue en dollars auprès d'un bureau de change, il devra le faire à des taux réels 3 ou 4 fois plus élevés. Peut-il obtenir de son débiteur un dédommagement fondé sur l'enrichissement sans cause ?

À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas eu encore à trancher un tel cas mais la voie de l'enrichissement sans cause a été déjà empruntée dans une affaire relative à une dette en livres libanaises. Un vendeur de parts indivises dans un immeuble a procédé à l'inscription de la vente auprès du registre foncier tardivement après la dévaluation de la livre libanaise. Estimant que l'acheteur s'est enrichi sans cause, il l'assigne en justice. La Cour de cassation, approuvant en ceci la cour d'appel, rappelle que l'enrichissement de l'acheteur a une « *cause* » juridique, qui est le contrat de vente, et ajoute, subsidiairement, que le retard du vendeur a causé son

101 Le texte essentiel en la matière est l'article 221 COC. La jurisprudence se fonde sur cet article pour écarter tout argument en faveur de la révision du contrat, quelles que soient les circonstances. À titre d'exemple : Cass. lib. civ. 9^e, n° 23, 28 févr. 2006, *idrel.com*. Le demandeur au pourvoi avait invoqué « *le principe des circonstances exceptionnelles, les principes de la bonne foi, de l'équité et la coutume* » ; Appel Mont-Liban, n° 27, 23 févr. 2012, *idrel.com* (le juge ne peut interférer même en cas d'érosion monétaire grave).

102 La suspension des termes contractuels n'est pas automatique. Il faut qu'il y ait un contrat, que l'obstacle ayant empêché les parties à poursuivre leurs droits soit d'une nature sécuritaire ou un retard judiciaire.

103 L'article 45 bis a été ajouté en vertu de l'article 9 de la loi n° 282 de 1993. V. : K. DAHER, *Les impôts au Liban*, Librairie Antoine, 1^{re} éd., 2002, p. 68-71.

appauvrissement¹⁰⁴. Donc pour la Cour, la seule existence d'une relation contractuelle entre l'appauvri et l'enrichi a suffi pour évincer l'action *in rem verso*, et elle ne semble pas ainsi prendre en compte la dépréciation monétaire comme facteur pouvant influencer sur l'enrichissement sans cause. Cette décision, qui concerne une dette libellée en livres libanaises, peut donc être extrapolée au cas susmentionné (dette libellée en dollars, payée en livres) : le créancier « *appauvri* » se verra opposer l'existence d'une cause consistant en sa relation contractuelle initiale avec le débiteur « *enrichi*¹⁰⁵ » : ce dernier ne faisait qu'exécuter son obligation... *Vae creditori*¹⁰⁶.

104 Cass. lib. civ. 9^e, n° 23, 28 févr. 2006, cité plus haut.

105 A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, p. 373 n° 485 ; V. FORTI, « Art. 1303 à 1303-4 - Fasc. 20 : Enrichissement injustifié. – Conditions juridiques », *J.-Cl. Civ. Code*, dernière m. à j. 27 nov. 2018, n° 8. Certes, ce n'est pas en ces quelques lignes hâtives que nous prétendons conclure sur la possibilité d'une action *in rem verso* au profit du créancier. La question mérite une étude approfondie.

106 *Post scriptum*: Dans une décision très récente du 28 octobre 2020, le juge d'exécution de Beyrouth (prés. F. Makki) a adopté une interprétation de l'alinéa 2 de l'article 301 COC qui coïncide avec ce que nous avons essayé d'expliquer dans la 1^{re} partie de cet article.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

- BALTAZARD M., « Le franc et son histoire », *Mémoires de l'Académie Nationale de Metz* 1954-1955, p. 173-186.
- BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 16^e éd., 2017.
- BENILSI S., *Rép. Civ. Dalloz*, « Paiement », févr. 2019.
- BÉRAUD M., « Le régime monétaire libano-syrien », *Revue d'économie politique* 1929, p. 119-128.
- CAPITANT H., « De l'effet de la suppression du cours forcé sur les clauses de paiement en or ou en monnaies étrangères », *DP* 1928, chron., p. 53-56.
- CARBONNIER J., *Droit civil. Les biens, les obligations*, PUF, coll. Quadrige, 2004, vol. 2.
- COHEN D., SHIN F. et LIU X., « Meanings and Functions of Money in Different Cultural Milieus », *Annual review of psychology* 2019, vol. 70, p. 479-497, <<https://doi-org.ezproxy.usek.edu.lb/10.1146/annurev-psych-010418-103221>>.
- COUPPEY-SOUBEYRAN J., *Monnaie, banques, finance*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2015.
- DALSÈME J., *La monnaie : histoire de l'or, de l'argent et du papier*, Léopold Cerf éd., 1882.
- FABIA Ch. et SAFA P., *Précis de Code de commerce annoté*, éditions du Béryl, 2^e éd. annotée, 2005, t. 1.
- FORTI V., « Art. 1303 à 1303-4 - Fasc. 20 : Enrichissement injustifié. – Conditions juridiques », *J.-Cl. Civ. Code*, dernière m. à j. 27 nov. 2018.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Les obligations. Le rapport d'obligation*, Armand Colin – Delta, 9^e éd., 2015, vol. 3.
- GRUA F. et CAYROL N., « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 30 : Régime général des obligations – Paiement des obligations de sommes d'argent – Monnaie de paiement », *J.-Cl. Civ. Code*, 6 nov. 2019.
- GRUA F. et CAYROL N., « Art. 1343 à 1343-5 - Fasc. 40 : Régime général des obligations. – Paiement des obligations de sommes d'argent. – Monnaie étrangère », *J.-Cl. Civ. Code*, 6 nov. 2019.
- HEILPERIN M. A., « Qu'est-ce que la convertibilité monétaire ? », *Revue d'économie politique* 1954, vol. 64, n° 1, p. 5-19.

- HEYRAUD Y., « Le paiement en monnaie étrangère sur le territoire français : réflexions sur le nouvel article 1343-3 du Code civil », *RTD civ.* 2019, p. 1 et s.
- HUET A., « À la rencontre de la livre libanaise », *Commerce du Levant* janvier 2017, n° 5684, p. 47.
- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français, Théorie générale des obligations*, Librairie recueil Sirey, 3^e éd., 1939, vol. II.
- KRICHENE N. et GHASSAN H. B., « The pre-eminence of gold and silver as Shariah money », *Thunderbird Int. Bus. Rev.* 2019, vol. 61, p. 821–835.
- La Syrie et le Liban sous l'occupation et le mandat français 1919-1927*, Librairie et éd. Byblion, [s.d.].
- LE GUEUT Th., *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit privé, 2016, t. 572.
- LELART M., *Le système monétaire international*, La Découverte, coll. Repères, 9^e éd., 2017.
- Les principales clauses des contrats d'affaires* (dir. MESTRE J. et RODA J.-Ch.), Lextenso éd. – Point Delta, 2011.
- LIBCHABER R., *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de Droit privé, 1992, t. 225.
- MALAURIE Ph., « Nullité absolue de la clause de paiement en monnaie étrangère d'un contrat interne », *D.* 1990, p. 550 et s.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 2017.
- MARTIN D., « L'information de la monnaie (aspects juridiques) », *Cycle Droit, économie, justice*, o Cour de cassation française et la Chaire Régulation de Sciences Po, jeudi 7 mars 2005, <https://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_4/2005_2033/intervention_m._martin_8031.html>.
- MAZEAUD H. et al., *Leçons de droit civil. Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd. (par CHABAS F.), 1998.
- MOKBEL L., « L'histoire du rationnement des billets verts », *Magazine le mensuel* nov. 2019, p. 23.
- MONTOUX D., « Fasc. 10 : Indexation – Problèmes généraux – Règlements d'ordre interne », *J.-Cl. Notarial formulaire*, mis à jour 15 mars 2017.
- MOOS O., « Argent, religion et politique : le retour du dinar-or – quand l'État Islamique frappait monnaie », *Religioscope*, 6 août 2018, <<https://www.religion.info/2018/08/06/le-retour-du-dinar-or/>>.
- OLIVECRONA K., *The problem of the monetary unit*, Almqvist & Wiksell, 1957.

- PLIHON D., *La monnaie et ses mécanismes*, La Découverte, coll. Repères, 2013.
- ROMANI A.-M., *Rép. Civ. Dalloz*, « Enrichissement injustifié », février 2018 (actualisation : Juin 2019).
- RUFFINI P.-B., *Les théories monétaires*, éd. du Seuil, coll. La pensée économique contemporaine, 1996.
- SAMMAN A., *Le régime monétaire de la Syrie*, Université de Paris, Faculté de droit. 1935.
- Société des Nations, *Rapport sur le contrôle des changes*, 9 juillet 1938, p. 10 n° 6, <https://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-232-M-131-1938-II-A_FR.pdf>.
- Supplément au répertoire général du droit français*, Dalloz, 1927, V° « échelles du Levant », p. 152, n° 747. <<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb41258257f>>.

- جريج خ.، النظرية العامة للموجبات، صادر، ط ٤ (إشراف ر. جريج)، ٢٠٠٤، ج ٤.
- داغر أ.، "سياسة سعر صرف العملة: التجربة اللبنانية والدور المطلوب من هذه السياسة"، مجلة الدفاع الوطني تشرين الأول ٢٠٠٢، ع ٤٢.
- سيوفي ج.، النظرية العامة للموجبات والعقود. الموجبات، بيروت، ط ٢ (أعدّها سيوفي م.)، ١٩٩٤، ج ٢.
- سيوفي م.، "التعاقد بالعملة الأجنبية"، العدل ١٩٩٣، ع ٢، ص ٢٥-٢٨.
- يكن ز.، شرح قانون الموجبات والعقود، دار العلم والنور، [د. ت.].، ج ٦.
- يكن ز.، شرح قانون الموجبات والعقود، دار العلم والنور، [د. ت.].، ج ١٢.

Jurisprudence

Libanaise

- Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 48, 29 avr. 1954, *Recueil Baz* 1954, p. 129.
- Cass. lib. civ., n° 58, 22 avr. 1960, *Recueil Hatem*, 41, p. 41.
- Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 8, 29 janv. 1973, *Recueil Baz* 1973, p. 150 ; *Al-Adl* 1973, 3, p. 183.
- Cass. lib. civ., n° 13, 28 mai 1992, *legiliban.ul.edu.lb*.
- Cass. lib. civ. 6^e, n° 25, 13 avr. 1993, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 4^e, n° 10, 23 mars 1999, *Al-Adl* 1999, jurisp., p. 431, rapport H. Hadathi.
- Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 111, 25 oct. 2001, *Sader cass. civ.* 2001, p. 136.

- Cass. lib. civ. 4^e, n° 23, 7 mai 2002, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ., n° 21, 23 mars 2004, *sader online*.
- Cass. lib. civ. 4^e, n° 47, 21 mars 2005, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 9^e, n° 23, 28 févr. 2006, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 1^{re}, 15 janv. 2009, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 2^e, n° 66, 14 juill. 2011.
- Cass. lib. civ. 8^e, n° 6/2012, 1 mars 2012, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 2^e, n° 31, 28 mars 2013, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 5^e, n° 162, 30 sept. 2013, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 124, 27 nov. 2014, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 1^{re}, n° 55, 19 mai 2016, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 9^e, n° 15, 6 févr. 2018, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 2^e, n° 45, 3 avril 2018, *idrel.com*.
- Cass. lib. civ. 4^e, n° 10, 21 févr. 2019.
- Cass. lib. civ. 2^e, n° 45, 3 avril 2018, *idrel.com*.
- Appel Beyrouth, n° 161, 15 mars 1949, *Recueil Hatem*, 5, p. 35.
- Appel Beyrouth, n° 173, 4 avril 1950, *Recueil Hatem*, 7, p. 32-33.
- Appel Beyrouth, n° 248, 10 févr. 1959, *Recueil Hatem*, 37, p. 34.
- Appel Beyrouth civ., n° 642, 24 mars 1960.
- Appel Liban Nord 2^e ch. civ., n° 52, 11 févr. 1993, *R. J. L.* 1993, 2, p. 913.
- Appel Mont-Liban, n° 27, 23 févr. 2012, *idrel.com*.
- Appel Beyrouth 12^e ch. civile, n° 1081, 11/10/2017, *idrel.com*.
- Appel Liban Sud 5^e ch. civ., 8 mai 2020, <<https://www.mahkama.net/?p=20159>>.
- TGI Beyrouth, n° 460, 8 nov. 1974, *Recueil Hatem*, 158, p. 21.
- TGI Beyrouth, 6^e ch., 14 nov. 2019, *idrel.com*.
- JU d'exécution de Beyrouth, 15 janv. 2020, *idrel.com*.
- Juge des référés Nabatieh, 25 nov. 2019.
- Juge des référés Tyr, 8 avr. 2020.

Française

Req., 18 nov. 1895, *S.* 1899, I, p. 270-271.

Req., 11 juill. 1917, *S.* 1918, I, p. 215.

Cass. fr. civ., 17 mai 1927, *DP* 1928.

Cass. fr. civ. 1^{re}, 10 mai 1966, *Bull. civ.* I, n° 277.

Cass. fr. civ. 1^{re}, 25 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 104.

Cass. fr. civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, *JCP G.* 1990, II, 21393, note Lévy.

Cass. fr. com., 22 mai 2001, n° 98-14406.

Cass. fr. civ. 1^{re}, 11 juin 2002, n° 99-10044.

Cass. fr. civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 16-13050.

Regards croisés sur la gestation pour autrui / Crossed Perspectives on Surrogacy

Céline Baaklini, Docteur en droit, professeur associé à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, Pro-Recteur aux Affaires Estudiantines, coordinatrice du développement de la recherche, avocate à la cour, ORCID iD : <https://orcid.org/0000-0001-7885-4696>

Doctor in Law, Associate Professor, Department of Law, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik, P.O.Box 446, Jounieh, Lebanon, Deputy President for Students, Research and Publication Development Coordinator, Attorney at law, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7885-4696>

Reine Daou, Docteur en droit, chef de département et professeur assistant à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B. P. 446, Jounieh, Liban, coordinatrice de la Revue Juridique de l'USEK, chef de laboratoire « Personne et Droit », ORCID iD : <https://orcid.org/0000-0001-9370-811X>

Doctor in Law, Head of Department and Assistant Professor, Department of Law, School of Law and Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik, P.O.Box 446, Jounieh, Lebanon, Coordinator of the USEK Law Journal, Head of Research Laboratory "Person and Law", ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9370-811X>

Abstract

Today, we are no longer born as our grandparents were born and few will complain. Firstly, because ultrasound scans and other means of screening allow us to know in advance the weaknesses of the embryo, and sometimes even to repair them. Secondly, because childbirth, once a dreadful ordeal, has lost its allure of Russian roulette thanks to the medical support now applied. But the development of medicine has also made it possible to go further, to participate in the design itself. Either by organizing the meeting of the gametes of the intended father and the surrogate mother

in procreation for others, or by involving the intention mother more in the case of gestation for others, by allowing the gestator to carry a conceived embryo in vitro with the gametes of his parents.

The use of these techniques is expressly prohibited by the French legislator but is legalized in the majority of European states, in particular Germany, Spain, Italy, Portugal, Norway, Sweden and Switzerland. On the other hand, other countries recognize and authorize surrogacy but under different conditions, like the United Kingdom and Greece, which allow ethical surrogacy allowing the payment of compensation not exceeding one certain ceiling without, however, tolerating the remuneration of surrogate mothers.

This widely practiced technique introduces an important problem: If every woman, driven by the maternal instinct, has the right to use any process to procure a child, does the technique of surrogating not open the leads to masked child trafficking? Indeed, the risk is great, hence the revealed prohibition of surrogacy. However, be careful not to throw the baby out with the bathwater. Therefore, this ban is being challenged today.

Aujourd'hui, on ne naît plus comme ont pu naître nos grands-parents et peu s'en plaindront. D'abord parce que les échographies et autres moyens de dépistage permettent de connaître, à l'avance, les faiblesses de l'embryon, voire parfois de les réparer. Ensuite, parce que l'accouchement, naguère une épreuve redoutable, a perdu ses allures de roulette russe grâce à l'accompagnement médical désormais appliqué. Mais le développement de la médecine a également permis d'aller plus loin, pour participer à la conception elle-même. Soit en organisant la rencontre des gamètes du père d'intention et de la mère porteuse dans la procréation pour autrui, soit en impliquant davantage la mère d'intention dans le cas de gestation pour autrui, en permettant à la gestatrice de porter un embryon conçu *in vitro* avec les gamètes de ses parents d'intention¹.

Bien que ces deux situations soient techniquement différentes, nous les assimilons dans ce qui suit sous le vocable de gestation pour autrui vu que leur distinction n'est même pas tranchée par le législateur².

Le recours à ces techniques est expressément prohibé par le législateur français mais est légalisé dans la majorité des États européens, notamment l'Allemagne, l'Espagne, l'Italie, le Portugal, la Norvège, la Suède et la Suisse. En revanche, d'autres pays reconnaissent et autorisent la gestation pour autrui mais dans des conditions différentes³, à l'instar du Royaume-Uni et de la Grèce qui autorisent la gestation pour autrui éthique permettant le versement d'un dédommagement ne dépassant pas un certain plafond⁴ sans toutefois tolérer la rémunération des mères porteuses.

Quant aux autres pays, une minorité des États appartenant aux États-Unis acceptent cette technique dont la Californie qui a connu le premier cas dès 1970. Ainsi, les actrices Nicole Kidman, Sarah Jessica Parker et le chanteur Elton John n'hésitent pas à confirmer que leurs enfants sont nés de mères porteuses. Ce chanteur a même eu recours une seconde fois à la même mère porteuse afin de porter son second fils né en 2012 de son mari

1 C.E., Révision de la loi de bioéthiques : quelle option pour demain ? 28 juin 2018, p. 76.

2 Article 16-7 du Code civil français : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

3 Dans la législation britannique, la gestatrice est toujours la mère légale de l'enfant, et ce n'est que dans un second temps qu'elle peut consentir à la modification de la filiation. Dans la législation grecque, la mère d'intention est réputée comme étant la mère légale.

4 K. PARIZER-KRIEF, « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en grande Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC* 2011, p. 645.

David Furnish. Ces pratiques permettant la dissociation entre maternité utérine et maternité génétique se répandent de plus en plus de par le monde et deviennent facilement accessibles en raison notamment de l'essor des moyens de transport et de communication via *internet*.

Le droit libanais de son côté est resté muet au sujet de la gestation pour autrui mais cela ne signifie pas qu'elle n'est pas pratiquée au Liban ou par des libanais. L'absence de réglementation en la matière pousse parfois les libanais à la réaliser à l'étranger. D'autres personnes dans le besoin acceptent de la pratiquer dans le noir pour gagner quelques centaines voire milliers de dollars.

Si toute femme, poussée par l'instinct maternel, a le droit de recourir à tout procédé pour se procurer un enfant, la technique de la gestation pour autrui n'ouvre-t-elle pas la porte à un trafic d'enfants masqué ? En effet, le risque est grand, d'où l'interdiction révélée de la gestation pour autrui (paragraphe 1). Toutefois, il faut se garder de jeter le bébé avec l'eau du bain. C'est pourquoi cette interdiction est aujourd'hui contestée (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'interdiction révélée de la gestation pour autrui

Contrairement à la situation en vigueur dans la majorité des pays européens et étrangers, la gestation pour autrui est expressément prohibée en France. Cette prohibition est peu remise en cause dans le cadre des débats sur la révision de la loi de bioéthique. En effet, il est catégoriquement interdit de recourir à la convention de mère porteuse, en dépit du drame et de la détresse des femmes ayant une malformation utérine ou une absence d'utérus. Cette interdiction initiée au premier abord par le juge (A), fut confirmée plus tard par le législateur au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (B).

A. L'initiation jurisprudentielle

En permettant la dissociation entre sexualité et procréation, le progrès scientifique a pratiquement contribué à l'apparition de nouveaux genres de maternité : la gestation pour autrui et la procréation pour autrui. Toutefois, depuis une décision rendue par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai 1991⁵, le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui est affirmé. En l'espèce, la maternité de substitution est condamnée considérant qu'il y avait détournement de l'institution de l'adoption. En effet, il s'agissait

5 Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1991. p. 417, note Thouvenin.

d'une femme qui a été inséminée artificiellement par le sperme de l'époux d'une femme stérile. À sa naissance, l'enfant fut abandonné par la mère porteuse, pour être adopté plus tard par ses parents « *d'intention* ». Les juges furent bien clairs à cet égard en affirmant que « *toute convention tendant à l'abandon à sa naissance d'un enfant par sa mère porte atteinte aux principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* ». Ce raisonnement se fonde sur l'article 1128⁶ du Code civil et sur le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes⁷. Cependant, il nous semble légitime de critiquer ce fondement puisqu'en pratique il existe de nombreuses exceptions à l'interdiction d'aliénation totale ou partielle du corps humain à l'instar des conventions sur le lait maternel, le don de sang, les dons d'organes, le don d'ovocytes ou encore de sperme. Toutes ces exceptions attestent bien que le corps humain ainsi que ses éléments sont entrés depuis longtemps dans le commerce juridique à différents degrés. Notamment selon que le corps est celui d'une personne décédée ou vivante⁸.

L'interdiction de la gestation pour autrui repose aussi sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes. En d'autres termes, cette convention aura pour conséquence la naissance d'un enfant qui aura un état civil ne correspondant pas à sa filiation réelle. Cependant, si l'enfant est né par les gamètes du père, aucun problème ne se pose, la filiation paternelle est établie comme s'il s'agissait d'une naissance hors mariage, mais c'est la filiation maternelle qui pose problème allant du principe que « *la mère est toujours certaine*⁹ », ainsi qui doit être considérée comme étant la mère de l'enfant ? Sa mère génétique (en cas de don d'ovocyte), sa mère biologique (celle qui l'a porté dans son utérus), ou la mère d'intention ? Pour contourner l'interdiction de la gestation pour autrui, les parents d'intention ont alors eu recours à deux pistes. Tout d'abord à l'adoption de l'enfant du conjoint qui fut refusée au motif qu'elle constitue un détournement de l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est en principe de donner une

6 L'article 1128 du C. civ. dispose : « *Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ».

7 C. BAAKLINI et R. DAOU, « Regards croisés sur le transsexualisme », *Revue juridique de l'USEK*, n° 15, 2016, p. 7.

8 C. BAAKLINI, R. DAOU et B. KARAM, « La dignité post mortem », in *La dignité de la personne humaine face aux défis du siècle : Approche comparée*, Ouvrage collectif en collaboration avec l'Université Catholique de Lyon, *Revue juridique de l'USEK*, n° spécial 19, 2020, p. 329 et s. ; *ID.*, « La fin de vie : mourir dans la dignité », *ibid.*, p. 307 et s.

9 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Digeste 2, 4 et 5, Litec, 4^e éd., p. 428 « *mater semper certa est* ».

famille à un enfant qui en est dépourvu. Face à ce refus, le couple a essayé d'explorer la piste de la possession d'état d'enfant légitime, qui fut à son tour réfutée au motif que la fraude corrompt tout. Ce principe d'interdiction fut confirmé ultérieurement par la Cour de cassation dans sa décision rendue le 17 décembre 2008¹⁰, qui est venue également élargir les effets du caractère illicite de la pratique des mères porteuses en l'étendant aux transcriptions à l'état civil de décisions étrangères établissant la filiation de deux enfants à leurs parents d'intention.

En l'espèce, en raison de la stérilité de l'épouse, un couple français a eu recours à une mère porteuse dans l'État de Californie qui donna naissance à deux petites filles. Leurs actes de naissance furent établis et enregistrés à l'état civil du Comité de San Diego. Toutefois, la transcription de ces actes en France posa un problème. En effet, la Cour de cassation française refuse de donner effet à cette maternité de substitution pratiquée à l'étranger au motif qu'elle porte atteinte à l'ordre public¹¹. La Cour a même durci sa position dans un autre arrêt du 13 septembre 2013 en privilégiant l'ordre public sur l'intérêt de l'enfant.

Au Liban, même en l'absence de toute réglementation relative à cette question, le développement de la science et de la recherche médicale a pratiquement introduit la technique de gestation pour autrui. Dans de telles hypothèses, quel serait le fondement de la responsabilité des personnes la pratiquant ? En effet, rien n'empêche la transposition des solutions déjà adoptées en droit français. La légitimité de cette transposition serait justifiée par le principe de l'indisponibilité du corps humain¹² ainsi que par l'article 192 COC¹³. Le juge libanais est ainsi invité à se prononcer sur la nullité des conventions des mères porteuses.

10 Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *JCP*, éd. G., 2009. II. 10020, note Mirkovic.

11 *Ibid.*, nous lisons : « cette non-transcription ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît, ni ne les empêche de vivre avec [leurs parents] en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 CEDH, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 paragr. 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

12 ف. الحاج شاهين، "الجسم البشري والأعمال القانونية"، الشرق الأدنى، دراسات قانونية، عدد ٢٠-٢٥. ع. الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة للإنجاب، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢.

13 L'article 192 du COC relatif à l'objet dispose : « Est nul le contrat dont une obligation porte sur un objet illicite ou immoral. Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent donner lieu à obligation ».

Le retentissement médiatique qui a entouré l'interdiction jurisprudentielle de la gestation pour autrui en France a entraîné une confirmation législative.

B. La confirmation législative

Le principe de l'interdiction de la gestation pour autrui déjà initié par la jurisprudence de 1991 est confirmé par le législateur français par la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain¹⁴, qui a introduit dans le Code civil un nouvel article 16 alinéa 7 selon lequel : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Ainsi, de telles conventions sont sanctionnées civilement par la nullité absolue, puisqu'elles sont d'ordre public. De plus, en vue de dissuader les couples en mal d'enfants de recourir à une maternité de substitution, le législateur, par la loi précitée a ajouté deux alinéas à l'article 227-12 du Code pénal qui sanctionne dorénavant d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende « *le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le remettre* ».

Le législateur de 1994 a ainsi prohibé la gestation pour autrui sans toutefois se fonder expressément sur le principe d'indisponibilité du corps humain et sans distinction entre convention gratuite ou onéreuse. L'objectif est certes à louer puisqu'il vise à éviter les dérives de cette technique, comme le recours des couples homosexuels à la gestation pour autrui en vue de donner naissance à un enfant. De même, certaines personnes célibataires, ménopausées exemptes de toute pathologie, pourraient être tentées de solliciter une vie familiale de monoparenté. Ainsi, la prohibition législative de la gestation pour autrui vise à faire face à de tels comportements qui dénaturent l'esprit même de cette technique.

Toutefois, en dépit de l'arsenal juridique déployé, l'effectivité des sanctions pénales à l'égard des gestations pour autrui pratiquées à l'étranger n'est point renforcée. En effet, l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal français exige qu'au moins un élément constitutif de l'infraction pénale se soit déroulé sur le territoire de la République française, ce qui empêche pratiquement les poursuites.

14 La loi n°94-653 du 29 juillet 1994 est publiée au J.O. de la République française le 30 juillet 1994.

En revanche, au Liban, le législateur n'a point réglementé cette question, et la doctrine a généralement passé outre, et certains¹⁵, ne font que résumer la situation en vigueur notamment en France, sans évoquer le cas du Liban. Tout en respectant les principes du respect de l'intégrité du corps humain et le fait qu'il soit hors du commerce, nous ne pouvons nier le nombre important de conventions qui portent sur notre corps. Ainsi, si l'interdiction catégorique des gestations pour autrui participe de la limitation de la marchandisation du corps humain, sa légalisation restrictive ne violera certes pas ce principe. Nous plaidons ainsi pour une loi en la matière, qui admet la gestation pour autrui mais de façon très restrictive, c'est-à-dire, en exigeant des conditions particulières et cumulatives, d'une part à l'encontre de la mère porteuse, et d'autre part, à l'égard de la mère « *d'intention* ». Par exemple, le législateur pourrait imposer à la mère d'intention, une condition d'âge, en d'autres termes, qu'elle soit supérieure à un âge donné, et donc qu'elle soit par exemple au-delà des 35 ans, où la fertilité commence à diminuer, et qu'elle présente un problème médical au niveau de l'utérus mais en précisant de façon détaillée le genre de maladie qu'elle peut avoir, qu'elle ait essayé diverses méthodes mais qui n'ont pas abouti à une grossesse normale, et donc avec force de détails le législateur devrait bâtir sa réglementation, en évitant que cette pratique ne devienne en vogue, pratiquée notamment par les célébrités ne voulant pas abîmer leurs corps par le surplus de poids, livrant le sacrifice de porter l'enfant dans l'utérus à une mère porteuse. Mais d'un autre côté, des conditions devraient être imposées à l'égard de la mère porteuse. En effet, cette grossesse ne devrait pas avoir des conséquences néfastes si elle souhaite avoir elle-même des enfants ultérieurement. De plus, toute convention de ce genre, devrait donner la faculté à la mère porteuse de révoquer son offre pendant les 40 jours qui suivent la naissance, ceci serait de nature à ne pas favoriser le trafic des enfants, en espérant que l'instinct maternel survivra et primera l'amour de l'argent. Mais aussi, il faudrait que l'argent reçu par la mère porteuse en contrepartie de ses sacrifices, soit utilisé dans un but d'importance au moins égale voire supérieure au sacrifice qu'elle est en train de consentir. Par exemple, si elle a besoin de l'argent pour nourrir sa famille, ou même pour se procurer des médicaments ou pour des raisons médicales, afin de ne pas ouvrir la porte au trafic des enfants, comme l'a fait le 22 octobre 2013 un couple chinois, lorsque la mère a vendu son enfant âgé de quelques semaines pour se procurer un iPad et quelques objets semblables.

ع. غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، ط ٢، ٢٠١٠، ص ٢٧٠ 15

En prohibant catégoriquement la gestation pour autrui sans aucune exception, le législateur français s'est montré très conservateur et sévère à l'encontre des couples désireux d'avoir un enfant. En effet, pourquoi accepter la technique du diagnostic préimplantatoire avec la faculté de détruire des embryons sains, et refuser d'être indulgent envers la détresse des parents voulant avoir un enfant, précisément la femme souffrant d'une infertilité liée à l'utérus ? d'où la nécessité d'envisager une remise en question sur ce point.

Paragraphe 2. L'interdiction contestée de la gestation pour autrui

Les principes d'ordre public d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes ayant servi comme obstacle à la législation de la gestation pour autrui ne sauraient être mobilisés pour empêcher la légalisation des effets de cette technique. En effet, le caractère prioritaire que revêt l'intérêt supérieur de l'enfant sur les principes de l'ordre public précités a été affirmé (A). Cette affirmation pourrait peut-être mener à un assouplissement éventuel de l'interdiction de la gestation pour autrui (B).

A. La primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant

Le pendant logique de l'interdiction de la gestation pour autrui en droit français fut la privation de l'enfant né de cette pratique de toute filiation maternelle¹⁶ et de tous les droits qui y sont attachés, ce qui a permis de le qualifier « *de véritable handicapé de l'état civil*¹⁷ ». En effet, les parents d'intention pouvaient utiliser les documents étrangers dans la vie courante¹⁸ sans être capables de transcrire l'acte d'état civil obtenu à l'étranger sur les registres français. Or, plusieurs difficultés peuvent surgir en cas de décès de l'un des parents ou en cas de séparation du couple. Il s'est avéré donc nécessaire d'égaliser les chances entre les enfants quel que soit le procédé de leur naissance, ce qui justifie l'application d'un traitement compensatoire à l'égard de ces enfants.

Dans cet esprit, l'article 3 paragraphe 1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, repris à l'article 353 du Code civil plaident en faveur d'une régularisation du statut juridique de ces enfants, plus conforme

16 D. VIGNEAU, « Aujourd'hui, le rôle, demain le titre ? » note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 fév. 2006, *D.* 2006, p. 897.

17 Expression empruntée à Xavier Labbé, note sous TGI Lille, 22 mars 2007.

18 Exemples pour l'inscription scolaire, la sécurité sociale, les allocations familiales.

à leur intérêt, ce qui s'inscrit dans le droit fil de la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Menesson¹⁹.

En l'espèce, par deux arrêts du 26 juin 2014, deux couples français ont saisi la Cour EDH au terme d'une procédure judiciaire après s'être vu refuser la transcription des actes de naissance américains de leurs enfants sur les registres de l'état civil français en faisant valoir que ce refus constituait une atteinte à leur droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH. La Cour estime que si le lien de filiation a été reconnu dans leur pays de naissance entre les enfants issus de gestation pour autrui et les parents d'intention, le fait que la France nie cette qualité porte atteinte à leur identité. De plus, le fait de pouvoir établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation, est une composante du droit au respect de la vie privée. Ainsi, la privation du lien de filiation entre l'enfant et le parent constitue une violation du droit au respect de la vie privée de l'enfant.

Ces arrêts ont conduit la Cour de cassation à réviser sa jurisprudence. Désormais, la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription de l'acte de naissance étranger dès lors que ce dernier a été régulièrement établi dans le pays étranger et qu'il correspond à la réalité.

Dans cet esprit, le 12 décembre 2014, le Conseil d'Etat a validé la circulaire de Christiane Taubira dont l'objectif est de faciliter la délivrance de papiers d'identité français aux enfants nés d'un père français et d'une mère porteuse à l'étranger.

Le Conseil d'État juge que « *la seule circonstance qu'un enfant soit né à l'étranger dans le cadre d'un contrat (de gestation ou de procréation pour autrui), même s'il est nul et non avenue au regard du droit français, ne peut conduire à priver cet enfant de la nationalité française* ».

D'après la plus haute juridiction administrative, même si la gestation pour autrui est prohibée en France, le fait qu'un enfant naisse par ce biais à l'étranger ne peut justifier de le priver de sa nationalité, dès lors que sa filiation avec un parent français est légalement établie à l'étranger. La non-livraison de certificats de nationalité française serait « *une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée de l'enfant* ».

Cette victoire pour la garde des sceaux a l'avantage de contribuer à la résolution des difficultés rencontrées par les parents d'enfants nés par la gestation pour autrui à l'étranger. Elle constitue également une victoire

19 CEDH, 26 juin 2014, Menesson c. France, n° 65192/11, parag 79 et parag 80.

pour les parents, pour lesquels des papiers officiels représentent une forme de normalisation de leur situation. Mais la grande victoire est emportée par les enfants qui étaient menacés d'une nouvelle forme d'indignité ou de bâtardise juridique. Cette position a été également confirmée par la Cour de cassation à plusieurs reprises²⁰.

Désormais et dans l'esprit professé par la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur tout autre intérêt. La consolidation des situations de fait légales qui fait pression sur le droit français va-t-elle peut-être faire infléchir la position du législateur.

B. Vers un assouplissement législatif

La légalisation des effets de la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger laisse planer le doute sur l'avenir et la pérennité de l'interdiction de telles pratiques. En effet, il paraît que l'accès aux techniques prohibées en France « *n'a de frontières que le coût des interventions pratiquées à l'étranger. Ce constat amène certains à considérer comme injustes ces discriminations économiques. Leur existence devrait peut-être inciter à autoriser en France ce qui est possible ailleurs*²¹ ».

Plusieurs travaux officiels ont été réalisés. Le 25 juin 2008, le Sénat a rendu un rapport d'information suivi par un bilan d'application de la loi de bioéthique de 2004²².

En 2008, l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques a rendu un rapport sur l'évaluation de la loi prônant pour le maintien de l'interdiction de la gestation pour autrui²³.

Quant à l'académie nationale de médecine, elle a rendu un avis défavorable en jugeant que la question « *interpelle avant tout la société et relève prioritairement de la responsabilité du législateur* », ce qui déborde la mission de la médecine.

20 Ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597 ; Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 16-16.901.

21 V. DEPADT et E. HIRSCH, « Loi relative à la bioéthique : quand bioéthique rime avec biopolitique », < <https://theconversation.com/loi-relative-a-la-bioethique-quand-bioethique-rime-avec-biopolitique-143477> >.

22 Rapport d'information de Mme Michèle André, M. Alain Milon et M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales.

23 Rapport de l'OPECST, L'évaluation de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, 20 nov. 2008.

Enfin, un rapport rendu le 7 mai 2009 par le Conseil d'État atteste qu'il est favorable à un encadrement strict du recours à la gestation pour autrui en France ainsi qu'à la régulation de la situation juridique des enfants ainsi conçus. En dépit donc de l'opposition du Conseil d'État à la légalisation de la gestation pour autrui, il se montre bienveillant à l'égard des enfants nés de telles pratiques.

La question de la GPA a été également débattue à l'occasion du projet de loi relative à la bioéthique en 2019: les enfants issus de GPA pratiquées hors du territoire français sont désormais reconnus dans leurs droits inaliénables. Cette décision, qui améliore leur situation juridique, fragilise dans le même temps la résistance de la France à ce qu'elle considère encore comme une instrumentalisation du corps de la femme incompatible avec ses valeurs. Pourtant, l'attachement à l'interdiction de la GPA a été renouvelé.

Tous les arguments soulevés, que ce soit pour ou contre la légalisation de la gestation pour autrui, ne manquent pas d'intérêt et requièrent une réflexion approfondie.

Les détracteurs de la gestation pour autrui avancent plusieurs arguments d'ordre éthique, médical et juridique.

Tout d'abord, la légalisation de cette technique contribue de l'instrumentalisation du corps de la mère porteuse et de celui de l'enfant. Le risque est alors grand de voir les femmes pauvres recourir à cette location du ventre comme moyen de subsistance. Dans cet esprit, l'interdiction de la gestation pour autrui a pour objectif la préservation de l'intégrité du corps et de ses éléments, on protège ainsi la personne contre elle-même.

Ensuite, la légalisation de la gestation pour autrui ne résoudrait pas toutes les situations litigieuses susceptibles de se présenter. Comment protéger l'enfant en cas de rétractation du consentement de la mère porteuse ? En cas de décès ou de séparation du couple d'accueil ? À qui incombe la décision de recourir à une interruption de grossesse ? Autant de questions qui demeurent en suspens.

Enfin, les risques physiques et psychiques auxquels sera confrontée la mère porteuse ne peuvent être érudés²⁴. L'ensemble de ces craintes a fait

24 À l'instar d'une grossesse extra-utérine, d'une césarienne, d'une poussée hypertensive, d'une hémorragie au cours de la délivrance....

l'objet d'un rapport du Conseil d'État dans lequel il s'est interrogé sur l'opportunité de faire évoluer la législation en la matière²⁵.

Face à ces arguments, hostiles à toute évolution législative, il serait utile d'opposer d'autres qui y sont favorables. En effet, les partisans de la législation de la gestation pour autrui mettent en avant la détresse des femmes frappées d'une forme particulière de stérilité²⁶. Ils tentent de plus de démontrer que les risques de marchandisation du corps de la femme ou de l'enfant ne sont pas probants. Ces dérives ne sont pas plus importantes que celles encourues dans le cadre du trafic de dons d'organes²⁷, pourtant, le don d'organes est permis.

De ce fait, un encadrement législatif suffisant de la gestation pour autrui la rapprochera d'un « *don réfléchi et limité dans le temps d'une partie de soi* ». La dignité de la mère est ainsi préservée compte tenu de son consentement libre et éclairé. De même, s'agissant de l'intérêt de l'enfant, la gestation pour autrui peut être envisagée comme un acte de solidarité plutôt qu'un abandon organisé dès la naissance.

La levée de l'interdiction des gestations pour autrui est ainsi recommandée sous des conditions strictes tenant à la fois à la mère porteuse et aux parents d'intention.

Certains aspects de la procédure d'adoption peuvent être empruntés à l'instar de la condition relative au couple qui doit être « *composé de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, en âge de procréer et domiciliées en France* ».

D'autres aspects peuvent être empruntés aux conditions d'accès à la procréation médicalement assistée : « *l'un des deux membres du couple au moins doit être parent génétique de l'enfant* ».

25 L'avis du CCNE et ses préconisations sur la nouvelle loi de bioéthique ont été remis aux pouvoirs publics en 2018. Le CCNE reste favorable à l'interdiction de la GPA au nom du respect de la personne humaine, du refus de l'exploitation de la femme et de la réification de l'enfant, de l'indisponibilité du corps humain et de la personne humaine.

26 À l'instar d'une absence d'utérus, congénitale ou consécutive à une hystérectomie ou à la destruction fonctionnelle de l'utérus, aux échecs répétés de fécondation in vitro, l'existence de maladies mettant en jeu le pronostic vital de la mère au cours d'une grossesse.

27 C. BAAKLINI, S. ABI KHALIL et D. EL MAOULA, « Le don d'organes : Une nécessaire réforme de la législation au Liban », *Revue juridique de l'USEK*, n° 14, 2015, p. 7.

À ces mesures peuvent s'ajouter d'autres relatives à la filiation de l'enfant. Un délai de rétractation après l'accouchement doit être prévu. Ainsi, la mère porteuse aurait la chance de changer d'avis et d'exprimer sa volonté de ne plus abandonner son enfant.

Au cas où une gestation pour autrui est pratiquée en dehors de cet encadrement légal strict, les sanctions en vigueur devraient à nouveau s'appliquer.

Le défi est considérable et le processus plein de risques, la conciliation de l'intérêt de l'enfant et de ses parents d'intention devrait aller de pair avec la préservation des exigences de l'ordre public. Gageons sur la bienveillance du législateur qui trouvera la meilleure voie pour l'enfant à naître.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et articles

C.E., Révision de la loi de bioéthiques : quelle option pour demain ? 28 juin 2018, p. 76.

BAAKLINI Céline et DAOU Reine, « Regards croisés sur le transsexualisme », *Revue juridique de l'USEK*, n° 15, 2016, p. 7.

BAAKLINI C., DAOU R. et KARAM B., « La dignité post mortem », in *La dignité de la personne humaine face aux défis du siècle : Approche comparée*, Ouvrage collectif en collaboration avec l'Université Catholique de Lyon, *Revue juridique de l'USEK*, n° spécial 19, 2020, p. 329 et s.

BAAKLINI C., DAOU R. et KARAM B., « La fin de vie : mourir dans la dignité », in *La dignité de la personne humaine face aux défis du siècle : Approche comparée*, Ouvrage collectif en collaboration avec l'Université Catholique de Lyon, *Revue juridique de l'USEK*, n° spécial 19, 2020, p. 307 et s.

BAAKLINI C., ABI KHALIL S. et EL MAOULA D., « Le don d'organes : Une nécessaire réforme de la législation au Liban », *Revue juridique de l'USEK*, n° 14, 2015, p. 7.

PARIZER-KRIEF K., « Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en grande bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif », *RIDC* 2011, p. 645.

ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Digeste 2, 4 et 5, Litec, 4^e éd.

VIGNEAU D., « Aujourd'hui, le rôle, demain le titre ? » note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 fév. 2006, *D.* 2006, p. 897.

Rapport d'information de M^{me} Michèle André, M. Alain Milon et M. Henri de Richemont, fait au nom de la commission des lois et de la commission des affaires sociales.

Rapport de l'OPECST, L'évaluation de la loi n° 2004-800 du 6 aout 2004, 20 nov. 2008.

الحاج شاهين ف., "الجسم البشري والأعمال القانونية"، الشرق الأدنى، دراسات قانونية، عدد ٢٠-٢٥.
الهلاي ع., المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة للإنجاب، دراسة القانون العام، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢.

غصن ع., الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، ط ٢، ٢٠١٠.

Jurisprudence

Ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 14-21.323.

Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417, note Thouvenin.

Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 15-28.597.

Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2017, n° 16-16.901.

Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2008, *JCP*, éd. G., 2009. II. 10020, note Mirkovic.

CEDH, 26 juin 2014, *menesson c. France*, n° 65192/11, parag 79 et parag 80.

La consécration constitutionnelle du principe de fraternité ou l'art de gouverner du Conseil constitutionnel français / The Constitutional Acknowledgement of the Principle of Fraternity or the Statesmanship of the « *Conseil Constitutionnel* »

Damien Monnier, Maître de conférences à l'UCLy, Directeur pédagogique de la deuxième année de Licence en droit, Rattaché au Laboratoire de Recherche sur la Personne

Abstract

Through the ruling of the 6th July 2018, the French “*Conseil constitutionnel*” seems to be filling a gap by acknowledging the last principle of the republican trilogy, that is to say Fraternity. The “*Sages*” of the “*Palais Royal*” analyzed the offense of solidarity based on the articles L. 622-1 and L. 622-4 of the foreigners entry and residency and right of asylum. They now impose that no humanitarian act, whichever assistance it relates to may be punished in order to provide help with illegal movement of persons and residence. Daring, this decision ensures the balance between the principle of Fraternity and safeguarding public policy when other principles could have been considered. Surprising, this decision illustrates the statesmanship of the “*Haute Assemblée*”. Putting aside the criticism of judicial activism, one should not ascertain if the “*Conseil constitutionnel*” governs, but the way he governs.

Le terme de fraternité irrigue le discours politique aux côtés de la liberté et de l'égalité dans les idéaux de la devise républicaine française, inscrite à l'article 2 alinéa 4 de la Constitution du 04 octobre 1958. Conjuguant une inspiration chrétienne et maçonnique, la fraternité apparaît comme un principe fondamental et fondateur de la société dans une volonté nationale de vivre ensemble, de vivre comme l'ensemble¹. Au sein de la trilogie des valeurs républicaines, la fraternité correspond à l'idée d'un devoir envers autrui qui présente toutes les caractéristiques d'un projet politico-juridique en constante évolution, une vertu sociale permettant la cohésion de la nation. Ce principe apporte à la devise une dimension humaine, affective, voire sentimentale² que Victor Hugo présentait, de manière intemporelle, comme « *une gradation irréprochable. Liberté, Égalité, Fraternité. Rien à ajouter, rien à retrancher. Ce sont là les trois marches du perron suprême. La liberté, c'est le droit, l'égalité, c'est le fait, la fraternité, c'est le devoir. Tout l'homme est là... Les heureux doivent avoir pour malheur les malheureux ; l'égoïsme social est un commencement de sépulcre ; voulons-nous vivre, mêlons nos cœurs et soyons l'immense genre humain [...]* »³.

Pour autant, face à l'inépuisable littérature provoquée par les principes de liberté et d'égalité, la fraternité semble être le parent pauvre de la devise républicaine⁴. Il existe autour de la définition de ce principe un certain mystère, tant le contenu est large et imprécis⁵. Il s'agit à la fois d'un symbole républicain promu au rang constitutionnel depuis 1848 – inscrit aux frontons des édifices publics lors de la célébration du 14 juillet 1880 – mais également d'un enjeu, puisque la fraternité sous-entend une conception de l'organisation politique et de la cohésion sociale d'un État. Il est alors probable que la signification de la fraternité ne soit pas exactement la même dans le langage de l'homme politique, du syndicaliste, du citoyen, du journaliste, du juriste ou encore de l'ecclésiastique. Corollaire de la charité, de la tolérance, de la compassion, de l'entraide, la fraternité ne bénéficie pas

1 M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1993, t. 170, p. 6 et s.

2 M. BORGETTO, « Sur le principe constitutionnel de fraternité », *RDLF* 2018, chron. n° 14.

3 V. HUGO, « Le droit et la loi », III, in *Œuvres complètes, Politiques*, Laffont, 2002, p. 68.

4 M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, p. 6 et s.

5 *Ibid.*

d'une définition incontestable, comme si l'expression se suffisait à elle-même ou que le contenu de ce terme s'adaptait à la démonstration en question.

Or, dans le contexte actuel d'une société connaissant un repli identitaire et communautaire, une fragmentation du lien social créant un affaiblissement du sentiment collectif, les membres du Conseil constitutionnel choisissent, dans un « *contraste saisissant*⁶ », de se prononcer sur la valeur juridique du principe de fraternité⁷. Afin de juger du bien-fondé de leur geste fraternel pour avoir secouru des migrants à la frontière franco-italienne, Cédric H. et Pierre-Alain M., deux militants associatifs de la vallée de la Roya, dans les Alpes-Maritimes, ont formé un pourvoi en cassation, contre les arrêts de condamnation de la cour d'appel⁸, au soutien duquel ils ont chacun déposé une question prioritaire de constitutionnalité⁹. La question jugée nouvelle par la chambre criminelle de la Cour de cassation porte notamment¹⁰ sur le principe constitutionnel de fraternité au regard de ce qui

6 A. PONSEILLE, « Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain », *Constitutions* 2018, p. 399.

7 V. en ce sens, les différents commentaires sur la décision : J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain, Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité », *AJDA* 2018, n° 31, p. 1781 ; V. TCHEN, « La fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait ? », *AJDA* 2018, n° 31, p. 1786.

8 M. Cédric H. avait été condamné en première instance, puis en appel, à une peine de quatre mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir pris en charge, en qualité de « *porte-parole* » de plusieurs associations humanitaires locales, des migrants en situation irrégulière. M. Pierre-Alain M. avait été relaxé en première instance, puis condamné en appel à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis pour avoir transporté et hébergé chez lui trois migrants. Refusant le bénéfice de l'immunité pénale, tous deux ont été condamnés en appel.

9 « *En édictant les dispositions combinées des articles L. 622-1 et L. 622-4 du Code de l'entrée et de séjour des étrangers et du droit d'asile, en ce que, d'une part, elles répriment le fait pour toute personne d'avoir, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France même pour des actes purement humanitaires qui n'ont donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et, d'autre part, elles ne prévoient une possible exemption qu'au titre du seul délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France et non pour l'aide à l'entrée et à la circulation, le législateur a-t-il porté atteinte au principe constitutionnel de fraternité, au principe de nécessité des délits et des peines et au principe de légalité des délits et des peines ainsi qu'au principe d'égalité devant la justice garantis respectivement par les articles 8 et 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ?* ».

10 Les requérants soutenaient que les dispositions litigieuses portaient également atteinte au principe constitutionnel de fraternité, aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines, au principe d'égalité devant la justice.

est communément appelé par le monde associatif, le « *délit de solidarité*¹¹ » ou encore celui « *d'hospitalité*¹² ». Si ce délit n'existe pas en tant que tel et est vivement critiqué par différentes associations¹³, il fait référence à l'article L. 622-1 du Code de l'entrée, du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), qui dispose que commet un délit « *toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France* », susceptible d'être puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 30 000 euros. La loi française réprime comme infraction pénale l'entrée, le séjour et la circulation des personnes étrangères en situation irrégulière. Sur cette base, l'article 4 du décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, élaboré par le gouvernement Daladier et repris par différents textes depuis¹⁴, prévoit que l'aide qui est apportée à une personne en situation irrégulière est également une infraction pénale.

La multiplication des mobilisations associatives a conduit les gouvernements successifs à introduire des exemptions afin de limiter les cas où le « *délit de solidarité* » pourrait s'appliquer. Ces immunités figurent à l'article L. 622-4 du CESEDA¹⁵ et bloquent les poursuites de l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait d'un membre de sa famille depuis les lois Toubon de 1996¹⁶ et Chevènement de 1998¹⁷, empêchant

11 Dès 1995, le Groupement d'information et de soutien aux immigré.e.s initie un « *manifeste des délinquants de la solidarité* » à la suite de différents procès contre des conjoints de Français et contre un prêtre ayant aidé un sans-papiers. Vingt mille personnes signent le Manifeste des délinquants de la solidarité, dont la déclaration finale prend valeur d'un slogan politique : « *Si la solidarité est un délit, je demande à être poursuivi(e) pour ce délit* ».

12 J. DERRIDA, « Quand j'ai entendu l'expression "délit d'hospitalité" », *Plein droit* 1997, n° 34.

13 V. par ex. le Groupement d'information et de soutien des immigré.e.s soutient un argumentaire et une proposition d'amendement afin de « *mettre hors-la-loi le "délit de solidarité"* ».

14 V. en ce sens le dossier documentaire retraçant l'évolution de ce délit : <www.conseil-constitutionnel.fr>.

15 Article issu de la rédaction de la loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 *relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*.

16 Loi n° 96-647 du 22 juillet 1996 *tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*.

17 Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 *relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

les sanctions dans le cas d'un lien de parenté ou d'un lien conjugal avec l'étranger en situation irrégulière. Conformément à la « *clause humanitaire* » prévue dans la directive du Conseil européen du 28 novembre 2002, la loi du 26 novembre 2003¹⁸ prévoit que la solidarité n'est théoriquement plus punie en cas de « *danger actuel ou imminent* » pesant sur l'étranger et pouvant justifier de lui venir en aide. Enfin, une distinction est établie entre les réseaux de trafic et les bénévoles membres des associations par la loi du 31 décembre 2012¹⁹. Aucune poursuite ne peut alors être engagée si l'acte « *n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte* » dans le cadre de « *conseils juridiques ou des prestations de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux* » ayant pour objectif d'assurer la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger. En l'espèce, les requérants reprochent à la loi de méconnaître le principe de fraternité puisque les exemptions pénales précitées ne trouvent pas à s'appliquer à l'entrée et à la circulation d'un étranger en situation irrégulière sur le territoire français mais uniquement lors de son séjour. De plus, le législateur ne prévoit pas une immunité en cas d'aide au séjour irrégulier pour tout acte purement humanitaire, c'est-à-dire n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte.

Ravivant un débat moral et politique d'envergure lors de ce procès, les juges constitutionnels neutralisent d'une part, la condition restrictive qui voulait que la personne étrangère aidée se trouve dans une situation critique tant du point de vue de sa dignité que de son intégrité physique. D'autre part, ils censurent les termes « *au séjour irrégulier* » figurant au 1^{er} aliéna de l'article L. 622-4 du CESEDA. Il s'ensuit que la reconnaissance normative du principe de fraternité par le Conseil constitutionnel implique que tous les actes d'aides apportés à des fins humanitaires doivent bénéficier de l'exemption pénale. Cette exemption doit s'appliquer aux actes facilitant ou tentant de faciliter le séjour en France d'un étranger en situation irrégulière ou facilitant ou tentant de faciliter sa circulation quand elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger.

18 Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.

19 Loi n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 *relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*.

Cette décision, saluée comme « *historique et qui certainement fera date*²⁰ », démontre le rôle politique des juges du Conseil constitutionnel en (ré)interrogeant la légitimité de l'exercice du contrôle de constitutionnalité de la loi sous la V^e République et par voie de conséquence de la juridiction constitutionnelle française.

Si la décision du 6 juillet 2018 ne reflète pas une évolution radicale de la législation pénale en matière d'immigration, elle correspond au rôle politique du Conseil constitutionnel qui s'inscrit au regard de l'influence que la juridiction constitutionnelle exerce envers les autres pouvoirs institués et les enjeux politiques qui en découlent. Si l'on considère comme politique « *toute activité se rattachant à l'organisation sociale et comme exerçant une fonction politique tout organe concourant à la réalisation de l'ordre étatique*²¹ », il en résulte que le Conseil exerce une activité politique, ce qui semble relever de l'évidence²². Cette manière de gouverner du juge constitutionnel ne s'identifie pas à un affrontement entre majorité et opposition gouvernementales afin d'apaiser un débat de société²³ mais s'analyse

-
- 20 M. BORGETTO, « La fraternité devant le Conseil constitutionnel », *JCP* 2018, n° 30, p. 1488.
- 21 D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 107, 1972, rééd. 2015, Anthologie du Droit, p. 9 et s. : le Professeur Lochak ajoute que « *joue un rôle politique toute personne ou tout organe qui a la possibilité d'exercer une influence sur les décisions politiques prises au niveau le plus élevé, au niveau de l'appareil gouvernemental. Comme toute décision suppose un choix entre plusieurs solutions, et un minimum de liberté dans la détermination de ce choix, un organe ne peut jouer de rôle politique s'il est dans une position de subordination totale et s'il ne fait que répercuter les décisions prises à un niveau supérieur* ».
- 22 L. DUMOULIN, « Les juges sont-ils des décideurs politiques ? Libres propos sur ce qui apparaît comme un oxymore, mais n'en est peut-être pas un... », in *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, (dir. G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH), Bruylant, 2016, p. 79.
- 23 L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC* 1994, vol. 46, p. 567. Le Professeur Favoreu explique la critique du gouvernement des juges envers le Conseil constitutionnel lors du débat de la constitutionnalité de l'avortement ou de l'interruption volontaire de grossesse. La controverse « *était vive, notamment en Allemagne et en France, tant au Parlement que dans l'opinion. Mais dès lors que les décisions ont été prises par les juges constitutionnels – essentiellement au début de 1975 – il y a eu un apaisement de la querelle même si, dans certains pays, elle n'a pas cessé complètement. Il en a été de même en France pour l'affaire des nationalisations : la fièvre est montée au cours du deuxième semestre de 1981, puis elle est retombée début 1982 avec la décision du Conseil constitutionnel. Il y a pacification de la vie politique par le contrôle juridictionnel des lois parce que l'opposition a à sa disposition un moyen de s'assurer que la majorité ne franchit pas les limites fixées par la Constitution et donc que les règles fondamentales, sur lesquelles il y a eu consensus à un moment donné de l'histoire du pays, ne seront pas remise en cause du moins sans son accord* ».

par une vision de la société démocratique en fonction de la conciliation qu'il réalise entre l'autorité étatique et la protection des droits et libertés fondamentales des citoyens. La décision commentée donne l'occasion de rappeler les différentes acceptions de l'expression « *gouvernement des juges* » et finalement l'art de gouverner du Conseil constitutionnel. D'une part, le juge constitutionnel ne fait aucunement prévaloir ses propres idéaux, voire des intérêts corporatistes susceptibles de constituer une menace pour la séparation des pouvoirs et la promotion du concept d'« *État de droit* » lorsqu'il consacre, par des techniques rigoureuses, le principe de fraternité (paragraphe 1). D'autre part, si le rôle de la jurisprudence dans la création du droit n'est plus véritablement contesté, il subsiste encore des discussions sur le degré de créativité, ses modes et ses limites. En constitutionnalisant la vertu de fraternité en principe constitutionnel, la décision du 6 juillet 2018 démontre l'audace de la justice constitutionnelle française (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une décision équilibrée écartant le spectre du gouvernement des juges du Conseil constitutionnel

Lorsqu'est évoquée l'expression « *gouvernement des juges* », il ressort une suspicion, celle de la part volontaire ou personnelle que prendrait le juge constitutionnel dans les décisions jurisprudentielles rendues. Tenant son origine du juge américain Walter Clark dans un discours de 1914 en évoquant le « *government by judges*²⁴ », la critique du gouvernement des juges entacherait le rôle exercé par le juge constitutionnel français. Que l'expression du gouvernement des juges soit, aux États-Unis, une réalisation historique sans pour autant être utilisée²⁵, elle reçoit en France un écho

24 S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING, « D'un non-sujet vers un concept scientifique », in *Gouvernement des juges et démocratie*, (dir. S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING), Publications de la Sorbonne, 2001, p. 11 ; D. TERRÉ, *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, p. 169 : l'expression de gouvernement des juges s'inscrit « dans la lignée d'une autre formule célèbre, celle de "*Congressional Government*", forgée par Woodrow Wilson en 1884 pour exprimer la suprématie du Congrès. On retrouve cette idée d'un déséquilibre entre les trois pouvoirs, dont l'un prend toute la place, dans l'expression de "*présidence impériale*" ».

25 M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, 2001, p. 49.

particulier²⁶, fruit d'une vieille tradition²⁷, celle d'une défiance persistante entre le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel²⁸. Pourtant, le juge ne peut être confiné à être « *la bouche de la loi* » et se révèle être acteur dans l'usage qu'il fait de son pouvoir d'interprétation. La décision du 6 juillet 2018 reflète la rigueur du raisonnement du Conseil constitutionnel mais également l'étendue des pouvoirs du juge par l'exercice du principe de proportionnalité (A) et la technique des réserves d'interprétations (B).

A. L'exercice du principe de proportionnalité dans la conciliation de l'ordre public et du principe de fraternité

La consécration du principe de fraternité relève d'une démonstration équilibrée de la part du Conseil constitutionnel. Il affirme qu'il découle du principe de fraternité « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans*

26 Expression introduite par Édouard Lambert dans son ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis.*, Giard, 1921, rééd., Paris, 2005, 276 p. Ce dernier analyse le modèle du *judicial review* et la dérive de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis en matière sociale entre les deux guerres mondiales. À cet égard, on cite le plus souvent l'opposition de la Cour aux mesures prises par le Président de l'époque, Franklin Delano Roosevelt, au moment du *New Deal* mais cette jurisprudence avait déjà fait œuvre partisane avant la guerre de Sécession lorsqu'une partie de l'opinion s'opposait à l'extension des droits des gens de couleur (la fameuse affaire *Dred Scott* de 1857, défendant l'esclavagisme).

27 J.-D. BREDIN, « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs* 1994, n° 68, *Qui gouverne la France ?*, p. 77: « *Nouveau débat, très vieux débat, qui retrouve, en la modernisant, notre ancienne tradition, celle d'un conflit permanent de la Justice et de l'État, installé dans notre histoire ; dans l'histoire de l'Ancien Régime, bien sûr, secoué des conflits du roi et des parlements concurremment investis du pouvoir de juger ; dans l'histoire aussi du vieux principe de séparation des pouvoirs, qui ne fut qu'un principe de distinction des fonctions. L'existence du pouvoir judiciaire n'impliquait ni chez Locke, ni chez Montesquieu, aucune sublimation de la Justice. Montesquieu ne la voyait que comme une dépendance de l'exécution des lois. "Le pouvoir de juger, expliquait-il, en quelque sorte est nul". La Révolution peut avoir signifié l'avènement d'une conception métaphysique de la séparation des pouvoirs, l'article 16 de la Déclaration des droits avoir fait de cette séparation l'éternel fondement de toute Constitution, le discours et l'action révolutionnaires n'ont cessé d'affirmer la subordination du judiciaire. Les tribunaux ne sont que "les exécuteurs de la loi", proclame Thouret le 24 mars 1790, et Duport le répète, quelques jours plus tard, lors de son grand discours sur l'ordre judiciaire nouveau : "Les juges doivent être bornés à l'application de la loi... Il faut interdire toute fonction politique aux juges..." Robespierre dira la même chose : "Le mot de jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi". Tel fut, inscrit dans les mots et dans les lois, l'héritage révolutionnaire retrouvant, par une substitution de souveraineté, l'héritage monarchique* ».

28 R. BADINTER, « Une si longue défiance », *Pouvoirs* 1995, n° 74, *Les juges*, p. 7.

considération de la régularité de son séjour sur le territoire national » (consid. n° 8). Procédant de la sorte, il constitutionnalise le principe de fraternité inscrit dans la devise de la République en observant que « *l'aide apportée à l'étranger pour sa circulation n'a pas nécessairement pour conséquence, à la différence de celle apportée à son entrée, de faire naître une situation illicite* » (consid. n° 12). Toutefois, le Conseil concilie immédiatement ce principe avec d'autres impératifs d'ordre constitutionnel et précise qu' « *en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » (consid. n° 13).

Si le Conseil constitutionnel n'a jamais défini explicitement ce qu'il entendait par ordre public, cette notion est très proche de celle utilisée en droit administratif français et recouvre le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique. Elle résulte d'une construction jurisprudentielle tendant à assurer la garantie effective des droits et principes constitutionnels. L'expression d'ordre public n'apparaît ni dans la Constitution, ni la loi, mais n'est citée qu'une seule fois à l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui dispose que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* ». Afin d'éviter que l'exercice illimité de la liberté de chacun ne menace celle des autres, il appartient à l'État d'assurer la sauvegarde d'un ordre respectueux des droits et libertés de l'ensemble des individus. L'ordre public s'inscrit dans cet équilibre et représente « *les exigences fondamentales du contrat social, implicites et permanentes*²⁹ ».

À l'égard de la loi, le Conseil constitutionnel retient une acception large de l'ordre public, un objectif à valeur constitutionnelle qui est un impératif lié à la vie en société guidant l'action normative. La catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle est apparue dans la décision du 27 juillet 1982³⁰ dans laquelle le Conseil constitutionnel affirme qu' « *il appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, avec [...] les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la*

29 D. ROUSSEAU, P. -Y. GAHDOUN et J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 2016, p. 423.

30 Cons. const., 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec., p. 48.

liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » (consid. n° 5). Cette catégorie est dégagée par le Conseil et lui permet de s'octroyer un pouvoir de création en opposant au législateur des principes qui n'ont pas été affirmés par le constituant. Il s'agit donc d'une déduction tirée d'une réflexion sur la nécessité de la chose publique, une « *éthique sociale limitative des libertés individuelles*³¹ » qui donne au législateur une habilitation afin de concilier les droits et libertés fondamentales.

En conciliant l'ordre public et le principe de fraternité, il n'est pas possible de déterminer si le juge constitutionnel gouverne mais, de manière stipulative³², « *la manière dont il gouverne* », selon la thèse soulevée par le Professeur Michel Troper³³. Par l'exercice du contrôle de proportionnalité, le Conseil constitutionnel répond à une triple exigence. D'abord celle de la liberté, dans le sens où dans une démocratie libérale, les mesures de police, étant l'exception au principe de liberté, doivent être limitées mais incluses dans les fonctions du juge³⁴. Ensuite, une exigence de rationalité est liée à la démocratie et constitue « *un lien logique qui doit exister entre les mesures adoptées par le législateur et les objectifs qu'il poursuit*³⁵ ». Enfin, il s'agit d'une exigence de justice dans le sens où « *le bilan entre le coût marginal de la mesure pour les droits des personnes et l'avantage marginal qu'en retire la société doit être équilibré*³⁶ ». Le contrôle de proportionnalité permet de dissiper la vieille accusation du

31 G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 2016, p. 238.

32 M. TROPER, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », p. 59. Pour le Professeur Troper, il n'est pas possible de déterminer ce qu'est « *réellement un gouvernement des juges, que toutes les définitions sont nécessairement stipulatives et que, selon, la définition choisie, un tel gouvernement existe ou n'existe pas. Si l'on recherche à présent une définition propre à permettre une analyse scientifique, cette définition sera stipulative elle aussi, c'est-à-dire qu'elle devra être choisie non pour sa vérité – elle n'est par hypothèse pas susceptible d'être vraie ou fausse –, mais pour son utilité, selon la nature de la recherche. En d'autres termes, un concept stipulatif ne peut permettre d'établir la vérité d'une thèse, mais seulement de déterminer le champ d'une recherche* ».

33 *Ibid.*

34 Cette expression fait référence aux conclusions du commissaire du gouvernement CORNEILLE sur l'arrêt *Baldy* du 17 août 1917 : « *pour déterminer l'étendue du pouvoir de police dans un cas particulier, il faut tout de suite se rappeler que les pouvoirs de police sont toujours des restrictions aux libertés des particuliers, que le point de départ de notre droit public est dans l'ensemble les libertés des citoyens, que la Déclaration des Droits de l'Homme est, implicitement ou explicitement, au frontispice des constitutions républicaines, et que toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle et la restriction de police l'exception* ». V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Ellipses, 2016, p. 162.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

« *gouvernement des juges* » qui s'inscrit dans toutes les sociétés démocratiques et libérales ayant pour objectif la promotion du concept d' « *État de droit* ».

Une seconde acception de l'expression « *gouvernement des juges* » est définie au regard de l'étendue du pouvoir des juges dans un régime démocratique³⁷, c'est-à-dire par la répartition des pouvoirs entre les organes dits politiques élus au suffrage universel et le juge. En appliquant la technique des réserves d'interprétation, le juge constitutionnel serait un législateur secondaire défiant la souveraineté populaire et le rôle qui lui est attribué par la séparation des pouvoirs.

B. La technique des réserves d'interprétation dans la conciliation de l'ordre public et du principe de fraternité

Lors du contrôle qu'il exerce sur les lois organiques, les lois ordinaires ou les règlements des assemblées, le Conseil constitutionnel dispose d'une alternative qui est celle de déclarer une disposition conforme ou non conforme à la Constitution. Toutefois, de sa propre initiative, le Conseil a trouvé une solution qui lui permet d'échapper au caractère brutal de cette option. Il s'agit de la technique des réserves d'interprétation, utilisée dès 1959³⁸ et qui permet au Conseil de déclarer une disposition conforme à la Constitution, à condition que cette disposition soit interprétée ou appliquée de la manière dont il l'indique. En l'espèce, les requérants déplorent la définition étroite de l'exemption pénale puisqu'elle ne s'applique pas à « *un acte purement humanitaire n'ayant donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte* » (consid. n° 5). Le Conseil constitutionnel utilise la technique des réserves d'interprétation en rappelant que l'exemption pénale couvre « *les actes de conseils juridiques quelle que soit la finalité poursuivie par la personne apportant son aide* », les actes apportant « *une prestation de restauration, d'hébergement ou de soins médicaux* » si cette prestation est destinée « *à assurer des conditions de vie dignes et décentes à l'étranger* » ou si elle préserve « *la dignité ou l'intégrité physique de l'étranger* ». Le Conseil admet que ces dispositions « *ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* » (consid. n° 14).

37 É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique ? », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage Roland DRAGO*, Economica, 1996, p. 119.

38 Cons. const., 17 juin 1959, n° 59-2 DC, *décision relative au règlement de l'Assemblée nationale*.

Le Conseil distingue l'acte purement humanitaire dans l'aide apportée à l'étranger en lui permettant d'obtenir des conditions de vie acceptable et celui qui aurait pour objet et pour but une revendication toute autre dans l'accueil de l'étranger. Le sens de cette décision est donc de permettre l'aide humanitaire au séjour irrégulier et non l'aide à l'irrégularité du séjour « *car s'il n'incombe nullement aux citoyens de jouer les supplétifs des autorités publiques, seules chargées de lutter contre l'immigration irrégulière, du moins doivent-ils s'abstenir d'entraver la mise en œuvre de cette politique définie démocratiquement et conduite dans le cadre des garanties offertes par l'État de droit*³⁹ ».

Cette réserve d'interprétation donne une conception extensive à l'aide apportée au migrants illégaux. En effet, dans la mesure où l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait eu pour conséquence excessive d'étendre les exemptions pénales prévues par l'article L. 622-4 du CESEDA aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter non seulement la circulation irrégulière, mais aussi l'entrée irrégulière sur le territoire français, le Conseil constitutionnel a reporté au 1^{er} décembre 2018 la date de l'abrogation. Le Conseil juge qu'il « *ne dispose d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que le Parlement* » (consid. n° 23). Il ne lui appartient donc pas « *d'indiquer les modifications qui doivent être retenues pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée* » (consid. n° 23). Afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée à compter de la publication de la décision commentée, le Conseil a cependant assorti le report de l'abrogation d'une réserve transitoire selon laquelle « *l'exemption pénale prévue au 3° de l'article L. 622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile doit s'appliquer également aux actes tendant à faciliter ou à tenter de faciliter [...] la circulation constituant l'accessoire du séjour d'un étranger en situation irrégulière en France lorsque ces actes sont réalisés dans un but humanitaire* » (consid. n° 24).

Or, les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité démontrent une réécriture de la loi. Le juge constitutionnel se substitue alors au législateur dans sa fonction propre d'édition des normes de rang législatif. Par cette technique purement prétorienne, le Conseil constitutionnel agit directement sur la substance normative de la loi. La crainte du « *gouvernement des juges* » excédant leur pouvoir peut être soulevée puisque cette technique permet au juge de réécrire la loi sous prétexte de l'interpréter. Toutefois, la loi du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie ne reprend pas la réserve d'interprétation émise par

39 J. ROUX, « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain, Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité », p. 1787.

le Conseil constitutionnel mais ajoute le terme « *exclusivement* » aux actes réalisés dans un but humanitaire. L'Assemblée nationale limite la réserve d'interprétation que le Conseil a validé lors d'un contrôle *a priori* de la loi⁴⁰. De ce fait, il est possible de constater que le juge constitutionnel est celui par lequel la volonté du souverain se concrétise. Cela signifie que le juge constitutionnel, au regard des réserves d'interprétation, ne remplace pas le souverain mais permet à ce juge de devenir « *l'élément essentiel et indispensable à la normativité de la Constitution, c'est-à-dire à la volonté du souverain*⁴¹ ». Les représentants élus sont toujours habilités à exprimer la souveraineté du peuple dans la limite du respect des droits protégés par la Constitution.

Ainsi, dans le cadre du contentieux constitutionnel, le juge est lié par « *des habitus, des contraintes argumentatives, la collégialité et l'autocontrôle*⁴² » qui ne lui permettent pas d'abuser d'une interprétation discrétionnaire des textes. Ce même juge n'excède pas les bornes de son habilitation⁴³ dans la fonction qui lui est attribuée, c'est-à-dire qu'il n'attribue pas aux codes, lois ou des textes constitutionnels une signification ne relevant que de leur volonté⁴⁴ en faisant fi de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté populaire. Il convient alors d'écarter la critique péjorative du « *gouvernement des juges* » dans l'analyse de la décision du 6 juillet 2018. Pour autant, statuant en vertu des principes d'indépendance et d'impartialité, le juge constitutionnel, muni de l'autorité de chose jugée prévue à l'article 62-2 de

40 Cons. const., 6 sept. 2018, n° 2018-770 DC, *Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

41 D. ROUSSEAU, « Y-a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, (dir. B. MATHIEU et M. VERPEAUX), PUAM – Economica, 1998, p. 22.

42 L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », p. 567.

43 D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973-978, p. 973.

44 D. ROUSSEAU, « L'élaboration de la loi et l'action du juge », p. 15. Le Professeur Rousseau démontre que « *le pouvoir du juge de participer, par son travail d'interprétation, à la détermination de la volonté générale heurte le paradigme démocratique qui teint le suffrage universel pour seul et unique fondement de la légitimité. Mais quelle pertinence peut avoir un paradigme qui ne permet pas de penser la fonction de juger, ou qui la manipule en la présentant comme une simple application de la loi votée par les élus du peuple, ce que toute l'analyse du travail juridictionnel dément ? Et au-delà, la démocratie se réduit-elle à sa seule dimension électorale ? Se réduit-elle au seul espace de la représentation politique ? Ainsi, un des intérêts majeurs de la "découverte" du pouvoir des juges dans l'élaboration de la loi est, peut-être, d'obliger à redéfinir ou à définir un nouveau paradigme démocratique* ».

la Constitution, gouverne⁴⁵ ce qui a pour conséquence d'établir une politique jurisprudentielle à travers la plupart des décisions rendues.

Paragraphe 2. Une consécration audacieuse démontrant la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel

Nombreux sont les écrits décrivant, depuis les années 1970, l'emprise du droit constitutionnel sur l'ensemble de l'ordre juridique⁴⁶. Le discours du Professeur Francis Delpérée consacré à la transformation du droit constitutionnel⁴⁷, à l'occasion de la publication des *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu* intitulés *Renouveau du droit constitutionnel*, en témoigne. Grâce à des progrès objectifs décrits par l'auteur⁴⁸, la Constitution est, selon lui, promise « à une nouvelle naissance⁴⁹ ». Ce discours s'inscrit dans une évolution doctrinale de (re)définition de la Loi fondamentale⁵⁰ et atteste de l'affirmation

45 D. de BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », p. 975. Le Professeur de Béchillon ajoute « *d'une part que tout jugement – au sens contentieux du terme comporte une dimension normative directe, puisqu'il se résout dans des termes générateurs d'une prescription entièrement nouvelle pour les protagonistes au litige (payer cette indemnité, restituer cette chose, annuler cet acte, etc.). D'autre part, de très nombreuses règles générales, souvent importantes, ont été et sont toujours créées par des jugements, notamment prononcés par des juridictions supérieures. Enfin, tout acte de juger, qu'il soit interprétatif ou plus franchement "légiférant", est toujours et fondamentalement un acte politique, violent, pour partie auto-institué. À la conjonction de ces paramètres, il faut se résoudre à admettre que l'action des juges ne peut pas ne pas relever d'une sorte de "gouvernement"* ».

46 V. par ex., A.-S. OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil Constitutionnel au droit administratif*, PUAM, « Droit public positif », 1987, 590 p. ; S. MOUTON, *La constitutionnalisation du droit en France. Rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse en droit, Toulouse, Diffusion ANRT, 2 tomes, 1998, 833 p.

47 F. DELPÉRÉE, « Le renouveau du droit constitutionnel », texte du discours prononcé le 5 septembre 2007, à l'occasion de la publication des *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, 2007, 1783 p. ; publié, *RFDC* 2008, p. 227.

48 *Ibid.*, p. 229 : « *À côté des dérives manifestes qu'il serait stupide de nier, il y a des progrès objectifs. La démocratisation des institutions, la culture des droits de l'homme, l'émergence de l'État de droit, l'extension des contrôles de constitutionnalité et, comment ne pas l'ajouter ici ?, la constitutionnalisation des branches du droit* ».

49 *Ibid.*, p. 228.

50 G. BURDEAU, « Une survivance : la notion de Constitution », in *L'évolution du droit public*, Études en l'honneur d'Achille MESTRE, Sirey, 1956, p. 53 ; S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V^e République », *RDV* 1984, p. 587-606 ; D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDV* 1990, p. 5 ; P. AVRIL, « La Constitution : Lazare ou Janus ? », *RDV* 1990, p. 949.

du droit constitutionnel au sein de l'ordre juridique. Cette logique est le corollaire du développement du contrôle de constitutionnalité qui vise à garantir la suprématie de la Constitution. Par la constitutionnalisation du principe de fraternité, deux réflexions se dessinent. La première tend à l'artificialisme du principe de fraternité, c'est-à-dire à la consécration d'un principe sans fondement, sans stricte définition (A). La seconde relève de la légitimité de la justice constitutionnelle dans cette consécration qui pourrait être qualifiée d'illégitime (B).

A. La constitutionnalisation du principe de fraternité contraire à tout artificialisme constitutionnel

Bien plus qu'un imaginaire collectif, le sort qu'une société réserve aux étrangers, personnes âgées, handicapées, malades, aux victimes de guerre ou de catastrophes naturelles est révélateur de la conception des rapports humains et des conditions normales d'existence des individus par les droits garantis et l'affirmation matérielle du concept d'« *État de droit* ». Le Conseil répond, en partie, à la garantie des droits des personnes dites vulnérables avec le droit à la dignité⁵¹ dégagé par la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946.

Si le Conseil constitutionnel reconnaît la fraternité comme principe à valeur constitutionnelle, l'insertion dans les textes constitutionnels est ancienne puisque sous la Révolution les termes de la devise républicaine s'imposent. Tombée en désuétude, la fraternité connaît un renouveau sous la Restauration et la Monarchie de Juillet. Elle constitue une « *expression à la fois du refus opposé par un nombre croissant d'auteurs et d'hommes politiques aux idées consacrées par le droit positif de l'époque et de la volonté de tirer de l'oubli, d'appliquer voire de prolonger les principes politiques et sociaux dégagés dès 1789*⁵² ». Mentionnée à deux reprises dans le Préambule de la Constitution de 1848, qui dispose que les citoyens « *doivent concourir au bien-être commun en s'entraidant fraternellement les uns les autres* » et que la République « *doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit*

51 Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*. Dans le commentaire de la décision du 6 juillet 2018, le Conseil rappelle que la formule employée au paragraphe 7, selon laquelle le principe de fraternité ressort de la devise républicaine, est employée dans la décision du 27 juillet 1994.

52 M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, p. 230.

en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler », le retour de la fraternité n'est pas une surprise au regard des discours et des revendications du pouvoir politique de l'époque. Effacée sous l'Empire, la fraternité est à nouveau un élément de la devise officielle depuis la Troisième République. Exception faite lors du régime de Vichy, la devise est rétablie par la Constitution du 27 octobre 1946 en son article 2.

La décision du 6 juillet 2018 permet au Conseil constitutionnel de se prononcer pour la première fois sur la valeur normative de la devise de la République et en particulier sur le terme de fraternité. Il s'appuie ainsi sur l'article 2 de la Constitution, le Préambule ainsi que l'article 72-3 portant tous deux sur les territoires d'outre-mer dans leur volonté d'adhérer aux institutions fondées sur « *l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ». Cette décision a suscité de nombreuses réactions de la part de la doctrine sur la portée normative de la fraternité. Pour certains auteurs, le juge constitutionnel a trahi la lettre et l'esprit de la Constitution puisque la fraternité « *n'a jamais eu la moindre définition ni donc de contenu normatif* » ; d'autre part, « *elle n'a jamais évidemment concerné que les citoyens de la nation française réunis en "fratrie" symbolique*⁵³ » et qu'en ce sens la grandeur de la notion de fraternité est « *précisément de ne pas être une notion juridique, c'est la rabaisser que de lui donner une telle portée*⁵⁴ ». Pour d'autres au contraire, le supplément d'âme que la fraternité apporte à la devise ne s'oppose nullement à ce qu'elle fonctionne « *comme principe inspirateur du Droit mais encore à ce qu'elle se traduise par et donne lieu, sur le plan juridique, à certaines solutions tout à fait tangibles et concrètes*⁵⁵ ».

Par conséquent, le Conseil constitutionnalise le principe de fraternité en lui octroyant un contenu si ce n'est audacieux, tout du moins novateur. La devise qui pouvait paraître à certains égards « *bien fanée*⁵⁶ » est actualisée. Le terme de fraternité a d'ailleurs fait l'objet d'une observation récente par le Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes afin qu'il soit

53 A.-M. LE POURHIET, « Fraternité avec les migrants illégaux : le coup d'État du Conseil constitutionnel », *Le Figaro* du 11 juill. 2018, p. 16.

54 J.-É. SCHOETTL, « Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté », *RFDA* 2018, p. 961.

55 M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, p. 622.

56 J. ROBERT, « Liberté, égalité, fraternité 1976 », in *Mélanges offerts à Georges BURDEAU, Le pouvoir*, LGDJ, 1977, p. 945.

remplacé par celui d'adelphité ou de solidarité⁵⁷. Évitant un coup d'éclat médiatique, la fraternité s'inscrit dans une logique prévisible au regard de la position du Conseil lors du 3^e congrès de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, tenu en 2003 à Ottawa. Le Conseil considère que le principe de fraternité comprend deux aspects qui renvoient pour le premier à la mise en œuvre de la solidarité et le second à la mise en œuvre de la tolérance, du respect d'autrui, de la lutte contre les exclusions de toutes sortes. La décision du 6 juillet 2018 s'inscrit dans cette dimension solidaire en permettant à tout individu, dans un esprit humaniste, d'aider à la circulation ou au séjour toute personne en situation irrégulière.

Néanmoins, le Conseil se dote d'un principe polysémique qu'il pourra utiliser à sa guise sans qu'aucun texte n'encadre la signification. L'utilisation du contrôle *a posteriori* engendre une jurisprudence tâtonnante et souvent hésitante qui risque des interprétations multiples par le juge ordinaire.

B. La constitutionnalisation du principe de fraternité contraire à tout impérialisme constitutionnel

La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, « dont l'objet essentiel était de purger le droit existant des scories d'inconstitutionnalité, de donner aux justiciables les outils pour faire valoir les droits que leur reconnaît la Constitution⁵⁸ », a profondément transformé le rôle du juge constitutionnel tout en renforçant la légitimité de la justice constitutionnelle française. Cette procédure a permis d'accroître la constitutionnalisation des branches du droit que le Professeur Favoreu examinait avec une attention particulière.

Ce processus, lié à l'existence de la justice constitutionnelle, consiste d'abord en une accumulation de normes, c'est-à-dire à la création d'une

57 Le Haut Conseil à l'Égalité a remis à François de RUGY, Président de l'Assemblée nationale, son Avis relatif à la révision constitutionnelle : « Pour une Constitution garante de l'égalité femmes-hommes » – sujet dont le Haut Conseil à l'Égalité s'est autosaisi, après l'annonce par le Président de la République devant le Congrès le 3 juillet 2017. Dans l'Axe 1, Recommandation n° 4, le Haut conseil propose de « conduire une réflexion sur l'usage du terme “fraternité” dans la devise de la République, qui exclut les femmes de la communauté politique, à l'instar de ce qu'a récemment fait le Canada en remplaçant “thy sons” (« tes fils ») par “all of us” (« nous tou.te.s ») dans son hymne national. Des alternatives pourraient, par ex., être les termes d’“adelphité”, “solidarité”, etc. ».

58 B. MATHIEU, « Fraternité : une onction constitutionnelle porteuse de mutations », *Constitutions* 2018, p. 389.

sorte « *de stock* » ou de normes constitutionnelles comme le démontre la création du bloc de constitutionnalité. Ensuite, la diffusion de ces normes constitutionnelles au sein de l'ordre juridique, résulte en ce que les lois déferées au Conseil constitutionnel irriguent l'ensemble des branches du droit. Ce processus a pour effet de moderniser le droit dans le sens « *d'une libéralisation car les changements s'analysent comme des progrès commandés ou impliqués par la logique des droits fondamentaux*⁵⁹ ». Il a également pour conséquence d'unifier l'ordre juridique puisque les normes constitutionnelles ont vocation à devenir le fondement commun des diverses branches du droit. Si l'on suit cette pensée doctrinale, l'hégémonie du droit constitutionnel n'est donc plus à prouver et s'exerce dans chacune des branches du droit lors de l'énoncé des sources, c'est-à-dire qu'aucune discipline juridique ne peut être aujourd'hui enseignée sans se référer aux principes constitutionnels qui la fondent. C'est notamment le cas en droit des étrangers qui ne peut faire l'impasse des décisions constitutionnelles et de leurs répercussions dans la protection des droits fondamentaux des étrangers⁶⁰ ou encore du droit d'asile⁶¹.

Néanmoins, ce n'est pas l'impérialisme de la Constitution et l'hégémonie d'une discipline sur les autres⁶² qu'il convient de remettre en cause dans l'analyse de cette décision mais l'ordre juridique qui ne paraît

59 L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 25.

60 J. KISSANGOULA, « La constitutionnalisation du droit des étrangers. Introduction à l'analyse des cycles juridiques », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, (dir. B. MATHIEU et M. VERPEAUX), PUAM – Economica, 1998, p. 147.

61 O. LECUCQ, « Le droit d'asile existe-t-il en droit constitutionnel français ? », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, (dir. B. MATHIEU et M. VERPEAUX), p. 159.

62 G. VEDEL, « Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, (dir. B. MATHIEU, M. VERPEAUX), p. 14. Le Doyen Vedel met en garde dans l'extrapolation dont ferait l'objet la constitutionnalisation des branches du droit. Il déclare « *qu'à partir de constatations exactes, on construit un univers juridique sur le fondement d'un impérialisme constitutionnaliste dont la Constitution, son juge et ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies* ». Il résume alors sa pensée en affirmant que « *le droit est plural. Il ne se ramène pas à la Constitution. Celle-ci n'est ni un Décalogue, ni un axiématique. Ni Moïse, ni Euclide... Le juge constitutionnel n'est ni une Muse, ni un chef d'orchestre, ni un généralissime. Il est un censeur, non un décideur* ». V. également, J.-É. SCHOETTL, « Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté », p. 959. Jean-Éric Schoettl écrit que « *nous assistons en effet en Occident, depuis un demi-siècle, à l'émergence d'un juge demiurge qui produit, par-dessus la tête du représentant, un droit supra-législatif ineffable et arborescent, élaboré à partir des formulations floues qui abondent dans nos textes constitutionnels et conventionnels, et promeut la prépondérance des droits individuels sur l'intérêt général* ».

pas adapté au processus de constitutionnalisation des branches du droit. La stricte hiérarchie de l'ordre juridique qui décrit un ordonnancement « *du droit en cascade*⁶³ », pyramidal, ne paraît plus adaptée au système normatif actuel. Il faudrait tenter une forme circulaire au sein de laquelle il n'y aurait pas d'imbrication d'un droit sur l'autre mais une inspiration mutuelle des droits envers les autres que le juge constitutionnel mettrait en harmonie⁶⁴.

En ce sens, la subsistance des principes dégagés par le juge constitutionnel dépend de l'interprétation effectuée par le juge ordinaire. Le principe de fraternité a fait l'objet d'un recours administratif en vertu de la procédure du référé-liberté à l'encontre des arrêtés anti-mendicités⁶⁵. Le maire de Besançon a entendu mettre en œuvre un arrêté en date du 3 juillet 2018 qui interdit la consommation d'alcool, la mendicité, les regroupements (accompagnés ou non d'animaux) et la station assise ou allongée lorsqu'elle constitue une entrave à la circulation publique, dans certaines rues du centre-ville de Besançon, durant certaines périodes estivales et hivernales précisément identifiées. Un résident de la ville, M. Guardado, militant associatif contre la pauvreté et l'exclusion des sans-abris, saisit alors le juge des référés afin d'en suspendre l'exécution. En vertu du principe de liberté de circulation, les personnes demeurent libres d'emprunter les voies publiques, quel que soit leur mode de déplacement. Mais la préservation de l'ordre public persiste et des mesures de police générale peuvent limiter cette liberté. Cette limitation est légale dans la mesure de leur nécessité et en fonction de la proportionnalité à la menace à l'ordre public. Pour le juge administratif, le requérant ne peut utilement se prévaloir, sur le fondement du principe de fraternité, d'une quelconque liberté fondamentale de mendier. Mais appliquant les critères stricts d'identification d'une liberté fondamentale⁶⁶, le tribunal administratif admet, qu'il découle du principe de fraternité, la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire pouvant être consacrée comme liberté fondamentale⁶⁷. À n'en point douter, la décision du

63 D. ROUSSEAU, « Y-a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, p. 24.

64 *Ibid.*

65 TA Besançon, ord., 28 août 2018, M. Guardado, n° 1801454.

66 G. GLÉNARD, « Les critères d'identification d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-1 du Code de justice administrative », *AJDA* 2003, p. 2008.

67 M.-C. de MONTECLER, « De la fraternité découle la liberté fondamentale d'aider autrui », *D. Actualité* 2018 ; J. BENREDOUAN, « Le principe de fraternité à l'épreuve des arrêtés anti-mendicité », *RDSS* 2018, p. 1096 ; A. KORSAKOFF, « La contestation d'un arrêté anti-mendicité au regard du principe de fraternité », *AJDA* 2018, p. 2509.

Conseil constitutionnel a influencé le juge administratif dans l'ordonnance rendue, sans pour autant accréditer la thèse d'une quelconque hégémonie constitutionnelle.

Pour conclure, il est possible d'affirmer que la décision du 6 juillet 2018 s'inscrit dans le perfectionnement du concept d'« *État de droit* », c'est-à-dire l'élargissement du champ de la juridicité avec la proclamation de nouveaux droits fondamentaux en faveur des individus ou de la société dans son ensemble⁶⁸. Ce mouvement est corrélatif d'un individualisme jaillissant au regard du développement de la démocratie. Une « *culture des droits*⁶⁹ » par la progression des droits publics subjectifs au sein du contentieux constitutionnel se conjugue à « *une politique des droits*⁷⁰ » permettant de concrétiser et d'assurer la garantie des droits fondamentaux des citoyens. Or, cette promotion des droits publics subjectifs se double d'une inadéquation entre l'État et la démocratie de(s) droit(s), cette dernière « *cherchant à s'imposer comme un concept légitime, par la soumission aux valeurs, logiques et procédures de l'« État de droit » stricto sensu*⁷¹ ». La place qui est faite à la satisfaction des intérêts particuliers au sein de l'ordre juridique développe ce processus de subjectivisation du droit dans lequel le Conseil constitutionnel consacre l'existence d'un corps de principes, constituant la philosophie politique de la nation. Il s'institue en tant que créateur de ces principes et, en leur donnant une sanction, les fait entrer en droit positif sans en donner une stricte signification.

Le principe de fraternité a donc de beaux jours devant lui...

68 J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 2010, p. 135.

69 ID., « Conclusion / État des droits versus État de droit ? » in *L'État des droits. Politique des droits et pratiques des institutions*, (dir. P.-Y. BAUDOT et A. REVILLARD), Les Presses de Science Po', 2015, p. 245.

70 *Ibid.*

71 S. MILACIC, « L'État de droit, pour quoi faire ? L'État de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel, Constitutions et pouvoirs*, Montchrestien, 2008, p. 376.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages, thèses

- BORGETTO M., *La notion de fraternité en droit public français : le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 170, 1993.
- BRONDEL S., FOULQUIER N. et HEUSCHLING L., *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, 2001.
- CHAMOISEAU P. et LE BRIS M., *Osons la fraternité*, Philippe Rey, 2018.
- GICQUEL J. et GICQUEL J.-É., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 32^e éd., 2018.
- LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 107, 1972, réed. 2015, Anthologie du Droit.
- VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 92, 1999.

Articles de doctrine, contributions

- de BÉCHILLON D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.
- FAVOREU F., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges en hommage à Roland Drago, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 25.
- PONSEILLE A., « Le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider son prochain », *Constitutions* 2018, p. 399.
- LE GOFF J., « Le droit à la fraternité n'existe pas », *Projets* 2012, n° 4, p. 26.
- ROUSSEAU D., « Y-a-t-il trop de contrôle de constitutionnalité des lois en France », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, (dir. B. MATHIEU et M. VERPEAUX), PUAM – Economica, 1998, p. 22.
- ROUX J., « Le Conseil constitutionnel et le bon Samaritain, Noblesse et limites du principe constitutionnel de fraternité », *AJDA* 2018, n° 31, p. 1781.
- SAAS C., « Le délit de solidarité est mort, vive le délit de solidarité », *D.* 2018, p. 1894.
- SCHOETTL J.-É., « Fraternité et Constitution – Fraternité et souveraineté », *RFDA* 2018, p. 959.
- TCHEN V., « La fraternité en droit des étrangers : un principe qui manquait ? », *AJDA* 2018, n° 31, p. 1786.

TROPER M., « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Le nouveau constitutionnalisme*, Economica, 2001, p. 49.

TROPER M. et PFERSMANN O., « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », in *Gouvernement des juges et démocraties*, (dir. S. BRONDEL S., N. FOULQUIER et L. HEUSCLING), Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21.

VERPEAUX M., « Fraternité et Constitution. Constitutionnalisation et Constitution », *RFDA* 2018, p. 966.

Décisions juridictionnelles

Cons. const., 6 juillet 2018, *Cédric H et autres*, n° 718/717-2018 QPC.

TA Besançon, ord., 28 août 2018, *M. Guardado*, n° 1801454.

How Can the European Union Foster Societal Resilience in the Middle East and North Africa?

Francisco Salvador Barroso Cortés, Ph.D., School of Law & Political Sciences, Holy Spirit University of Kaslik, P.O.Box 446, Jounieh, Lebanon, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9143-2391>

Abstract

November 2020 will mark the 25th anniversary of one of the most important experiences of cooperation between the two shores of the Mediterranean, the Barcelona Process (1995). Two and a half decades later, the perceptions of failure and fatigue are the predominant ones. However, the geopolitical situation of the EU and the new geopolitical impetus recognized in the EU Global Strategy (2016) provides us with a new opportunity to bet for reinforcing the cooperative platform within the Euro-Mediterranean relations. It is at this point that it might be necessary to think about the role displayed by the EU in the MENA region concerning the issue of resilience. How can the EU foster resilience in the MENA region in general, and in Lebanon in particular? How can the EU help Lebanon increase its democratic resilience to fight corruption? Which factors shaped the EU's state-building initiatives in Lebanon? In raising these questions, this article examines, on the one hand, the guiding principles of EU action in the MENA region, and on the other, the role displayed by the EU in fostering Resilience focus on the State and societal resilience in Lebanon concerning corruption. The main argument is that the EU state-building, as the main tool to foster resilience, was hampered by three main factors, the presence of interests of the Major Powers, the existence of false dilemmas, and the roles displayed by certain internal factors like the power-sharing political mechanisms that mesmerize outsiders. As a result, the EU has only been partially involved, losing part of its potential to influence the course of events.

1. Introduction

November 2020 will mark the 25th anniversary of one of the most important experiences of cooperation between the two shores of the Mediterranean, the Barcelona Process (1995). Two and a half decades later, the perceptions of failure and fatigue are the predominant ones. However, the geopolitical situation of the European Union (EU) and the new geopolitical impetus recognized in the EU Global Strategy (2016)¹ provides us with a new opportunity to reassess the reinforcement of the cooperative platform within Euro-Mediterranean relations.

Lately, it seems that the EU is going through a lot of troubles and geopolitical risks, which are undermining the validity of European integration. The EU as a model of regional integration is suffering from a lack of credibility due in part to certain geopolitical issues. For instance, BREXIT and the rise of nationalism have somehow been connected to the booming of certain right-wing political parties. These political forces are contributing considerably to the proliferation of Euro-skepticism and populism that are working against the principle of solidarity, which, in turn, is a cornerstone of the European project. Nevertheless, European authorities are willing to overcome these difficult times through, on the one hand, the development of European integration and on the other, the expansion of cooperation with third parties. It is at this point that it is necessary to think about the role displayed by the EU in the MENA region concerning the issue of resilience. Indeed, the region requires building resilience and social cohesion in the middle of a dynamic, characterized by increasingly violent conflicts and several shaky regimes² surviving mainly by authoritarian behavior, repressive capacity and corrupt practices. The EU has the opportunity to enhance its sphere of influence and maximize its power taking an active role in fostering resilience. More stability and security in the neighbor areas will be translated into an increase in the security and stability of the EU as a whole. Therefore, we need to address the following questions: How can the EU foster resilience in the MENA region in general, and in Lebanon in particular? How can the EU help Lebanon to increase its democratic resilience to fight corruption? Which factors shaped the EU's state-building initiatives in Lebanon?

1 EUROPEAN UNION, "Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union's Foreign and Security Policy", European External Action Service (EEAS), Brussel, June, 2016, <https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf>, consulted on February 27, 2020.

2 J. HILTERMANN, "The MENA region's Intersecting Crisis: What next?", *Global Policy*, vol.10, n° 2, June, p. 31.

We have to bear in mind that EU operations in the region, in comparison with other external powers (the United States, Russia and China, among others), are perceived as the initiatives of an actor that could do more than it does. This issue could be explained by the fact that the EU's behavior is always limited in the presence of one of the major global powers. As a matter of fact, the EU has more influence in the Maghreb than in the Mashrek³ and this issue could be explained based on the sphere of influence of countries like Iran, Turkey, etc. Likewise, the EU is perceived as a different actor because of its interest in promoting multilateralism, regionalism and the promotion of the role of civil society. Indeed, the EU is invariably expected to make important contributions to socio-economic development, human rights, democracy and the engagement to civil society, in addition to core security concerns⁴.

How the EU can foster resilience in the MENA region is essential nowadays because it is more vital than ever. Indeed, the recent experience in handling the COVID-19 pandemic taught us already some lessons in terms of crisis responses, global governance and international cooperation. For instance, it shows that the majority of the countries (especially those that are more populated), were unprepared to deal with nontraditional and transnational threats primarily in terms of risk management and vigilance and the lack of foresight efforts capable to stimulate action on the part of public health bureaucracies and political leaders⁵. Another lesson consisted of proving that developing countries are highly vulnerable to this pandemic and require much more assistance from the international community. Covid-19 highlighted that social welfare for all is a condition *sine qua non* for the future at short, medium, and long terms.

3 Maghreb refers to the region of North Africa bordering the Mediterranean Sea that comprises essentially the Atlas Mountains and the coastal plain of Morocco, Algeria, Tunisia, and Libya. Mashrek refers to the region of Arab countries to the east of Egypt and north of the Arabian Peninsula that comprises Iraq, Palestine, Jordan, Kuwait, Lebanon, and Syria.

4 S. COLOMBO *et al.*, "The Art of the (Im)possible: Sowing the Seeds for the EU's constructive engagement in the Middle East and North Africa", *MENARA Final Report*, n° 4, April 2019, <https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/menara_papers/final_report/the_art_of_the_im_possible_sowing_the_seeds_for_the_eu_s_constructive_engagement_in_the_middle_east_and_north_africa>, consulted on February 25, 2020.

5 N. GILMAN, "Unprepared: How the Global Health Infrastructure Failed to Contain the COVID-19 Pandemic", Berggruen Institute, April 2020, <<https://www.berggruen.org/ideas/articles/unprepared-how-the-global-health-infrastructure-failed-to-contain-the-covid-19-pandemic/>>, consulted on September 19, 2020.

The article begins by explaining the importance of the scope expansion of the European Security Community to understand the strategic importance of the cooperation between the EU and third countries. It proceeds with the conceptual framework concerning the term *Resilience* and the main driving factors that demand the EU interests in the Euro-Mediterranean relations. It examines the problem of autocratization and democratic resilience. The last section assesses the role displayed by the EU in increasing Lebanese societal resilience in facing the problem of corruption.

2. The European Union as a Peace project: The scope expansion of the European Security Community

The EU as an actor in the international arena is seeking its status. The level of soft power is not in balance with the level of hard power needed to assume additional responsibilities in the management of global issues. According to the EU Global Strategy (2016), the EU recognized the need for diplomatic initiatives to stabilize the geopolitically contested regions of the world, as well as the importance of mobilizing economic instruments to pursue overall strategic interests, like getting an effective multilateral cooperation. Despite this gap, the EU has made an important effort to gain to increase its level of hard power through certain political mechanisms like the Permanent Structured Cooperation as an ambitious, binding and inclusive legal framework aimed at incentivizing cooperation among member States in the field of defense capability development and operations⁶. In this effort, the promotion of the EU's security community became essential.

In order to understand the importance of expanding the scope of cooperation between the EU and neighbor areas, we have to take into consideration the definition of 'Security Community' provided by professors Emanuel Adler and Michael Barnett. For these scholars, a Security Community consists in "*a transnational region comprised of sovereign States in which their respective people share a certain dependence on the expectation of recording any changes, and to resolve any dispute that might arise between them peacefully*"⁷. As a matter of fact, the Southern area of the Mediterranean

6 D. FIOTT *et al.*, "Permanent Structured Cooperation. What's in a name?", *European Union Institute for Security Studies (EUISS)*, Chaillot Paper n° 142, November, Paris, p. 8, <https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/CP_142_ONLINE.pdf>, consulted on January 15, 2020.

7 E. ADLER and M. BARNETT, *Security Communities*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 30-34.

should be taken into account if we need to guarantee the State and societal resilience of the entire Mediterranean region and countries like Lebanon.

This security community and the element of perpetual peace of Kantian inspiration are the two concepts of security that the EU has embraced so far⁸. In fact, peace has been and remains the cornerstone on which pivots the regional integration project, which represents the EU. The stability, security and order of the neighbor areas have been perceived as a priority to guarantee the stability and security of the EU.

Whatever the case may be, the EU's security interest cannot ignore the potential challenges and risks coming from this geographical area. This issue will explain why the EU includes within its EU global strategy the potential interest of the southern Mediterranean for its security. Indeed, the European Union Global Security (EUGS) stated clearly that "*fragility beyond our borders threatens all our vital interests*". Therefore, the key goal for the EU consists of guaranteeing sustainable security in the Mediterranean area because the EU should face some important geopolitical risks, whose origins can be found on the other shores of the Mediterranean. As a matter of fact, risks like terrorism, radicalization, organized crime, illegal migration, authoritarianism, geo-sectarianism, lack of protection of human rights and democracy, corruption, etc., can create important levels of uncertainty, insecurity, and disorder capable to affect the EU's security interests.

In this context, the EU should revisit the EU's security partnership with third States in order to determine the way these countries are going to fit in the security framework of European security. In doing so, the EU will be able to expand the scope of this security community taking advantage of its experience in the field of state-building process and the security sector reforms. The EU would be capable of supporting the resilience of these third States backing domestic institutions, encouraging inclusion and engaging with good leadership¹⁰. However, and despite the motivations of the EU as an intervening force, the EU is going to face quite a resistance to its action from certain regimes that feel threatened to lose their power and privileges due to political reforms initiated by outsider actors.

8 F. MOUSTAKIS and M. SHEEHAN, "Democratic Peace and the European Security Community: The Paradox of Greece and Turkey", *Mediterranean Quarterly*, vol. 13, n° 1, Winter, p. 70.

9 *European Union Global Strategy*, 2016, p. 23.

10 P. AALL, "Building Resilience and Social Cohesion in Conflict", *Global Politics*, vol. 10, n° 2, June, p. 71-73.

3. Resilience and the Euro-Mediterranean Relations: Four principles for EU action in the MENA region

The Middle East and North Africa region is living through its second chapter of the Arab Spring. Algeria, Libya, Iraq and Lebanon are registering protests and demonstrations to fight the lack of governance, communitocracy, dissolution of State authority, vetocracy¹¹, authoritarianism, sectarianism, and corruption, amid other social malfunctions. The artificial creation of certain nation-States, besides the weak institutional framework and lack of governance, explains why the state-building process and resilience are becoming vital to correct the aforementioned problems.

In order to understand the motivations and the role displayed by the EU in terms of fostering resilience, we have to bear in mind that the MENA region is suffering from different crises of legitimacy while the foreigner intervention has still a negative impact concerning their resolution. In terms of resilience, for instance, the general perception is that resilience should come from within rather than from outside. The main idea is to emphasize the ability to deal with stress without breaking. It is at this point where the EU has an added value because it offers a different way to deal with crises and conflicts that fit better and long before these reach breaking points.

Therefore, to understand what kind of role the EU can play in fostering resilience in third States we should take into consideration what kind of power can such a *sui generis* actor yield within the international arena. For the European Union (EU) the promotion of Democracy and Human Rights is essential to understand what kind of actor and what kind of model of governance it represents. The EU can be considered as a normative power because it diffuses its values by example rather than coercion¹². Besides, solidarity is a core value for its existence. This *sui generis* actor is thus aware of the implications that neighboring areas represent for the security and stability of European citizens.

The different definitions of resilience share another common point. Resilience is considered as the ability to deal with stress without breaking.

11 Francis Fukuyama uses it to refer to the ability of certain interest groups to block the collective action. In fact, such an intercommunity block system would be boosted by the issue of recognition. See: F. FUKUYAMA, *Identity. The Demand for Dignity and The Politics of Resentment*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2018, p. x.

12 I. MANNERS, "A Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?", *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, vol. 40, n° 2, p. 235-258.

Resilience can therefore be understood as “*the internal capacity of societies to cope with crises, with the emphasis on the development of self-organization and internal capacities and capabilities rather than the external provision of aid, resources or policy solutions*”¹³.

In this article, we will work on the definition of resilience provided by the European Union in its EUGS. In such a document, resilience is defined as “*the ability of states and societies to reform, thus withstanding and recovering from internal and external crises*”¹⁴. Thus, State and societal resilience to our East and South have been identified as one of five key priorities for the EU’s external action. The other key priorities are the following: building the Union’s security; pursuing an integrated approach to conflicts and crises; supporting cooperative regional orders and a commitment to a reformed multilateral, rules-based system of global governance¹⁵.

In order to assess properly the target areas where the EU should concentrate its efforts to foster resilience in the MENA region, we should identify first, what the major underlying drivers for the current breakdown of the region are. The diagnosis of such drivers will help facilitate the comprehension of the EU strategy in fostering resilience in the MENA region.

The first and foremost driver is terrorism as an outcome from radicalization and sectarianism¹⁶. These elements, combined, can be perceived as a result of the lack of governance, dissolution of the State authority, and socioeconomic grievance and inequality. Covid-19 has been useful for certain regimes to justify an increase of repression and cuts in liberties and freedoms that unfortunately lead to an increase of radicalization. The second driver consists of a crisis of governance. The dissolution of State authority has created a vacuum of power that has benefited the role displayed by non-state actors. Indeed, the lack of inclusive governance alongside the

13 D. CHANDLER, “Rethinking the conflict-poverty nexus: from securitizing intervention to resilience”, *Stability: International Journal of Security & Development*, vol. 4, n° 1, p. 13.

14 *European Union Global Strategy*, 2016, p. 23.

15 A. E. JUNCOS, “Resilience as the new EU foreign policy paradigm: a pragmatist turn?”, *European Security*, vol. 26, n° 1, p. 3.

16 A. DESSI, “Crisis and Breakdown: How can the EU foster resilience in the Middle East and North Africa?”, *Istituto Affari Internazionali*, IAI Working Paper, vol. 17, n° 37, p. 2-3 <<https://www.iai.it/sites/default/files/iaiw1737.pdf>>, consulted on February 15, 2020.

impact of authoritarianism have encouraged the lack of governance and the adoption and implementation of the political and legal reform needed to guarantee the traditional social contract based on the provision of basic services by the authorities. Both the State and society need to work together in order to find long-term solutions to basic problems. The third driver is related to the need of seeing the region not as an exceptional region in the world but as a full part of the international community. Although resilience in the majority of the States of the Middle East is very weak due to the predominance of authoritarianism, fraying social contracts and foreign interference are equally devastating concerns. Besides, we do need to take into consideration the issue that the Middle East is a highly securitized part of the world. Actually, the Middle East contains certain security liabilities¹⁷, which moves the concentration from socio-economic challenges to political problems. Finally, the last driver to follow in order to foster resilience in the MENA region States is the acknowledgment that the solution must be homegrown, and not imposed or imported from abroad.

4. Fostering State and Societal Resilience in the MENA: The case of Democratic Resilience

The entire region is undergoing a process of democratic decline that has been due in part to the continuing negative impact of authoritarianism. In the same way, we should point out the impact derived from the increase in the process of autocratization. In fact, there is talk of the “*third wave of autocratization*”, which would be defined as “*substantial de-facto decline of core institutional requirements for electoral democracy*”¹⁸. This process of autocratization would be negatively affecting democratic resilience that it must be understood as “*the capacity to prevent substantial regression in the quality of democratic institutions and practices*”¹⁹.

17 Among these security liabilities we do need to point out the following: religious radicalism, ethnic assortment, widespread of terrorism, unfinished state-building projects, democratic deficits, repressive gender relations, major power patrons, strained resource base (water, arable land, and forest), highly attractive natural resources (oil and gas), growing poverty, large-scale human migration. See: A. SWAIN and A. JAGERSROG, *Emerging Security Threats in the Middle East*, Rowan and Littlefield Publishing Group, Maryland, 2016, p. 1.

18 A. LUHRMANN and S. I. LINDBERG, “A third wave of autocratization is here: what is new about it?”, *Democratization*, vol. 26, n° 7, p. 1095-1113.

19 V. A. BOESE *et al.*, “Deterring Dictatorship: Explaining Democratic Resilience since 1990”, Working Paper n° 101, *Varieties of Democracy (V-Dem)*, Department of Political Science- University of Gothenburg, May 2020, p. 3.

The democratic regression registered in the region has been further aggravated not only by an increase in the level of militarization but also by the very lethal impact that the Coronavirus (COVID-19) is exerting. Facing this situation, the EU is now in a kind of crossroads in terms of solidarity exercise. At a historical moment, which coincided with the 25th anniversary of the Barcelona Process, where it was supposed to assume a more relevant geopolitical role concerning the southern shore of the Mediterranean, the EU confronted the selection of a choice between internal, or intra-community solidarity, and external solidarity²⁰. In this sense, the EU is aware of the risk that the choice of internal solidarity could bring to the detriment of external solidarity since the 2008 crisis revealed the result of its inaction. Thus, an increase in the number of refugees arriving in Europe, and the increase in the number of terrorist attacks registered in European territory, left their marks.

If we take into account the strategic goal set by the EU about the southern shore of the Mediterranean, we would have to analyze the role that this *sui generis* actor of international relations could play in increasing political stability, order, and human development in the MENA region. For instance, by focusing on social issues, we should pay attention to the concept of societal resilience, which entailed political participation, human rights protection, strong civil societies as well as sustainable development²¹. In these cases, the EU would have the potential to play a fairly important role through the state-building process. In our analysis, such a process was understood as a process referring to the “*set of actions undertaken by [the EU] to establish, reform and strengthen State institutions where these have been seriously eroded or are missing*”²². In most MENA countries, there seems to be a clear peremptory need to establish a new type of politics and public management that implies, on the one hand, the need to propose a new social contract and, on the other – as Francis Fukuyama has already stated in relation to

20 E. SOLER I LECHA, “COVID-19: Why EU solidarity should extend to its neighbours”, CIDOB-Barcelona Centre for International Affairs, CIDOB Opinion n° 621, April 2020, <https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/opinion/europa/covid_19_why_eu_solidarity_should_extend_to_its_neighbours> consulted on March 7, 2020.

21 N. TOCCI, “Resilience and the role of the European Union in the world”, *Contemporary Security Policy*, vol. 41, n° 2, p. 186-187.

22 A. R. MENOCAL, “State building for peace: A new paradigm for international engagements in post-conflict fragile States”, *Third World Quarterly*, vol. 32, n° 10, p. 1715-1736.

state-building – the need for “*the creation of new government institutions and the strengthening of existing ones*”²³.

The main stumbling block for state-building is the political contestation or power fragmentation attention which is “*focused on contesting, gaining, or holding on to power*”²⁴. Contestation “*implies that [...] multiple actors seek to increase their respective share of power outside of mutually agreed rules*”²⁵. The EU, in this sense, must do whatever it takes in order to not being coopted for such a dynamic of contestation. In this vein, the EU should escape from different false dilemmas that somehow have undermined the effectiveness of such an actor in the MENA region. For instance, the EU cannot repeat the mistake of having the need to choose between security and democratic change. The EU cannot think that in order to avoid further crisis or escalation of tension it is better not to propose certain political and legal reforms. As Professor Carmen Geha points out, for example, in relation to the case of the management of Syrian refugees in Lebanon, what international donors praise in relation to the resilience of Lebanon is nothing more than the ability of their elites to maintain their privileges and influence at the expense of State institutions and political reforms²⁶. As a result, we would have a kind of “*Parallel State*”²⁷, where the sects would have a certain advantage regardless of the State and society itself, concerning the fierce competition for control and the acquisition of public resources. This “*Parallel State*” would have been forged and strengthened not only by the ruling elites but by the international community as well.

Another false dilemma the EU must avoid is to think that it has to choose between cooperating with State authorities or to cooperate with the full range of societal actors. The EU prefers to cooperate directly with governmental authorities to avoid being associated with domestic

23 F. FUKUYAMA, *State-Building: Governance and World Order in the Twenty-First Century*, Profile, London, 2005, p. xvii.

24 V. FRITZ, *State-building. A comparative study of Ukraine, Lithuania, Belarus and Russia*, Central University Press, Budapest, 2007, p. 64.

25 *Ibid.*, p. 63.

26 C. GEHA, “The Syrian Refugee Crisis and Lebanon’s Endemic Deadlocks: Trading Reform for Resilience”, *Middle East Institute Articles*, March 17, 2016, <<http://www.mei.edu/node/22761>> consulted on May 27, 2020.

27 J. MOUAWAD, “Unpacking Lebanon’s Resilience: Undermining State Institutions and Consolidating the System?”, *Istituto Affari Internazionali*, IAI Working Papers n° 17, October 29, 2017, <<https://www.iai.it/sites/default/files/iaiw1729.pdf>>, consulted on February 19, 2020.

communities. The EU aims to remain neutral rather than be perceived as a geopolitical active actor with a clear partial agenda.

The last false dilemma consists in choosing between multilateralism and bilateralism. The EU in the MENA region is involved in a sort of dilemma when it has to choose which modality of cooperation is more suitable. Lately, it seems that the EU is shifting from multilateral platforms to bilateral interaction promoting certain differentiations. This fact will help the EU to cope with bilateral diplomatic interactions implemented by certain members-States. In this vein, the EU must overcome the EU double standards with regards to democracy, freedom and human rights promotion in the region²⁸.

If the EU is capable not to incur in such false dilemmas, the potential role that it could display in the MENA region will be more effective. Its presence, reputation, influence, and credibility will all grow. Likewise, it will help to diminish the negative impact of having multiple faces regarding multilateral and bilateral negotiations.

The EU in its effort of fostering resilience in the MENA region must face the problem of contested statehood as well. Iraq, Libya, Syria, Yemen and Lebanon, among others, are suffering from such a state of affairs. Following the contribution of Papadimitriou and Petrov, this state of affairs is clarified with one or more of the following features: First, the State authority cannot implement and maintain effective control over its respective territory or parts thereof. Second, a *de facto* governing authority of a contested authority has declared its independence, but other States have not recognized it. Finally, the exercise of the authority has been compromised due to the weakness of the State apparatus because of poor resources or complications in the constitutional arrangements²⁹.

In this sense, the EU is dealing with the problem of political contestation, which has become one of the most important obstacles of the state-building process. Contestation “*implies that multiple actors seek to increase their respective*

28 S. COLOMBO *et al.*, “The Art of the (Im)possible: Sowing the Seeds for the EU’s constructive engagement in the Middle East and North Africa”, p. 9-10.

29 D. PAPADIMITRIOU and P. PETROV, “Whose rule, whose law? Contested statehood, external leverage and the European Union’s rule of law mission in Kosovo”, *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, vol. 50, n° 5, p. 749.

*share of power outside of mutually agreed rules*³⁰ in a sort of Zero-Sum game. For instance, in the case of Lebanon, it notices that the Parallel State and triumph of a new kind of governance labeled as “*Communitocracy*”³¹ could help us to understand why and how the contestation is promoted from inside via State institutions or political mechanisms like “*Power-Sharing*”.

The EU found in the cooperation with third States a very interesting niche to project not only its geopolitical agenda and alternative form of governance, but also to project its *acquis communautaire* through a Europeanization process from a Kantian perspective. Indeed, the promotion of Democracy is perceived by the European authorities as the best means to promote peace and cooperation. This effort in promoting good governance, state-building and Europeanization can be achieved in different ways. In this regard, the EU counts with a plethora of resources at its disposal that may include “*high politics*” diplomatic activity in the context of the Common Foreign and Security Policy (CFSP)³²:

Declarations of Independence	
State’s recognition	
Mediation in peace accords	
Negotiated secessions	
Deployment of Common Security and Defence Policy (CSDP) missions	Kosovo, North Macedonia, Palestine, Serbia and Ukraine
The enlargement policy/accession process where the EU can use conditionality-related mechanisms	

30 V. FRITZ, *State-building. A comparative study of Ukraine, Lithuania, Belarus and Russia*, p. 63.

31 “*Communitocracy*” refers to a Governance system where policies would be designed to serve more than the interests of the people, the interests of the confessional communities that make up the Lebanese community mosaic. See, I. SALAMEY, *The Decline of Nation-States after the Arab Spring. The Rise of Communitocracy*, Routledge, New York, 2017, p. 85

32 D. BOURIS and D. PAPADIMITRIOU, “The EU and Contested Statehood in its Near Abroad: Europeanisation, Actorness and State-building”, *Geopolitics*, vol. 25, n° 2, p. 276.

European Neighbourhood Policy (ENP) framework which induces tailor-made conditionalities for the 16 countries in the EU's eastern and southern neighborhood	Algeria, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Egypt, Georgia, Israel, Jordan, Lebanon, Libya, Republic of Moldova, Morocco, Syria, Palestine, Tunisia and Ukraine
The proliferation of appointments of EU Special Representatives	
Economic Tools/provision of aid/partnerships with third countries	

As analyzed in the next section, the EU uses its Association Agreement to award or punish third countries. Indeed, the EU uses cooperation in the economic domain to promote core values such as democracy, the rule of law and good governance. Besides, this *sui generis* actor can use such agreements to push for institution building. Finally, the EU has the power to suspend an Association Agreement when political outcomes are not as expected. In this vein, corruption is one of the most critical cornerstones for understanding the role that the EU can play in the state-building process. For this purpose, we will focus on the case study of Lebanon for two reasons. The first one is related to the current Association Agreement between Lebanon and the EU that somehow favors Lebanon. As a matter of fact, Lebanon is one of the third States that enjoy preferential treatment by the EU. The second reason is that Lebanon can be used to test the capability of the EU in fostering resilience at a time when the Land of the Cedars is passing through a terrible time characterized by an important crisis that affects the main sectors of Lebanese life, where endemic corruption is making things worse. In this vein, we could bring up the “*French Initiative*”, which would be encompassed in the whole European approach. As a matter of fact, the “*French Initiative*” fits in the EU agenda concerning its anticorruption effort. This initiative focuses on certain political and financial reforms that would be helpful to reduce the negative impact of corruption. Without the political and legal reforms required to face such an endemic problem, international aid will remain paralyzed. Paris along with the European Union will play a major role in rebuilding Beirut port, bolster healthcare, send teams from its treasury and central bank to support the financial audit, and help organize early parliamentary elections³³.

33 EUROACTIV, “France creates reform roadmap for crisis-ridden Lebanon”, Euroactiv and Reuters, August 27, 2020, < <https://www.euroactiv.com/section/global-europe/news/france-creates-reform-roadmap-for-crisis-ridden-lebanon/>>, consulted on September 25, 2020.

5. Corruption and Societal Resilience: Lebanon Case Study

In general, the role displayed by the EU in Lebanon has been described as invisible, because the projects implemented till now seldom reached the public at large³⁴. The perception is that the EU did not apply inclusive governance rules but promoted an agenda organized to please the interests of European authorities. Likewise, there were perceptions that projects with similar foci, gained priority. For instance, most of the projects have been related to cultural and economic cooperation, and human rights and democracy promotion. The fight against corruption represents an excellent opportunity to analyze and test the utility and effectiveness of the EU in Lebanon even though the general opinion concedes more credibility to the bilateral projects (France-Lebanon, UK-Lebanon) than the bilateral projects between the EU as a regional organization and Lebanon.

According to Transparency International, Lebanon is one of the Middle Eastern countries that suffers the most from the scourge of corruption³⁵. The causes and factors behind such a fact are diverse and complex³⁶. The situation is a bit abnormal since corruption has been encouraged by the current consociational democracy based on the Sharing Power mechanism. Indeed, if we try to understand the linkage of democracy and corruption for the Lebanese case study, we should ask whether democracy undermines corruption, or the corruption inhibits democracy³⁷. For the Lebanese case study, we need to highlight the problem of unchecked corruption due to the

34 K. GOULORDAVA, “Lebanon-EU Relations and Ways Forward: Qualitative Research Findings with Key Stakeholders in Lebanon”, *MED(Reset)*, Working Papers, n° 12, June, 2018, p. 8, <https://www.iai.it/sites/default/files/medreset_wp_12.pdf>, consulted on April 5, 2020.

35 Corruption Perception Index for 2019 published by Transparency International, Lebanon is listed in the ranking in the position 137/ 180. According to the Global Corruption Barometer for 2019, 68% of people thought that corruption increased in the previous 12 months. In the same vein, 41% of public service users paid a bribe in the previous 12 months. For more information, see: <<https://www.transparency.org/en/gcb/middle-east-and-north-africa/middle-east-and-north-africa-1>>.

36 F. S. BARROSO and J. A. KECHICHIAN, “Does Corruption benefit compromised societies? The Case of Lebanon”, *Middle East Institute New Delhi (MEI)*, Monograph n° 5, November 1, 2019, New Delhi, <<http://www.mei.org.in/does-corruption-benefit-compromised-societies-the-case-of-lebanon>>, consulted on April 17, 2020.

37 B. SEIM, “Does Corruption undermine Democracy?”, *V-Dem Institute*, Briefing Paper, n° 6, May 2020, <https://www.v-dem.net/media/filer_public/fb/88/fb882272-42d9-4408-84ea-3b1255a46bdb/brief_6.pdf>, consulted on March 21, 2020.

political connivance between sectarian elites. In Lebanon, the corruption can undermine the “*implementation of policies, weaken the balance of power between branches of government, and erode the integrity of elections*”³⁸.

Regardless of the solution in such a dilemma, the main goal of this article aims to discern what the EU can do for Lebanon in order to increase its efficiency in the ongoing fight against corruption. Assuming that the fight against corruption will help Lebanon to improve, on the one hand, practices related to good governance, and on the other hand, its state-building process through the promotion of societal resilience.

Lebanon is undergoing a process of transition into the unknown. The protest movement, known as “*Thawra*”, has brought up the need to consider not only the political management but also politics itself. As a matter of fact, the sociopolitical situation is so fragile that maybe it is pointing the end of the Constitution of 1990 out. To make matters worse, a serious economic crisis has been aggravated by the impact of the Coronavirus (COVID-19) pandemic. In this sense, the eyes always point to the political elite and the impact of corruption. Indeed, and because of current multiple crises that are hitting the country, Lebanese elites are no longer in a position to guarantee the loyalty of their co-religionists because the current sectarian system is not capable to provide benefits and socio-economic privileges to their respective minions as they used to do before.

During the ongoing “*Thawra*” it has been noticed how the old political class was stuck in a kind of selfish conformity. Indeed, it has done everything possible to avoid losing their social statuses. None of the eighteen confessional communities that make up the Lebanese confessional mosaic is willing to give up its traditional privileges. For this reason, it may be usefully reasoned that the political-economic space will remain the competition zone between the main leaders to obtain greater quotas of power and more public resources. In this “*neo-patrimonial*” dynamic, where the public is considered private, that one can assess how competition used to occur. Corruption played and continues to enjoy a dynamic role in relation to these competitive

38 E. DRAPALOVA, “Corruption and the Crisis of Democracy: The Link between Corruption and the Weakening of Democratic Institutions”, *Transparency International Anti-Corruption Helpdesk*, <https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Corruption-and-Crisis-ofDemocracy_2019.pdf>, consulted on April 10, 2020.

dynamics, where the existence of a sort of a bounded morality justifies and legitimizes corrupt practices based on confessional belongings³⁹.

Similarly, corruption has become a custom that has been able to create a false ethic whereby those who dare to assume the rules imposed by the corrupt system are rewarded, and those who refuse to engage in such practices are punished. Unfortunately, Lebanon has noticed the transformation of certain vices into customs.

To understand the effect of corruption we have to understand the roots of the sociopolitical system. The book of Reinoud Leenders entitled “*Spoils of Truce: Corruption and State-Building in Postwar Lebanon*” explains how corruption has been spread alongside the different layers and realms of the Lebanese society⁴⁰. This corrupted system developed through time, reaching the current situation where the corrupted networks are so deep that it allows more people to enjoy the profits of corruption at all levels. The current sociopolitical crisis represents a setback to this trend where political elites had attacked the spotlight of the popular anger and initiated a strike back strategy.

We have to bear in mind that corrupt leaders in highly corrupt systems are the most efficient leaders. Such efficiency, which would be measured in terms of positive impact on their respective communities, could serve to explain how political elites have guaranteed their social support based on the distribution of resources and services that should be provided by the government or official authorities⁴¹. COVID-19 has been the straw that broke the camel’s back since it has broken the supply chain. It could honestly represent the end of this system, where elites had settled themselves in a kind of parallel state where they exercised, with total impunity, how and when to guarantee resources and services to their popular bases.

The fight against corruption does not understand about beliefs and all communities will be subject to the decisions made by the future National Anti-Corruption commission approved by the Lebanese Parliament on the

39 F. S. BARROSO and J. A. KECHICHIAN, “Does Corruption benefit compromised societies? The Case of Lebanon”, p. 18.

40 R. LEENDERS, *Spoils of Truce: Corruption and State-Building in Postwar Lebanon*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 2012.

41 M. W. NEAL and R. TANSEY, “The dynamics of effective corrupt leadership: Lessons from Rafik Hariri’s political career in Lebanon”, *The Leadership Quarterly*, vol. 21, n° 1, February, 2010, p. 34.

21st of February of 2020. What is not so clear is the level of independence and the necessary resources that the national commission may have, to carry out its functions. In this sense, we can anticipate that, without cleaning the current political class, such a commission will be corrupted too - and sooner rather than later - by the corrupt system, that will most likely continue to rule over any law or institution.

While this National Anti-Corruption commission was coming to light, the Government, presumably technocratic led by the former Prime Minister Mr. Hassan Diab, that resigned on August 10, continued to mislead the attention of public opinion with unnecessary proposals and projects, conspiracy theories, which put corruption as one more problem but not as a priority to guarantee a minimum of good governance. In fact, in the absence of popular legitimacy, the Government made it clear that corruption was not a real priority since it was not a major problem in the agenda of the executive power.

To face this dilemma and sometimes unreasonable sociopolitical scenario, the EU must foster all of its creative thinking to keep supporting the Lebanese authorities in its fight against corruption. For instance, through official declarations supporting the so-called caretaker technocratic government. The EU does not miss any opportunity to back Lebanese authorities and to remind them about the problem that corruption represents. For instance, the statement of the Spokesperson of the European Union Delegation to Lebanon published on January 22, 2020, clearly stated: *“The European Union is supporting Lebanon in social and economic reforms, as well as helping to reinforce good governance, accountability, and the fight against corruption⁴²”*.

In order to increase societal resilience, the EU has implemented a strategy to empower local societal or resilience friendly actors through the promotion of national dialogue on key socio-economic and political challenges like corruption. The increase of public awareness concerning the negative impact of corruption has been elaborated mainly through workshops. A good example is the workshop organized by The European Union’s Technical Assistance and Information Exchange instrument (TAIEX) and the Office of the Minister of State for Combating Corruption.

42 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “Lebanon: Statement by the Spokesperson on the formation of the new Government”, EEAS (January 22, 2020), <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/73324/lebanon-statement-spokesperson-formation-new-government_en>, consulted on April 29, 2020.

The workshop that took place on April 25, 2018, aimed at sharing knowledge and experiences to fight corruption, strengthen the rule of law and promote good governance in Lebanon.

The EU has been co-financing the Lebanese Advocacy and Legal Advice (LALAC) Center since 2013⁴³. The LALAC has been implementing different projects and campaigns focused on social awareness, corruption in parliamentary elections, youth and social accountability, accountability concerning privately-owned power generators, anti-bribery network, accountability of municipalities, etc. LALAC aims to inform the Lebanese people about their legal rights and persuades victims and witnesses to take action against corruption.

The role of the EU is therefore becoming more relevant in multilateral frameworks. Indeed, the EU has been cooperating with different UN Agencies and other international platforms like the International Crisis Group to Lebanon. In this case, for instance, the ISG also reaffirmed “*its willingness to support credible efforts by government leaders to tackle corruption and combat tax evasion, including adoption and implementation of an anti-corruption national strategy, the anti-corruption agency law and judicial reform, and other measures that ensure concrete changes are made and guarantee both transparency and full accountability*”⁴⁴.

In the same vein, the role displayed by the EU within the CEDRE conferences is crucial to understand the scope of its influence. The Lebanese Government presented a strategy titled “*Vision for Stabilization, Growth and Employment*” where it agreed on the need of implementing certain structural reforms where “*fighting corruption, strengthening governance and accountability, including public finance management, modernizing procurement rules, reforming customs and improving public investment management (...)- strengthen their*

43 Among the goals of such an institution, we can highlight: Support for victims and witnesses of corruption; Free legal advice and assistance to develop a strong corruption case file; Referral of select cases to a law firm willing to represent the victim or witness; Opening public discussion and dialogue on corruption issues; Working closely with relevant governmental and private institutions to address corruption-related cases; Building body of evidence to lobby public authorities for needed reforms; Coordinating with media to shine a spotlight on corruption; Partnering with other civil society organizations to build an effective public interest network. See: <<http://transparency-lebanon.org/En/WhatWeDoDetails/1/13/0>>.

44 INTERNATIONAL CRISIS GROUP, *Joint Statement of the International Support Group for Lebanon Beirut*, February 12, 2020, <https://unsc.org/sites/default/files/20200212_isg_final_statement_english.pdf>, consulted on May 15, 2020.

*anti-money laundering efforts and to take steps to counter the financing of terrorism in line with international standards*⁴⁵” were of utmost importance.

The EU has been financing different projects launched by Lebanese authorities. For instance, on 3 July 2019, the European Union marked the successful completion of the civil Cassation courts’ automation where the EU contributed 8 million Euros to consolidate the rule of law and to fight corruption and other malpractices within the administration⁴⁶. This project has had a real impact and it has been helpful in the fight against corruption since its inception.

Conclusion

This article has addressed the role displayed by the EU in fostering resilience in the MENA region. Resilience has become one of the main principles that guide the EU’s external relations. The EU has found in this concept a great opportunity to enhance not only the scope of the European Security Community but the Euro-Mediterranean relations in a moment where the region is facing overlapping crises and the EU is celebrating the 25th anniversary of one most important experiences of cooperation between the two shores of the Mediterranean, the Barcelona Process (1995). Besides, the moment cannot be better because it has been backed by the prescriptions provided by the EUGS, which demands a more active role of the EU as a geopolitical actor. Therefore, the legitimacy of the EU’s state-building initiatives has been matched by the current geopolitical situation. Besides, our findings make clear that the EU must take this opportunity to support the third States in the southern part of the Mediterranean to fight against the “*third wave of autocratization*”, that can jeopardize the existing fragile democratic systems. In order to avoid that, this article analyzed the importance of societal resilience in fighting this autocratization dynamic and corruption as its main symptoms. The chosen case study can be helpful to

45 ECONOMIC CONFERENCE FOR DEVELOPMENT THROUGH REFORMS WITH THE PRIVATE SECTOR, *Joint Statement*, April 6, 2018, <https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/cedre_statement-en-_final_ang_cle8179fb.pdf>, consulted on April 21, 2020.

46 EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “Courts’ Automation to Introduce More Transparency and Better Access to Justice Services in Lebanon”, EEAS, July 3, 2019, <https://eeas.europa.eu/delegations/lebanon/64965/courts-automation-introduce-more-transparency-and-better-access-justice-services-lebanon_en>, consulted on May 19, 2020.

prove how vital societal resilience is becoming, on the one hand, to improve democratic resilience, and on the other, to fight corruption in Lebanon. In the same vein, the article sheds light on the gaps and limitations that the EU is still showing as a geopolitical actor with a specific geopolitical agenda in the MENA region. As the article showed, the EU must put an end to certain false dilemmas that are hampering its credibility as an actor. Indeed, the EU must work with other authorities rather than the central government alone, which is the most corrupted institution. Likewise, the EU must do its best not to be dragged into corrupted cases. In order to do so, the EU must assume more responsibility in denouncing certain issues of corruption, regardless of the interests of other Major Powers, and regardless of the implications that such decisions could bring into the security field. The geopolitical situation to consolidate itself as an influent actor in the MENA area in general, and in Lebanon in particular, exists currently. It is up to the European elites to decide if they want to test the EU's "*will to power*" or not. This article aspires to encourage more research on the links between international engagement, state-building processes, societal resilience, and good governance.

BIBLIOGRAPHY

- ADLER E. and BARNETT M., *Security Communities*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.
- AALL P., “Building Resilience and Social Cohesion in Conflict”, *Global Politics*, vol. 10, n° 2, June, p. 71-73.
- BARROSO F. S. and KECHICHIAN J. A., “Does Corruption benefit compromised societies? The Case of Lebanon”, *Middle East Institute New Delhi (MEI)*, Monograph n° 5, November 1, 2019, New Delhi, <<http://www.mei.org.in/does-corruption-benefit-compromised-societies-the-case-of-lebanon>>.
- BOESE V. A. *et al.*, “Deterring Dictatorship: Explaining Democratic Resilience since 1990”, Working Paper n° 101, *Varieties of Democracy (V-Dem)*, Department of Political Science - University of Gothenburg, May 2020, p. 3.
- BOURIS D. and PAPADIMITRIOU D., “The EU and Contested Statehood in its Near Abroad: Europeanisation, Actorness and State-building”, *Geopolitics*, vol. 25, n° 2, p. 276.
- COLOMBO S. *et al.*, “The Art of the (Im)possible: Sowing the Seeds for the EU’s constructive engagement in the Middle East and North Africa”, *MENARA* Final Report, n° 4 (April), <https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/menara_papers/final_report/the_art_of_the_im_possible_sowing_the_seeds_for_the_eu_s_constructive_engagement_in_the_middle_east_and_north_africa>, consulted on February 25, 2020.
- CHANDLER D., “Rethinking the conflict-poverty nexus: from securitising intervention to resilience”, *Stability: International Journal of Security & Development*, vol. 4, n° 1, p. 13.
- DESSI A., “Crisis and Breakdown: How can the EU foster resilience in the Middle East and North Africa?”, *Istituto Affari Internazionali*, IAI Working Paper, vol. 17, n° 37, p. 2-3.
- DRAPALOVA E., “Corruption and the Crisis of Democracy: The Link between Corruption and the Weakening of Democratic Institutions”, *Transparency International Anti-Corruption Helpdesk*, <https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Corruption-and-Crisis-ofDemocracy_2019.pdf>.
- ECONOMIC CONFERENCE FOR DEVELOPMENT THROUGH REFORMS WITH THE PRIVATE SECTOR, Joint Statement, April 6, 2018, <https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/cedre_statement-en_final_ang_cle8179fb.pdf>.

EUROACTIV, “France creates reform roadmap for crisis-ridden Lebanon”, Euroactiv and Reuters, August 27, 2020, <<https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/france-creates-reform-roadmap-for-crisis-ridden-lebanon/>>.

EUROPEAN UNION, “Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe. A Global Strategy for the European Union’s Foreign and Security Policy”, European External Action Service (EEAS), Brussel, June, 2016, <https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_review_web.pdf>.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “Courts’ Automation to Introduce More Transparency and Better Access to Justice Services in Lebanon”, EEAS, July 3, 2019, <https://eeas.europa.eu/delegations/lebanon/64965/courts-automation-introduce-more-transparency-and-better-access-justice-services-lebanon_en>.

EUROPEAN EXTERNAL ACTION SERVICE, “Lebanon: Statement by the Spokesperson on the formation of the new Government”, EEAS, January 22, 2020, <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/73324/lebanon-statement-spokesperson-formation-new-government_en>.

FIOTT D. *et al.* “Permanent Structured Cooperation. What’s in a name?”, *European Union Institute for Security Studies (EUISS)*, Chaillot Paper n° 142, November, Paris, <https://www.iss.europa.eu/sites/default/files/EUISSFiles/CP_142_ONLINE.pdf>.

FRITZ V., *State-building. A comparative study of Ukraine, Lithuania, Belarus and Russia*, Central University Press, Budapest, 2007.

FUKUYAMA F., *State Building: Governance and World Order in the Twenty-First Century*, Profile, London, 2005.

FUKUYAMA F., *Identity. The Demand for Dignity and The Politics of Resentment*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2018.

GEHA C., “The Syrian Refugee Crisis and Lebanon’s Endemic Deadlocks: Trading Reform for Resilience”, *Middle East Institute Articles*, May 27, 2016, <<http://www.mei.edu/node/22761>>.

GILMAN N., “Unprepared: How the Global Health Infrastructure Failed to Contain the COVID-19 Pandemic”, Berggruen Institute, April 2020, <<https://www.berggruen.org/ideas/articles/unprepared-how-the-global-health-infrastructure-failed-to-contain-the-covid-19-pandemic/>>.

GOULORDAVA K., “Lebanon-EU Relations and Ways Forward: Qualitative Research Findings with Key Stakeholders in Lebanon”, *MED (Reset)*, Working Papers, n° 12, June, 2018, p. 8, <https://www.iai.it/sites/default/files/medreset_wp_12.pdf>.

- HILTERMANN J., “The MENA region’s Intersecting Crisis: What next?”, *Global Policy*, vol. 10, n° 2, June, p. 31.
- INTERNATIONAL CRISIS GROUP, Joint Statement of the International Support Group for Lebanon Beirut, February 12, 2020, <https://unsc.org/sites/default/files/20200212_isg_final_statement_english.pdf>.
- JUNCOS A. E., “Resilience as the new EU foreign policy paradigm: A pragmatist turn?”, *European Security*, vol. 26, n° 1, p. 3.
- LEENDERS R., *Spoils of Truce: Corruption and State-Building in Postwar Lebanon*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 2012.
- LUHRMANN A. and LINDBERG S. I., “A third wave of autocratization is here: what is new about it?”, *Democratization*, vol. 26, n° 7, p. 1095-1113.
- MANNERS I., “A Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, vol. 40, n° 2, p. 235-258.
- MENOCAL A. R., “State building for peace: A new paradigm for international engagements in post-conflict fragile States”, *Third World Quarterly*, vol. 32, n° 10, p. 1715-1736.
- MOUAWAD J., “Unpacking Lebanon’s Resilience: Undermining State Institutions and Consolidating the System?”, *Istituto Affari Internazionali*, IAI Working Papers n° 17, October 29, 2017, <<https://www.iai.it/sites/default/files/iaiw1729.pdf>>.
- MOUSTAKIS F. and SHEEHAN M., “Democratic Peace and the European Security Community: The Paradox of Greece and Turkey”, *Mediterranean Quarterly*, vol. 13, n° 1, Winter, p. 70.
- NEAL M. W. and TANSEY R., “The dynamics of effective corrupt leadership: Lessons from Rafik Hariri’s political career in Lebanon”, *The Leadership Quarterly*, vol. 21, n° 1, February, 2010, p. 34.
- PAPADIMITRIOU D. and PETROV P., “Whose rule, whose law? Contested statehood, external leverage and the European Union’s rule of law mission in Kosovo”, *Journal of Common Market Studies (JCMS)*, vol. 50, n° 5, p. 749.
- SALAMEY I., *The Decline of Nation-States after the Arab Spring. The Rise of Communitocracy*, Routledge, New York, 2017.
- SEIM B., “Does Corruption undermine Democracy?”, *V-Dem Institute*, Briefing Paper, n° 6, May 2020, <https://www.v-dem.net/media/filer_public/fb/88/fb42-882272d84-4408-9ea3-b1255a46bdb/brief_6.pdf>.
- SOLER I LECHA E., “COVID-19: Why EU solidarity should extend to its neighbours”, *CIDOB-Barcelona Centre for International Affairs*, CIDOB Opinion n° 621, April 2020, <https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/opinion/europa/covid_19_why_eu_solidarity_should_extend_to_its_neighbours>.

SWAIN A. and JAGERSROG A., *Emerging Security Threats in the Middle East*, Rowan and Littlefield Publishing Group, Maryland, 2016.

TOCCI N., “Resilience and the role of the European Union in the world”, *Contemporary Security Policy*, vol. 41, n° 2, p. 186-187.

La relation franco-maronite aux confluent des années 1839-1841 : Crises, isolement et tensions / The Franco- Maronite Relationship During the Confluents of the Years 1839-1841: Crises, Isolation and Tension

Jad Kossaihy, Doyen associé, Faculté Pontificale de Théologie, Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK), B.P. 446, Jounieh, Liban

Associate Dean, Pontifical School of Theology, Holy Spirit University of Kaslik, P.O.Box 446, Jounieh, Lebanon

Abstract

France's role in the Levant was closely linked to the emergence of the Maronites as a political force on the eastern chessboard in the 19th century. However, in the years 1839-1841, two major crises marked the failure of Eastern French diplomacy and the turning point in Franco-Maronite relations: the war between Egypt and the Ottoman Empire on the one hand and the revolt of the Maronites of Mount Lebanon on the other hand. The first resulted in the exclusion of France from the European concert, symbolized by the Treaty of London (1840). The second weakened the link between France and the Maronite community of Mount Lebanon. However, the years 1831-1841 constituted a period of refoundation between the French and Maronite community. First there was a political refoundation, then a cultural refoundation. The way is now open for a deepening of the ties between the two entities.

Dans les années 1839-1841, deux crises majeures marquent l'échec de la diplomatie française orientale et le tournant dans les rapports franco-maronites : la guerre entre l'Égypte et l'Empire Ottoman d'une part et la révolte des Maronites du Mont-Liban d'autre part. La première aboutit à l'exclusion de la France du concert européen, symbolisée par le traité de Londres (1840). La deuxième affaiblit nettement le lien entre la France et la communauté maronite du Mont-Liban.

Les premières déconvenues françaises : la défaite diplomatique de Londres (15 juillet 1840) et la révolte maronite au Mont-Liban (mai/juillet 1840).

Le tournant des années 1839-1841 : succès anglais, fronde maronite et désillusions française

À la fin du mois d'avril 1839, les hostilités reprennent entre la « *Turquie* » et « *l'Égypte* ». L'Empire ottoman, et l'Angleterre plus indirectement, y ont une responsabilité considérable. Cependant, l'Empire ottoman est balayé le 24 juin 1839 par Ibrahim Pacha près de la ville de Nisibe. Cette déconvenue militaire aurait dû profiter à la France, mais elle renforce au contraire l'Angleterre. Toutefois trois raisons principales expliquent ce revers diplomatique.

La première raison réside dans le rapprochement qu'opère la France avec les puissances européennes au lieu de soutenir son allié victorieux. En effet, la France contribue à l'europanisation de la question d'Orient en s'entremettant aux côtés des puissances européennes. Au regard de la nette victoire de son allié égyptien, la stratégie du gouvernement français paraît donc curieuse car la France aurait pu se présenter en position de force aux négociations. Or, le maréchal Soult¹ adresse une note écrite au Divan par les ambassadeurs des cinq grandes puissances européennes représentées à Constantinople, la France, l'Angleterre, la Russie, l'Autriche et la Prusse, par laquelle, les européens enjoignent la Porte Sublime « *à suspendre toute détermination définitive, sans leur concours, en attendant l'effet de l'intérêt qu'elles lui portent*² ».

1 Militaire et homme d'État français (1769-1851). Ministre de la Guerre, il est le principal instaurateur de la Légion étrangère en 1831. Trois fois chef du Gouvernement, il détient le record de longévité à ce poste (9 ans). En 1847, il reçoit du roi Louis-Philippe le titre unique de « *maréchal général de France* ».

2 M. SABRY, *L'Empire égyptien sous Mohamed-Ali et la question d'Orient (1811-1849)*. Égypte, Arabie, Soudan, Morée, Crète, Syrie, Palestine : histoire diplomatique d'après des sources privées et des documents inédits recueillis aux archives du Caire, de Paris, de Londres et de Vienne, P. Geuthner, Paris, 1930, p. 436-437.

La deuxième raison de l'échec diplomatique de la France se trouve dans son incapacité à prendre parti entre l'Angleterre et la Russie ce qui a pour conséquence de rapprocher ces deux derniers pays. Or, ces deux options complètement antithétiques avaient chacune leurs avantages. En effet, soutenir l'Angleterre aurait pu contribuer à isoler l'Empire des tsars sur la question égyptienne mais également sur celle des détroits. L'étreinte russe autour de Constantinople aurait ainsi été considérablement diminuée. En revanche, cette solution impliquait d'aider l'Angleterre dans son effort de contenir Méhémet Ali et donc d'abîmer la relation avec son ancien allié égyptien. À l'inverse, la deuxième option, plus audacieuse, consisterait à se rapprocher de la Russie. Celle-ci donnerait libre court aux ambitions de Méhémet Ali que les deux puissances soutiennent pour des raisons différentes. La France y voit un moyen d'accroître son influence en Orient tandis que l'Empire russe y trouve l'opportunité de renforcer sa domination sur un empire turc tronqué et affaibli et bénéficier du contexte pour arriver, si possible, à l'eau chaude. Cependant, l'inconvénient de cette option est de s'isoler des autres puissances européennes. Le cabinet Soult refuse de trancher entre ces deux options. Il néglige les ouvertures discrètes du ministre des Affaires étrangères russe Nesselrode et se montre exigeant face à l'Angleterre. Lorsque le ministre des Affaires étrangères anglais Palmerston lui propose un projet de règlement de la crise³, Soult lui oppose une fin de non-recevoir.

Enfin, la dernière raison qui empêche la France de tirer parti de cette crise tient à sa tentative infructueuse d'obtenir un arrangement direct entre l'Empire ottoman et l'Égypte. En effet, Adolf Thiers, qui remplace Soult à la tête des Affaires étrangères tente par un dernier effort diplomatique de court-circuiter les négociations avec les puissances européennes. Cette tentative avait pourtant toutes ses chances de réussir tant la victoire d'Ibrahim Pacha était incontestable. De plus, les puissances européennes hormis l'Angleterre, semblaient même favorables à un tel accord. Mais cette tentative se heurte à la réticence de la Porte et à l'activisme diplomatique de l'Angleterre.

Les conséquences de ces trois erreurs sont considérables à deux égards. Elles contribuent tout d'abord à l'affaiblissement de la France, dont la perte d'influence au Moyen Orient est considérable. À l'inverse, l'Angleterre en ressort renforcée alors même que son allié a subi une défaite militaire. D'ailleurs, la victoire diplomatique britannique ne s'explique pas uniquement

3 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, Michel Lévy frères, 1858-1867, p. 364-365.

par les erreurs françaises. La diplomatie anglaise a su provoquer cette réussite en agissant sur deux axes principaux. En premier lieu, le secrétaire d'État britannique aux Affaires étrangères s'emploie à créer des alliances favorables à l'Angleterre en se rapprochant des puissances germaniques. Contrairement à la France, l'Angleterre engage aussi des négociations importantes avec la Russie qui se montre très réceptive aux efforts anglais en raison de son désir de fracturer l'union des nations maritimes. Par conséquent, l'Angleterre parvient à créer un axe contre l'Égypte de Méhémet Ali autour des quatre puissances européennes, déterminées à se répartir ses possessions syriennes. En deuxième lieu, c'est bien la victoire britannique dans la bataille de l'opinion ottomane qui sera déterminante dans le succès diplomatique anglais. Le 3 novembre 1839, encouragé par Lord Ponsonby, le jeune sultan Abdul Majid promulgue le « *Khatti-cherif* » (décret du Sultan) de « *Gülhané*⁴ » qui a pour but de réformer l'administration ottomane en y introduisant plus de justice fiscale et de sécurité financière. Cette réforme contribue à accorder, à renforcer le soutien de l'opinion ottomane à l'Empire. Corollairement, l'influence du Méhémet Ali dont la gouvernance était jugée moderne, s'en trouve diminuée.

Le revers diplomatique infligé par l'Angleterre pousse la France du roi Louis-Philippe à réagir. Cette réaction se structure autour de deux axes complémentaires : un remaniement du personnel et un virage stratégique. Tout d'abord, le Roi des Français s'attache à remanier en profondeur le personnel politique et diplomatique.

Trois changements sont particulièrement importants :

De prime abord, à Constantinople, l'amiral Roussin est remplacé par le comte de Pontois, réputé bien plus favorable au pacha égyptien Méhémet Ali. Ensuite, le roi Louis-Philippe décide de substituer le général Sébastiani, ambassadeur français en Angleterre, par un autre ambassadeur protestant : Guizot. Et enfin, Adolf Thiers succède au maréchal Soult à la direction des Affaires étrangères.

Le deuxième axe de la réaction française prend forme lorsque le monarque français et son ministre des Affaires étrangères, Adolf Thiers, élaborent une nouvelle stratégie diplomatique. Tout en prétendant poursuivre les négociations avec les puissances européennes, la France œuvre activement à créer les conditions d'un arrangement direct entre la

4 J. HAJJAR, *L'Europe et les destinées du Proche-Orient : Le nationalisme arabe syrien entre la Jeune-Turquie et les Puissances (1908-1914)*, IV, Damas, 1996, p. 264.

« *Turquie* » et « *l'Égypte* ». Ce double-jeu repose sur deux postulats selon lesquels la Porte finirait par céder aux incitations françaises d'une part et les puissances européennes n'oseraient pas conclure un traité sans la France d'autre part. La stratégie française va néanmoins se révéler perdante étant donné que les postulats sur lesquels elle était fondée se sont avérés erronés. En effet, la France ne parvient pas à convaincre l'Empire ottoman malgré les efforts diplomatiques du comte Pontois. Bien au contraire, la Turquie presse l'Angleterre de conclure un accord contre l'Égypte. De surcroît, la temporisation de la France n'a pas empêché la conclusion par les puissances européennes d'un traité sans elle. Voire même, ces atermoiements ont accéléré ce processus et cristallisé les alliances contre la France. Trois propositions transactionnelles⁵ sont communiquées aux représentants français mais Thiers n'y voit que le symbole de l'incapacité des puissances européennes à se passer de la France. Il décide donc de ne pas y donner suite malgré les multiples avertissements de Guizot. Finalement, les puissances européennes concluent le traité de Londres qui a imposé des obligations territoriales contraignantes à Méhémet Ali. Conclu sans la France, ce traité sert parfaitement les intérêts de l'Angleterre⁶.

1. L'échec de la France au Mont-Liban : le soulèvement de la Montagne (Mai - Juillet 1840)

La diplomatie française n'est pas l'unique perdante de ces années. Les années 1839-1840 ont également été particulièrement difficiles pour les Maronites du Mont-Liban dont l'opposition au pouvoir égyptien s'est cristallisée très rapidement et a entraîné de nombreuses victimes. Encore favorables à leur prince Béchir II et avec lui à Ibrahim Pacha en 1839, les Maronites prennent leur distance durant l'hiver pour rentrer clairement en opposition avec le dirigeant égyptien à la fin du printemps 1840. Par voie de conséquence, cette crise a fortement détérioré le lien entre les Maronites et l'allié traditionnel français.

Deux responsables principaux ont conduit à cette détérioration rapide des relations entre les Maronites et la France d'une manière indirecte mais surtout directement l'Égypte. En effet, la France a une part de responsabilité dans la mesure où, par son inaction, elle n'a pas empêché l'aggravation de la situation alors qu'elle était la plus apte à le faire. Elle en avait non seulement la capacité mais également le devoir au regard de son rôle au

5 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, p. 79-82.

6 *Ibid.*, p. 61.

Mont-Liban. Malgré cette position stratégique, les diplomates français, obnubilés par la question d'Orient, sont restés trop longtemps inertes face aux souffrances de leur supposés « *protégés maronites* ». Toutefois, l'Égypte porte la responsabilité principale dans la mauvaise gestion de cette crise. Par une pression fiscale accrue et la menace de la conscription, les dirigeants égyptiens ont durci leur politique à l'égard des montagnards maronites. De plus, l'ordre de restitution de 16,000 fusils offerts « *à vie* » aux Maronites est apparu comme une volonté de désarmement d'une population pourtant « *alliée*⁷ ».

Cette politique présente deux conséquences très graves pour le gouvernement égyptien et son allié, le prince Béchir II au Mont-Liban. Tout d'abord, celle-ci ruine le prestige d'Ibrahim Pacha au sein de la communauté maronite, soupçonné de trahir une population pourtant supposée « *alliée* ». Surtout, ces mesures contribuent à rapprocher les communautés maronites et Druzes. Se sentant exposées aux mêmes menaces, ces communautés s'organisent ensemble en créant par exemple des caisses de secours dans plusieurs villages. Béchir II prend alors des mesures d'apaisement qui n'apaisent pourtant pas le climat de tension. Le consul Bourée témoigne : « *je n'ai pu rencontrer un partisan du vice-roi, (...) un Syrien, cheikh (marquis) ou émir (prince), archevêque ou simple prêtre, Maronite ou Druze, qui ne fût disposé à la révolte au premier signal*⁸ ».

Lorsqu'elle se produit à la fin du printemps 1840, l'insurrection acquiert trois aspects particulièrement alarmants pour les Égyptiens. Tout d'abord, l'ampleur de l'insurrection devient très vite inquiétante. Après s'être répandue dans les régions limitrophes sud du Mont-Liban : du Gharb supérieur, du Jurd, du Chahar et Manassif, elle s'étend sur toute la partie sud de l'émirat. La Békaa voisine est à son tour contrôlée par les insurgés. Se propageant le long du littoral, La révolte atteint très vite Beyrouth qui subit un blocus féroce. Enfin, le Nord du littoral est également en proie aux violences. Ensuite, un soutien populaire massif caractérise cette insurrection. Elle ne séduit pas seulement les masses paysannes mais conquiert également des insurgés aux origines sociales très contrastées. Issus du peuple, les chefs de l'insurrection se joignent aux cadres plus traditionnels. La diversité religieuse y est également représentée puisque certains féodaux maronites rejoignent les rebelles. Des

7 T. TOUMA, *Paysans et institutions féodales chez les Druzes et les Maronites du Liban du XVII^e siècle à 1914*, I, Imprimerie Catholique, Beyrouth, 1971, p. 168-169.

8 A. RUSTOM, *Béchir II entre le Sultan et le Khédive (1804-1841)*, Université Libanaise, Beyrouth, 1956, p. 174.

familles importantes comme les Chéhab ou les Abillama grossissent aussi les rangs des insurgés. Enfin, cette insurrection est préoccupante en raison de sa dimension œcuménique. Cette révolte resserre progressivement les liens entre les communautés libanaises. Ce rapprochement se fait d'abord à la base comme par exemple lors de la célébration, le 27 mai, de l'alliance entre Druzes et Maronites dans l'église maronite de Deir el-Kamar. Puis, il s'étend à d'autres villages de la région par la mise en place de comités multiconfessionnels. Enfin, cette union est célébrée au sommet au couvent de Saint Élie à la ville d'Antelias sur le littoral.

La responsabilité des puissances européennes dans l'alimentation de cette crise n'est pas établie de façon certaine. Si Mustapha Sabry⁹ soutient, sans aucune preuve, que le consul d'Angleterre a attisé ce conflit, les diplomates français nient la responsabilité de leurs homologues britanniques. La plupart des responsables s'entendent en revanche sur la spontanéité de ce mouvement. Cette insurrection serait la conséquence d'une crise sociale relativement ancienne. Cette crise aurait déclenché une manifestation brutale particulièrement mal contenue.

Si la responsabilité des diplomates britanniques dans le déclenchement de l'insurrection n'est pas avérée, le rôle de l'Angleterre dans l'extension et l'amplification de celle-ci ne fait pas de doute. La stratégie séditionnelle anglaise prit au moins trois formes distinctes. Tout d'abord, l'Angleterre s'est engagée dans une campagne active de propagande. En effet, les diplomates anglais cherchent à réconcilier les Montagnards avec le pouvoir turc. Pour cela, ils fournissent une aide financière et matérielle aux rebelles et négocient avec Constantinople d'importantes concessions politiques et fiscales. Richard Wood œuvre à l'octroi d'une large autonomie au Mont-Liban. Cependant, sa confession catholique l'aide à gagner la confiance de la communauté maronite, en occurrence le Patriarche maronite Youssef Hobeich. Il parvient à rédiger des pétitions aux légations étrangères¹⁰ demandant le retour de la Syrie sous le pouvoir ottoman. Ensuite, le gouvernement de Londres prend aussi des mesures concrètes en faveur des insurgés. Lord Egerton et Lord Alverton leur fournissent des armes et des bombes remplies de fusils et de pièces d'artillerie. Enfin, l'Angleterre adopte clairement une stratégie de tension avec l'Égypte. Les conflits, terrestres et maritimes, se multiplient

9 M. SABRY, *L'Empire égyptien sous Mohamed-Ali et la question d'Orient (1811-1849)*, p. 495-496.

10 M. CHEBLI, *Une histoire du Liban à l'époque des Émirats (1635-1841)*, Publications de l'Université Libanaise, Beyrouth, 1984, p. 320.

entre les autorités égyptiennes et les représentants britanniques. À la suite d'un accrochage début juillet, plusieurs navires de guerres britanniques stationnent devant Beyrouth.

La stratégie anglaise met les diplomates français dans une posture extrêmement difficile. En effet, la France doit choisir entre la puissance égyptienne et la population libanaise. Les désaccords entre le gouvernement français et ses diplomates témoignent de la complexité de la situation.

Dans un premier temps, le consul de France à Beyrouth poursuit une politique d'équilibre entre ses deux alliés. D'ores et déjà, certains français se montrent naturellement proches des Maronites. C'est le cas de jeunes aristocrates légitimistes, de certains filateurs et missionnaires ainsi que de quelques religieux. Cependant, Prosper Bourée essaye de temporiser et conseille aux Maronites de rester prudents. Ces derniers se détournent progressivement du consulat français. Mais c'est bien la crainte de voir les Maronites basculer dans le camp anglais qui pousse le consul français, dans un deuxième temps, à durcir sa position à l'égard d'Ibrahim Pacha. Le consul essaye de négocier avec les Égyptiens des concessions en faveur des insurgés, relaye leurs doléances fiscales et tente de se poser en médiateur du conflit. Parallèlement, il cherche à intéresser son gouvernement au sort des Maronites. Dans un troisième et dernier temps, Prosper Bourée hausse le temps face au gouvernement égyptien. Il retire d'abord son drapeau à la suite de l'agression d'un ressortissant français puis dénonce de plus en plus clairement la politique égyptienne en Syrie et au Mont-Liban. Ainsi, il prend ouvertement parti pour la communauté maronite libanaise.

À l'inverse, la position du gouvernement français est radicalement différente. La politique du gouvernement Thiers comprend également plusieurs phases. Dans un premier temps, les dirigeants français ne semblent pas prêter attention à la situation libanaise. Les correspondances ne montrent pas une préoccupation particulière. Les exactions libanaises n'apparaissent dans les discussions qu'à la fin du mois de juin. Le directeur du Quai d'Orsay, Desages, écrit à Cochelet une lettre sévère à l'égard de Méhémet Ali mais tempère fortement son propos dix jours plus tard en dénonçant la révolte libanaise et en excluant toute possibilité d'indépendance. Le gouvernement français prend réellement conscience de l'ampleur de la révolte au cours du mois de juillet. En colère, Thiers invite Méhémet Ali à « *écraser sur le champ l'insurrection* ». Trop tard, Thiers poussera le dirigeant égyptien et son fils à plus de souplesse mais la souffrance et la rancœur des populations libanaises sera déjà trop forte.

La révolution libanaise n'a ainsi pas duré longtemps. Les forces égyptiennes ont rapidement rompu les sièges des villes importantes et contraint les chefs de l'insurrection à la soumission. La pacification complète du Mont-Liban, inconcevable encore début juillet 1840 est achevée avant la fin du mois. Cette victoire éclair tient à la puissance des forces égyptiennes et à la détermination de Méhémet Ali. Elle est due aussi à deux faiblesses intrinsèques à la révolte libanaise. Premièrement, Michel Chebli et l'ancien Consul Henry Guys soulignent le manque de moyen des insurgés. Deuxièmement, les dissensions internes aux communautés libanaises ont scellé le sort de cette révolte. L'« *union sacrée* » entre Maronites et Druzes n'a pas résisté à l'abandon des druzes séduits par les propositions du prince Béchir II¹¹.

La victoire en trompe l'œil du gouvernement français a trois conséquences désastreuses. Tout d'abord, elle rend définitif le divorce entre les Égyptiens et les Maronites libanais. À la suite des effroyables massacres commis par la puissance égyptienne, le Mont-Liban est perçu comme une menace par cette dernière. Ensuite, le prince Béchir II sort affaibli de cette crise. Même s'il a fait preuve d'habileté manœuvrière, son autorité est fortement réduite. Enfin, le gouvernement français a déçu ses alliés et son influence chez les Maronites en est extrêmement réduite.

2. Les conséquences diplomatiques de la première révolte, le traité du 15 juillet 1840

La conséquence la plus importante de la révolte libanaise réside dans l'impact diplomatique qu'elle produit sur les négociations entre les grandes puissances européennes. Face à cette crise, l'immobilisme français, la duplicité ottomane et l'habileté anglaise ont conjointement contribué à l'un des plus graves revers diplomatiques français. Le 15 juillet 1840, l'Angleterre, la Russie, l'Autriche et la Prusse signent le traité de Londres dans lequel ils adressent un ultimatum très dur à l'adresse du vice-roi d'Égypte. La France, pourtant incontournable en Orient, est laissée à l'écart du règlement.

Selon l'historien arabe Mustapha Sabry, quatre facteurs ont conduit à l'exclusion de la France. Tout d'abord, la résolution de Palmerston a accéléré la mise en place d'un cadre favorable à un accord en convainquant le gouvernement britannique et les représentants des puissances germaniques. Ensuite, la détresse morale et politique de l'Empire ottoman, exploitée

11 T. TOUMA, *Paysans et institutions féodales chez les Druzes et les Maronites du Liban du XVIII^e siècle à 1914*, I, p. 185.

par le gouvernement britannique, préoccupait les puissances européennes. De surcroît, la crainte d'un arrangement entre Méhémet Ali et le sultan turc incitait l'Angleterre à précipiter les négociations. Mais c'est surtout la révolte libanaise qui a définitivement convaincu les dirigeants européens de l'urgence de la situation et de la nécessité d'agir contre Méhémet Ali¹².

La révolte libanaise apparaît donc comme une rupture à double titre. Sur le plan international, elle a permis l'exclusion de la France du traité de Londres et la coalition des puissances européennes contre Méhémet Ali. Mais surtout, elle constitue un tournant dans les relations entre la France et les Maronites car, pour la première fois, ces derniers ont agi volontairement contre les intérêts français.

3. La défaite éclair de la France en Orient : l'intervention anglaise, la seconde révolte maronite et la liquidation de la présence égyptienne en Syrie (juillet-décembre 1840)

L'affaiblissement diplomatique de la France au Levant se poursuit dans les derniers mois de l'année 1840 malgré les efforts de Thiers pour revenir et peser dans les négociations. Une deuxième révolte libanaise se produit dès la fin du mois d'août 1840. L'approche de la France est cette fois radicalement différente. Le gouvernement français suit de très près les événements et met tout en œuvre pour apaiser la situation mais les Maronites ne sont plus réceptifs aux appels de la France. Toutefois et malgré la confirmation de l'affaiblissement diplomatique français, les événements de l'automne 1840 montrent que la France continue d'avoir une certaine influence dans la région¹³.

4. L'isolement de la France en Europe : l'échec de la politique « expectante et menaçante » de Thiers (juillet-octobre 1840)

Le traité de Londres constitue une humiliation pour la France, tant sur la forme que sur le fond. Sur la forme, la formulation est volontairement offensante pour la France. Non seulement elle n'était pas prévenue avant la conclusion du traité, mais même lorsqu'elle l'a été, ce n'était que très sommairement. Sur le fond, cet accord ravive le souvenir de l'isolement de la France au lendemain des guerres napoléoniennes. À la suite d'une telle humiliation, la France devait réagir.

12 M. SABRY, *L'Empire égyptien sous Mohamed-Ali et la question d'Orient (1811-1849)*, p. 497.

13 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, p. 211-218.

Face aux puissances européennes, la politique de l'affrontement est d'abord privilégiée. Le pays est saisi d'une véritable fièvre patriotique. Toutes les couches de la société s'indignent contre le comportement de Londres. La presse dénonce le traitement infligé à la France et évoquent explicitement la perspective d'une guerre. Cette fureur patriotique atteint le sommet de l'État. Dans leur réponse à Palmerston, Thiers et Guizot insinuent clairement que la paix en Europe peut être remise en cause¹⁴. Enfin, la famille royale menace également plus subtilement de la perspective d'une guerre « *révolutionnaire* ». Cette fièvre patriotique s'accompagne aussi de mesures concrètes comme la mobilisation des soldats de classes de 1836 à 1839.

En Orient, une posture plus prudente est adoptée. Tout d'abord, le gouvernement de Thiers tente de dissuader Méhémet Ali d'attaquer directement l'Empire ottoman sous prétexte que ce serait une ruine tant pour la France que pour l'Égypte. Cette dissuasion s'accompagne de conseils stratégiques précis comme par exemple la défense de la Syrie et la temporisation. Thiers affine ensuite cette stratégie en conseillant au gouvernement égyptien de délaissier l'Empire ottoman pour concentrer ses efforts sur le « *verrou* » syro-libanais. On distingue bien ici le retour de l'intérêt de la France pour la région. Surtout, parallèlement à ces conseils, Thiers poursuit ses efforts en faveur d'un arrangement direct entre Turcs et Égyptiens. Pour accélérer ce processus, il envoie en Orient le comte Walewski. L'envoyé extraordinaire a pour mission d'obtenir le pouvoir de négocier à la place de l'Égypte et de lui fournir des conseils pour résister aux puissances européennes. Le vice-roi égyptien rejette catégoriquement ces prétentions et son refus est réaffirmé par les quatre nations européennes coalisées le lendemain. Mais malgré ce premier échec, la France parvient à revenir en tant que médiatrice dans le conflit oriental.

Les puissances européennes ne sont pas impressionnées par la réaction française au traité de Londres. Palmerston (Angleterre) et Metternich (empire Austro-Hongrois) sont persuadés que la France de Louis-Philippe n'osera pas déclencher de guerre en Europe. Quand bien même ce postulat s'avèrerait faux, le prince autrichien reste lucide sur les chances de victoire de la France en raison de son manque cruel d'alliés en Europe¹⁵. L'Angleterre

14 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, p. 238-240.

15 M. SABRY, *L'Empire égyptien sous Mohamed-Ali et la question d'Orient (1811-1849)*, p. 510.

et la Russie formulent une réponse plus sévère en menaçant de s'en prendre aux colonies et à la marine française¹⁶.

Cette intransigeance conduit le gouvernement français à assouplir sa position. La volonté de « *calmer le jeu* » apparaît tout d'abord chez Louis-Philippe qui se désolidarise de Thiers. Ce dernier ne tarde pas non plus à modérer sa politique en faisant parvenir deux projets alternatifs au gouvernement anglais. Dans le premier, la France accepte de renoncer à l'hérédité de Méhémet Ali, tandis que dans le second, elle propose de négocier, au nom du pacha, avec les puissances européennes sur le sujet de l'octroi de l'Égypte et de la Syrie au vice-roi. Ces projets sont rejetés par le gouvernement anglais.

Le bilan de la politique de Thiers en Europe apparaît très négatif car ni ses menaces, ni ses ouvertures n'ont fait douter les alliés. Cette politique n'est pas plus heureuse à Constantinople, où la mission de Walewski tourne court. L'hostilité presque viscérale du sultan et de certains ministres pour Méhémet Ali s'ajoute au front commun formé par les ambassadeurs des quatre pays signataires du traité de Londres pour aboutir le 14 septembre 1840, à la déchéance pour le vice-roi, de son titre de pacha d'Égypte (gouverneur). La France, pour laquelle cette sentence est très défavorable, dispose d'un dernier atout dans son jeu : la capacité de résistance de Méhémet Ali.

Deux issues sont envisagées à cette crise par François Charles-Roux¹⁷. Dans la première, les quatre puissances « *se décident à un effort militaire qui (...) faisait tout exploser en Orient* ». Alors la France passait le Rhin et les Alpes. Dans la seconde, les quatre puissances cherchent une issue diplomatique à la crise et alors, la France redevenait l'arbitre de la situation. Les Maronites du Mont-Liban se retrouvaient donc une nouvelle fois, les arbitres de cette crise orientale. Cependant, la situation en septembre 1840 présentait deux différences. Tout d'abord, elle est bien plus grave pour la France et l'Égypte qui risquent une réelle défaite et non pas simplement l'érosion de leur influence. Surtout, l'attitude de la diplomatie française a nettement évolué. Plus attentifs au malaise des Maronites libanais, les français sont mieux armés à la subversion anglaise.

16 J. HAJJAR, *Les chrétiens uniates du Proche-Orient*, Seuil, Paris, 1995, p. 304.

17 F. CHARLES-ROUX, *Thiers et Méhémet-Ali*, Plon, Paris, 1951, p. 113.

5. L'impuissance française au Mont-Liban : l'intervention alliée et l'insurrection maronite (septembre-octobre 1840)

De toutes les défaites subies par la France dans la crise orientale, celle essuyée au Mont-Liban en septembre – octobre 1840 apparaît incontestablement comme la plus douloureuse. Les Français n'ont pourtant pas ménagé leurs efforts auprès de Méhémet Ali mais aussi auprès des « *autorités* » traditionnelles libanaises, sans que cela n'empêche toutes les confessions libanaises confondues de rallier massivement le camp des coalisés. Cette défaite peut se décomposer en trois phases. Tout d'abord, une intense opération de propagande des Anglais qui donne de maigres résultats. Ensuite, l'attaque des villes côtières réussie par les forces anglo-ottomanes qui provoquent un embrasement du Mont-Liban et la déroute de l'armée égyptienne. Enfin, les missions d'« *apaisement* » de Thiers, trop tardives et stériles pour réussir.

Le traité de Londres a eu des répercussions importantes au Mont-Liban en ce qu'elle a redonné à la subversion anglaise une énergie et une capacité de nuisance qu'elle avait en partie perdue depuis le soulèvement des Maronites. Les Anglais s'efforcent d'abord de ranimer le courage des Libanais (Druzes et Maronites) en appelant ouvertement à la rébellion contre le pouvoir égyptien. Puis, ils ont recours à de réelles mesures d'intimidation. Par exemple, le commodore Napier somme le gouverneur Nami Bey de lui livrer la ville de Beyrouth et appelle clairement à l'insurrection. Par ailleurs, les puissances alliées n'hésitent pas à faire courir de faux bruits sur les Français et sur leurs intentions. Enfin, les Anglais recourent amplement à l'arme de la corruption. Par exemple, le consul anglais de Beyrouth, M. Basily fait des offres au général de l'armée égyptienne Soliman Pacha (d'origine française, il est un ancien capitaine de l'armée de Napoléon) au nom du sultan. Le général français se voit offrir l'administration héréditaire de la Crête ou de Chypre. Le prince Béchir II est lui aussi très tôt approché.

Ces manœuvres de déstabilisation ont néanmoins un effet limité. Soliman Pacha ne cède ni aux menaces et aux ouvertures des anglais, tout comme le vieil émir Béchir II. La plus grande déconvenue des Anglais intervient cependant dans la Montagne libanaise, où ils ne parviennent pas à soulever les populations libanaises à cause de l'attentisme des Libanais et en particulier de Béchir II. La région de Tripoli fait néanmoins figure d'exception à ce sujet. La vraie raison de ce « *fiasco* » tient néanmoins à la vigilance des Égyptiens et de leurs mentors français. Ibrahim Pacha décide de revenir au Mont-Liban et le général Soliman Pacha décrète la côte syrienne en état de siège. Le maintien de l'ordre est confié à l'autorité militaire. L'émir Béchir II

quant à lui adresse une proclamation menaçant de mort les citoyens libanais qui recevraient des armes ou munitions des Anglais. En dépit des manœuvres anglaises, les positions égyptiennes étaient donc encore solides au début du mois de septembre. Tandis que le corps expéditionnaire allié semblait bien modeste face à l'imposante armée égyptienne¹⁸.

Cependant, deux facteurs tendent à renverser ce rapport de force : les succès remportés sur le littoral par les forces alliées et surtout, le soulèvement de la Montagne. Mais aussi, l'échec égyptien apparaît comme une étape décisive dans le règlement de la crise orientale. Il tient bien sûr à la détermination, à l'habileté tactique des Britanniques. Mais il est surtout dû à la révolte massive des Libanais : Druzes et Maronites¹⁹.

L'attaque anglo-turque prend d'emblée trois formes. Elle se traduit d'abord par un bombardement des villes littorales (Beyrouth notamment) destiné à démoraliser les forces égyptiennes. Ensuite, les alliés paralysent les troupes en coupant les voies de communication et en particulier, la route stratégique du littoral. L'acheminement devient plus difficile en ce qu'il se fait par la route de la Montagne. Enfin, les alliés remportent une victoire importante dans la baie de Jounieh. Ces succès n'avaient pourtant encore rien de décisif. Les Égyptiens restaient bien implantés dans la Montagne. Le général égyptien Osman Pacha occupait la région de Mayrouba en pleine zone de Keserwan (le fief maronite) soutenu par le prince Khalil Chéhab, fils de l'émir Béchir II, tandis qu'Ibrahim Pacha était établi dans la région du Metn²⁰ (aussi une zone maronite). Le but du généralissime était de gagner du temps, ce qui pourrait gêner sérieusement les Anglais. Ces derniers semblaient même à deux doigts d'abandonner la partie fin septembre.

Cependant, le soulèvement de la Montagne maronite constitue le facteur décisif qui finit par avoir raison de la stratégie égyptienne. Comme lors du premier soulèvement, ce sont les Maronites qui jouent le premier rôle avant que les autres communautés finissent par les rejoindre. Ce soulèvement revêt une importance capitale. Les Maronites ont d'abord permis aux alliés de prendre pied dans la Montagne. La révolte libanaise a surtout précipité la débâcle de l'armée égyptienne. Cet effondrement peut être divisé en deux phases d'inégale importance. Tout d'abord, c'est sur le littoral que les

18 L. FAUCHER, *La Question d'Orient d'après les documents anglais*, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 2015, p. 46.

19 A. RUSTOM, *Béchir II entre le Sultan et le Kbedive (1804-1841)*, p. 192.

20 M. CHEBLI, *Une histoire du Liban à l'époque des Émirs (1635-1841)*, p. 333.

Égyptiens subissent leurs premiers revers. Conséquence de la poussée anglo-turque et de la stratégie attentiste d'Ibrahim Pacha, les égyptiens perdent les places palestiniennes, à l'exception d'Acre. Les villes côtières libanaises, comme Beyrouth, résistent un peu plus longtemps mais finissent par tomber. Ensuite, les combats ne tardent pas à se transporter dans la Montagne²¹. Les montagnards libanais, une fois encore, déterminent alors, l'issue du « *face à face* ». Ce sont eux qui parviennent à percer le dispositif défensif égyptien en infligeant deux sévères défaites à Osman Pacha.

Ce succès spectaculaire a des conséquences importantes. Tout d'abord, il accélère la retraite de l'armée égyptienne. Et hâte la défection de l'émir Béchir II. Ce dernier prêtait déjà une oreille attentive aux appels des Ottomans et de l'amiral anglais Stopford mais finit par céder à leurs avances lors des premières défaites égyptiennes, ce qui n'empêchera pas sa destitution au profit de Béchir III. Ibrahim Pacha parvient à se maintenir dans la Békaa mais l'armée égyptienne finit par céder. Cette dernière défaite s'explique par au moins trois raisons. La première tient à l'évolution du rapport de force entre les deux camps. En effet, les alliés peuvent compter sur le soutien de plus en plus massif des insurgés libanais²². De plus, cette déconvenue s'explique par la situation générale de la Syrie qui commence à agiter fortement. Enfin, la retraite égyptienne peut s'expliquer par la chute du port d'Acre.

Le soulèvement de la Montagne libanaise ne représente pas seulement un échec cuisant pour les Égyptiens. Il constitue aussi une terrible déception pour la diplomatie française. Surtout que, contrairement à la crise de mai-juin 1840, celle-ci n'est pas restée inactive mais a tout tenté pour apaiser les Maronites. Les Français multiplièrent, tout d'abord, les démarches auprès des autorités traditionnelles de la Montagne. Puis, une fois les hostilités officiellement entamées, les consuls français de Beyrouth et de Damas envoyèrent leurs collaborateurs auprès des insurgés. De son côté, Thiers multiplie les interventions en faveur des Libanais auprès de Méhémet Ali. Surtout, il envoie deux missions dans le Levant pour convaincre ce dernier d'assouplir sa répression à l'égard des populations libanaises et les détourner de la propagande anglo-turque. Ces deux missions, bien que prometteuses et pertinentes, n'ont pas eu les résultats escomptés. Celle du P. Etienne tourne court lorsque les navires de guerre anglais arrivent en vue de Saïda.

21 H. GUYS, *Beyrouth et le Liban : Relation d'un séjour de plusieurs années dans ce pays*, Nabu Press, Washington, 2010, p. 260.

22 L. FAUCHER, *La Question d'Orient d'après les documents anglais*, p. 50-52.

La multiplication des combats le conduit à abroger sa mission. La deuxième, celle de M. de Bertou, n'est guère plus fructueuse. Après plusieurs entrevues avec des personnes « *jouissant d'une grande considération*²³ », l'historien français décide finalement de se replier sur Beyrouth, où il demeure jusqu'à son rappel en mars 1841.

Ces missions, qu'elles soient « *consulaires* » ou « *gouvernementales* », présentent de remarquables convergences, tant dans l'analyse qu'elles font de la situation libanaise, tant au niveau des solutions qu'elles préconisent. Tout d'abord, toutes insistent sur la situation déplorable des populations libanaises et notamment la misère des villages. De plus, ces missions s'entendent sur les causes véritables de la révolte. Elle découle selon eux de la tyrannie oppressive du prince Béchir II. Les rapports des émissaires n'en contiennent pas moins des motifs de satisfaction. Les diplomates soulignent la sourde hostilité des populations locales pour les Anglais. Rassurants sur le fonds, ces rapports contiennent cependant aussi de sérieuses mises en garde. En apportant aux populations désemparées du Mont-Liban une aide à la fois militaire et humanitaire, les Anglais ont, peu à peu, su se faire accepter. Certains agents « *de terrain* » signalent surtout, à partir d'octobre 1840, une dernière évolution : le recul de l'influence française chez les Maronites. Celle-ci est clairement mise en évidence par le chancelier du consulat de Beyrouth, M. Jouannin qui note à propos des Maronites que « *mon titre d'employé français (...) rendait leur hospitalité, je ne dirais pas malveillante, mais du moins soupçonneuse et contrainte*²⁴ ». Les médiateurs français avancent aussi les mêmes solutions. Ils cherchent, tout d'abord, à arracher aux Égyptiens des concessions en faveur des Maronites. Par exemple, M des Méloizes n'hésite pas à harceler Soliman Pacha pour obtenir la libération d'un certain nombre de rebelles maronites emprisonnés. Le comte Bertou formule deux autres revendications : l'abolition pure et simple, non du seul taxe « *ferdé* », mais de toutes les innovations fiscales égyptiennes depuis 1832, et surtout le rétablissement des privilèges du Mont-Liban. Il milite pour une autonomie du Mont-Liban confinant à l'indépendance. Les émissaires suggèrent aussi d'envoyer au plus vite possible une aide financière aux habitants maronites de la Montagne.

Pour conclure, ces missions apparaissent avec le recul, tout à fait remarquables, tant dans la qualité de leur analyse que dans la pertinence de leurs propositions. Ces tentatives de médiation se sont pourtant soldées d'un

23 J. HAJJAR, *Les chrétiens uniates du Proche-Orient*, p. 310.

24 M. CHEBLI, *Une histoire du Liban à l'époque des Émirats (1635-1841)*, p. 335.

échec cuisant. Non seulement, les émissaires français n'ont pas pu empêcher le soulèvement mais, pire, ils ne semblent pas, une fois le mouvement lancé, avoir pesé d'une quelconque manière sur les événements.

L'échec final de la diplomatie française tient à des causes très subtiles. Beaucoup d'entre elles sont à chercher dans les missions françaises elles-mêmes. Celles-ci présentaient effectivement trois faiblesses rédhibitoires. Tout d'abord, l'insuffisance des propositions. Face aux généreuses promesses des Anglais, aussi bien sur le plan fiscal (trois ans d'exemption d'impôts), que politique (respect des traditions libanaises, large autonomie de la Montagne), qu'avaient à offrir les diplomates français rien ou quasiment rien. Ce n'est qu'une fois le Mont-Liban « libéré » que le comte de Bertou évoqua, pour la première fois, l'idée d'une principauté libanaise²⁵. Instruits par l'expérience, et notamment par les manœuvres d'Ibrahim Pacha en 1838-1839, les Maronites étaient peu enclins à les croire. Ensuite, la stratégie française de jouer sur la fibre religieuse confessionnelle. Cette stratégie se heurta à un obstacle infranchissable : la participation de l'Autriche, autre puissance catholique, à l'expédition. Par ailleurs, l'échec de la diplomatie française tient aussi à son manque flagrant de moyens. Moyens militaires tout d'abord. Jamais, malgré les appels répétés des diplomates français, le gouvernement de Thiers ne s'est décidé à envoyer la flotte en vue des côtes libanaises. Moyens financiers surtout. Accaparé visiblement par d'autres sujets, le cabinet de Thiers ne débloqua jamais aucune aide malgré les appels de M. Jouannin. Enfin, les missions françaises ont surtout été trop tardives. La mission du P. Etienne aurait dû prendre la route de la Montagne libanaise bien avant, une fois connu, par exemple, l'ultimatum des alliés. De même pour le périple du comte de Bertou. Lorsque l'historien foule enfin le sol du Liban, cela fait déjà plusieurs jours que les Égyptiens ont été chassés du versant ouest de la Montagne²⁶.

Mais le fiasco diplomatique français présente aussi plusieurs explications extérieures aux missions françaises. Il tient pour une large part à l'habileté des Britanniques. Grâce à un long travail de subversion, grâce aussi à la ténacité de leurs chefs militaires et politiques. Ces derniers ont réussi à rallier à leur cause des populations au départ réticentes. Il s'explique surtout par le désespoir des Maronites. Ruinés par les combats de juin-juillet 1840, soumis

25 H. GUYS, *Beyrouth et le Liban : Relation d'un séjour de plusieurs années dans ce pays*, p. 268-270.

26 A. ISMAÏL, *Histoire du Liban du XVII^e siècle à nos jours. Redressement et déclin du féodalisme libanais (1840-1861)*, IV, Librairie Orientale, Beyrouth, 1958, p. 96.

aux violences égyptiennes, ceux-ci n'avaient finalement, comme le résume Bertou, pas grand-chose à perdre à se soumettre au sultan²⁷. Surtout, un autre facteur a joué contre les missions françaises : l'attitude des congrégations religieuses européennes. En effet, leur tâche a d'abord été compliquée par la présence des missionnaires bibliques anglo-américains. Ces derniers sillonnèrent la Montagne pour soulever les populations druzes. En échange de leur ralliement, celles-ci se voyaient promettre la protection consulaire anglaise et la construction d'écoles. Lâchant finalement les Égyptiens et leur ami l'émir, les Druzes entrèrent à leur tour en révolte. Le coup le plus dur porté à la politique conciliatrice de la France est cependant venu d'un groupe catholique, celui des Pères Jésuites. Tandis que l'historien Joseph Hajjar les décrit comme des fauteurs de troubles, quant à lui, un autre historien libanais maronite, le père Karam Rizk se montre plus prudent, évoquant seulement leurs liens ambigus avec les consuls anglais et autrichiens²⁸. En fait, leur degré d'implication semble avoir fortement varié selon les pères. Par exemple, plusieurs indices portent à croire que le père jésuite Ryllo, déjà très hostile à Méhémet Ali en juillet 1840, a poursuivi dans les semaines suivantes sa croisade égyptienne. L'hostilité des diplomates français à son égard, la bienveillance témoignée par les Ottomans et les diplomates de la coalition ont fortement favorisé ce rôle. Certains jésuites ont choisi de soutenir ouvertement l'insurrection.

À la réflexion pourtant, ces missions n'ont pas été totalement infructueuses. À défaut d'inverser le cours de la révolte, elles ont eu le mérite de montrer aux populations de la Montagne que la France ne se désintéressait pas de leur sort. Leur échec final ne doit surtout pas cacher le travail de fond mené par deux acteurs clés de l'influence française dans la région : le consulat de Beyrouth et la congrégation des Lazaristes. Agissant pour le compte du consul, le supérieur du collège d'Antoura, père M. Leroy est intervenu maintes fois auprès des autorités alliées mais aussi égyptiennes ce qui permit d'éviter les effusions de sang²⁹. Ce travail humanitaire devait avoir, pour l'influence française au Mont-Liban, des conséquences bien plus durables.

27 M. CHEBLI, *Une histoire du Liban à l'époque des Émirats (1635-1841)*, p. 342.

28 K. RIZK, *Le Mont-Liban au XIX^e siècle de l'Émirat au Mutasarrifiya : Tenants et aboutissants du Grand-Liban*, Publications Université Saint-Esprit, Kaslik, 1994, p. 204.

29 C. DONZEL-VERDEIL, *La mission jésuite du Mont-Liban et de Syrie (1830-1864)*, Les Indes savants, Paris, 2011, p. 140.

6. Les conséquences diplomatiques de la révolte libanaise : la capitulation française dans la question syrienne

Le soulèvement des Maronites libanais n'a pas seulement eu des conséquences locales. Il a aussi accéléré la conclusion de la crise orientale.

L'attaque du Mont-Liban et plus encore, l'effondrement de l'armée égyptienne a eu pour effet de modifier, en profondeur, la politique française en Orient. En ce que le gouvernement de Paris amorce un repli stratégique laissant son allié égyptien seul face aux alliés. Tout d'abord, le premier recul intervient dès le mois d'octobre 1840. Thiers fait parvenir une note à son homologue britannique dans laquelle il annonce de nouvelles concessions. Certes, par le ton ferme de celle-ci, Thiers s'efforce d'impressionner ses partenaires européens mais en réalité, cette note signe la capitulation de la France dans la question syrienne. En effet, le ministre renonce à toute revendication territoriale pour le pacha de l'Égypte. De plus, il rappelle la flotte française du Levant à Toulon. Ensuite, le repli de la diplomatie française s'accélère à la fin du mois. Louis-Philippe décide de se séparer de Thiers, qui doit démissionner³⁰. L'arrivée aux commandes de l'anglophile Guizot marque l'abandon définitif pour la France, de Méhémet Ali. L'objectif de Guizot est en effet de sortir la France du guêpier égyptien en laissant Méhémet Ali traiter seul avec les alliés. À partir de la mi-novembre, Guizot décide de se retirer purement et simplement du conflit oriental. Desages écrit à Cochelet : « *Il faut que Méhémet Ali se dise qu'il est pour ce qui le concerne, seul face aux alliés. (...) Le vent est tout à la paix ici*³¹ ». Guizot conseille à son représentant à Constantinople « *un rôle d'observation et d'attente* ». Paris se résigne ainsi à assister, en simple spectateur, aux derniers développements de la crise égyptienne.

Réduite à un simple face à face entre Méhémet Ali et les puissances alliées, la crise égyptienne va mettre de longs mois à s'achever. La parution du commodore Napier devant Alexandrie en constitue la première étape. Le vice-roi envoie son bras droit pour négocier avec l'officier britannique. Une convention est signée le 27 novembre 1840 par laquelle le vice-roi se voit garantir la possession héréditaire de l'Égypte en échange de la restitution immédiate de la flotte ottomane et de l'évacuation de la Syrie. Méhémet Ali décide de rapatrier au plus vite ses troupes de Syrie.

30 F. CHARLES-ROUX, *Thiers et Méhémet-Ali*, p. 235.

31 *Ibid.*, p. 267.

La révolte libanaise (Druze-Maronite) a donc eu des conséquences internationales considérables. Elle a tout d'abord contraint Méhémet Ali à rabattre ses prétentions face aux alliés. Et elle a porté surtout un coup particulièrement rude à la diplomatie française. Le comte Pontois écrit à Cochelet « *il ne nous reste plus (...) qu'à courber la tête*³² ». L'analyse la plus lucide, non seulement de la situation de la France mais aussi des erreurs commises par sa diplomatie, n'émane pas que des diplomates de métier. L'écrivain français Alphonse Royer, de passage à Constantinople, écrit : « *Il est impossible de ne pas se demander avec un cruel serrement de cœur comment il se fait que le gouvernement français (...) n'ait pas connu, avant d'agir, l'état physique et moral de l'Égypte et de la Syrie*³³ ».

7. Des lendemains de crise douloureux : éclipse dans l'influence française et inquiétudes maronites

Les conséquences de la crise égyptienne ont été durables et néfastes pour la France, comme pour la communauté maronite libanaise. Pour le gouvernement de Paris, cette crise aboutit à un abaissement diplomatique en Égypte mais également au Mont-Liban où les agents français se trouvent confrontés à l'hostilité affichée des autorités ottomanes et à la concurrence effrénée des autres puissances européennes.

Cette crise s'est aussi bien vite retournée contre les Maronites. Certes, l'intervention anglo-turque a produit des bienfaits à court terme comme la suppression de la conscription et du travail forcé, mais elle a également eu des effets pervers. Tout d'abord, elle s'est traduite par le rétablissement brutal de l'autorité ottomane directe sur le Mont-Liban. Ensuite, elle a été suivie d'une remontée dangereuse des tensions communautaires, notamment entre Druzes et Maronites. Libératrice à ses débuts, la fin de la parenthèse égyptienne ouvre donc pour eux une longue période d'incertitude.

8. L'abaissement de la France en Orient et au Mont-Liban

La France sort profondément affaiblie de la crise de 1840 et surtout, dans l'arène diplomatique. Commencé avec l'accord de Londres, l'isolement français va se prolonger jusqu'au règlement définitif de la question d'Orient en juillet 1841.

32 F. CHARLES-ROUX, *Thiers et Méhémet-Ali*, p. 277-278.

33 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, p. 48.

Certes, une partie de cette marginalisation est due au gouvernement français. En fait, le consul François Guizot poursuit une politique d'« *isolement calculé* » qui a pour objectif d'isoler la question égyptienne du problème plus général des rapports entre l'Europe et l'Empire ottoman. Mais cet isolement n'est pas seulement choisi, il est également subi. La France se retrouve face à l'ostracisme de la Russie et de l'Angleterre. Comme devait l'expliquer plus tard Guizot, « *le Tsar Nicolas trouvait qu'il en avait assez fait en abandonnant ses prétentions de prépondérance exclusive à Constantinople, et en laissant tomber le traité d'Unkiar-Skelessi pour rompre l'intimité de l'Angleterre avec la France* ». Quant au Lord Palmerston, il « *désirait se retrouver en bons termes avec la France, mais pourvu que ce rapprochement ne lui fit rien perdre de la complaisance que la Russie venait de témoigner à l'Angleterre et des sacrifices qu'elle lui avait fait*³⁴ ».

Rien n'illustre mieux l'isolement de la France que la dernière phase de la crise égyptienne. Le sort de Méhémet Ali a été ardemment débattu à Londres entre janvier et juillet 1841. Tandis que Palmerston voulait se débarrasser de lui, d'autres dirigeants penchaient pour une solution moins radicale. Or, à aucun moment, la France n'a pu peser sur cette décision. Si finalement, le ministre anglais a échoué dans son entreprise, ce n'est nullement à cause de la France mais en l'occurrence grâce au gouvernement de Vienne, et surtout de Metternich, fondamentalement opposé à la liquidation du vice-roi. Sous sa pression diplomatique efficace, Méhémet Ali reçut le pachalik (province) du Caire à vie et après lui pour sa descendance³⁵.

La faiblesse de la France se lit dans les conditions mêmes de sa réintégration dans le concert européen. Certes désireux comme Louis-Philippe de rompre avec l'isolement de la France, Guizot n'était pas prêt à le faire à n'importe quel prix. La seule « *porte convenable*³⁶ » ne pouvait être qu'un accord général sur les rapports entre l'Europe et l'Empire Ottoman. Dès le mois de décembre 1840, le gouvernement français s'employa à rédiger un texte ambitieux sur les affaires orientales qui déboucha sur une initiative retentissante. Guizot proposa aux autres puissances européennes un acte général sur quatre questions clefs : la neutralisation des routes commerciales stratégiques (Suez et l'Euphrate), l'intégrité de l'Empire ottoman, la protection des populations chrétiennes de Syrie et la clôture des détroits.

34 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, p. 79.

35 J. HAJJAR, *Les chrétiens uniates du Proche-Orient*, p. 321.

36 M. SABRY, *L'Empire égyptien sous Mohamed-Ali et la question d'Orient (1811-1849)*, p. 323.

Cette proposition audacieuse se heurta d'emblée au refus hautain des autres puissances européennes.

Le retour de la France dans le concert européen se fit aux conditions anglaises. Le 13 juillet 1841, les représentants des cinq puissances signèrent la convention européenne sur les détroits (Bosphore et Dardanelles). Le premier semestre de l'année 1841 apparaît donc comme une période particulièrement faste pour l'Angleterre. Grâce à sa ténacité, elle a réussi à prendre sa revanche sur ses deux rivales traditionnelles en Orient, la Russie et la France. Les deux traités de Londres correspondent en effet exactement aux deux objectifs prioritaires de la diplomatie anglaise : protéger la route des Indes en refoulant Méhémet Ali en Égypte et desserrer l'étreinte russe autour de Constantinople³⁷.

La France sort en revanche terriblement affaiblie de l'« *aventure égyptienne* ». En effet, en l'espace d'un an, elle a subi des défaites majeures : la première face à la diplomatie anglaise à Londres en juillet 1840, la seconde avec l'effondrement de la puissance égyptienne en Syrie la même année. Enfin, la France a dû supporter un isolement beaucoup plus long que prévu.

L'affaiblissement de la France ne se fait pas seulement sentir dans l'arène diplomatique. La crise orientale a aussi gravement sapé ses positions au Mont-Liban et en Syrie.

Dans ces deux régions, ses agents font face à l'hostilité prononcée de l'administration ottomane qui ne tarde pas à avoir des conséquences négatives. Tout d'abord, les diplomates français subissent une « *quarantaine politique*³⁸ ». Ils ne parviennent plus à défendre efficacement leurs ressortissants ni à protéger leurs « *clients* » traditionnels. Des violences importantes ont lieu à Beyrouth et à Damas. Celles-ci ne prennent véritablement fin qu'au cours de l'automne suivant. Guizot intervient et adresse à la Porte Sublime une protestation officielle assortie de sévères menaces.

9. La position précaire des Maronites au Mont-Liban

Les Maronites sont également victimes du retrait égyptien. Paradoxalement, alors qu'ils étaient les artisans de la révolte contre Ibrahim Pacha et par conséquent de sa chute, ils auraient dû, en toute logique, en être les principaux bénéficiaires. Mais ils se retrouvèrent pourtant en position particulièrement désagréable. Ils doivent tout d'abord faire face au retour

37 F. GUIZOT, *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, p. 128.

38 L. FAUCHER, *La Question d'Orient d'après les documents anglais*, p. 115.

en force du pouvoir turc. Oubliant ses promesses, le pouvoir turc manifeste clairement sa volonté de reprendre en main le Mont-Liban en y instaurant une administration directe. Cette politique de recentralisation prend deux formes : militaire et fiscale³⁹.

Sur le plan militaire, l'occupation de l'armée ottomane dans la Montagne libanaise se prolonge dans les premiers mois de l'année 1841, malgré les engagements pris par la Porte Sublime. Cette situation, en rupture complète avec les « *traditions libanaises* » génère de fortes tensions. Des exactions sont commises par les soldats à l'encontre des populations autochtones. Sous la pression des consuls d'Angleterre, de Russie, d'Autriche et de la Prusse, la Porte Sublime doit ordonner le repli⁴⁰.

Sur le plan fiscal, la Porte trahit sans vergogne ses engagements. Les habitants de la Montagne s'attendaient à être exemptés d'impôts au pire pour la seule année 1841. Or, entre décembre 1840 et avril 1841, le gouvernement de Constantinople prend deux décisions qui frappèrent durement la Montagne. Tout d'abord, il invite les Libanais à verser au Trésor ottoman toutes les sommes non perçues par l'administration égyptienne. Surtout, le Mont-Liban est victime de la réforme fiscale entreprise par les Ottomans qui instaure une taxe de 9% sur le commerce intérieur qui frappe doublement les Libanais. Les notables maronites ainsi que le Patriarche Youssef Hobeiche entrent en résistance contre les administrateurs ottomans qui finissent par céder, et le gouvernement turc ramène le tribut de la Montagne libanaise à un niveau inférieur à celui qui était sous le gouvernement du prince Béchir II Chéhab.

À la fin de l'été, l'émirat redevient ainsi ce qu'il fut sous le grand émir Béchir II : une entité politique protégée et privilégiée, mais les Libanais conservent un goût amer de cet épisode. Surtout, la Porte a clairement dévoilé ses intentions : réduire à néant les autonomies locales dans les provinces arabes. Les Libanais savent donc qu'ils auront à lutter contre une nouvelle menace : la centralisation ottomane⁴¹.

39 M. MA'OZ, *Ottoman Reform in Syria and Palestine 1840-1861: The Impact of the Tanzimat on Politics and Society*, Oxford University Press, London, 1968, p. 15.

40 M. JOUPLAIN, *La question du Liban : Étude d'histoire diplomatique et de droit international*, Ulan Press, Washington, 2010, p. 260-261.

41 C. H. CHURCHILL, *The Druzes and the Maronites under the Turkish rule from 1840 to 1860*, Sottiswoode and Co., England, 1862, p. 79.

Très vite, ces derniers se retrouvent confrontés à un autre défi redoutable : le retour des tensions communautaires. Celles-ci tiennent, tout d'abord, à l'attitude adoptée par les Maronites du Mont-Liban eux-mêmes. En soutenant les opérations de pacification d'Ibrahim Pacha, ils se sont attiré la haine des populations musulmanes. En jouant un rôle dans la révolte du Hauran, les Druzes du Chouf se sont détournés contre eux. Ils finissent par renouer une alliance avec ces derniers, symbolisée par les serments croisés de Deir el-Kamar et d'Antélias. Cette réconciliation reste cependant fragile et des incidents mineurs mais significatifs éclatent. La rancœur des Druzes est quant à elle, de plus en plus significative⁴².

10. Une crise riche d'enseignement : vers une refondation des liens franco-maronites

La période égyptienne n'a pas eu seulement pour effet de dégrader les positions respectives de la France et des Maronites au Mont-Liban. Elle a aussi bouleversé en profondeur la nature de leur relation.

La crise a d'abord provoqué un relâchement très net des liens franco-maronites. Ce refroidissement se manifeste surtout du côté des Maronites libanais qui, déçu par l'attitude de Thiers, semblent prendre leurs distances avec leur protectrice traditionnelle. On peut le voir chez les notables mais aussi – plus grave – à la tête de l'Église maronite chez le Patriarche Hobeich. Ce dernier qui soutenait jusqu'à présent et sans réserve le prince Béchir II et la politique française, sonna la cloche d'alerte. La prolongation de la présence britannique au Mont-Liban et la générosité intéressée des officiers britanniques ont eu pour effet d'accentuer ce refroidissement.

La période égyptienne a surtout modifié la nature des relations franco-maronite. Ce constat est bien sûr vrai pour la France qui ne voyait dans les Maronites du Mont-Liban que des populations passives et dépendantes. Les soulèvements de ces deniers ont eu le mérite d'ouvrir les yeux des dirigeants français comme en témoigne le comte de Bertou ou le consul Bourée. Le regard porté par les Maronites sur leur protectrice traditionnelle a également évolué. Après un net refroidissement dû à l'attitude de Thiers et l'indifférence apparente de Guizot, les premiers signes d'une réconciliation apparaissent grâce aux démarches des diplomates français mais aussi grâce à l'amère déception des Maronites.

42 K. RIZK, *Le Mont-Liban au XIX^e siècle de l'Emirat au Mutasarrifiya : Tenants et aboutissants du Grand-Liban*, p. 303.

Les années 1831-1841 constituent donc une période de refondation. Refondation politique tout d'abord, mais refondation culturelle ensuite. La voie est désormais ouverte pour un approfondissement des liens entre les deux nations⁴³.

43 P. GHALEB, *La France amie et protectrice*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1924, p. 29-34.

BIBLIOGRAPHIE

- CHARLES-ROUX F., *Thiers et Méhémet-Ali*, Plon, Paris, 1951.
- CHEBLI M., *Une histoire du Liban à l'époque des Émirats (1635-1841)*, Publications de l'Université Libanaise, Beyrouth, 1984.
- CHURCHILL C. H., *The Druzes and the Maronites under the Turkish rule from 1840 to 1860*, Sottiswoode and Co., England, 1862.
- DONZEL-VERDEIL C., *La mission jésuite du Mont-Liban et de Syrie (1830-1864)*, Les indes savants, Paris, 2011.
- FAUCHER L., *La Question d'Orient d'après les documents anglais*, Librairie Orientaliste Paul Geuthner, 2015.
- GHALEB P., *La France amie et protectrice*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1924.
- GUIZOT F., *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, IV-V, Michel Lévy frères, 1858-1867.
- GUYS H., *Beyrouth et le Liban : Relation d'un séjour de plusieurs années dans ce pays*, Nabu Press, Washington, 2010.
- HAJJAR J., *L'Europe et les destinées du Proche-Orient : Le nationalisme arabe syrien entre la Jeune-Turquie et les Puissances (1908-1914)*, IV, Damas, 1996.
- HAJJAR J., *Les chrétiens uniates du Proche-Orient*, Seuil, Paris, 1995.
- ISMAÏL A., *Histoire du Liban du XVII^e siècle à nos jours. Redressement et déclin du féodalisme libanais (1840-1861)*, IV, Librairie Orientale, Beyrouth, 1958.
- JOUPLAIN M., *La question du Liban : Étude d'histoire diplomatique et de droit international*, Ulan Press, Washington, 2010.
- MA'OZ M., *Ottoman Reform in Syria and Palestine 1840-1861: The Impact of the Tanzimat on Politics and Society*, Oxford University Press, London, 1968.
- RIZK K., *Le Mont-Liban au XIX^e siècle de l'Émirat au Mutaşarrıfıya: Tenants et aboutissants du Grand-Liban*, Publications Université Saint-Esprit, Kaslik, 1994.
- RUSTOM A., *Béchir II entre le Sultan et le Khédive (1841-1804)*, Université Libanaise, Beyrouth, 1956.
- SABRY M., *L'Empire égyptien sous Mohamed-Ali et la question d'Orient (1811-1849). Égypte, Arabie, Soudan, Morée, Crète, Syrie, Palestine : histoire diplomatique d'après des sources privées et des documents inédits recueillis aux archives du Caire, de Paris, de Londres et de Vienne*, P. Geuthner, Paris, 1930.
- TOUMA T., *Paysans et institutions féodales chez les Druzes et les Maronites du Liban du XVII^e siècle à 1914*, I, Imprimerie Catholique, Beyrouth, 1971.

En fait de meubles (incorporels), possession (ne) vaut (pas) titre : Remonte aux sources d'un dogme de l'article 2279 du Code Napoléon / As Regards (Incorporeal) Movable Goods, Possession Does (Not) Have the Value of a Title: Going Back to the Sources of a Dogma Concerning Article 2279 of the *Code Napoléon*

Joban Van De Voorde, Université d'Anvers, groupe de recherche « Personne et Patrimoine », Vrije Universiteit Brussel, groupe de recherche « CORE », ORCID iD : <https://orcid.org/0000-0002-5740-4167>

Abstract

Classically, the possessors of incorporeal movable goods are excluded from the protection given by article 2279 of the Code Napoléon (French and Belgian Civil Code; the French Civil Code has changed the number to art. 2276 without changing its wording). However, this article says that “concerning movables, possession has the value of a title”. It does not exclude incorporeal goods. One may therefore wonder if the traditional exclusion of incorporeal movable goods was the will of the Napoleonic legislator. This article will try to respond to that question by an analysis of the sources of the *Code Napoléon* and of the reasons advanced in the nineteenth century in favour of the exclusion of incorporeal goods. It will also appreciate whether these reasons are still relevant today. It does this with regard to French and Belgian law.

La question à analyser. Il est classiquement enseigné en doctrine et jurisprudence que le brocard *en fait de meuble, possession vaut titre*, qui a été codifié à l'article 2279 du Code civil (Code Napoléon ; actuellement art. 2276 en France, sans changement du libellé), ne s'applique qu'aux biens meubles corporels (sauf un nombre croissant d'exceptions légales, V. *infra*¹). Les biens meubles incorporels – donc les biens qui ne peuvent pas être appréhendés par les sens humains (*quae tangi non possunt*) tels que les créances, les actions de société, les propriétés intellectuelles – sont exclus. Le tribunal de première instance de Bruxelles a même écrit que l'article 2279 du Code civil doit se comprendre comme suit : « *en fait de meubles corporels, possession vaut titre*² ».

Pourtant, le texte de la loi a une portée tout à fait générale, sans distinction entre les meubles corporels ou incorporels. Certains auteurs et

-
- 1 Cass. b., 4 juin 1833, *Pas.* 1833, I, p. 110 ; Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257, obs. A. Grün, *S.* 1836, I, col. 353, obs. L.-M. Devilleneuve ; Cass. fr., 14 août 1840, *D.* 1840, I, p. 321, *S.* 1840, I, col. 753 ; Cass. b., 10 juillet 1890, *Pas.* 1890, I, p. 259 ; Cass. fr., 1 juillet 1896, *D.* 1898, I, p. 397 (implicitement) ; Cass. b., 21 avril 1983, *R. P. S.* 1983, p. 233 ; Cass. b., 11 octobre 1985, *Pas.* 1986, I, p. 150, *J. T.* 1986, p. 290, *R. W.* 1986-87, p. 453, obs., *T. Not.* 1986, p. 325, obs. F. Bouckaert ; Bruxelles, 25 novembre 1991, *PAS.* 1991, II, p. 209 ; Gand, 24 octobre 2016, *T. R. V-R.* P. S. 2018, p. 222, obs. B. Van Baelen ; Trib. Anvers, 29 janvier 1842, *Pas.* 1843, II, p. 230, *B. J.* 1845, col. 163 (mis à néant par Bruxelles, 5 juillet 1843, publié avec le jugement ; la cour d'appel ne semble pas analyser l'application de l'art. 2279 aux biens incorporels) ; Trib. Termonde, 7 décembre 1889, *Cl. et B.* 1890, col. 254, obs., *B. J.* 1890, col. 46 ; S. BOUFFLETTE, *La possession*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 122-123, n° 130-131 ; L. VAN DEN STEEN, *De effectenrekening*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 563, n° 848 ; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 254, n° 231 ; F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I. Goederen, bezit en eigendom*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 455, n° 266, *litt. D* ; G. GALOPIN et M. WILLE, *Les biens, la propriété et les servitudes*, Liège, Vaillant-Carmanne, 1932, p. 84, n° 83 bis, II ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Deuxième partie. Les biens. Première partie*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 907, n° 1039 ; A. HEYVAERT, « *Bezit geeft verscheidene titels* », *T. P. R.* 1983, p. 174, n° 8 ; J. HANSENNE, *Les biens*, I, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1996, p. 239-240, n° 229 ; J. KOKELENBERG, TH. VAN SINAY et H. VUYE, « *Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1994-2000)* », *T. P. R.* 2001, p. 1173, n° 204 ; J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, I, Paris, Rousseau, 1938, p. 509, n° 595 ; C. BODDAERT, « *Commentaar bij art. 7 K.B. nr. 62 van 10 november 1967* » in *Comm.fin.*, Malines, Kluwer, 2006, p. 15, n° 22 ; I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 189-190, n° 227 ; G. GALOPIN, *De la prescription*, Namur, Godenne, 1899, p. 37, n° 96.
- 2 Trib. Bruxelles, 19 novembre 1992, *A. J. T.* 1997-98, p. 455.

juges ont dès lors proposé d'appliquer l'article 2279 du Code civil aux biens incorporels³. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁴. La discussion a été très vive⁵. On peut dès lors s'interroger si la restriction de l'article 2279 du Code civil aux meubles corporels est conforme à la tradition, qui est le guide primordial pour la compréhension de cet article sibyllin.

La contribution se propose donc de rechercher quand la restriction de l'article 2279 Code civil aux meubles corporels est entrée dans la pratique juridique, en analysant la doctrine et la jurisprudence du 18^e et du 19^e siècle. Une piste de recherche intéressante sont les notions de vol et de perte qui sont actuellement repris au deuxième alinéa de l'article 2279 Code civil : si le vol est restreint aux choses corporelles, on peut y voir un indice en faveur de la restriction du champ d'application de l'article 2279 Code civil Elle se propose également d'analyser les raisons qui sont avancées pour cette restriction pour voir en quelle mesure elles sont pertinentes aujourd'hui.

3 Paris, 14 juin 1834, S. 1836, II, col. 113 (qui semble bien exiger un juste titre pour les biens incorporels, si l'on peut croire le compte-rendu ; l'arrêt n'exige pourtant pas expressément le juste titre, même s'il était présent) ; Liège, 1 juin 1965, *J. L.* 1965-66, p. 193 (somme d'argent ; on peut en tout cas se demander si une simple somme d'argent est suffisamment identifiée pour pouvoir être l'objet d'un droit réel, vu que l'argent a une très forte tendance de se mélanger dans le patrimoine du possesseur ; V. également Mons, 17 juin 1994, *J. T.* 1995, p. 171) ; L.-M. DEVILLENEUVE, obs. sous Cass. fr., 4 mai 1836, S. 1836, I, col. 363-366 ; V. SAGAERT, « Goederenrecht » in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, p. 672-674, n° 861 ; L. VAN DEN STEEN, « De verbeurdverklaring van goederen die aan een derde (of was het een verdachte?) toebehoren » (obs. sous Cass. b., 4 mars 2014), *R. W.* 2015-16, p. 695, n° 18 ; W. DROSS, « Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières », *J.-Cl. civil*, 2013, n° 102-109 ; RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation (du 1^{er} avril au 31 août 1836.) », *Revue de législation et de jurisprudence* 1837, vol. VI, p. 466-467 ; RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation », *Revue de législation et de jurisprudence* 1834, vol. I, p. 156.

Les arrêts énumérés à la note de bas de page 132 annulent très souvent des jugements et des arrêts qui ont admis que les biens incorporels entrent dans le champ d'application de l'art. 2279 C. civ.

Il y a aussi parfois des essais de qualifier des biens incorporels comme corporels : D. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, p. 47-52.

4 Brocard invoqué dans un cas analogue (le vol) par J. VERSTRAETE, « Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht », *R. W.* 1985-86, col. 230, n° 18.

5 A.-F. GAYET, *Origine et portée de la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre. Étude sur la prescription mobilière*, Grenoble, Maisonville, 1863, p. 66, n° 37.

La pertinence de l'analyse. Les biens incorporels jouent un rôle économique important aujourd'hui (mais également au 19^e siècle, vu la quantité d'arrêts et de jugements prononcés alors sur les biens incorporels), mais l'acquéreur de bonne foi d'un bien incorporel est souvent très peu protégé quand le cédant n'avait pas le pouvoir nécessaire de disposer du bien incorporel. Il y a lieu de s'interroger si cette exclusion est (juridiquement) à juste titre, étant donné que l'article 2279 du Code civil semble avoir un champ d'application qui s'étend à tous les biens meubles, sans faire une distinction selon qu'ils soient corporels ou incorporels. En plus, on doit tenir compte de la réforme du droit des biens belge qui vient d'aboutir (elle entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2021⁶). Elle remplace l'article 2279 par une disposition plus limpide⁷, mais refuse de prendre position sur le champ d'application exact du remplacement de l'article 2279 pour que la doctrine et la jurisprudence puissent le faire évoluer dans la direction la plus opportune⁸. Il n'y a qu'une exception : le § 2 de l'article 3. 28 énonce que « *Celui qui acquiert, à titre onéreux, de bonne foi, d'une personne qui ne pouvait en disposer un droit réel sur une créance devient titulaire de ce droit dès la notification au débiteur cédé* ». On peut prévoir que l'argument historique de l'exclusion des biens incorporels sera utilisé en faveur d'une interprétation restrictive. Il faut alors savoir si cet argument historique est fondé.

Quels meubles incorporels sont pertinents ? Bien qu'on exclut les meubles incorporels du champ d'application de l'article 2279 du Code civil, il y a des exceptions. Nous pensons notamment aux titres aux porteur, qui sont incorporés dans un papier, donc dans un meuble corporel dont ils adoptent le statut réel⁹. Le droit allemand exprime l'incorporation de la créance dans

6 Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Biens » du Code civil, *M. b.*, 17 mars 2020, p. 15.753. Proposition de loi portant insertion du livre 3 « *Les biens* » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl. Chambre*, 2019-20, n° 55-0173/001.

7 Art. 3. 28 du nouveau Code civil belge ; V. également le Projet de loi portant insertion du Livre 3 « *Les biens* » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl. Chambre*, 2018-19, n° 54 3348/001, p. 67-70 (exposé des motifs), p. 361 (texte) (le projet de loi est devenu caduc en raison de la dissolution des Chambres et a été remplacé par la Proposition de loi portant insertion du livre 3 « *Les biens* » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl. Chambre*, 2019-20, n° 55 0173/001, qui ne diffère pas du projet de loi) : « *Celui qui acquiert, à titre onéreux, de bonne foi, d'une personne qui ne pouvait en disposer un droit réel sur un meuble devient titulaire de ce droit, dès son entrée en possession paisible et non-équivoque* ».

8 Exposé des motifs du Projet de loi portant insertion du Livre 3 « *Les biens* » dans le nouveau Code civil, *Doc. Parl. Chambre*, 2018-19, n° 54 3348/001, p. 69.

9 Cass., 2 nivôse an 12, *Pas.* an 11-13, I, p. 241, concl. Ph.-A. Merlin De Douai, S. 1804, I, col. 225 ; Cass. b., 30 oct. 1947, *Pas.* 1947, I, p. 447, *R. C. J. B.* 1950, p. 22, obs.

le titre par le brocard *das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier*, le droit dont la feuille de papier est l'*instrumentum* suit le droit à ladite feuille de papier¹⁰. Cette assimilation du droit avec le titre est ancienne¹¹ et l'article 35 du Code de commerce de 1807 confirmait que les titres au porteur sont cédés « *par la tradition du titre* ». On a pourtant l'impression que Bourjon ne connaissait pas les titres au porteur (contrairement aux titres à ordre), vu qu'il ne les mentionne *pas*. Les titres au porteur ne semblent en tout cas pas avoir été usités beaucoup dans le temps de Bourjon, même dans la mesure où ils étaient licites¹².

Les droits réels limités (dont l'usufruit et le gage sont les plus pertinents pour les biens meubles) sont également incorporels (tout comme d'ailleurs le droit de propriété)¹³, mais on accepte qu'ils soient incorporés au champ d'application de l'article 2279¹⁴. On peut bien se demander en quelle mesure cela est pertinent. Les droits réels limités ont une tendance prononcée à suivre plutôt le régime de leur objet au lieu du régime qu'on attendrait

C. Renard (billets de banque) ; Aix, 4 juin 1845, *D.* 1845, II, p. 191 (reconnaisances d'un mont-de-piété) ; Mons, 17 juin 1994, *J. T.* 1995, p. 171 (bons de caisse) ; Liège, 27 juin 2001, *J.T.* 2001, p. 797 (bons de caisse) ; Comm. Termonde, 25 novembre 2010, *T. Not.* 2013, p. 45 ; J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, Bruges, die Keure, 2019, p. 301-302, n° 848-849 ; J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, I, p. 509, n° 595 ; D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, Paris, Marescq, 1875, p. 121-122, n° 61 bis ; F. GUEBS, « Les droits afférents à des instruments financiers », *R. P. S.* 2007, p. 309, n° 21 et note de bas de page 46 ; S. BOUFFLETTE, « La possession en matière mobilière et l'article 2279 du Code civil », *R. G. D. C.* 2007, p. 79, n° 11.

Les créances incorporées dans un titre en papier peuvent d'ailleurs être volées, contrairement aux créances en général : F. LUGENTZ, « Les vols et les extorsions » in *Les infractions*, I, *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 25.

- 10 Par ex., F. SCHMITZ, *Die Umstellung von Inhaber- auf Namensaktien durch deutsche Aktiengesellschaften. Gründe und Rechtsprobleme der aktuellen Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung des NaStraG*, Berlin, Tenea, 2002, p. 19.
- 11 Cass., 2 nivôse an 12, *Pas.* an 11-13, I, p. 241, concl. Ph.-A. Merlin De Douai, S. 1804, I, col. 225 ; D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, p. XXII-LV (qui observe que les titres au porteur ont parfois été interdits en raison de la facilité de commettre des fraudes).
- 12 V. : D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, p. XXII-XXIII.
- 13 R. SAVATIER, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331, n° 1.
- 14 J. HANSENNE, *Les biens*, I, p. 240, n° 229.

des droits. Le droit de propriété est ainsi assimilé à son objet¹⁵. On peut difficilement agir autrement : décider que les droits réels ne suivent pas, en principe, les caractéristiques de leur objet, voudrait dire que du moins une partie importante des règles relatives aux biens corporels est implicitement abrogée, car tous les droits sont incorporels.

Plus récemment, le législateur a décidé de faire entrer les titres dématérialisés dans le champ d'application de l'article 2279 du Code civil¹⁶. On voit aussi de temps en temps que des exceptions sont admises pour les besoins de la cause, par exemple quand des droits incorporels sont étroitement liés à des choses corporelles dans une vente d'un fonds de commerce (la jurisprudence tient pourtant à exclure les fonds de commerce du champ d'application de l'article 2279 Code civil¹⁷). Ces meubles incorporels ne sont pas pertinents pour notre recherche.

Quels biens incorporels sont alors pertinents pour notre recherche ? On peut songer aux droits de créance, les titres financiers (nominatifs ou à ordre) et à certains droits de propriété intellectuelle (et notamment le droit d'auteur). On peut y ajouter les fonds de commerce et plus généralement

15 H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels*, Deuxième partie. *Les biens*. Première partie, p. 785, n° 896, avec renvoi à la p. 536, n° 552 ; V. SAGAERT, « Goederenrecht » in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, p. 114, n° 136 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 405. Une formulation plus générale est donnée par F. GUEBS, « Les droits afférents à des instruments financiers », p. 314, n° 27.

16 Art. 21, 34 et 36 de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, *M. B.* 23 décembre 2005, p. 55.488, *err.*, *M. B.* 6 février 2006, p. 6111, qui a changé entre autres l'art. 19 A.R. du 10 novembre 1967 n° 62 coordonné relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments, *M. B.* 23 février 2004, p. 10.353 et l'art. 475 bis C. soc. (remplacé par les artt. 5:38, 6:37 et 7:43 C.S.A.). V. : J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, p. 302-303, n° 850-851.

17 Trib. Termonde, 7 décembre 1889, *Cl. et B.* 1890, col. 254, obs., *B. J.* 1890, col. 46 (comp. Paris, 22 novembre 1904, S. 1905, II, p. 121, obs. A. Wahl, qui suit le même raisonnement et observe alors qu'il « paraît plus juridique » d'appliquer l'art. 2279 à tous les fonds de commerce). Il semble que ce raisonnement fut admis en raison des effets trop lourds de la résolution de la vente d'un fonds de commerce vis-à-vis d'un tiers acquéreur : A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Paris, Librairie Dalloz, 1914, p. 905.

les universalités de fait¹⁸. La monnaie électronique (au sens large, y compris le *bitcoin*), pour autant qu'elle diffère juridiquement d'une créance¹⁹, est également un bon candidat. L'information pourrait également être un bien incorporel pertinent²⁰, à condition de ne pas être une chose commune au sens de l'article 714 du Code civil²¹.

Quelle règle de l'article 2279 du Code civil est analysée ? Il est généralement admis que l'article 2279 du Code civil contient deux règles : une règle de fond et une règle de preuve²². La règle de preuve consiste en une présomption de propriété dans le chef du possesseur. Elle peut déjà être trouvée dans le droit romain²³ et dans le droit ancien français (il est à noter que le brocard « *possession vaut titre* » est parfois utilisé pour désigner la règle de preuve ou dans un autre contexte)²⁴. La règle de fond protège l'acquéreur *a non domino* contre le fait que celui qui lui transfère le bien n'est

18 Les universalités de fait sont des biens incorporels : E. DEWITTE, *Feitelijke algemeenheden in het privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 2017, p. 219-220, n° 169.

19 La monnaie sur un compte en banque est une créance à charge de la banque : X. DIEUX et C. ALTER, « Observations sur la nature juridique de la monnaie scripturale (spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés) » in *Liber Amicorum Jacques Malberbe* (dir. H. SIMONART, B. REMICHE et Y. DE CORDT), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 385, n° 2. Le *bitcoin* (et les autres formes de monnaie qui fonctionnent par le biais d'une chaîne de blocs, la traduction proposée pour le terme anglais *blockchain*) est parfois analysé comme étant l'objet d'un droit de propriété (M. VANWYNSBERGHE, « Bitcoin heeft het op de grenzen van het goederenrecht gemunt », *R. W.* 2014-15, p. 1442), mais une qualification comme créance a également été proposée (S. GEIREGAT, « Eigendom op bitcoins », *R. W.* 2017-18, p. 1043-1049).

20 La qualification de l'information en droit des biens est chose malaisée. Les diverses qualifications proposées font l'objet d'un recensement dans F. DUBUISSON, *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, thèse doctorale, Université Libre de Bruxelles, 2004-05, p. 428-432, n° 793-801.

21 En principe, l'information est une chose commune : B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, I, *Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 152-155 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Deuxième partie. Les biens. Première partie*, p. 527, n° 534 ; M. GRANDI, « Le “choses communes” e l'art. 714 “Code Napoléon” », *Rivista critica del diritto privato* 2013, p. 233.

22 J. HANSENNE, *Les biens*, I, p. 234, n° 221.

23 C. 3.32.15 *principio*: « *Quotiens duobus in solidum praedium iure distribitur, manifesti iuris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiore* ». V. également J. DEL CORRAL, *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Anvers, Intersentia, 2013, p. 438-439, n° 459.

24 Par ex. C.-J. DE FERRIÈRE, *Nouvelle introduction à la pratique*, I, Paris, Brunet, 1724, p. 346 (actions possessoires) ; P.-J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts*, I, Paris, Cavelier,

pas propriétaire ou autrement habilité à faire l'acte de disposition envisagé. Elle est bien plus récente ; elle découle (probablement ; V. *infra*) de la jurisprudence du Châtelet à Paris telle que décrite par François Bourjon²⁵ au 18^e siècle et reprise par le Code Napoléon²⁶.

Utilisation des sources belges et françaises. Le présent article se fonde sur les analyses françaises et belges de l'article 2279 du Code civil (Code Napoléon ; art. 2276 en France). Les Codes civils belge et français sont (au moment d'écrire ces lignes ; V. *supra* en ce qui concerne le droit des biens) encore et toujours le Code civil de 1804, qui est devenu le Code Napoléon

1727, p. 727 (« *ita*, dit la Glose, *possessioe acquiritur titulus*, la possession vaut titre », mais le contexte semble référer à une usucapion).

- 25 François BOURJON était avocat au Parlement de Paris dès 1710 ; il meurt en 1751 après avoir publié en 1747 *Le droit commun de la France et la coutume de Paris* (V. la note de bas de page Quelle règle de l'article 2279 du Code civil est analysée ? Il est généralement admis que l'article 2279 du Code civil contient deux règles : une règle de fond et une règle de preuve. La règle de preuve consiste en une présomption de propriété dans le chef du possesseur. Elle peut déjà être trouvée dans le droit romain et dans le droit ancien français (il est à noter que le brocard « possession vaut titre » est parfois utilisé pour désigner la règle de preuve ou dans un autre contexte). La règle de fond protège l'acquéreur a non domino contre le fait que celui qui lui transfère le bien n'est pas propriétaire ou autrement habilité à faire l'acte de disposition envisagé. Elle est bien plus récente ; elle découle (probablement ; V. *infra*) de la jurisprudence du Châtelet à Paris telle que décrite par François Bourjon au 18^e siècle et reprise par le Code Napoléon.). Dans cet ouvrage, il décrit la coutume de Paris, qu'il qualifie de droit commun de la France. Le législateur y puisa l'art. 2279 C. civ. Une excellente analyse de Bourjon et de son œuvre a été faite par R. MARTINAGE-BARANGER, *Bourjon et le Code civil*, Paris, Éditions Klincksieck, 1971, 144 p., mais le brocard « *possession vaut titre* » n'est pas analysé (quelques allusions sont faites aux p. 10, 81 et 121), possiblement parce que l'influence de Bourjon y est généralement reconnue.
- 26 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, Paris, Grangé, 1747, p. 124, p. 911 (= F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, Paris, Grangé, 1770, p. 145, p. 1094) ; CH. BRAILLON, « Les défenses de la possession et du don manuel dans le cadre de l'action en revendication mobilière – Note d'histoire sur la maxime “*En fait de meubles, possession vaut titre*” » (obs. sous Trib. Namur, 17 mai 2006), *Rev. dr. ULg.* 2008, p. 293-293 ; R. FEENSTRA, *Reclame en revindicatie*, Haarlem, Tjeenk Willink, 1949, p. 230 ; É. JOBBÉ-DUVAL, *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, Larose, 1880, p. 235 ; R.-TH. TROPLONG (adapt at ion par A. DELEBECQUE), *Commentaire sur la prescription*, Bruxelles, Meline, 1843, p. 574, n° 1056. L'opinion de Bourjon semble avoir été reçue en la coutume de La Rochelle par un auteur : R.-J. VALIN, *Nouveau commentaire sur la coutume de La Rochelle et du Pays d'Aunis*, III, La Rochelle, Desbordes, 1756, p. 240, n° 22.

en 1807 avec quelques corrections dues aux changements politiques²⁷. Le droit civil belge est longtemps resté (très) proche du droit civil français, sans pourtant pouvoir être réduit à une copie servile²⁸. Sur le plan de l'article 2279, le droit belge et le droit français sont restés très proches l'un de l'autre (sous réserve des biens de compte tels que les titres dématérialisés, qui en Belgique sont soumis à l'empire de l'article 2279 ; V. *infra*). Le droit belge a également introduit une règle sur les billets de banque, qui sont protégés contre la revendication en cas de perte ou de vol²⁹. La France n'a qu'une règle jurisprudentielle, qui a bien les mêmes effets³⁰. En ce qui concerne les biens incorporels en général, il n'y a pas de divergence importante. L'analyse est donc pertinente pour la Belgique et pour la France, même si les sources belges peuvent être plus présentes.

Nous avons mentionné que le droit des biens belge a été réformé en 2020. Nous ne tenons pas compte de cette réforme, parce qu'elle est au-delà de la portée du présent article (V. *supra*) et qu'elle ne règle pas la question.

Nous recherchons d'abord la pensée du législateur, dans la mesure où il est possible de la reconstruire. Nous analysons alors les raisons avancées en doctrine et jurisprudence pour l'exclusion des biens incorporels du champ d'application de l'article 2279 ; cette analyse comprend également une appréciation des raisons pour voir si elles étaient pertinentes en 1804 et si elles le sont encore aujourd'hui. Nous finissons par une conclusion.

Paragraphe 1. Que pensait le législateur ?

Pour savoir ce que le législateur de 1804 pensait, il est important de savoir quel point de départ il utilisait. Nous analysons donc premièrement la source de l'article 2279. Il s'agit, traditionnellement, de la jurisprudence du Châtelet telle qu'analysée par François Bourjon. Il y a pourtant quelques doutes possibles, donc avant d'analyser ce que Bourjon énonce sur le brocard « *possession vaut titre* », nous recherchons s'il est en effet la source à privilégier. Ensuite nous analysons les travaux préparatoires du Code civil et la définition du vol (une exception majeure à la protection donnée à l'acquéreur de bonne

27 J. VAN DE VOORDE, « L'ordre public en droit belge » in *L'ordre public. Université d'été facultatis iuris pictaviensis*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2019, p. 202, n° 3.

28 *Ibid.*, p. 203, n° 3.

29 J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, p. 326-329, n° 919-929.

30 *Ibid.*, p. 327, note de bas de page 1925.

foi). Nous examinons alors les autres textes du Code civil, pour autant qu'ils soient pertinents. Nous terminons par une conclusion.

A. Une question préliminaire : la source de l'article 2279 est-elle la jurisprudence du Châtelet ou la fantaisie de Bourjon ?

Les doutes sur la réalité du brocard « possession vaut titre ».
 Nous écrivions que Bourjon est celui qui a créé le brocard « *possession vaut titre* » à partir de la jurisprudence du Châtelet à Paris (V. *supra*), dont il découle naturellement qu'il est une source de grande importance pour la compréhension du brocard et de l'article 2279. Toullier doute pourtant que le brocard « *possession vaut titre* » ait eu la signification en droit parisien que Bourjon lui attribue, c'est-à-dire une acquisition immédiate de la propriété par l'acquéreur *a non domino*³¹. C'est pertinent, parce qu'on pourrait alors y puiser un argument qu'on ne doit pas chercher le sens du brocard dans Bourjon mais dans les autres auteurs, qui exigent généralement une prescription acquisitive.

L'argument principal de Toullier est que Denisart – un contemporain de Bourjon, procureur au Châtelet et également auteur d'un important ouvrage de droit – ne semble pas connaître le brocard « *possession vaut titre* » : Denisart écrivait que « *la Coutume de Paris n'a point réglé, & je n'en connois point qui fixe le temps pendant lequel il faut posséder des meubles pour en acquérir la propriété. Nous tenons au Châtelet pour maxime certaine, que celui qui est en possession de meubles, bijoux & argent comptant, en est réputé propriétaire, s'il n'y a titre au contraire* ³² ». Mais il écrit également que le possesseur de biens meubles n'a besoin « *d'autre titre que sa possession*³³ », expression utilisée également dans le *Répertoire* de Guyot plus tard³⁴. C'est une tournure de phrase qui pourrait suggérer qu'on accepte le brocard « *possession vaut titre* » (qui ne s'applique

31 C. B. M. TOULLIER et J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français*, VII/2, Paris, Cotillon, 1847, p. 72-74, n° 109-116.

Une analyse critique de l'opinion de Toullier est faite par R.-Th. TROPLONG (adaptation par A. DELEBECQUE), *Commentaire sur la prescription*, p. 573-575, n° 1052-1059. Cette analyse démontre que Bourjon a été bel et bien la source d'inspiration de l'art. 2279, mais elle n'analyse pas si Bourjon avait raison d'affirmer que la possession vaut titre, ce que nous faisons.

32 J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, III, Paris, Desaint, 1766, V° « Prescription », p. 136.

33 *Ibid.*, V° « Meubles », p. 178.

34 G. GUYOT (éd.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, XXXIX, Paris, Panckoucke, 1780, V° « Meubles », p. 502.

qu'au possesseur de bonne foi), mais on pourrait également y voir une simple règle de preuve, portant que le possesseur ne doit pas prouver un juste titre en bonne et due forme. C'était une opinion assez répandue parmi ceux qui exigeaient une prescription acquisitive des meubles³⁵.

La doctrine du 18^e siècle. On doit en tout cas admettre que le brocard « *possession vaut titre* » est difficile à trouver dans la doctrine du 18^e siècle. Pothier l'ignore, bien qu'il plaidait pour ne pas soumettre les biens meubles corporels uniquement à l'usucapion trentenaire³⁶. Certains auteurs le mentionnent, mais font référence à Bourjon et ne sont donc pas des sources indépendantes (d'autant plus qu'ils ne semblent pas avoir pratiqué le droit à Paris³⁷).

Nous avons bien trouvé un auteur qui, en 1786, faisait référence au brocard « *possession vaut titre* » qu'il qualifiait de « *maxime connue* » sans mentionner Bourjon comme source (mais il ne mentionne aucune source), mais il semble en même temps dire que la possession n'est qu'une présomption de propriété³⁸. Pigeau, auteur d'un manuel de la procédure civile au Châtelet et avocat au Parlement de Paris, semble faire référence au brocard : « *pour être propriétaire d'une chose mobilière, il suffit de la possession (aussi dit-on à cet égard en Droit que possession vaut titre)*³⁹ ».

Cochin, avocat au Parlement de Paris, semble également favorable au brocard : « *Les meubles & autres effets de même qualité s'acquièrent par la seule tradition ; il ne faut point d'autre titre pour en être reconnu propriétaire, que la possession même ; ils passent de main en main dans le commerce, sans contrat & sans aucun acte par écrit ; en sorte que le possesseur, de sa part, n'a rien à justifier, & qu'il faudroit au contraire un titre bien clair & bien formel pour pouvoir le réclamer à*

35 V. : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, II/1, Paris, éd. Ernest Leroux, 1926, p. 116.

36 R. J. POTHIER, « Traité de la prescription qui résulte de la possession » in *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français* (dir. M. DUPIN), VIII, Paris, Béchet, 1825, p. 477, n° 202. Dans la mesure où nous pouvons le voir, Pothier ne semble pas avoir connu (ou du moins utilisé) l'œuvre de Bourjon.

37 Par ex. R.-J. VALIN, *Nouveau commentaire sur la coutume de La Rochelle et du Pays d'Aunis*, III, p. 240, n° 22 (l'auteur ne semble pas avoir été actif à Paris) ; P. B. BOUCHER, *Institutions commerciales, traitant de la jurisprudence marchande et des usages du négoce, d'après les anciennes et nouvelles lois*, Paris, Levrault frères, 1801, p. 590, n° 2449.

38 J. PEUCHET, *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, VI, Paris, Panckoucke, 1786, p. 25.

39 E. PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris*, I, Paris, Desaint, 1787, p. 117.

son préjudice⁴⁰ ». La mention du « titre bien clair & bien formel » est cependant inquiétante, car elle semble entrer en contradiction avec l'effet acquisitif de la possession⁴¹. En même temps, on doit bien admettre qu'un titre qui constitue le possesseur en détenteur au sens de l'article 2236 du Code civil ôte la protection donnée par l'article 2279 ; il n'y a pas de raison de supposer qu'il en était autrement dans l'Ancien droit.

La jurisprudence du 18^e siècle. La jurisprudence est également difficile à trouver⁴². Merlin de Douai, jurisconsulte de renom, fait référence à un cas jugé en 1777 par le Châtelet qui semble confirmer le brocard « possession vaut titre⁴³ ». Il s'agissait de tableaux qu'un duc anonyme avait laissés chez une actrice (selon elle, il s'agissait d'une donation), qui les avait vendus à un tiers. Le duc intentait une revendication contre le tiers et échoua.

En 1793, le tribunal du 6^e arrondissement de Paris invoque le brocard (sans référence à une source) pour décider dans une affaire de spoliation d'héritage⁴⁴. Le tribunal du 6^e arrondissement a probablement été la première juridiction à invoquer explicitement le brocard ; les cours et tribunaux de l'Ancien régime n'avaient pas d'obligation de motivation (qui n'a été introduite qu'en 1790) et s'interdisaient même de donner les motivations de leurs décisions au nom du secret du délibéré⁴⁵.

40 H. COCHIN, *Œuvres de feu M. Cochin*, III, Paris, Savoye, 1788, p. 58 (il s'agit de conclusions où Cochin représentait les enfants d'un marquis décédé contre les créiteurs de sa veuve. Il s'efforce à prouver que certains effets n'appartiennent pas à la veuve et ne peuvent donc pas être saisis par ses créiteurs). Le livre ne donne aucun renseignement sur l'arrêt de la Grande Chambre du Parlement (p. VII).

41 A.-F. GAYET, *Origine et portée de la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre. Étude sur la prescription mobilière*, p. 26, n° 14.

42 A. STAES, « Bezit en opeisching van roerende goederen », *Rechtsk. T.* 1939, p. 445 (qui raconte que Tournesac a fait des recherches dans plus que 20 répertoires de jurisprudence d'ancien droit sans y trouver une trace du brocard « possession vaut titre »).

43 Ph.-A. MERLIN DE DOUAI, *Questions de droit*, VI, Bruxelles, Tarlier, 1829, V° « Donation », p. 52.

44 Trib. Paris (6^e arrondissement), 27 février 1793, *Gazette des tribunaux*, 1795, vol. XII, p. 210 (cette page porte le n° 110 en raison d'une faute typographique). Le tribunal du 2^e arrondissement (dont le jugement fut l'objet d'un appel circulaire) avait également appliqué le brocard. Le rapporteur de la *Gazette des tribunaux* fait état d'une discussion sur les conditions d'application du brocard (possession, bonne foi), ce qui démontre qu'on applique là bel et bien le brocard et non seulement une règle de preuve.

45 J. GILISSEN et M. MAGITS, *Historische inleiding tot het recht*, II, *De bronnen van het recht in de Belgische gewesten sedert de dertiende eeuw*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 138 ; S. DAUCHY et V. DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans

Le Parlement de Paris. Le Parlement de Paris ne paraît pas avoir suivi le Châtelet et requiert la même prescription pour les meubles que pour les immeubles. Bourjon le confirme lui-même⁴⁶. Le Parlement a probablement choisi de suivre l'article 118 de la Coutume de Paris de 1580, qui édictait une prescription trentenaire pour « *un héritage, une rente ou autre chose prescriptible* », vu qu'il n'y a pas de règle spécifique pour les biens meubles en général (V. la citation de Denisart *supra*⁴⁷).

Conclusion. Bien qu'on puisse douter que le brocard « *possession vaut titre* » était « *universellement reconnu* », comme l'écrit Merlin de Douai⁴⁸, il semble bien que Bourjon ait donné une vue raisonnablement fidèle de la jurisprudence du Châtelet. Étant donné la réticence des cours et tribunaux français de l'Ancien régime à motiver leurs jugements (V. *supra*), il ne semble pas qu'on puisse pousser l'analyse beaucoup plus loin. Il faudrait déjà avoir la chance que des juges aient écrit la motivation d'un (ou plusieurs) jugement dans leurs papiers personnels, et qu'on récupère ces papiers⁴⁹. Par contre, on peut bien s'interroger si l'innovation du Châtelet faisait partie du droit coutumier parisien. Pothier et Denisart l'ignoraient, bien qu'ils soient des juristes compétents qui s'intéressaient à la coutume de Paris et à la question, controversée⁵⁰, de la protection de l'acquéreur de biens meubles corporels. Le Parlement s'inscrit en faux contre le brocard.

B. L'ancien droit : le point de départ du législateur

Introduction. Bourjon ne s'exprime pas sur le caractère corporel ou incorporel des biens meubles qui sont protégés par le brocard « *possession*

l'ancien droit : principe ou usage ? », *Revue Historique de Droit français et étranger* 2004, p. 171-188 ; S. DAUCHY, « L'arrestographie, science fort douteuse? », *Sartonia* 2010, p. 93-94.

46 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, Paris, Grangé, 1770, p. 1094, avec renvoi à B.-J. BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différens tribunaux du royaume*, Paris, Émery, 1718, p. 246 (même solution dans l'édition de 1783, p. 250).

47 Cette solution est préconisée par A.-F. GAYET, *Origine et portée de la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre. Étude sur la prescription mobilière*, p. 23, n° 11.

48 Ph.-A. MERLIN DE DOUAI, *Questions de droit*, V° « Donation », p. 51.

49 Il en existe des exemples en d'autres matières : S. DAUCHY, « L'arrestographie, science fort douteuse? », p. 93-94.

50 A.-F. GAYET, *Origine et portée de la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre. Étude sur la prescription mobilière*, p. 20-21, n° 9.

vaut titre⁵¹ ». Il ne parle que des « meubles », ce qui est un terme général⁵². Par contre, il expose les raisons pour le brocard « possession vaut titre » : « personne par rapport aux meubles, n'exige un titre qui soit tout ensemble justificatif & translatif de propriété, & sur ce chacun se confie & se contente de la possession ; elle est donc suffisante ». Ce raisonnement vaut manifestement pour les biens corporels, mais on doit s'interroger s'il vaut pour les biens incorporels.

La vente des choses incorporelles. Pour ce faire, la section sur « la vente des choses incorporelles » semble utile⁵³. Bourjon commence par évoquer que les biens incorporels peuvent être acquis tout aussi bien que les autres biens, sauf les droits litigieux dont le transport à certaines personnes est interdit. Il expose alors le régime du transport, mais – contrairement aux passages où a été puisé l'article 2279 – il insiste sur la nécessité que ce soit le « légitime propriétaire » qui doit opérer le transport : « par rapport aux droits incorporels, la simple possession du titre ne suffit pas, il faut droit & qualité pour pouvoir les céder, & qu'il y ait réellement transport pour opérer translation⁵⁴ ». Mais un peu plus loin il ajoute que la « mise en possession produit tous les effets d'une possession corporelle⁵⁵ ».

Interprétation. Quoiqu'un auteur utilise la première phrase de Bourjon comme argument contre l'inclusion des biens incorporels dans le champ d'application de l'article 2279⁵⁶, il semble difficile d'accepter cette proposition. Il y a notamment la deuxième phrase qui énonce que la possession des biens incorporels a tous les effets de la possession corporelle. En plus, la possession du titre d'une créance (ou d'un autre droit incorporel) peut aisément être comprise comme une référence à la possession de l'*instrumentum*, ce qui est tout autre chose que la possession de la créance : posséder l'*instrumentum*, c'est avoir un papier en main ; posséder la créance

51 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, Paris, Grangé, 1770, p. 145, p. 1094.

52 *Ibid.*, p. 132 ; R. J. POTHIER, « Traité des personnes et des choses » in *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français* (dir. M. DUPIN), V, Bruxelles, Tarlier, 1831, p. 204.

53 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, p. 464-466. Notons que Bourjon évoque souvent les billets à ordre dans cette section, mais qu'ils ne sont pas pertinents pour la présente contribution.

54 *Ibid.*, p. 465. C'est nous qui mettons en exergue.

55 *Ibid.*, p. 465.

56 D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, p. 120, n° 61.

veut dire qu'on reçoit les paiements et en général fait les actes de possession auxquels une créance se prête⁵⁷. Le fait qu'un moyen de preuve ne soit pas entre les mains du créancier ne lui ôte pas sa créance⁵⁸. Les règles sur la production de documents (actuellement reprises aux art. 877-882 Code judiciaire en Belgique et aux art. 138-142 CPC en France) le démontrent.

On peut encore y ajouter que techniquement, on doit également avoir « *droit et qualité* » (avoir le pouvoir de disposition) pour pouvoir céder un bien meuble corporel. Le brocard « *possession vaut titre* » n'abroge pas cette règle, mais l'adoucit en faveur de l'acquéreur de bonne foi. La vente de la chose d'autrui continue à être nulle (art. 1599 Code civil), elle peut obliger le vendeur à payer des dommages-intérêts (art. 1599 Code civil en ce qui concerne l'acheteur ; art. 1382 Code civil en ce qui concerne le propriétaire évincé). Le propriétaire d'un bien volé ou perdu peut même revendiquer son bien pendant 3 ans, malgré le fait qu'il ait été acquis par un acquéreur de bonne foi (art. 2279, al. 2 Code civil). Ces règles se retrouvent également chez Bourjon⁵⁹.

Mais d'un autre côté, on aperçoit que Bourjon met de toutes autres choses en exergue selon qu'il analyse les biens meubles corporels ou les biens meubles incorporels. Pour les biens meubles corporels, il tire chaque fois l'attention sur « *possession vaut titre* », sans donner beaucoup d'attention au besoin d'avoir le pouvoir de disposition pour pouvoir les transférer. Pour les biens meubles incorporels, il met en exergue la nécessité d'avoir « *droit et qualité* » pour pouvoir transférer la propriété, et son renvoi à « *possession vaut titre* » (la « *mise en possession produit tous les effets d'une possession corporelle* ») est beaucoup plus équivoque.

Conclusion. On doit constater que Bourjon excluait probablement les biens incorporels du champ d'application du futur article 2279. On peut pourtant s'interroger sur la fermeté de cette exclusion, tenant compte du fait que les biens incorporels que Bourjon connaissait (V. *infra* pour une exploration) ne se prêtaient pas à une circulation rapide et étaient relativement faciles à tracer, contrairement aux biens meubles corporels.

C. Les travaux préparatoires du Code civil

57 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXXII, Bruxelles, Bruylant, 1878, p. 577, n° 557.

58 Cass. b., 4 juin 1833, *Pas.* 1833, I, p. 110.

59 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, p. 484 (vente de la chose d'autrui), p. 1094 (revendication du bien volé).

Discussions au Conseil d'État. Les travaux préparatoires du Code civil (Code Napoléon), qui nous sont livrés par Fenet, par Locré et par Maleville, ne disent pas grande chose sur l'article 2279 tout court. Il n'a pas été discuté au Conseil d'État⁶⁰.

Discours au Corps législatif. Les discours dans lesquels sont exposés les motifs de ses propositions sont un peu plus développés. Goupil-Préfeln explique que les meubles « *se transmettent par la seule tradition* », dont suit le brocard « *possession vaut titre*⁶¹ ». C'est l'entière des développements pour l'article 2279, premier alinéa ; le deuxième alinéa et l'article 2280 reçoivent un exposé un peu plus long. Bigot-Prémeneu consacre des développements un peu plus longs à l'article 2279⁶². Il confirme que l'article 2279 existe en raison des problèmes d'avoir un titre fiable et prouvable pour les biens meubles.

Mais il donne également une indication quant au champ d'application de l'article 2279 : il écrit que « *le titre universel* » sur une universalité de meubles « *se conserve par les actions qui lui sont propres* ». Ce passage confirme l'exclusion d'une catégorie de biens incorporels du champ d'application de l'article 2279⁶³, mais il ne semble pas autorisé à en déduire davantage que ça. Il est clair de ses mots qu'il considère que l'article 2279 contient un mécanisme voisin des actions possessoires. Il pensait donc probablement que certains juristes essaieraient de protéger les universalités de meubles par le biais de l'article 2279, car les universalités de meubles bénéficiaient de la protection possessoire sous l'ancien droit, contrairement d'ailleurs aux biens meubles individuels⁶⁴.

60 F. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XV, Paris, Videcocq, 1836, p. 560 (simple mention de l'adoption de l'article) ; J.-G. LOCÉRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVI, Paris, Treuttel et Würtz, 1829, p. 534, n° 26.

61 J.-G. LOCÉRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVI, p. 598, n° 14.

62 *Ibid.*, p. 586-587, n° 44-45 ; F. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XV, p. 600.

63 La jurisprudence a confirmé cette exclusion. V. par ex. Cass. b., 11 octobre 1985, *Pas.* 1986, I, p. 150, *J. T.* 1986, p. 290, *R. W.* 1986-87, p. 453, obs., *T. Not.* 1986, p. 325, obs. F. Bouckaert.

64 Ordonnance civile de 1667, titre XVIII, art. I ; Coutume de Paris, art. 97 ; Coutume d'Orléans, art. 489 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, II, Paris, Grangé, 1770, p. 512 ; R. J. POTHIER, « *Traité de la possession* » in *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français* (dir. M. DUPIN), VIII, Paris, Béchet, 1825,

D. La définition du vol telle que connue par le législateur napoléonien

1. Introduction

L'utilité de la définition du vol. Le vol a toujours été une exception primordiale à la protection du possesseur de bonne foi, qu'on regarde Bourjon ou le texte de l'article 2279. La perte est une autre exception importante, mais elle est manifestement limitée aux biens corporels. Elle est la perte involontaire de la possession par force majeure ou par inadvertance⁶⁵. Cela n'est pas applicable aux biens incorporels. Un événement de force majeure ou une inadvertance pourraient faire perdre les titres (au sens d'*instrumentum*), mais non pas la qualité de propriétaire, qui ne dépend pas des titres. Certes, la perte du titre peut avoir le même effet pratique que la perte de la propriété (*idem est non esse et non probari*), mais le législateur a essayé d'y pallier (par ex. art. 1335 Code civil). On peut donc dire que les biens incorporels ont souvent, pour ainsi dire, leur assiette dans la personne de leur titulaire ou des parties.

Le vol est plus difficile à restreindre aux biens corporels. L'expansion législative récente du champ d'application de l'article 2279 à certains biens incorporels (V. *supra*) a provoqué une nouvelle définition du vol dans le cadre de l'article 2279, qui est également applicable aux biens meubles incorporels⁶⁶. On doit dès lors analyser quelle était la définition du vol que le législateur napoléonien avait en vue. Elle peut nous informer si le législateur pensait que les possesseurs des biens incorporels étaient également protégés : si le vol ne couvre, selon le législateur, pas les biens

p. 362, n° 93 ; J. VAN DE VOORDE et S. ZOLEA, « Quelles réponses à la décadence des actions possessoires? Une analyse comparative des droits français, belge et italien », *R.E.D.P.* 2018, p. 215, n° 17 (comp. p. 214, même n°, pour le droit italien qui a continué d'octroyer la protection possessoire aux universalités de meubles).

65 A. STAES, « Bezit en opeisching van roerende goederen (vervolg en slot) », p. 253-254 ; V. SAGAERT, J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY et R. JANSSEN, « Rechtspraakoverzicht zakenrecht (2000-2008) », *T. P. R.* 2009, p. 1708, n° 620.

66 L. VAN DEN STEEN, *De effectenrekening*, p. 578, n° 869.

meubles incorporels, il n’y aurait aucune exception en faveur du propriétaire de biens meubles incorporels dont le bien a été transféré contre son gré⁶⁷. Ça semble peu probable, vu le soin du législateur pour le propriétaire de biens meubles corporels.

2. Les définitions

a. L’Ancien droit (avant 1789)

Les définitions. Les travaux de Jousse et Muyart de Vouglans semblent avoir acquis un prestige à peu près égal à celui de la loi en Ancien droit⁶⁸. Quelles étaient alors leur définition du vol et leur opinion sur la possibilité de voler des biens incorporels ?

Jousse a donné une définition très précise du vol de l’Ancien droit⁶⁹ : « *On entend par vol toute soustraction et enlèvement frauduleux du bien d’autrui, dans le dessein de se l’approprier ou de s’en servir sans le consentement de celui à qui il appartient*⁷⁰ ». Il apparaît bien que Jousse a une conception très large du vol, car l’utilisation de faux poids ou de fausses mesures est un vol, tout comme le fait pour un créancier de demander un deuxième paiement quand il sait que le débiteur a perdu la preuve du premier paiement⁷¹. Il y ajoute encore le cas où quelqu’un se prétend mandataire du créancier et reçoit en cette qualité le paiement⁷². Ces cas semblent bien impliquer un vol d’un bien incorporel, mais on pourrait aisément y répondre que l’argent reçu n’est pas la même chose que la créance (en vertu du brocard « *qui paie mal, paie deux*

67 Cette voie de raisonnement a été empruntée par Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257, obs. A. Grün, *S.* 1836, I, col. 353, obs. L.-M. Devilleneuve.

68 M. PRÉVOST, *Introduction à l’étude du vol et de sa répression en France à la fin de l’Ancien régime (1724-1791)*, thèse doctorale, Université Paris 2, 1973, p. 5.

69 Il faut bien noter que le vocable « *vol* » recouvrait plutôt une diversité de délits qu’un délit unique qui pouvait être modifié par des circonstances : J.-M. CARBASSE (avec la collab. de P. VIELFAURE), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, P.U.F., 2014, p. 388-389, n° 194.

70 D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, IV, Paris, Debure, 1771, p. 166, n° 1.

71 *Ibid.*, p. 174, n° 16 et 17.

72 *Ibid.*, p. 174, n° 18.

fois » qui nous vient de Loysel⁷³, on pourrait même dire que la créance ne s'éteint pas).

Muyart de Vouglans, l'autre auteur important en droit pénal, s'approche de cette définition : « *Le vol est défini par les loix, une soustraction ou abus frauduleux que l'on sait de la chose d'autrui, en se l'appropriant contre son gré ; ou même en le privant de l'usage & de la possession qui lui en appartient, pour en faire son profit particulier, contre la prohibition du Droit des Gens*⁷⁴ ». Muyart de Vouglans ne s'exprime pas sur le caractère nécessairement corporel du bien volé, mais on peut déduire qu'il aurait refusé la possibilité du vol d'un bien incorporel. Il explique que les biens immeubles ne peuvent pas être volés en raison du fait que les immeubles ne sont point transportables d'un lieu à un autre, ce qui est nécessaire pour les enlever (et l'enlèvement est un élément essentiel du vol).

Certains autres auteurs, certes plus anciens, prennent bien le soin d'analyser les biens meubles incorporels. Nommons Le Brun de la Rochette et de Damhouder, qui excluent les biens meubles incorporels du champ d'application du vol⁷⁵. On peut même encore y ajouter Azon de Bologne, un des grands représentants de l'école des glossateurs⁷⁶. Les analyses sont toujours très brèves, ce qui suggère que ce n'était pas une matière qui prêtait à (grande) controverse. L'étude approfondie de Michel Prévost sur le vol à la fin de l'Ancien régime est d'ailleurs également très brève sur la question⁷⁷.

Le flou conceptuel du vol à cette période. Il faut bien encore noter que le vol de l'Ancien droit est une notion encore assez floue, même si des

73 V : H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999, p. 735-736.

74 P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le jeune, 1780, p. 278.

75 C. LE BRUN DE LA ROCHETTE, *Les procès civil et criminel*, Lyon, Rigaud, 1622, p. 25 (livre premier) ; J. DE DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, Anvers, Bellerus, 1601, p. 426 (ch. CXII, n° 8) et p. 427 (ch. CXII, n° 13) (notons que de Damhouder a été accusé de plagiat du travail de Filips Wielant : J. CUSTERS, « Heeft de befaamde Rechtsgeleerde De Damhoudere plagiaat gepleegd tegenover den befaamden Rechtsgeleerde Wielant? », *R. W.* 1932-33, col. 267-281) ; Y. BONGERT, *Histoire du droit pénal. Cours de Doctorat*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2012, p. 475-476, n° 345 ; M. PRÉVOST, *Introduction à l'étude du vol et de sa répression en France à la fin de l'Ancien régime (1724-1791)*, p. 23-24.

76 AZON DE BOLOGNE, *Summa Codicis*, 1482, livre 6, 2 (« *est autem furtum fraudulosa contractatio rei alienae mobilis corporalis, quae fit invito domino [...]* »).

77 M. PRÉVOST, *Introduction à l'étude du vol et de sa répression en France à la fin de l'Ancien régime (1724-1791)*, p. 23-24.

définitions à première vue précises en ont été données. Ce flou mène parfois à une différenciation des effets, que ce soit sur le plan pénal ou sur celui civil⁷⁸. Alors que le vol exclut la protection de l'acquéreur de bonne foi selon Bourjon⁷⁹, Valin (qui a reçu les idées de Bourjon pour la coutume de La Rochelle) écrit que l'abus d'un bien déposé par le dépositaire est certes « *naturellement un vol* », mais cela n'ôte pas la protection à l'acquéreur de bonne foi⁸⁰. Il présage de cette façon le refus de protéger le propriétaire qui s'est volontairement dessaisi du bien⁸¹.

b. Le Code pénal de 1791

Le matériel très restreint. Le Code pénal de 1791 ne contient (étrangement⁸²) pas de définition du vol, qu'il traite pourtant longuement dans les articles 1 à 28 de la section II du titre II de la deuxième partie. Lepeletier, l'auteur du Code de 1791, s'attarde quelque peu sur le vol dans son projet, mais uniquement pour mettre en exergue l'effet néfaste de peines manifestement disproportionnées (*in casu* la peine de mort pour les vols commis par les domestiques, qui était trop sévère et menait donc les victimes à simplement renvoyer le voleur sans le dénoncer, provoquant ainsi un sentiment d'impunité⁸³). Les travaux préparatoires du Code pénal de 1791 ne trahissent aucun débat sur la définition du vol ou sur les biens qui peuvent être volés⁸⁴. On peut en conclure que le Code pénal de 1791 reprend pour son compte la définition du vol de l'Ancien droit.

c. Le Code pénal de 1810

78 Pour le plan pénal : *ibid.*, p. 5.

79 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, p. 1094.

80 R.-J. VALIN, *Nouveau commentaire sur la coutume de La Rochelle et du Pays d'Aunis*, III, p. 240, n° 22. Il suit fidèlement Bourjon sur ce point : F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, II, p. 695.

81 Spécialement pour le dépôt : D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, p. 218-219, n° 116 *quater*.

82 Cela étonne parce que des « *incriminations précises* » étaient devenues importantes à la suite de l'article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme : P. LASCOURMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 129-130.

83 *Œuvres de Michel Lepeletier Saint-Fargeau*, Bruxelles, Lacrosse, 1826, p. 122.

84 *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, première série (1787 à 1799), vol. XXVII (du 6 juin au 5 juillet 1791), Paris, Dupont, 1887, p. 611-615 ; P. LASCOURMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, p. 139. La plupart des articles sur le vol a été adoptée sans discussion, selon les notes.

Définition brève expliquée par la doctrine. Le Code Pénal de 1810 édicte, dans son article 379, que « *Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol* ». Il ne s'exprime pas sur la question si le vol des biens incorporels est possible, et les travaux préparatoires n'y consacrent pas plus d'attention⁸⁵. La doctrine continue à restreindre la soustraction et donc le vol aux biens corporels. Merlin de Douai (procureur général à la Cour de cassation sous Napoléon) écrivait par exemple « *que le droit de gage n'est pas susceptible d'enlèvement ; qu'on ne peut ni toucher avec la main, ni par conséquent déplacer, un droit purement incorporel*⁸⁶ ». Cette opinion est partagée par d'autres auteurs raisonnablement proches du législateur napoléonien⁸⁷. Les auteurs actuels n'hésitent d'ailleurs pas à écrire que la restriction du vol aux biens corporels est traditionnelle⁸⁸.

3. La portée des définitions

La soustraction. Le vol est défini généralement comme une soustraction de la chose d'autrui. Qu'un bien incorporel puisse appartenir à autrui ne pose pas problème. La soustraction d'un bien incorporel est plus difficile à accepter. Il s'agit d'une perte de la possession qui est imposée à la victime du vol, au sens que sa coopération n'est pas requise⁸⁹. Les biens incorporels ne se prêtent pas à une perte de possession imposée et ne peuvent donc pas être volés.

La neutralité des textes quant au caractère (in)corporel du bien volé. On doit bien noter que le législateur n'a jamais, dans les codes analysés

85 J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XXXI, Paris, Treuttel et Würtz, 1832, p. 140, n° 2. Le législateur s'intéressait, dans le cadre des infractions contre les biens, plus au renforcement de la répression qu'à des questions d'ordres principales : P. LASCOURMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, p. 260.

86 Ph. A. MERLIN, *Questions de droit*, XVI, Bruxelles, Tarlier, 1830, V° « Vol » (§ 5), p. 407 (mise en exergue originale).

87 Ad. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, II, *Articles 265 à 484 du Code pénal*, Bruxelles, Meline, 1845, p. 333, n° 3153 ; J. F. C. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, II, Bruxelles, De Mat, 1835, p. 148, note de bas de page 1 ; J. B. J. PAILLIET, *Manuel de droit civil, commercial et criminel*, Bruxelles, Wahlen, 1842, p. 92, note de bas de page 2.

88 Par ex. W. JEANDIDIER, « Fasc. 20 – Vol », *J.-Cl. Pénal Code*, 2018, n° 20-27 ; S. ROYER, « De verbeurdverklaring in de digitale wereld », *N. C.*, 2004, p. 72-73, n° 51-52 ; F. LUGENTZ, « Les vols et les extorsions », p. 25.

89 Comp. J. VERSTRAETE, « Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht », col. 219-220, n° 6.

(contrairement à certains auteurs d'Ancien droit, *V. supra*), pris le soin de restreindre le vol aux biens corporels. C'est la définition de la soustraction qui exclut les biens incorporels du vol. On voit pourtant qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence modernes cherche à étendre la soustraction à certains biens incorporels, notamment l'information et les logiciels⁹⁰, en même temps que la notion de vol dans l'article 2279, alinéa 2 doit évoluer en raison des textes légaux qui (en Belgique) mettent un nombre de biens incorporels dans le champ d'application de l'article 2279⁹¹. Les titres dématérialisés et plus généralement les biens de compte (des biens qui existent par leur inscription en compte et qui sont donc transmis par un virement⁹²) sont un autre exemple de biens incorporels qui peuvent être volés. Il en existe même des exemples : des droits d'émission de CO₂ d'une valeur d'environ € 45 million ont été volés avant 2011 en Europe⁹³.

La conscience du législateur de la soustraction des (de certains) biens incorporels. On peut alors se demander si le législateur était conscient de la possibilité de soustraire certains biens incorporels et dès lors de les voler. S'il n'en était pas conscient, on peut bien accepter qu'il a à l'origine restreint l'article 2279 aux biens corporels, mais il y a une ouverture pour une interprétation évolutive. Notons que nous avons uniquement l'article 2279 en vue ; la question si on étend le domaine d'application du vol aux biens incorporels à juste titre est une question différente.

Il est indubitable que le législateur napoléonien était conscient de l'existence des biens incorporels, vu qu'il règle leur transport (artt. 1689-1701 C.civ.)⁹⁴. Mais existait-il des biens incorporels qu'on pouvait soustraire ? On peut en douter. Quels biens incorporels étaient connus en 1804⁹⁵ ? Il y

90 Cass. Lux., 11 janvier 2018, *J. L. M. B.* 2018, p. 1796 ; Anvers, 13 décembre 1984, *R. W.* 1985-86, col. 244 ; Corr. Flandre-Occidentale (div. Ypres), 27 juillet 2018, *N. j. W.* 2018, p. 747 ; F. LUGENTZ, « Les vols et les extorsions », p. 29 ; J. VERSTRAETE, « Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht », col. 215-230.

Le vol d'information n'est pas unanimement accepté. V. p. ex. *contra* Corr. Liège, 26 juin 1987, *J. L. M. B.* 1987, p. 1196, note ; B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, I, *Nature juridique*, p. 236-244.

91 L. VAN DEN STEEN, *De effectenrekening*, p. 578, n° 869.

92 V. : J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, p. 11, n° 36.

93 G. J. L. BERGERVOET et B. A. SCHUIJLING, « Gestolen CO₂-emissierechten », *N. T. B. R.* 2012, p. 5.

94 Comp. F. LUGENTZ, « Les vols et les extorsions », p. 29-30.

95 Comp. cette liste avec la liste donnée par C. DUPLESSIS, « Traité des droits incorporels » in *Traité de Mr Duplessis sur la Coutume de Paris*, Paris, Gosselin, 1709,

avait les créances, mais elles ne peuvent pas être soustraites car elles sont indépendantes de l'*instrumentum* dans lequel elles sont constatées. Leur appropriation ne change donc pas sans l'intervention du propriétaire de la créance (le créancier). Les créances incorporées dans un papier (V. *supra*) ne sont pas pertinentes en raison de leur assimilation avec les biens corporels. Les propriétés intellectuelles se développaient également en cette période⁹⁶. Elles tiennent à une qualité (le droit d'auteur) ou sont constituées par un acte de l'autorité qui désigne le titulaire, excluant de ce fait également la soustraction (même si une prise de possession unilatérale est techniquement possible et peut parfois mener à la prescription acquisitive⁹⁷). On peut douter si le fonds de commerce était connu ou du moins été accepté comme un bien incorporel, vu les difficultés qu'on avait avec l'usufruit d'un fonds de commerce⁹⁸. En tout cas, la soustraction d'un fonds de commerce s'imagine difficilement, certainement dans le contexte de petits commerçants (la clientèle étant attirée en bonne partie par la réputation du commerçant) qui était encore très important alors. Pendant l'Ancien régime, les offices (vénaux) étaient des biens incorporels très importants, mais la Révolution a abrogé la vénalité des offices⁹⁹. Même si elle ne l'avait pas fait, on doit bien admettre qu'il est difficile de concevoir comment un office peut être soustrait.

p. 138 (reprenant les créances, les propres conventionnels, les rentes et les offices ; nous joignons les rentes aux créances et ne reprenons pas les propres conventionnels).

- 96 B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, I, *Nature juridique*, p. 42-46.
- 97 Bordeaux, 30 novembre 1859, *Annales de la science et du droit commercial*, 1861, II, p. 495 ; Paris, 24 octobre 1908, *Annales de la propriété industrielle*, 1910, I, p. 136 ; Cass. fr., 24 janvier 1906, *D.* 1907, p. 65, obs. Ch. Claro.
- 98 F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, VI, Bruxelles, Bruylant, 1871, p. 526-528, n° 417 (qui explique qu'on avait, pendant un premier temps, tendance à qualifier l'usufruit d'un fonds de commerce comme un quasi-usufruit sur la marchandise).
- 99 7° décret du 11 août 1789, publié entre autres au *Journal des décrets de l'Assemblée nationale pour les habitants de campagne*, 1789, 119 : « *La vénalité des Offices de Judicature & de Municipalité est supprimée dès cet instant* » ; F. STEVENS, *Revolutie en notariaat. Antwerpen 1794-1814*, Assen, Van Gorcum, 1994, p. 68-69. La vénalité n'a pas été réintroduite en Belgique (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IV, *Les principaux contrats usuels. Première partie*, Bruxelles, Bruylant, 1951, p. 114, n° 79). En France, elle a été réintroduite en partie (art. 91 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances, *Bull.*, 1816, livr. 81, n° 623, p. 489, déclaré conforme à la Constitution par : Conseil constitutionnel, 21 novembre 2014, *J.O.R.F.*, 23 novembre 2014, p. 19.677, ECLI:FR:CC:2014:2014.429. QPC). Les titulaires d'un nombre d'offices (tels que les notaires, les huissiers de justice et certains greffiers) ont un droit de présentation, c'est-à-dire qu'ils peuvent indiquer à l'administration qui sera leur successeur, ce que l'administration accepte en principe. Le successeur achète pour ainsi dire la présentation. L'office lui-même est néanmoins

Ce n'est qu'au vingtième siècle que des biens incorporels se développent où une soustraction est envisageable. L'inscription de titres au porteur dans des comptes courants – technique qui se développerait plus tard en les titres dématérialisés, qui n'existent que par une inscription en compte – s'est développée surtout au 20^e siècle¹⁰⁰. Les programmes d'ordinateur sont également un développement du 20^e siècle. L'information était déjà importante au 19^e siècle (la divulgation de secrets de fabrique était déjà une infraction, art. 418 du Code pénal de 1810), mais il ne semble pas qu'on ait alors déjà élevé l'information au rang d'un bien (qualification d'ailleurs contestée encore aujourd'hui¹⁰¹).

E. Autres textes du Code civil

L'article 533 Code civil. On a parfois voulu voir dans l'article 533 du Code civil un guide pour l'interprétation de l'article 2279 : « *Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts, et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées ; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce*¹⁰² ». Cet article exclut les créances – les « *dettes actives* », pour reprendre l'expression désuète usitée par l'article 533 Code civil – de la catégorie des meubles, non seulement dans les dispositions de l'homme (tels que les ventes ou legs d'une maison avec les meubles), mais également dans les dispositions de la loi. L'article 2279 étant une disposition de la loi, les créances ne tombent pas dans son champ d'application. Cet argument est faible, car il mènerait à exclure un très grand nombre de biens corporels du champ d'application de l'article 2279, ce qui serait absurde¹⁰³.

hors du commerce (Ch. GLAUDE et N. CASAL, « Office public et ministériel », *J.-Cl. Encyclopédie des Huissiers de Justice*, 2014, n° 82), contrairement à l'Ancien droit.

100 J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 145-146, n° 159.

101 V. par ex. F. DUBUISSON, *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, p. 428-442, n° 791-820.

102 Grenoble, 15 avril 1845, *D.* 1846, II, p. 208.

103 D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, p. 118, n° 59 ; R.-Th. TROPLONG (adaptation par A. DELEBECQUE), *Commentaire sur la prescription*, p. 578, n° 1064 ; A.-F. GAYET, *Origine et portée de la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre. Étude sur la prescription mobilière*, p. 63-64, n° 35.

F. Conclusion sur le législateur

L'exclusion conforme à la volonté du législateur. Tous les éléments disponibles démontrent que le législateur n'avait pas l'intention d'inclure les biens incorporels dans le champ d'application de l'article 2279. Son point de départ consistait des travaux de François Bourjon, qui tend à exclure les biens incorporels du champ d'application du futur article 2279, même s'il y a quelque équivoque sur la question.

Les travaux préparatoires du Code civil sont très brefs sur la question. Ils excluent cependant expressément une catégorie des biens incorporels, c'est-à-dire les universalités. Ce choix est conscient, car les universalités bénéficiaient dans l'Ancien droit de la protection possessoire dont l'article 2279 reprend les fonctions. Cela étant dit, le législateur donne un critère pour le champ d'application de l'article 2279 : cet article protège les biens meubles qui circulent vite et dont il est difficile de tracer les transferts, en raison du fait qu'on ne dresse généralement pas d'acte constatant le transfert. Ledit critère semble pourtant avoir été oublié en partie, car il devrait exclure un nombre de biens corporels du champ d'application de l'article 2279, ce qu'on n'accepte pas.

L'article 2279 lui-même offre également des éléments d'interprétation de la volonté du législateur. La perte d'un bien incorporel est impossible. Le vol d'un bien incorporel a été considéré impossible jusqu'au développement pendant la deuxième moitié du 20^e siècle de nouveaux biens incorporels qui se prêtent à la soustraction frauduleuse, même si la question continue à être controversée. Il ne semble pas que le législateur ait pu en tenir compte en 1804.

Les autres textes du Code civil ne semblent pas apporter grande chose. On voit que l'article 533 Code civil est parfois avancé, mais cet article est généralement considéré comme une erreur législative, qui démontre bien la pertinence de l'adage romain *omnis definitio in jure civili est periculosa*¹⁰⁴.

La volonté du législateur n'est pas entièrement formée. Mais peut-on pour autant dire que le législateur voulait exclure (tous) les biens incorporels du champ d'application de l'article 2279 ? On peut en douter fortement, car nous avons vu qu'il ne connaissait que des biens incorporels

104 D. 50.17.202. Notons bien que la *definitio* de l'origine n'est pas notre définition mais une règle normative (« toute règle normative est dangereuse ») : A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 166-167. La « nouvelle » traduction peut être moins correcte pour savoir ce que pensaient les Romains, mais elle rend parfaitement compte d'une donnée vraie de notre monde.

qui ne peuvent pas être soustraits (*V. supra*). Les biens de compte – les effets dématérialisés – lui étaient inconnus, pour ne prendre qu'un exemple d'un bien incorporel qui pourrait être soustrait. Il a également évité d'exclure *expressis verbis* les biens incorporels du champ d'application de l'article 2279. Son critère est neutre quant au caractère corporel ou incorporel des biens, même s'il est bien plus rare pour les biens incorporels d'y répondre. Il faut donc constater que le législateur ne s'est pas prononcé avec assez de force pour clore le débat.

Paragraphe 2. Les raisons avancées pour l'exclusion des biens incorporels en doctrine et jurisprudence après 1804

Introduction. La doctrine et la jurisprudence ont reçu peu d'instructions expresses de la part du législateur (y compris de ses sources) quant au champ d'application de l'article 2279. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence n'est pas allée plus loin que le législateur et se limite à constater que les biens incorporels n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 2279¹⁰⁵. Une autre partie de la doctrine pousse l'analyse plus loin et offre plusieurs raisons. Même si elle ne parvient pas nécessairement à trouver la volonté du législateur, ses raisons pourraient être suffisamment convaincantes pour emporter l'adhésion. Notons encore que la définition du vol a été invoquée comme argument par la Cour de cassation française pour refuser l'application de l'article 2279 aux biens incorporels¹⁰⁶.

A. La traçabilité des biens incorporels vis-à-vis de l'intraçabilité des biens corporels

Exposé. Beaucoup d'auteurs expliquent que l'article 2279 vise à protéger les acquéreurs de biens capables d'être transférés par un simple acte matériel, sans aucune trace écrite, et dont il est dès lors généralement malaisé, voire impossible, que quelqu'un prouve son droit en remontant jusqu'à une acquisition originaire¹⁰⁷. Le législateur a explicitement fait

105 Par ex. Cass. b., 4 juin 1833, *Pas.* 1833, I, p. 110 ; Bruxelles, 10 juillet 1906, *B. J.* 1906, col. 1073 (*V.* surtout les motifs du premier juge, que la cour a adoptés) ; Bruxelles, 27 octobre 2010, *R. G. D. C.* 2011, p. 462 ; J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, I, p. 509, n° 595 ; Ch. AUBRY et Ch.-Fr. RAU, *Cours de droit civil français par C.-S. Zachariae*, I, Bruxelles, Hauman, 1847, p. 155, note de bas de page 3.

106 Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257, obs. A. Grün, *S.* 1836, I, col. 353, obs. L.-M. Devilleneuve.

107 A. GRÜN, obs. sous Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257 ; F. BOUCKAERT, « De rechten van de pandhoudende schuldeiser en van de chirografaire schuldeiser op de

référence aux difficultés de tracer les transferts des biens meubles corporels comme raison majeure pour l'article 2279¹⁰⁸.

Les biens incorporels sont par contre généralement¹⁰⁹ aisément traçables, ce qui veut dire qu'on peut facilement retracer les transferts jusqu'au moment de leur appropriation originaire (généralement leur création¹¹⁰)¹¹¹. Additionnellement, la transmission de la possession des biens incorporels doit généralement se faire d'une façon intellectuelle, impliquant généralement un écrit, car une mise en possession matérielle est nécessairement impossible¹¹². Même la transmission de la possession par l'autorisation de faire usage du bien incorporel – admis comme mode de livraison par l'article 1607 Code civil – nécessitera souvent un écrit, car les tiers ne pourraient autrement pas être convaincus du transfert.

handelszaak » (obs. sous Cass. b., 11 octobre 1985), *T. Not.* 1986, p. 333 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXXII, p. 580, n° 562 ; R. DEKKERS et E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht*, II, *Zakenrecht. Zekerbeden. Verjaring*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 92, n° 219-220 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Deuxième partie. Les biens. Première partie*, p. 906-907, n° 1037 ; H. LEDIEU, *De la règle En fait de meubles possession vaut titre*, Paris, Rousseau, 1897, p. 59 ; J. HANSENNE, *Les biens*, I, p. 239, n° 229 ; S. BOUFFLETTE, *La possession*, p. 122, n° 131 ; A. STAES, « Bezit en opeischung van roerende goederen », p. 531-532 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, Paris, Librairie Dalloz, 1914, p. 905 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, *Théorie générale du droit et des droits. Les personnes – la famille. La propriété et les autres droits réels principaux*, Paris, Sirey, 1938, p. 897, n° 1626 ; E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, I, Bruxelles, Bruylant, 1860, p. 834, n° 2087 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 146-147, n° 41 ; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, V, *Zakenrecht*, Anvers, Standaard Boekhandel, 1946, p. 73, n° 66, 3° ; V. MARCADÉ, *Commentaire-traité théorique et pratique de la prescription*, Paris, Cotillon, 1861, p. 253-254, n° 4.

108 J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVI, p. 586-587, n° 44.

109 Même pour les créances, exemples-type des biens traçables, on peut parfois avoir plus de problèmes : F. BÉRENGER, « La traçabilité des créances et des dettes », *R. R. J.* 2008, p. 105-155.

110 La création d'une créance est (également) un mode originaire d'acquérir la propriété de la créance : C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, p. 195-196, n° 176.

111 Grenoble, 15 avril 1845, *D.* 1846, II, p. 208 ; Paris, 23 mai 1901, *S.* 1905, II, p. 121, obs. A. Wahl ; A. GRÜN, obs. sous Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257 ; D. DE FOLLEVILLE et J. LONFIER, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, p. 121-122, n° 61.

112 Grenoble, 15 avril 1845, *D.* 1846, II, p. 208.

Appréciation. En soi, le fait que les biens incorporels soient traçables ne veut pas dire qu'ils doivent être exclus du champ d'application de l'article 2279. On voit en effet que des biens corporels traçables continuent à tomber dans le champ d'application de l'article 2279¹¹³, bien qu'on doive admettre que les exemples datent de longtemps après le Code civil et que la doctrine a déjà bien vite défendu que les navires – qu'on peut facilement tracer et qui étaient connus en 1804 – sont exclus du champ d'application de l'article 2279¹¹⁴.

A. Grün fait, en 1836, une remarque qui pourrait mieux cadrer la traçabilité : « *Mais si une personne a juste sujet de se croire propriétaire d'un meuble incorporel ; si, à l'égard des tiers, ses droits sont tellement apparens [sic] qu'il soit impossible d'en apercevoir ou d'en soupçonner le vice, dans ce cas, tout exceptionnel, peut-être serait-il trop rigoureux de laisser le cessionnaire de bonne foi sous le coup de l'éviction pendant trente ans*¹¹⁵ ». Il se place ainsi sur le plan de la bonne foi¹¹⁶. On pourrait alors continuer l'analyse : les biens incorporels sont en principe traçables, d'où il suit qu'un acquéreur a l'obligation de résultat de les tracer avant de les acquérir. Il en tire également la conséquence naturelle, c'est-à-dire que les biens incorporels ne sont pas nécessairement exclus du champ d'application de l'article 2279. Cela dépend de leurs caractéristiques. Nous avons autre-part démontré que certains biens incorporels ne sont pas suffisamment traçables ; l'analyse portait sur les biens de compte (notamment

113 Bruxelles, 27 octobre 2010, *R. G. D. C.* 2011, p. 462 (titres au porteur immobilisés, c'est-à-dire qui continuent à exister matériellement mais qui ont été mis dans un régime de fongibilité et qui sont inscrits en compte-titres) ; J. VAN DE VOORDE et N. CARETTE, « Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval? » in *Publiciteit in het zakenrecht* (dir. A. DE BOECK, V. SAGAERT et R. VAN RANSBEECK), Bruges, die Keure, 2015, p. 149-154, n° 161-168 (avions et voitures).

114 P. BRAVARD-VEYRIÈRES, *Manuel de droit commercial*, Paris, Joubert, 1840, p. 269 ; S. MONGALVY et A. GERMAIN, *Analyse raisonnée du Code de commerce*, I, Paris, Renard, 1824, p. 307-308. La Cour de cassation française a approuvé cette doctrine plus tard : Cass. fr., 18 janvier 1870, *D.* 1870, I, p. 127, note. *Contra* Bruxelles, 9 mai 1823, *Jurisprudence du XIX^e siècle*, IV, 1826, p. 66 (compte-rendu), *Pas.* 1823, II, p. 406 (compte-rendu).

115 A. GRÜN, obs. sous Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257. V. dans le même sens RODIÈRE, « *Jurisprudence de la Cour de cassation (du 1^{er} avril au 31 août 1836)* », *Revue de législation et de jurisprudence* 1837, vol. VI, p. 467.

116 Un écho de la bonne foi peut également être retrouvé dans Liège, 8 janvier 1848, *D.* 1848, II, p. 99 (l'acquéreuse a non domino d'une rente « *ne doit imputer qu'à elle seule la perte qu'elle éprouve, pour ne s'être pas enquis de la véritable condition* »).

les titres dématérialisés), ainsi que les monnaies girales et électroniques¹¹⁷. L'argument de la traçabilité est donc convaincant, même aujourd'hui, mais ne peut pas mener à exclure totalement les biens incorporels du champ d'application de l'article 2279¹¹⁸.

Critique jurisprudentielle de la théorie d'A. Grün. Notons bien que la Cour de cassation française semble avoir démenti l'opinion d'A. Grün¹¹⁹. Il s'agissait d'une rente sur l'État attribuée à titre d'indemnité pour des nationalisations, que l'administration avait attribuée à une personne qui n'y avait pas droit. Cette personne avait ensuite cédé ses droits à des tiers, contre lesquels le véritable propriétaire intentait une revendication. La cour d'appel de Dijon avait appliqué l'article 2279 en faveur des cessionnaires, vu qu'ils étaient de bonne foi et que le titre apparent était extrêmement convaincant. La Cour de cassation française cassa l'arrêt, considérant que la possession des créances n'était pas suffisamment corporelle pour justifier l'application de l'article 2279.

B. Les formalités nécessaires à la pleine efficacité du transfert des biens incorporels

Exposé. Le transfert de maints biens incorporels est soumis à des formalités de transfert, ce qui peut les éliminer du champ d'application de l'article 2279¹²⁰. Les créances sont réglées par l'article 1690 du Code civil ; les transferts des droits intellectuels (sauf quelques exceptions, dont le droit d'auteur est la plus importante) doivent être enregistrés dans un registre public qui ressemble au registre hypothécaire pour les immeubles et qui est tenu par l'Office belge de la Propriété intellectuelle ou par un homologue ;

117 J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, p. 304-307, n° 854-859. V. également W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, Paris, LGDJ, 2012, p. 539, n° 302.

118 RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation », *Revue de législation et de jurisprudence* 1834, vol. I, p. 156.

119 Cass. fr., 11 mars 1839, *D.* 1839, I, p. 117, *S.* 1839, I, col. 169.

120 Cass. fr., 7 février 1849, *D.* 1849, I, p. 41 (numéros de voitures de place à Paris) ; Liège, 8 janvier 1848, *D.* 1848, II, p. 99 (créances) ; Paris, 19 décembre 1871, *S.* 1871, II, p. 274 (créances) ; Paris, 4 juillet 1890, *D.* 1895, II, p. 421 (droit d'auteur ; la cour adopte les motifs du premier juge) ; H. LEDIEU, *De la règle En fait de meubles possession vaut titre*, p. 60-61 ; R.-Th. TROPLONG (adaptation par A. DELEBECQUE), *Commentaire sur la prescription*, p. 578, n° 1065 ; W. DROSS, « Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières », n° 99 ; A. STAES, « Bezit en opeisching van roerende goederen », p. 531 ; A. LE ROUX DE BRETAGNE, *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, II, Paris, Durand en Pedone-Lauriel, 1869, p. 319, n° 1328.

les effets nominatifs (actions, obligations...) doivent également être inscrits dans un registre. Les biens d'origine administrative – des autorisations et licences (de produire des produits dans un système de quota, de livrer certains services, de polluer...) qui peuvent être transférées et ont dès lors accédé à la qualité de bien¹²¹ – peuvent également avoir un régime qui leur est propre¹²².

Appréciation. La possession et l'inscription dans un registre public sont tous les deux des modes de publicité d'un acte juridique et du statut réel du bien¹²³. La possession est le mode de publicité de droit commun en droit des biens¹²⁴, d'où il suit qu'elle fait un pas en arrière quand une règle de publicité plus spécifique est présente (*specialia generalibus derogant*¹²⁵). En plus, l'article 2279 a pour but de protéger l'acquéreur de bonne foi contre les vices inconnus du titre de son prédécesseur ; les registres publics rendent ces vices connaissables et mènent donc à une obligation (plus ou moins étendue) de les consulter¹²⁶.

Mais il faut bien constater que les formalités de transfert ne sont pas toutes les mêmes. On a écrit que les formalités de l'article 1690 du Code civil ne sont pas pertinentes pour l'inclusion ou l'exclusion des créances du champ d'application de l'article 2279¹²⁷. En effet, les formalités de l'article 1690 sont d'un autre ordre que les formalités liées à un registre public. Un registre public informe de manière autoritative les tiers du statut réel d'un bien (c'est-à-dire qui est propriétaire, quels droits réels existent en faveur de qui...), ce qui veut généralement dire qu'un changement du statut réel ne devient opposable aux tiers qu'après l'enregistrement dans le registre public (généralement, les tiers doivent également remplir certaines conditions supplémentaires, dont la bonne foi et l'existence d'un droit concurrent sont

121 V. : M. E. STORME, « Onhandelbare gedachten over de toekomst van het verhandelbaar vermogensrecht », *D. A. O. R.* 1992, livr. 26, p. 149-152, n° 20-23.

122 Cass. fr., 7 février 1849, *D.* 1849, I, p. 41 (numéros de voitures de place à Paris).

123 J. VAN DE VOORDE et N. CARETTE, « Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval? », p. 53-54, n° 2-4.

124 *Ibid.*, p. 54, n° 3.

125 N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 114, n° 168.

126 J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, p. 493, n° 1394-1395.

127 Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, XIV, *Privilèges et Hypothèques (fin). Expropriation forcée – Ordre entre les créanciers. Prescription. Possession des meubles. Loi du 15 juillet 1872 sur les titres au porteur. Art. 2167 à 2281*, Paris, Pichon, 1902, p. 641, n° 509.

classiques¹²⁸). Les formalités de l'article 1690 ont une autre finalité. Elles visent la mise en possession de l'acquéreur, de façon que le débiteur cédé soit mis au courant de la cession et ne puisse plus payer dans les mains du créancier original¹²⁹. Elles ne visent pas à créer un système de publicité de même envergure que le registre hypothécaire pour les biens immeubles ou que les registres tenus par l'Office belge de la Propriété intellectuelle. Certes, l'article 1690 règle l'opposabilité aux tiers d'une opération juridique¹³⁰, mais il ne vise pas à garantir la connaissance par les tiers de cette opération juridique (encore moins dans le nouveau texte de la loi belge du 6 juillet 1994¹³¹), alors que cela est une fonction essentielle des registres publics.

C. L'impossibilité de posséder (réellement) les biens incorporels

Exposé. Certains auteurs et juges épinglent le problème de la possession des biens incorporels, qui serait impossible ou du moins pas « réelle¹³² ». Spécialement pour les droits de propriété intellectuelle, on épingle également le caractère ubiquitaire qui rendrait la possession inévitablement équivoque¹³³. Cette impossibilité de posséder les biens incorporels a pour effet inéluctable que l'article 2279 n'est pas applicable aux biens incorporels, une condition essentielle faisant défaut.

128 J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, p. 11-12, n° 39.

129 V. MALASSIGNÉ, *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation des biens par des titres en droit privé*, Paris, Dalloz, 2016, p. 178-187, n° 247-256.

130 R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 283, n° 277 ; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, p. 245, n° 223.

131 W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, p. 541, n° 302-4 ; V. MALASSIGNÉ, *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation des biens par des titres en droit privé*, p. 235, n° 310.

132 Cass. fr., 11 mars 1839, *D.* 1839, I, p. 117, *S.* 1839, I, col. 169 ; Cass. fr., 14 août 1840, *D.* 1840, I, p. 321, *S.* 1840, I, col. 753 ; Cass. b., 10 juillet 1890, *Pas.* 1890, I, p. 259 ; Liège, 8 janvier 1848, *D.* 1848, II, p. 99 ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, XIV, *Privilèges et Hypothèques (fin). Expropriation forcée – Ordre entre les créanciers. Prescription. Possession des meubles. Loi du 15 juillet 1872 sur les titres au porteur. Art. 2167 à 2281*, p. 641, n° 509 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXXII, p. 585, n° 567 ; W. DROSS, « Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières », n° 99 ; J. HANSENNE, *Les biens*, I, p. 239, n° 229 ; A. STAES, « Bezit en opeisching van roerende goederen », p. 532.

133 P. LECOCQ et A. PUTTEMANS, « Bien et immatériel en Belgique » in *L'immatériel*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 73.

La possession en général. La possession des biens incorporels a longtemps été controversée, même si maintenant, le législateur a confirmé qu'elle est possible (il a déclaré que certains biens incorporels tombent dans le champ d'application de l'article 2279, *V. supra*). La Cour de cassation belge a jugé dans les deux sens au 19^e siècle¹³⁴. Le législateur napoléonien, par contre, ne semble pas avoir été tellement hostile vis-à-vis de la possession des biens incorporels. Il a accepté qu'on puisse être propriétaire de biens incorporels¹³⁵. L'article 2228 fait explicitement référence à l'exercice d'un droit dans sa définition de la possession, ce qui est une confirmation de la possession de biens incorporels¹³⁶, même si l'on restreint cela aux droits réels (qui sont également incorporels¹³⁷). Il a également réglé la possession des créances à titre de propriétaire (art. 1240 Code civil) et à titre de gagiste (ancien art. 2075 Code civil).

La possession réelle et le caractère ubiquitaire de certains biens incorporels. Le manque de « *réalité* » de la possession est une critique plus sévère. En effet, les biens incorporels sont souvent ubiquitaires, ce qui veut dire qu'ils « *peuvent se concrétiser dans un nombre infini de substrats, au profit d'un nombre infini d'utilisateurs*¹³⁸ ». Ils se prêtent dès lors souvent à la possession *in solidum* (« *nevenbezit* » en néerlandais), c'est-à-dire une possession de plusieurs personnes qui possèdent un droit différent mais de même nature. On pourrait par exemple avoir deux personnes qui se disent auteurs d'une œuvre et dès lors titulaires du droit d'auteur, ou deux personnes qui ont fait la même invention (situation pas tellement rare dans l'histoire des sciences) et peuvent donc revendiquer un brevet d'invention.

134 Contre la possession des biens incorporels : Cass. b., 16 mai 1885, *Pas.* 1885, I, p. 165. En faveur de la possession des biens incorporels : Cass. b., 2 mars 1860, *Pas.* 1860, I, p. 92 (arrêt contre lequel était dirigé le pourvoi : Bruxelles, 14 juin 1858, *B. J.* 1859, col. 65, concl. HYNDERICK). *Adde* Königliches Obertribunal (Rheinischer Senat), 27 november 1858, *Rhein. Arch.*, 1858, II, p. 56 ; Bruxelles, 10 juillet 1906, *B. J.* 1906, col. 1073.

135 Par ex. art. 1980, 1982 (ancien) et 1983 C. civ. ; Königliches Obertribunal (Rheinischer Senat), 27 novembre 1858, *Rhein. Arch.*, 1858, II, p. 56 ; C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, p. 114-118, n° 104-107 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, V, Les principaux contrats usuels. Deuxième partie. Les biens. Première partie*, p. 535-537, n° 551-554 ; J. HANSENNE, *Les biens*, I, p. 32-34, n° 28.
Contra R. FELTKAMP, *De overdracht van schuldvorderingen*, p. 37-39, n° 36.

136 C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, p. 162-166, n° 145-147.

137 Cass. b., 16 mai 1885, *Pas.* 1885, I, p. 165.

138 B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, I, *Nature juridique*, p. 120.

Pour les biens corporels une telle possession *in solidum* est bien plus difficile (voire impossible) à concevoir : comment deux personnes pourraient-elles revendiquer et exercer en même temps la propriété exclusive d'un immeuble ? La possession *in solidum* est donc en principe interdite (ce qu'on atteint souvent en qualifiant cette possession comme nécessairement équivoque¹³⁹). L'interdiction de la possession *in solidum* ne peut cependant pas avoir la même force pour les biens incorporels ubiquitaires. Cela est raisonnablement clair pour les droits intellectuels, car il est déjà accepté que leur caractère exclusif peut s'atténuer¹⁴⁰. Et si la possession *in solidum* est possible pour les droits intellectuels, on ne pourrait pas l'exclure pour les autres biens incorporels qui sont ubiquitaires.

Que penser alors de l'opinion que la possession des biens incorporels est nécessairement équivoque ? Il faut toujours une analyse *in concreto* pour pouvoir décider qu'une possession est équivoque¹⁴¹. La doctrine et la jurisprudence citées analysent la possession des biens corporels, mais sur ce point, il n'y a pas de différence marquée entre les biens corporels et les biens incorporels : la possession d'un bien corporel peut parfaitement découler d'une grande multitude de titres complètement contradictoires (propriété, usufruit, bail, tolérance...). Si on appliquait aux biens corporels la rigueur qu'on veut appliquer aux biens incorporels, la possession des biens corporels serait également impossible.

Il faut donc bien accepter que la possession non viciée des biens incorporels, même ubiquitaires, est possible.

139 Trib. Bruges, 29 juin 1897, *Pand.pér.*, 1898, p. 688, n° de suite 1103-4 ; J.P. Bruxelles (II), 5 août 1852, *Cl. et B.* 1853-54, col. 940, obs. ; H. VUYE, *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1994, p. 46, n° 42 ; R. J. POTHIER, « Traité de la possession », p. 330, n° 15.

140 V. par ex. J. MUYLDERMANS, « Voorgebruik als geldige reden? » (note sous C.J.U.E., 6 février 2014, C-65/12, Red Bull), *I. R. D. I.* 2014, p. 568, n° 2.

141 Cass. b., 4 décembre 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, p. 448, *Pas.* 1987, I, p. 415, *R. W.* 1986-87, col. 2147 ; Trib. Courtrai, 18 septembre 1990, *T. Not.* 1994, p. 138, note (réformé en raison d'une autre appréciation des faits par Gand, 3 décembre 1993, *T. Not.* 1994, p. 134) ; A. HEYVAERT, « Bezit geeft verscheidene titels », p. 176-177 ; S. BOUFFLETTE, « En passant : qualités et vices de la possession » (obs. sous Cass. b., 14 novembre 2003), *J. L. M. B.* 2009, p. 1253 ; J. FACQ, « Over dubbelzinnige en onwaarschijnlijke handgiften », *T. Not.* 1993, p. 155, n° 18 ; M. MUYLLE, « Over troebele eigendomsaanspraken, louche verkopen en de merkwaaardige symbiose van kwade trouw en dubbelzinnigheid » (obs. sous Anvers, 11 janvier 2005), *R. G. D. C.* 2007, p. 109, n° 5 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété*, p. 121, n° 21.

L'opportunité d'une acquisition immédiate. Le fait qu'une possession non viciée des biens incorporels ubiquitaires soit possible, ne veut pas dire qu'il serait opportun de donner à cette possession tous les effets de la possession des biens corporels. Une acquisition immédiate par le possesseur de bonne foi des biens incorporels ubiquitaires impliquerait que même un propriétaire diligent ayant la possession pourrait perdre son droit ou du moins devrait souffrir la réduction de l'exclusivité de son droit. Cela est difficile à accepter.

On peut essayer de l'éviter par le biais du caractère « *réel* » que doit revêtir la possession pour être prise en compte pour l'article 2279. La possession est réelle quand elle avertit les tiers du transfert, de façon que par exemple un constitut possessoire (où le vendeur déclare détenir le bien pour l'acheteur, qui devient possesseur) ne suffit pas¹⁴². La possession d'un bien ubiquitaire ne donne pas la certitude nécessaire pour une possession réelle, dont il suit que l'article 2279 ne s'applique pas aux biens ubiquitaires.

Le caractère ubiquitaire n'est pas universel. Les biens incorporels ne sont pas tous ubiquitaires. Les créances, par exemple, sont plus exclusives car le débiteur refusera – en principe – de payer la même créance à deux personnes (sous réserve du cas où plusieurs personnes sont titulaires indivis de la créance).

Un autre exemple consiste dans les titres dématérialisés (et plus généralement les « *biens de compte*¹⁴³ »). Ils existent par une inscription sur un compte-titres et sont transférés par un jeu d'écritures. En principe, chaque titre dématérialisé doit être inscrit sur un seul compte-titres. Les comptes-titres sont ouverts chez un intermédiaire habilité, qui a également un compte-titres (dit « *compte courant* ») chez le dépositaire central (par ex. Euroclear). Le dépositaire central connaît le nombre total des titres dématérialisés et veille à ce que les comptes courants des intermédiaires habilités ne contiennent pas plus que ce nombre total. Les intermédiaires habilités ne peuvent pas inscrire plus de titres sur les comptes-titres individuels que le nombre qu'ils détiennent sur leur compte courant chez le dépositaire central. Les droits incorporés dans les titres dématérialisés sont en principe également exclusifs : on ne peut payer le même dividende

142 G. GALOPIN, *De la prescription*, p. 40, n° 102 ; J. VAN DE VOORDE et N. CARETTE, « Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval? », p. 76-77, n° 45.

143 D. MARTIN, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », p. 51, n° 21.

à plusieurs personnes, plusieurs personnes ne peuvent pas exercer le même droit de vote à une assemblée des actionnaires...

On ne peut donc pas utiliser le caractère ubiquitaire des biens incorporels comme raison pour les exclure du champ d'application de l'article 2279, car ce caractère n'est pas inéluctable.

Conclusion générale

L'exclusion est confirmée par la tradition, mais pas portée par des raisons toujours pertinentes. On peut confirmer que l'exclusion des biens incorporels du champ d'application de l'article 2279 répond à la pensée du législateur. Il ne s'est pas exprimé expressément sur la question (sauf en ce qui concerne les universalités de biens, qu'il exclut), mais tous les indices vont dans cette direction. Bourjon, source de l'article 2279, semble avoir exclu les biens incorporels. Les exceptions du deuxième alinéa de l'article 2279 sont écrites uniquement pour des biens corporels : la perte des biens incorporels est impossible et le vol de biens incorporels est même aujourd'hui encore une matière controversée, sans oublier que pendant très longtemps il était exclu.

La doctrine et la jurisprudence ont alors eu à motiver l'exclusion des biens incorporels du champ d'application de l'article 2279. Un nombre d'explications a été mis en avant. On commence par la traçabilité des biens incorporels, ce qui veut dire qu'on peut assez aisément savoir quel est leur statut réel (qui est leur propriétaire, quels transferts ont été faits...). Cette raison est bien réelle et pertinente, mais elle souffre du fait qu'on ne l'applique pas (ou du moins plus) pour les biens corporels. Or, si l'article 2279 ne protège que les biens peu traçables, on devrait également exclure un nombre de biens corporels de son champ d'application (par ex. les avions en droit belge), ce qu'on ne fait pas. On doit encore y ajouter que certains biens incorporels, dont les biens de compte (tels que les titres dématérialisés) sont un exemple important, sont tout aussi difficiles à tracer que des biens corporels. La traçabilité des biens incorporels n'est alors plus une raison pertinente et convaincante. Notons bien que le législateur belge a intervenu pour rendre applicable l'article 2279 dans un nombre de tels cas (*V. supra*).

Il y a alors les formalités nécessaires à la pleine efficacité du transfert des biens. Certains biens incorporels sont en effet des biens d'enregistrement, ce qui exclut l'application de l'article 2279. Mais pas tous les biens incorporels sont soumis à des formalités de nature à exclure l'article 2279. Le droit

d'auteur en est un exemple. Il faut donc une analyse cas par cas. Cette raison n'est donc pas toujours pertinente.

On peut également épingle le problème de la possession réelle des biens incorporels. La possibilité d'une possession des biens incorporels a été niée, à tort. La possession réelle, qui informe les tiers du transfert, est plus difficile. Il y a beaucoup de biens incorporels qui sont ubiquitaires et où la possession n'est donc pas assez forte, assez convaincante, pour lui donner des effets tellement importants telle que l'acquisition immédiate. Mais l'ubiquité n'est pas une qualité essentielle des biens incorporels ; des créances et des biens de compte ne sont généralement pas ubiquiste, pour ne prendre que ces exemples. On doit de nouveau constater que cette raison n'est pas toujours pertinente.

On doit dès lors constater que l'exclusion des biens incorporels du champ d'application de l'article 2279 ne peut être une exclusion absolue. Aucune des raisons avancées est pertinente pour tous les biens incorporels.

Une amusette pour terminer : une comparaison avec la bonne foi.

Le laconisme de l'article 2279 n'est nullement restreint aux types de meubles qui tombent dans son champ d'application. On voit que l'exigence de la bonne foi n'apparaît pas non plus dans le texte de l'article 2279 (sous réserve, en Belgique, de l'alinéa 3). A-t-on alors besoin d'une analyse aussi poussée que celle que nous venons de faire ? La doctrine traditionnelle fait référence à l'article 1141 du Code civil, qui mentionne explicitement la bonne foi comme condition et qu'on considère (à tort) comme une application de l'article 2279¹⁴⁴.

On pourrait alors également décider de faire appel à la tradition¹⁴⁵. Bourjon fait plusieurs fois référence à la bonne foi¹⁴⁶. Le législateur exige

144 V. les références citées et l'analyse faite dans J. VAN DE VOORDE et N. CARETTE, « Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval? », p. 106-107, n° 94.

145 Une autre solution est l'interprétation par analogie : les dispositions qui règlent la protection des tiers par la publicité exigent généralement la bonne foi de la personne protégée. Il serait étrange que l'art. 2279 ne l'exige pas, car il n'y a pas de raison de ne pas l'exiger (contrairement au régime des hypothèques, où la publicité est également essentielle pour fixer le rang et où la bonne foi n'est donc pas requise, art. 81 L. Hyp.). V. : J. VAN DE VOORDE et N. CARETTE, « Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval? », p. 107, n° 94.

146 F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, Paris, Grangé, 1770, p. 145, p. 459 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, II, Paris, Grangé, 1770, p. 695.

également la bonne foi, peut-on déduire du récit de Maleville, un des

rédacteurs du Code civil : il fait une distinction entre le voleur (qui doit

posséder pendant 30 ans pour prescrire) et l'acheteur qui a acquis de bonne

foi du voleur, qui doit posséder pendant 3 ans¹⁴⁷.

147 J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, IV, Paris, Garnery, 1805, p. 406-407. Notons que le délai de 3 ans est actuellement considéré comme un délai préfixe (Liège, 27 juin 2001, *J. T.* 2001, p. 797 ; R. DEKKERS et E. DIRIX, *Handboek burgerlijk recht*, II, *Zakenrecht. Zekerheden. Verjaring*, p. 102, n° 240), non comme une prescription.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, traités et manuels

- ARNTZ E., *Cours de droit civil français*, I, Bruxelles, Bruylant, 1860.
- AUBRY Ch. et RAU Ch.-Fr., *Cours de droit civil français par C.-S. Zachariae*, I, Bruxelles, Hauman, 1847.
- BONGERT Y., *Histoire du droit pénal. Cours de Doctorat*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2012.
- BONNECASE J., *Précis de droit civil*, I, Paris, Rousseau, 1938.
- BOURJON F., *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, I, Paris, Grangé, 1747 et 1770.
- BRAVARD-VEYRIÈRES P., *Manuel de droit commercial*, Paris, Joubert, 1840.
- CARNOT J. F. C., *Commentaire sur le Code pénal*, II, Bruxelles, De Mat, 1835.
- CHAUVEAU Ad. et HÉLIE F., *Théorie du Code pénal*, II, *Articles 265 à 484 du Code pénal*, Bruxelles, Meline, 1845.
- DE DAMHOUDER J., *Praxis rerum criminalium*, Anvers, Bellerus, 1601.
- DE PAGE H. et DEKKERS R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels. Deuxième partie. Les biens. Première partie*, Bruxelles, Bruylant, 1952.
- DEKKERS R. et DIRIX E., *Handboek burgerlijk recht*, II, *Zakenrecht. Zekerheden. Verjaring*, Anvers, Intersentia, 2005.
- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, A. Rousseau, 1911.
- DENISART J.-B., *Collection de décisions nouvelles*, III, Paris, Desaint, 1766.
- FENET F. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XV, Paris, Videocq, 1836.
- GALOPIN G. et WILLE M., *Les biens, la propriété et les servitudes*, Liège, Vaillant-Carmann, 1932.
- GILISSEN J. et MAGITS M., *Historische inleiding tot het recht*, II, *De bronnen van het recht in de Belgische gewesten sedert de dertiende eeuw*, Anvers, Kluwer, 1989.
- HANSENNE J., *Les biens*, I, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1996.
- HUC Th., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, XIV, *Privilèges et Hypothèques (fin). Expropriation forcée – Ordre entre les créanciers. Prescription. Possession des meubles. Loi du 15 juillet 1872 sur les titres au porteur. Art. 2167 à 2281*, Paris, Pichon, 1902.

- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, I, *Théorie générale du droit et des droits. Les personnes – la famille. La propriété et les autres droits réels réels principaux*, Paris, Sirey, 1938.
- JOUSSE D., *Traité de la justice criminelle de France*, IV, Paris, Debure, 1771.
- KLUYSKENS A., *Beginselen van burgerlijk recht*, V, *Zakenrecht*, Anvers, Standaard Boekhandel, 1946.
- LASCOUMES P., PONCELA P. et LENOËL P., *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.
- LAURENT F., *Principes de droit civil français*, XXXII, Bruxelles, Bruylant, 1878.
- LAURENT F., *Principes de droit civil français*, VI, Bruxelles, Bruylant, 1871.
- LECOCQ P., *Manuel de droit des biens*, I, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- LOCRÉ J.-G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVI, Paris, Treuttel et Würtz, 1829.
- MARCADÉ V., *Commentaire-traité théorique et pratique de la prescription*, Paris, Cotillon, 1861.
- MERLIN DE DOUAI Ph.-A., *Questions de droit*, VI, Bruxelles, Tarlier, 1829.
- MONGALVY S. et GERMAIN A., *Analyse raisonnée du Code de commerce*, I, Paris, Renard, 1824.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F., *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le jeune, 1780.
- PEUCHET J., *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, VI, Paris, Panckoucke, 1786.
- ROLAND H. et BOYER L., *Adages du droit français*, Paris, Litec, 1999.
- SAGAERT V., « Goederenrecht » in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014.
- TOULLIER C. B. M. et DUVERGIER J.-B., *Le droit civil français*, VII/2, Paris, Cotillon, 1847.
- VALIN R.-J., *Nouveau commentaire sur la coutume de La Rochelle et du Pays d'Aunis*, III, La Rochelle, Desbordes, 1756.
- VAN NESTE F., *Zakenrecht. Boek I. Goederen, bezit en eigendom*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990.
- VAN RYN J. et HEENEN J., *Principes de droit commercial*, III, Bruxelles, Bruylant, 1981.

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

- BOUCHER P. B. *Institutions commerciales, traitant de la jurisprudence marchande et des usages du négoce, d'après les anciennes et nouvelles lois*, Paris, Levraut frères, 1801.
- BOUFFLETTE S., *La possession*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- BRILLON P. J., *Dictionnaire des arrêts*, I, Paris, Cavelier, 1727.
- DE FERRIÈRE C. J., *Nouvelle introduction à la pratique*, I, Paris, Brunet, 1724.
- DE FOLLEVILLE D. et LONFIER J., *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, Paris, Marescq, 1875.
- DEL CORRAL J., *De leveringsplicht bij de overdracht van roerende lichamelijke goederen*, Anvers, Intersentia, 2013.
- DEWITTE E., *Feitelijke algemeenheden in het privaatrecht*, Anvers, Intersentia, 2017.
- DROSS W., *Droit civil. Les choses*, Paris, LGDJ, 2012.
- DUBUISSON F., *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, thèse doctorale, Université Libre de Bruxelles, 2004-05.
- DUPLESSIS C., « Traité des droits incorporels » in *Traité de Mr Duplessis sur la Coutume de Paris*, Paris, Gosselin, 1709.
- FELTKAMP R., *De overdracht van schuldvorderingen*, Anvers, Intersentia, 2005.
- GALOPIN G., *De la prescription*, Namur, Godenne, 1899.
- GAYET A.-F., *Origine et portée de la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre. Étude sur la prescription mobilière*, Grenoble, Maisonville, 1863.
- LE ROUX DE BRETAGNE A., *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, II, Paris, Durand en Pedone-Lauriel, 1869.
- LEBON C., *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Anvers, Intersentia, 2010.
- LEDIEU H., *De la règle En fait de meubles possession vaut titre*, Paris, Rousseau, 1897.
- LUGENTZ F., « Les vols et les extorsions » in *Les infractions*, I, *Les infractions contre les biens*, Bruxelles, Larcier, 2016.
- MALASSIGNÉ V., *Les titres représentatifs. Essai sur la représentation des biens par des titres en droit privé*, Paris, Dalloz, 2016.
- MARTINAGE-BARANGER R., *Bourjon et le Code civil*, Paris, Éditions Klincksieck, 1971.
- POTHIER R. J., « Traité de la prescription qui résulte de la possession » in *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français* (dir. DUPIN M.), VIII, Paris, Béchét, 1825.

PRÉVOST M., *Introduction à l'étude du vol et de sa répression en France à la fin de l'Ancien régime (1724-1791)*, thèse doctorale Université Paris 2, 1973.

SCHMITZ F., *Die Umstellung von Inhaber- auf Namensaktien durch deutsche Aktiengesellschaften. Gründe und Rechtsprobleme der aktuellen Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung des NaStraG*, Berlin, Tenea, 2002.

TROPLONG R.-Th. (adapt at ion par DELEBECQUE A.), *Commentaire sur la prescription*, Bruxelles, Meline, 1843.

VAN DE VOORDE J., *De verkrijgende verjaring*, Bruges, die Keure, 2019.

VAN DEN STEEN L., *De effectenrekening*, Anvers, Intersentia, 2009.

VANBRABANT B., *La propriété intellectuelle*, I, *Nature juridique*, Bruxelles, Larcier, 2016.

VUYE H., *Bezit en bezitsbescherming van onroerende goederen en onroerende rechten*, Bruges, die Keure, 1994.

Articles et chroniques

BÉRENGER F., « La traçabilité des créances et des dettes », *R. R. J.* 2008, p. 105-155.

BERGERVOET G.J.L. et SCHUIJLING B.A., « Gestolen CO₂-emissierechten », *N. T. B. R.* 2012, p. 5-7.

BODDAERT C., « Commentaar bij art. 7 K.B. nr. 62 van 10 november 1967 » *in Comm. fn.*, Malines, Kluwer, 2006, sans pagination.

BOUFFLETTE S., « La possession en matière mobilière et l'article 2279 du Code civil », *R. G. D. C.* 2007, p. 75-87.

DAUCHY S., « L'arrestographie, science fort douteuse? », *Sartonia* 2010, p. 87-99.

DROSS W., « Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières », *J.-Cl. Civil*, 2013.

FACQ J., « Over dubbelzinnige en onwaarschijnlijke handgiften », *T. Not.* 1993, p. 139-163.

GEIREGAT S., « Eigendom op bitcoins », *R. W.* 2017-18, p. 1043-1049.

GRANDI M., « Le “choses communes” e l'art. 714 “Code Napoléon” », *Rivista critica del diritto privato* 2013, p. 217-252.

GUEBS F., « Les droits afférents à des instruments financiers », *R. P. S.* 2007, p. 291-371.

HEYVAERT A., « Bezit geeft verscheidene titels », *T. P. R.* 1983, p. 169-195.

- KOKELENBERG J., VAN SINAY Th. et VUYE, H., « Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1994-2000) », *T. P. R.* 2001, p. 837-1199.
- MARTIN D., « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, p. 47-52.
- RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation », *Revue de législation et de jurisprudence* 1834, vol. I, p. 147-157.
- RODIÈRE, « Jurisprudence de la Cour de cassation (Du 1^{er} avril au 31 août 1836.) », *Revue de législation et de jurisprudence* 1837, vol. VI, p. 452-470.
- SAGAERT V., KOKELENBERG J., VAN SINAY Th. et JANSEN R., « Rechtspraakoverzicht zakenrecht (2000-2008) », *T. P. R.* 2009, p. 1113-1721.
- SAVATIER R., « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331-360.
- STAESA., « Beziten opeisching van roerende goederen », *Rechtsk. T.* 1939, p. 436-474, 531-543.
- VAN DE VOORDE J. et CARETTE N., « Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval? » in *Publiciteit in het zakenrecht* (dir. DE BOECK A., SAGAERT V. et VAN RANSBEECK R.), Bruges, die Keure, 2015, p. 51-159.
- VAN DE VOORDE J. et ZOLEA S., « Quelles réponses à la décadence des actions possessoires ? Une analyse comparative des droits français, belge et italien », *R. E. D. P.* 2018, p. 197-226.
- VANWYNSBERGHE M., « Bitcoin heeft het op de grenzen van het goederenrecht gemunt », *R. W.* 2014-15, p. 1442.
- VERSTRAETE J., « Diefstal van computergegevens: revolutie in het strafrecht », *R. W.* 1985-86, col. 215-230.

Notes, observations et commentaires

- BOUCKAERT F., « De rechten van de pandhoudende schuldeiser en van de chirografaire schuldeiser op de handelszaak » (obs. sous Cass. b., 11 octobre 1985), *T. Not.* 1986, p. 332-334.
- DEVILLENEUVE L.-M., obs. sous Cass. fr., 4 mai 1836, *S.* 1836, I, col. 363.
- GRÜN A., obs. sous Cass. fr., 4 mai 1836, *D.* 1836, I, p. 257.
- MUYLLE M., « Over troebele eigendomsaanspraken, louche verkopen en de merkwaardige symbiose van kwade trouw en dubbelzinnigheid » (obs. sous Anvers, 11 janvier 2005), *R. G. D. C.* 2007, p. 108-109.
- VAN DEN STEEN L., « De verbeurdverklaring van goederen die aan een derde (of was het een verdachte?) toebehoren » (obs. sous Cass. b., 4 mars 2014), *R. W.* 2015-16, p. 692-696.

Violences sexuelles dans le cadre des conflits armés : L'engagement international en faveur d'une protection de la dignité des victimes / Sexual Violence in Armed Conflicts: The International Commitment to Protect Victims' Dignity

Marianne Hanna, Docteur en droit, Maître de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences politiques de l'USEK

Abstract

Respect for human dignity presupposes that everyone can be recognized as having the right to defend it and to demand its protection. Indeed, every individual has the right to be protected against degrading treatment and against any attack on their dignity. However, it is women who are particularly victims of prejudice, violence and marginalization whether in peacetime or in wartime. They are, in fact, exposed to all kinds of violence and their dignity is even more flouted when they are victims of sexual violence perpetrated in situations of armed conflict. It was therefore essential that all violence against women be prohibited within national societies but also at the international level. This need has resulted in the establishment of a multitude of conventional instruments that condemn violence in general and that targeting women in particular, regardless of the context in which this violence occurs and the form it can take. Moreover, the majority of States decided to ensure that such acts are prevented and that the prevalent impunity is combated; this by adopting measures going so far as to consider, in certain situations, such as international crimes the perpetrators of which should be brought before international criminal courts.

La dignité est une notion fondamentalement philosophique, à dimension morale, considérée comme étant complexe¹ et polysémique². C'est un principe « *éthico-juridique*³ ». Devenue avec le temps un contenant pour une vaste gamme d'idées politiques, sociales et religieuses, la dignité est difficile à cerner. Néanmoins, même si le terme est ambigu, il n'existe aujourd'hui aucun texte juridique ou philosophique où la dignité ne soit acceptée, voire proclamée comme valeur globale de la nature humaine.

La dignité est un concept récemment inséré dans le langage juridique. Il apparaît dans des domaines aussi divers que le droit administratif, social, pénal, international ou constitutionnel. C'est d'ailleurs dans ces deux derniers domaines que la notion jusqu'alors philosophique fait ses premières apparitions en droit. Le premier texte constitutionnel qui introduit ce mot est le *Grundgesetz* allemand. En 1949, la Loi fondamentale de l'Allemagne fédérale, juste sortie de la deuxième guerre et de la dictature hitlérienne, affirme solennellement que la dignité de l'être humain est intangible⁴. Cette proclamation est précédée par la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui considère que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits⁵. Ainsi, la dignité est devenue une qualité propre à la condition humaine, un attribut substantiel de la qualité de l'homme, de son essence.

Tous les hommes partagent donc une dignité inviolable, sont libres et égaux et possèdent des droits inaliénables. Par conséquent, il est possible d'avancer que les droits humains dérivent de la dignité intrinsèque de la personne humaine⁶ et que l'individu a le droit à être protégé contre un traitement dégradant et contre l'offense à sa dignité personnelle. D'ailleurs,

1 V. GIMENO-CABRERA, *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, t. 123, p. 5.

2 *Ibid.*, p. 80 ; concernant les différents sens attribués à la dignité, V. : C. M. MAZZONI, « Dignité et droits humains », in *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. B. FEUILLET-LIGER et K. ORFALI), Bruylant, 2016, p. 176-181.

3 O. CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 30 janvier 2003.

4 Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 23 mai 1949, art. 1.

5 Déclaration universelle des Droits de l'Homme, 10 déc. 1948, art. 1.

6 Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Assemblée générale des Nations Unies, résolution 2200 A (XXI) du 16 déc. 1966, préambule ; Conférence mondiale sur les Droits de l'Homme, déclaration et programme d'action de Vienne, A/CONF.157/23, 25 juin 1993, préambule.

« [l]e respect de la dignité humaine suppose que l'on puisse reconnaître à chacun le droit de la défendre et d'exiger sa protection⁷ ». La dignité serait alors considérée comme un fondement du droit international des Droits de l'Homme⁸⁸. En effet, le processus d'intégration des Droits de l'Homme dans un système juridique international permet de mettre en lumière la notion de dignité comme principe juridique fondateur. Les systèmes juridiques nationaux sont construits autour de l'individu, sujet de droit originaire. Ce n'est de toute évidence pas le cas pour l'ordre juridique international, lequel régit principalement les rapports entre les États.

Avec l'émergence du droit international des Droits de l'Homme, une sorte de « révolution » s'est produite ; des normes d'un genre nouveau ont été édictées, puisque leurs destinataires sont des individus et non des États, mais surtout parce que l'individu « y est perçu en lui-même, en raison de ses caractères inhérents, de personne humaine⁹ ». Il s'agit ici d'une référence évidente à la notion de dignité. Depuis lors, la dignité humaine est consacrée comme « valeur fondamentale ». Le nombre de conventions internationales relatives à la protection des Droits de l'Homme s'est développé dans le but de protéger cette dignité à travers la proclamation de droits. La dignité de la personne humaine apparaît alors comme étant la justification de la proclamation et de la protection des Droits de l'Homme. Sa reconnaissance est estimée comme un des « fondement[s] de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde¹⁰ ». Cependant, la « dignité » reste toujours insaisissable. Il n'existe de nos jours aucune définition claire du terme ; ses significations se sont diversifiées historiquement.

En raison de cette dimension relativement indéterminée de la notion de dignité, il convient donc de limiter le cadre de cette réflexion à la dignité entendue comme respect de la qualité d'homme de chacun. « Tous les hommes ont le même droit d'être traités avec respect ; et la dignité consiste justement en ce

7 D. CHAGNOLLAUD et G. DRAGO, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Dictionnaires Dalloz, 2010, V° « dignité ».

8 K. NERI, « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux Droits de l'Homme ou nouveau droit substantiel ? », in *Nouveaux Droits de l'Homme et internationalisation du droit* (dir. S. DOUMBÉBILLÉ), Bruylant, 2012, p. 55.

9 P. M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2004, p. 414, cité in K. NERI, « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux Droits de l'Homme ou nouveau droit substantiel ? », p. 58.

10 Déclaration universelle des Droits de l'Homme, préambule.

que chacun attend de la société où il vit et œuvre¹¹ ». Dès lors, il serait primordial de souligner que les atteintes portées à la dignité d'une personne sont des atteintes au respect que cette personne humaine mérite. Évidemment, les atteintes à la dignité concernent tout autant les hommes que les femmes. Cependant, notre étude ne retiendra que les atteintes auxquelles s'exposent les femmes étant donné qu'elles constituent une catégorie vulnérable¹² de la société à laquelle doit être apportée une attention particulière. D'autant plus que leur dignité est bafouée davantage lorsqu'elles sont en proie à des violences sexuelles perpétrées dans des situations de conflits armés qui sont « en soi une violation des plus fondamentaux des Droits de l'Homme¹³ » (paragraphe 1). En effet, « si les femmes sont déjà victimes de préjugés, de violence et de marginalisation pendant la période de paix, le conflit armé viendra exacerber la situation et laissera libre cours à la commission de crimes contre elles en toute impunité¹⁴ ». Les conflits armés sont un terrain propice à la commission de tout genre de violence mais surtout sexuelle lorsqu'il s'agit de femmes. Il serait alors nécessaire de faire en sorte de traduire les auteurs de ces actes criminels devant des tribunaux pénaux internationaux afin de mettre fin à l'impunité et en vue de sauvegarder la dignité des femmes victimes d'atrocités (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les violences sexuelles : une atteinte à la dignité des femmes

La dignité est un principe universel qui concerne tous les individus sans exception. Il apparaît absolu, auquel aucune dérogation n'est possible et avec lequel on ne peut pas transiger. Le respect de la dignité des personnes implique, d'une part, le respect de leur intégrité tant physique que morale (A) et, d'autre part, exige une prohibition internationale de tout acte de violence commis à leur égard, notamment la violence sexuelle touchant particulièrement les femmes (B).

11 C. M. MAZZONI, « Dignité et droits humains », p. 181.

12 E. GUEMATCHA, *Les commissions vérité et les violations des Droits de l'Homme et du droit international humanitaire*, Pedone, Publications de l'Institut international des Droits de l'Homme, 2014, p. 194.

13 J. LEROY, « Crime de guerre et Droits de l'Homme », in *Les Droits de l'Homme face à la guerre, d'Oradour à Srebrenitsa*, (dir. J.-P. MARGUÉNAUD et H. PAULIAT), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 27.

14 E. GUEMATCHA, *Les commissions vérité et les violations des Droits de l'Homme et du droit international humanitaire*, p. 195.

A. Le respect de l'intégrité physique et morale, une condition pour préserver la dignité

Le principe de dignité est non seulement inscrit dans les Constitutions de nombreux États ou reconnu dans d'autres comme un principe à valeur constitutionnelle¹⁵, il est notamment proclamé dans divers textes internationaux. Outre la Déclaration universelle des Droits de l'Homme qui évoque la dignité des êtres humains en son article premier, ce principe est mentionné, par exemple, dans le préambule et l'article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'ensemble des États membres de l'Union ont énoncé tout d'abord que cette dernière « se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité¹⁶ » et puis ils ont prescrit que « la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée¹⁷ ».

En tenant compte des dispositions citées ci-dessus, certains auteurs considèrent que l'affirmation posée par la Charte en termes catégoriques fait non seulement de la dignité humaine un droit fondamental absolu mais un droit porteur d'obligations à l'égard d'un ensemble de débiteurs indéterminés. En effet, l'énoncé laisse bien entrevoir que la dignité doit être respectée par tous, ce qui en fait à la fois un droit opposable à l'État ou l'autorité publique au sens large et aux autres bénéficiaires des droits fondamentaux mais aussi un droit protégé contre toute ingérence publique ou privée¹⁸.

Le respect de la dignité humaine se décline autour d'un axe central qui veut que chaque être humain soit préservé dans son intégrité. Le respect de la dignité des personnes implique donc le respect de leur intégrité qu'elle soit physique ou mentale ; une intégrité qui repose, entre autres, sur la prohibition de la torture et des traitements inhumains et dégradants, la prohibition de

15 À l'exemple de la Belgique, l'Allemagne, l'Espagne ou le Portugal qui reconnaissent dans leurs Constitutions le principe de dignité. Par ailleurs, en France, c'est une décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994 (déc. n° 94-343-344 DC) qui affirme la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ; à ce sujet, V : C. DENIZEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 7^e éd., 2018, p. 178-180.

16 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Nice, 7 déc. 2000, préambule.

17 *Ibid.*, art.1.

18 L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^e éd., 2012, p. 633.

l'esclavage, du travail forcé mais aussi sur l'inviolabilité du corps humain¹⁹. Certes, toute violence et plus particulièrement sexuelle est une atteinte à l'intégrité physique et psychologique d'une personne et par conséquent une atteinte à sa dignité²⁰. Toutefois, il est à souligner que les violences sexuelles lorsqu'elles sont commises dans le cadre d'un conflit armé, elles ne sont pas uniquement considérées comme une atteinte à l'intégrité d'une personne et à sa dignité mais pourraient être également qualifiées de crime contre l'humanité, ou de crime de guerre et même de crime de génocide selon la situation dans laquelle ces violences ont été perpétrées.

B. La prohibition des violences sexuelles par des instruments conventionnels

La preuve empirique de la violence envers les femmes est accablante et incontestée²¹. En réalité, il est reconnu que dans certains contextes « *le simple fait d'être une femme est en soi une menace pour la survie des femmes*²² ». Il était donc primordial que tout genre de violence soit prohibé au sein des sociétés nationales²³ mais aussi au niveau international. Cette nécessité s'est traduite par la mise en place d'une multitude d'instruments conventionnels qui condamnent la violence en général et celle ciblant les femmes en particulier

19 D'après la lecture des articles 3 et 4 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950 ; V. BARBÉ, *L'essentiel du droit des libertés fondamentales*, Gualino-Lextenso, Les Carrés, 9^e éd., 2018, p. 93-97.

20 Dans ce sens, V. Secrétariat d'État chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, « Violences sexuelles », <<https://stop-violences-femmes.gouv.fr/violences-sexuelles-312.html>>, consulté le 20 fév. 2020 ; Conseil des Droits de l'Homme, « Organismes et mécanismes de protection des Droits de l'Homme, Rapport de Madame Lalaina Rakotoarisoa sur la difficulté d'établir la culpabilité et/ou la responsabilité en matière de violences sexuelles », A/HRC/11/CRP.2 du 18 mai 2009, p. 5 ; Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, « Avis relatif aux violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu de droits fondamentaux », *JORF* n° 0273 du 25 nov. 2018, texte n° 66, § 2.

21 Sur la violence faite aux femmes, V.: M. SCHULER, *Freedom from Violence: Women's Strategies from Around the World*, Unifem, New York, 1992.

22 C. BOTOKO-CLAEYSEN, A. DE KOCHKO et D. RICHÉ, « Que sont les «droits des femmes» en droit international ? », in H. CHARLESWORTH, *Sexe, genre et droit international*, Pedone, IREDIES Doctrine(s), 2013, p. 117.

23 À l'exemple de la France qui a pénalement et civilement sanctionné les atteintes au corps humain, V. : R. CABRILLAC, « Le corps humain », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. R. CABRILLAC), Dalloz, 23^e éd., 2017, p. 209.

et ce, peu importe le contexte dans lequel cette violence se produit et la forme qu'elle puisse prendre.

Les Conventions de Genève de 1949 et leurs Protocoles additionnels²⁴ contiennent des dispositions qui interdisent les violences sexuelles et à caractère sexiste contre les femmes commises en période de conflit armé. L'article 27 de la quatrième Convention sur la protection des personnes civiles en temps de guerre dispose que « *les femmes seront spécialement protégées contre toute atteinte à leur honneur, et notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur*²⁵ ». L'article 147 de la même Convention ainsi que l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève contiennent aussi des dispositions qui prohibent, entre autres, les atteintes à l'intégrité physique, les atteintes à la dignité et les traitements inhumains et dégradants.

Quant à la protection des femmes contre le viol, elle est expressément prévue dans les deux Protocoles additionnels de 1977. Le premier dispose que les femmes « *doivent faire l'objet d'un respect particulier et seront protégées, notamment contre le viol, la contrainte à la prostitution et toute autre forme d'attentat à la pudeur*²⁶ ». Le deuxième dispose que sont prohibées « *les atteintes à la dignité de la personne notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur*²⁷ ».

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies

24 Les Conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977 sont des traités internationaux qui contiennent les règles essentielles fixant des limites à la barbarie de la guerre. Ils protègent les personnes qui ne participent pas aux hostilités (les civils, les membres du personnel sanitaire ou d'organisations humanitaires) ainsi que celles qui ne prennent plus part aux combats (les blessés, les malades et les naufragés, les prisonniers de guerre).

25 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, art. 27, alinéa 2 ; selon le commentaire de l'alinéa 2 de cet article, présenté par le CICR et disponible sur son site, « *ces actes sont et demeurent prohibés en tous lieux et en toutes circonstances et les femmes, quels que soient leur nationalité, leur race, leur confession, leur âge, leur état-civil, leur condition sociale, ont un droit absolu au respect et à l'intangibilité de leur honneur, de leur pudeur, et, en un mot, de leur dignité de femmes* ».

26 Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 8 juin 1977, art. 76, § 1.

27 Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, art. 4, § 2, e).

le 18 décembre 1979²⁸ est, par ailleurs, une Convention établie pour la protection d'un groupe spécifique, les femmes²⁹. Ayant à l'esprit que la Charte des Nations Unies réaffirme la foi dans la dignité et la valeur de la personne humaine et dans l'égalité des droits de l'homme et de la femme et que la discrimination à l'encontre des femmes viole le principe du respect de la dignité humaine³⁰, les États membres se sont engagés à promouvoir cette égalité et d'empêcher toute discrimination à leur égard. Dès le début de ses travaux, la Commission sur la condition de la femme³¹ constituée en 1946 pour favoriser l'égalité entre les sexes, avait reconnu l'importance de la question et a été chargée de rédiger la Convention.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), organe composé d'experts indépendants créé par l'article 17 de la Convention, surveille son application. Il examine les rapports périodiques présentés par les États parties, indiquant les mesures qu'ils ont adoptées pour donner effet aux dispositions de la Convention. Le Comité formule aussi des recommandations générales³² sur des articles précis de la Convention ou sur des questions connexes.

En 1992, le Comité a adopté la recommandation générale n° 19³³ à propos de la violence à l'égard des femmes³⁴. Bien qu'elle ne soit pas

28 Résolution A/RES/34/180 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 18 déc. 1979 ; cette convention est entrée en vigueur le 3 sept. 1981.

29 L. LEVIN, *Droits de l'Homme, questions et réponses*, UNESCO, 4^e éd., 2009, p. 58-59.

30 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, préambule.

31 La Commission de la condition de la femme des Nations Unies (CSW) est le principal organe intergouvernemental mondial dédié exclusivement à la promotion de l'égalité des sexes et de l'autonomisation des femmes. La CSW est une commission fonctionnelle du Conseil économique et social des Nations Unies (ECOSOC) créée par la résolution 11(II) du Conseil du 21 juin 1946.

32 Ces recommandations ne sont pas juridiquement contraignantes de la même manière que les termes de la Convention mais visent à indiquer aux États leurs obligations lorsque celles-ci ne sont pas mentionnées ou suffisamment expliquées dans la Convention elle-même ; V. : S. E. MERRY, *Human Rights & gender violence, translating international law into local justice*, University of Chicago Press, Chicago series in law and society, 2005, p. 75. C'est nous qui traduisons.

33 Sur le contexte de l'adoption de la recommandation n° 19, V. : C. CHINKIN, « Violence Against Women » in *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, a commentary* (éd. M. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF), Oxford, 2012, p. 444 et s.

34 La recommandation n° 19 ainsi que la Convention ont été renforcées par une déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies portant sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes énoncée dans sa Résolution A/RES/48/104 en date du 23 fév. 1994.

spécifiquement mentionnée dans la Convention³⁵, le Comité estime que cette forme de violence constitue une discrimination à l'égard des femmes³⁶ et, de ce fait, viole notamment les quatre premiers articles de la Convention. En réalité, il n'existe aucune disposition dans la Convention qui évoque expressément la violence à l'égard des femmes. Les obligations des États qui vont dans le sens de l'élimination de la violence contre les femmes ont été développées par des initiatives émanant d'institutions internationales parmi lesquelles le Comité a joué un rôle clé³⁷. Selon le Comité, la définition de la discrimination inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte ou autres privations de liberté.

La violence fondée sur le sexe peut donc violer des dispositions particulières de la Convention, même si ces dispositions ne mentionnent pas expressément la violence³⁸. Ainsi, la recommandation n° 19 a fait en sorte d'introduire la violence à l'égard des femmes dans les termes de la Convention et, par conséquent, dans la langue, les institutions et le processus du droit international relatif aux Droits de l'Homme³⁹.

Par ailleurs, si la Convention n'a pas spécifié le fait qu'elle soit applicable dans le contexte des conflits armés⁴⁰, la recommandation n° 19 a bien noté que les guerres, les conflits armés et l'occupation de territoires provoquent

35 À la différence de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée en 1965 qui dans son art. 4, alinéa a, oblige les États parties à déclarer comme délits punissables par la loi tous actes de violence dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique.

36 A. BYRNES, « Article 1 » in *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, a commentary* (éd. M. FREEMAN, C. CHINKIN et B. RUDOLF), p. 68. C'est nous qui traduisons.

37 C. CHINKIN, « Violence Against Women », p. 443-444. C'est nous qui traduisons.

38 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale n° 19, § 6.

39 C. CHINKIN, « Violence Against Women », p. 447-448. C'est nous qui traduisons.

40 *Ibid.*, p. 461. C'est nous qui traduisons ; et ce, contrairement à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989 qui le mentionne à l'art. 38, § 4.

souvent une augmentation de la prostitution, de la traite des femmes et des violences sexuelles contre les femmes, ce qui nécessite des mesures spécifiques sur le plan de la protection et de la répression⁴¹.

En juin 1993, la Conférence mondiale sur les Droits de l'Homme a reconnu que « *les violences qui s'exercent en fonction du sexe [...] sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine et doivent être éliminées* ». Aussi, la Conférence a souligné « à quel point il importe de s'employer à éliminer la violence à laquelle sont exposées les femmes dans la vie publique et privée, toutes les formes de harcèlement sexuel, d'exploitation et de traite dont elles sont victimes. [...] *Les violations des droits fondamentaux des femmes dans les situations de conflit armé contreviennent aux principes fondateurs des Droits de l'Homme et du droit humanitaire internationalement reconnus. Toutes les violations de cette nature, y compris et en particulier le meurtre, le viol systématique, l'esclavage sexuel et la grossesse forcée, exigent des mesures particulièrement efficaces*⁴² ».

Dans un cadre régional, cette prohibition de la violence à l'égard des femmes a été inscrite dans plusieurs textes. Certains imposent des mesures visant la condamnation des actes de violence de tout genre qu'ils soient commis en temps de paix ou de conflits armés ; d'autres préconisent expressément l'incrimination pénale internationale de toutes les formes de violence et surtout de nature sexuelle en vue de protéger les femmes dans les conflits armés.

La Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme⁴³ a considéré que « *la violence contre la femme constitue une offense à la dignité humaine [...]*⁴⁴ », que cette violence soit physique, sexuelle ou psychique, se produisant dans la famille ou dans toute autre relation interpersonnelle, se produisant dans la communauté ou perpétrée ou tolérée par l'État ou ses agents⁴⁵. Ensuite, elle

41 Recommandation n° 19, § 16.

42 Conférence mondiale sur les Droits de l'Homme, déclaration et programme d'action de Vienne, A/CONF.157/23, 25 juin 1993, I, § 18 et II, § 38.

43 Également appelée « Convention de Belém Do Pará » adoptée dans la résolution AG/RES. 1257 (XXIV-O/94) de l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains, le 9 juin 1994.

44 Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, préambule.

45 *Ibid.*, art. 2.

introduit les obligations des États parties dans le cadre de la prévention et la sanction de la violence⁴⁶ tout en précisant qu'en vue de l'adoption des mesures adéquates, ils doivent tenir compte des cas où la femme a subi des violences parce qu'elle se trouvait dans une situation où elle a été touchée par des conflits armés⁴⁷.

Quant au Protocole à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique⁴⁸, il a reconnu le « *droit de la femme au respect de sa dignité et sa protection contre toutes formes de violence, notamment la violence sexuelle [...]»*⁴⁹. Puis, après avoir posé le principe selon lequel les États parties doivent s'engager à condamner tous les actes de violence et réprimer leurs auteurs⁵⁰, il a introduit un article dédié à la protection des femmes dans les conflits armés. Le Protocole a précisé que les États s'engagent à protéger les femmes « *demandeurs d'asile, réfugiées, rapatriées ou déplacées contre toutes les formes de violence, le viol et autres formes d'exploitation sexuelle et à s'assurer que de telles violences sont considérées comme des crimes de guerre, de génocide et/ou des crimes contre l'humanité et que les auteurs de tels crimes sont traduits en justice devant les juridictions compétentes*⁵¹ ».

Il est donc reconnu de nos jours que la violence et particulièrement la violence sexuelle n'est plus tolérée peu importe le contexte dans lequel les actes de violences ont été commis à l'égard des femmes. La majorité des États, que ce soit à un niveau national ou dans le cadre de leurs engagements internationaux, ont enfin décidé de veiller à prévenir ce genre d'actes et à lutter contre l'impunité qui prévalait ; ceci en adoptant des mesures allant jusqu'à considérer, dans certaines situations, de tels actes comme des crimes internationaux dont les auteurs devraient être traduits devant des tribunaux pénaux internationaux.

46 Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, art. 8.

47 *Ibid.*, art. 9.

48 Le Protocole a été adopté par la 2^e session ordinaire de la Conférence de l'Union, le 11 juillet 2003.

49 Protocole à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, art. 3, § 4.

50 *Ibid.*, art. 4.

51 *Ibid.*, art. 11, § 3.

Paragraphe 2. La sauvegarde de la dignité à travers la justice pénale internationale

La Cour pénale internationale (CPI) est la pièce maîtresse de la justice pénale internationale. Conçue comme instrument permanent de répression et de dissuasion judiciaire, la CPI exerce ses compétences à l'égard d'individus ayant commis les crimes internationaux les plus graves. En incriminant de façon claire les violences sexuelles en tant qu'actes relevant de crime de guerre, de crime contre l'humanité ou de génocide (A) et en accordant une réparation aux victimes (B), la Cour se démarque des autres juridictions et agit en faveur de la protection de « *la dignité* » des victimes⁵² d'atrocités qui heurtent profondément la conscience humaine.

A. L'incrimination progressive des violences sexuelles

Les violences sexuelles accompagnent depuis toujours les hostilités armées⁵³. Elles affectent ainsi des dizaines de milliers de femmes et de filles et sont considérées comme « *un fléau de toute société*⁵⁴ ». Peu importe la forme que peut prendre ces violences, elles ont fait, pendant longtemps, « *partie d'une certaine normalité guerrière. Les femmes étaient considérées comme lieu de bataille, le résultat de celle-ci, le repos du guerrier, et le butin de la guerre*⁵⁵ ».

Face à cette tragédie incessante, la communauté internationale a pris conscience de l'horreur particulière vécue par les femmes ayant subi, entre autres, des viols massifs et collectifs, une prostitution forcée ou des mutilations dès lors qu'elles se trouvent dans une zone de conflit. Cette prise de conscience s'est traduite par l'incrimination du viol et d'autres types d'infractions sexuelles dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux

52 Statut de la Cour pénale internationale, art. 68, § 1.

53 Pour un aperçu historique, V. : H. AZARI, « L'interdiction de la violence à l'égard des femmes en temps de conflits armés : quel régime de responsabilité internationale ? » in *Les droits des femmes et l'élimination de la discrimination* (dir. M. JÄNTERÄ-JAREBORG et H. TIGROUDJA), Académie de droit international de La Haye, Brill-Nijhoff, 2016, p. 493-494 ; C. CHINKIN, « Rape and Sexual abuse of Women in International Law », *EJIL* 1994, p. 327-328.

54 H. AZARI, « L'interdiction de la violence à l'égard des femmes en temps de conflits armés : quel régime de responsabilité internationale ? », p. 494.

55 *Ibid.*, p. 494-495 ; dans le même sens, V. : H. TIGROUDJA, « Droit des femmes et non-discrimination : de l'affirmation des obligations internationales de l'État à un droit à l'autoprotection » in *Les droits des femmes et l'élimination de la discrimination* (dir. M. JÄNTERÄ-JAREBORG et H. TIGROUDJA), p. 108.

pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie puis dans le Statut de la Cour pénale internationale.

Parallèlement à l'incrimination progressive des violences sexuelles, des déclarations et résolutions émanant des organes des Nations Unies ont mis l'accent sur la nécessité de condamner les violences faites aux femmes et de mettre fin à l'impunité de ceux qui en sont responsables. En réalité, il était enfin le temps de « *lutter contre les idées fausses selon lesquelles ces violences sexuelles sont un phénomène culturel, une conséquence inévitable de la guerre ou un délit mineur*⁵⁶ ».

Dans sa déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes en 1994⁵⁷, l'Assemblée générale des Nations Unies constate que les femmes dans des zones de conflits armés sont particulièrement vulnérables face à la violence et est convaincue que les États et la communauté internationale doivent assumer leurs responsabilités et s'engager à mettre fin à la violence à l'égard des femmes⁵⁸. Selon l'Assemblée, la violence s'entend comme englobant la violence physique, sexuelle et psychologique exercée au sein de la famille, de la collectivité et perpétrée ou tolérée par l'État, où qu'elle s'exerce⁵⁹. Les États devraient condamner cette violence et prévoir dans la législation nationale des sanctions et des réparations justes et efficaces des dommages subis et dans toute la mesure possible assurer aux femmes victimes de violence une aide spécialisée, y compris traitement, services médico-sociaux, structures d'appui et toutes autres mesures voulues pour promouvoir la réadaptation physique et psychologique⁶⁰.

Dans sa résolution 1325 (2000)⁶¹, consacrée à la protection des femmes en période de conflit, le Conseil de sécurité constate également que la grande majorité de ceux qui subissent les effets préjudiciables des conflits armés sont des civils, en particulier des femmes et des enfants et que les combattants et les éléments armés les prennent de plus en plus pour cible⁶². Il demande

56 Résolution S/RES/2106 (2013) du Conseil de sécurité en date du 24 juin 2013, préambule.

57 Résolution A/RES/48/104 de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 23 fév. 1994.

58 *Ibid.*, préambule.

59 *Ibid.*, art. 2.

60 *Ibid.*, art. 4, d) et g).

61 Résolution S/RES/1325 (2000) du Conseil de sécurité en date du 31 oct. 2000.

62 *Ibid.*, préambule.

alors à toutes les parties à un conflit armé de respecter le droit international applicable aux droits et à la protection des femmes et des petites filles et de prendre des mesures particulières pour les protéger contre les actes de violence sexiste, en particulier le viol et les autres formes de sévices sexuels⁶³. Puis, il « [s]ouligne que tous les États ont l'obligation de mettre fin à l'impunité et de poursuivre en justice ceux qui sont accusés de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, y compris toutes les formes de violence sexiste et autre contre les femmes et les petites filles [...] »⁶⁴.

Plus encore, dans sa résolution 1820 (2008)⁶⁵, le Conseil de sécurité considère que « les femmes et les filles sont particulièrement victimes de la violence sexuelle utilisée notamment comme arme de guerre pour humilier, dominer, intimider, disperser ou réinstaller de force les membres civils d'une communauté ou d'un groupe ethnique⁶⁶ ». Puis, il considère la violence sexuelle commise contre les femmes comme une menace pour la paix et la sécurité internationale en faisant valoir qu'elle « peut exacerber considérablement tout conflit armé et faire obstacle au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales⁶⁷ ». En même temps, il fait observer que de tels actes peuvent constituer un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un élément constitutif du crime de génocide et appelle à la lutte contre l'impunité des auteurs d'actes de violences sexuelles en temps de conflit⁶⁸.

Une fois qualifiée de menace contre la paix et la sécurité internationale, le Conseil peut renvoyer la situation devant la Cour pénale internationale. Ce pouvoir lui est accordé par l'article 13 (b) du Statut de Rome. C'est dire qu'il revient en principe au juge international de sanctionner la violation des règles de Droits de l'Homme et du droit international humanitaire qui interdisent les violences sexuelles commises dans le cadre des conflits armés et qui touchent à la dignité des femmes.

À cet égard, il convient de mentionner que nonobstant la perpétration massive des violences sexuelles pendant la deuxième guerre mondiale, aucune référence n'a été faite à ces actes dans les Statuts du Tribunal de

63 Résolution S/RES/1325 (2000) du Conseil de sécurité en date du 31 oct. 2000, art. 9-10.

64 *Ibid.*, art. 11.

65 Résolution S/RES/1820 (2008) du Conseil de sécurité en date du 19 juin 2008.

66 Résolution S/RES/1820 (2008) du Conseil de sécurité en date du 19 juin 2008. préambule.

67 *Ibid.*, art. 1.

68 *Ibid.*, art. 4 ; dans le même sens, V. Résolution S/RES/2106 (2013), art. 2.

Nuremberg et celui de Tokyo⁶⁹. Pareillement, dans les années quatre-vingt-dix, les Statuts des tribunaux internationaux *ad hoc* mis en place pour juger les crimes commis au Rwanda et en ex-Yougoslavie n'ont expressément incriminé⁷⁰ que les actes de viol⁷¹. En la matière, le Statut de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, présente en revanche un progrès notable.

La liste des crimes sexuels qui relèvent de la compétence matérielle de la Cour a été élargie par rapport à ce qui a été inscrit dans les Statuts des tribunaux pénaux internationaux précédents. À l'article 7, § 1, g) du Statut de Rome relatif aux crimes contre l'humanité sont reconnus explicitement le viol, la prostitution forcée, l'esclavage sexuel, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable comme étant des types distincts de crimes sexuels. Ces actes graves et inhumains sont entendus comme crimes contre l'humanité lorsqu'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile et lorsque l'auteur de ces actes a agi intentionnellement et en connaissance de l'attaque dans laquelle s'inscrit son crime. Les deux premières conditions peuvent être envisagées conjointement sous l'angle de l'élément matériel du crime contre l'humanité et la troisième sous l'angle de l'élément moral.

À l'article 8 du Statut de Rome relatif aux crimes de guerre sont énumérés les crimes commis dans le cadre d'un conflit armé international ou interne et qui s'inscrivent en particulier dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle. Parmi ces crimes figurent expressément les infractions d'ordre sexuel que sont le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une

69 Pour un aperçu des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, V. : S. ZAPPALA, *La justice pénale internationale*, Montchrestien, 2007, p. 55-61 ; pour les Statuts de ces tribunaux, V. : E. DAVID, F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *Code de droit international humanitaire*, Bruylant, Codes en poche, 4^e éd., 2010, p. 491 et p. 501-502.

70 Dans le Statut du TPIY à l'art. 5, g) relatif aux crimes contre l'humanité et dans le Statut du TPIR à l'art. 3, g) relatif aux crimes contre l'humanité puis à l'art. 4, e) relatif aux violations de l'art. 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II.

71 Dans ce sens, V. : H. AZARI, « L'interdiction de la violence à l'égard des femmes en temps de conflits armés : quel régime de responsabilité internationale ? », p. 499.

infraction grave aux Conventions de Genève⁷² et à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève⁷³.

Quant à l'article 6 du Statut de Rome, il dispose qu' : « *Aux fins du présent Statut, on entend par crime de génocide l'un quelconque des actes ci-après commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe ; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe*⁷⁴ ».

Néanmoins, cet article ne mentionne ni le viol ni les violences sexuelles en tant qu'actes pouvant constituer un génocide. En effet, l'article 6 du Statut de Rome, tout comme les articles 2 et 4 des Statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) respectivement, reprend fidèlement les dispositions de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948. Il n'apporte rien de particulièrement nouveau et la jurisprudence de la CPI concernant ce crime reste lacunaire.

À ce jour, c'est la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda qui apporte le plus de précisions concernant les éléments du crime de génocide. Le TPIR a été le premier à prononcer une condamnation de ce chef, le 2 septembre 1998, à l'encontre de l'ancien maire de la commune de Taba, Jean-Paul Akayesu, pour l'extermination de la population tutsie de sa commune. Dans le cadre de cette affaire, le TPIR a aussi, pour la première fois, qualifié les violences sexuelles de crime de génocide du fait qu'elles constituent des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de la victime. Ainsi, le Tribunal a considéré que l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, en tant qu'élément matériel, est caractérisée par « *les actes de torture [...], les traitements inhumains ou dégradants, le viol, les violences sexuelles, la persécution*⁷⁵ ».

En tenant compte de la jurisprudence internationale en la matière, nous pouvons conclure que même si le viol et les violences sexuelles ne sont pas

72 Statut de la Cour pénale internationale, art. 8, § 2, b, xxii.

73 *Ibid.*, art. 8, § 2, e, vi.

74 *Ibid.*, art. 6.

75 E. DAVID, P. KLEIN et A.-M. LA ROSA, *Tribunal pénal international pour le Rwanda : recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1998*, Bruylant, 2003, vol. I, p. 301, § 504.

mentionnés expressément dans le cadre de l'article 6 du Statut de Rome, ils sont rattachés aux atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale⁷⁶ et de ce fait peuvent constituer des crimes de génocide répressibles devant la Cour pénale internationale.

Partant, le juge international peut qualifier le viol ou les violences sexuelles de crime de génocide, de crime de guerre ou de crime contre l'humanité selon la situation dans laquelle ces actes ont été commis et jugera ceux qui en sont responsables. Néanmoins, l'évolution positive dans le sens de l'incrimination des violences sexuelles de tout genre dans le Statut de la CPI, ne répond pas entièrement à la gravité de ces actes.

Les violences ne sont pas poursuivies en tant que telles mais en tant qu'actes relevant de la catégorie des crimes internationaux à savoir le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide. Or, chacun de ces crimes exige la preuve d'un fait ou d'un élément supplémentaire que ce soit la réalisation de l'acte dans le cadre d'un conflit armé, ou dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Le problème de cette approche est que l'interdiction de ces actes est indirecte et que le comportement réprimé n'est pas le viol en tant que tel ou la violence sexuelle, mais le crime international dont il ou elle est un composant⁷⁷. Cela dit, toujours est-il que l'apport de la CPI en la matière est considérable. D'autant plus que les juges de la Cour ont la possibilité de se prononcer en faveur d'une réparation qui serait accordée aux victimes.

B. La réparation accordée aux victimes des violences sexuelles

Les dispositions du Statut de la Cour pénale internationale apportent une certitude : l'époque des impunités est révolue. Mais, le plus remarquable est qu'elles reconnaissent également les souffrances endurées par les victimes et leur droit à réparation. En la matière, le Statut de la Cour pénale internationale se démarque largement des Statuts des juridictions pénales internationales précédentes. Il accorde, en effet, une place importante aux victimes au sein du procès pénal conduit devant la Cour. Aussi, il leur octroie un droit à réparation.

76 Statut de la Cour pénale internationale, art. 6, b.

77 H. AZARI, « L'interdiction de la violence à l'égard des femmes en temps de conflits armés : quel régime de responsabilité internationale ? », p. 504-505.

Néanmoins, que signifie exactement le mot « *victime* » ? Qui peut effectivement être reconnu comme victime devant la Cour pénale internationale ? La réponse à cette question se trouve au sein du Règlement de procédure et de preuve de la Cour qui apporte une définition de la notion de « *victime* » et dispose qu' : « *Aux fins du Statut et du Règlement : a) Le terme «victime» s'entend de toute personne physique qui a subi un préjudice du fait de la commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; [...]*⁷⁸ ».

Avant la création de la Cour pénale internationale, la question de définir la notion de « *victime* » ne présentait pas beaucoup d'intérêt, la victime étant quasiment absente et silencieuse devant les juridictions militaires internationales au lendemain de la deuxième guerre mondiale. Au mieux avait-elle qualité de témoin au début des années quatre-vingt-dix. Effectivement, devant les Tribunaux pénaux internationaux qui ont précédé la CPI, les victimes ne jouaient aucun rôle et n'intervenaient pas en tant que telles mais uniquement en tant que témoins à charge ou à décharge.

Devant les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, la répression internationale des crimes commis s'était opérée sans aucune considération procédurale pour les victimes des atrocités⁷⁹. Quant aux Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, ils ont donné à l'individu lésé par les crimes commis la possibilité d'apporter son témoignage. Les victimes devant les Tribunaux *ad hoc* n'avaient donc pas « *qualité de parties aux procès*⁸⁰ ». Elles ne pouvaient pas saisir les juridictions, ni demander réparation pour leurs préjudices matériels, physiques ou psychologiques. Ce constat est valable aussi pour les victimes devant les Tribunaux pénaux internationalisés qui ont émergé sur la scène internationale depuis lors.

Néanmoins, avec la mise en place de la première juridiction pénale internationale permanente, cette situation des victimes de crimes internationaux a nettement évolué⁸¹. La victime devient un véritable acteur

78 Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, règle 85.

79 A.-T. LEMASSON, *La victime devant la justice pénale internationale, pour une action civile internationale*, Pulim, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, 2012, p. 2837.

80 R.-K. KOUDÉ, « Questionnements sur les réparations pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire ? », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 2006, n° 66, p. 403.

81 A.-T. LEMASSON, *La victime devant la justice pénale internationale, pour une action civile internationale*, p. 720.

du procès. Elle est susceptible de participer activement et efficacement à la manifestation de la vérité. Toutefois, il est important de signaler, à cet égard, que la participation des victimes au procès devant la Cour pénale internationale ne leur permet pas de mettre en œuvre l'action publique ou de faire appel de décisions. Elle a pour seul objet de leur permettre d'exposer leurs vues et leurs préoccupations⁸².

Cette participation des victimes à la procédure trouve son fondement initial dans les dispositions de l'article 68 du Statut de Rome. Ledit article évoque à la fois la question de la protection des personnes interagissant avec la Cour, et la participation des victimes et des témoins aux procès en disposant que la Cour « *prend les mesures propres à protéger la sécurité, le bien-être physique et psychologique, la dignité et le respect de la vie privée des victimes et des témoins [...]* »⁸³. Il est complété par les règles 87, 88 et 89 du Règlement de procédure et de preuve qui traitent des mesures de protection des victimes, des mesures spéciales et des demandes relatives à la participation des victimes à la procédure. Ces différents articles créent ainsi un véritable statut de la victime auprès de la Cour pénale internationale.

Lors de la phase de procédures, les victimes bénéficient du soutien de la Division d'aide aux victimes et aux témoins⁸⁴. Cette unité créée par le Statut de Rome a pour objectif d'aider et de conseiller ces derniers et de leur fournir une assistance notamment en cas de traumatismes⁸⁵. L'unité d'aide aux victimes et aux témoins dépend du Greffe de la Cour. Elle doit, à titre d'exemple, assurer la protection et la sécurité des victimes et des témoins qui comparaissent devant la Cour et à toute personne à laquelle la déposition de ces témoins peut faire courir un risque⁸⁶. Elle doit aussi les aider à obtenir des soins médicaux et psychologiques⁸⁷. Elle peut également mettre à la disposition de la Cour et des parties une formation en matière de traumatismes, de violences sexuelles, de sécurité et de confidentialité⁸⁸.

Toutes ces mesures déployées pour le bien-être des victimes démontrent la sensibilité de la Cour pénale internationale à leur égard. Cette place que

82 D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 2012, p. 596.

83 Statut de la CPI, art. 68, § 1.

84 *Ibid.*, art. 68, § 4.

85 Statut de la CPI, art. 43, § 6.

86 Règlement de procédure et de preuve de la Cour, règle 17, § 2, a), i.

87 *Ibid.*, § 2, a), iii.

88 *Ibid.*, § 2, a), iv.

le Statut de Rome a accordée aux victimes au sein des procédures témoigne également de la volonté de la Cour de leur rendre pleinement justice et ce, en prenant en compte les souffrances et les traumatismes qu'elles ont subis. C'est un tournant incontestable de la justice pénale internationale qui a fait endosser à la Cour non seulement un rôle punitif mais aussi un rôle réparateur. D'ailleurs, le préambule du Statut de la Cour pénale internationale a justifié la création de la Cour par une prise de conscience collective concernant l'existence de « *millions d'enfants, de femmes et d'hommes [qui] ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine*⁸⁹ ».

À partir de ce moment-là, il est devenu clair qu'au regard de la Cour pénale internationale, rendre justice pour les crimes ayant une portée internationale ne rimait pas seulement avec le prononcé d'une peine à l'encontre de ceux qui les ont commis. En effet, il était également primordial d'envisager une réparation aux victimes en tant que compensation pour les violations graves des Droits de l'Homme qu'elles ont dû subir. Ainsi, au même titre que la punition, la réparation a été considérée en soi comme une œuvre de justice. Comment le Statut de Rome appréhende-t-il la peine et la réparation ?

À l'issue d'un verdict de culpabilité, la Cour pénale internationale prononce une peine à l'encontre du responsable qui a commis un crime ayant une portée internationale⁹⁰. Mais aussi, selon les dispositions de l'article 75, paragraphe 1, du Statut de Rome, le juge international peut octroyer une réparation aux victimes, à la demande de ces derniers ou *proprio motu* sans qu'une demande spécifique ait été formulée dans ce sens.

Nonobstant une définition inexistante du terme « *préjudice* » dans le Statut de Rome et dans le Règlement de procédure et de preuve, les dispositions de l'article 75 dudit Statut habilite la Cour pénale internationale à déterminer l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes et à établir les principes applicables aux formes de réparation à accorder aux victimes des crimes relevant de sa compétence ou à leurs ayants droits. L'article 75, paragraphe 2, du Statut a également précisé que les réparations à accorder aux victimes ou à leurs ayants droits, peuvent avoir plusieurs formes telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation et qu'elles sont accordées par une ordonnance de réparation.

89 Statut de la CPI, préambule, § 2.

90 *Ibid*, art. 76, § 1.

Aujourd'hui, il est évident que « *l'attention du droit pénal international, qui s'était jusque là centrée sur la figure du criminel, les poursuites et la sanction, est désormais portée [...] sur la souffrance et les intérêts particuliers de la victime*⁹¹ ». À travers la justice de la Cour pénale internationale et l'établissement d'un Fonds au profit des victimes⁹², tout est mis en œuvre afin que ceux et celles qui ont subi des atrocités et notamment des violences sexuelles puissent obtenir réparation. Quand bien même, quelle réparation serait adéquate lorsque la victime a subi des traumatismes physiques et psychologiques irréversibles, qui a eu son corps mutilé et son âme torturée par la violence ? Le préjudice ne serait-il pas « *irréparable* » ?

91 R.-K. KOUDE, « Questionnements sur les réparations pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire ? », p. 409.

92 Le Fonds au profit des victimes fait l'objet de l'article 79 du Statut de la CPI. Il a le double mandat de mettre en œuvre les réparations accordées aux victimes et de leur fournir une assistance.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages et contributions à des ouvrages collectifs

- AZARI H., « L'interdiction de la violence à l'égard des femmes en temps de conflits armés : quel régime de responsabilité internationale ? » in *Les droits des femmes et l'élimination de la discrimination* (dir. JÄNTERÄ-JAREBORG M. et TIGROUDJA H.), Académie de droit international de La Haye, Brill-Nijhoff, 2016, p. 493-513.
- BARBÉ V., *L'essentiel du droit des libertés fondamentales*, Gualino-Lextenso, Les Carrés, 9^e éd., 2018.
- BOTOKO-CLAEYSEN C., DE KOCHKO A. et RICHÉ D., « Que sont les «droits des femmes» en droit international ? », in CHARLESWORTH H., *Sexe, genre et droit international*, Pedone, IREDIES Doctrine(s), 2013, p. 95-124.
- BYRNES A., « Article 1 » in *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, a commentary* (éd. FREEMAN M., CHINKIN C. et RUDOLF B.), Oxford, 2012, p. 51-78.
- CABRILLAC R., « Le corps humain », in *Libertés et droits fondamentaux* (dir. CABRILLAC R.), Dalloz, 23^e éd., 2017, p. 207-222.
- CHINKIN C., « Violence Against Women » in *The UN Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, a commentary* (éd. FREEMAN M., CHINKIN C. et RUDOLF B.), Oxford, 2012, p. 443-474.
- DAVID E., KLEIN P. et LA ROSA A.-M., *Tribunal pénal international pour le Rwanda : recueil des ordonnances, décisions et arrêts 1998*, Bruylant, 2003, vol. I.
- DAVID E., TULKENS F. et VANDERMEERSCH D., *Code de droit international humanitaire*, Bruylant, Codes en poche, 4^e éd., 2010.
- DENIZEAU C., *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 7^e éd., 2018.
- FAVOREU L. et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 6^e éd., 2012.
- GIMENO-CABRERA V., *Le traitement jurisprudentiel du principe de dignité de la personne humaine, dans la jurisprudence du conseil constitutionnel français et du tribunal constitutionnel espagnol*, L.G.D.J, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2004, t. 123.
- GUEMATCHA E., *Les commissions vérité et les violations des Droits de l'Homme et du droit international humanitaire*, Pedone, Publications de l'Institut international des Droits de l'Homme, 2014.
- LEMASSON A.-T., *La victime devant la justice pénale internationale, pour une action civile internationale*, Pulim, Publications de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de l'Université de Limoges, 2012.

- LEROY J., « Crime de guerre et Droits de l'Homme », in *Les Droits de l'Homme face à la guerre, d'Oradour à Srebrenitsa*, (dir. MARGUÉNAUD J.-P. et PAULIAT H.), Dalloz, Thèmes & commentaires, 2009, p. 27-36.
- LEVIN L., *Droits de l'Homme, questions et réponses*, UNESCO, 4^e éd., 2009.
- MAZZONI C. M., « Dignité et droits humains », in *La dignité de la personne : quelles réalités ? Panorama international* (dir. FEUILLET-LIGER B. et ORFALI K.), Bruylant, 2016, p. 171-188.
- MERRY S. E., *Human rights & gender violence, translating international law into local justice*, University of Chicago Press, Chicago series in law and society, 2005.
- NERI K., « La notion de dignité humaine, fondement de l'émergence de nouveaux Droits de l'Homme ou nouveau droit substantiel ? », in *Nouveaux Droits de l'Homme et internationalisation du droit* (dir. DOUMBÉ-BILLÉ S.), Bruylant, 2012, p. 53-79.
- REBUT D., *Droit pénal international*, Dalloz, 2012.
- SCHULER M., *Freedom from Violence: Women's Strategies from Around the World*, Unifem, New York, 1992.
- TIGROUDJA H., « Droit des femmes et non-discrimination : de l'affirmation des obligations internationales de l'État à un droit à l'autoprotection » in *Les droits des femmes et l'élimination de la discrimination* (dir. JÄNTERÄ-JAREBORG M. et TIGROUDJA H.), Académie de droit international de La Haye, Brill-Nijhoff, 2016, p. 99-150.
- ZAPPALA S., *La justice pénale internationale*, Montchrestien, 2007.

II. Dictionnaires

- CHAGNOLLAUD D. et DRAGO G., *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz, Dictionnaires Dalloz, 2010.

III. Articles de périodiques et de presse

- CAYLA O., « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 30 janvier 2003.
- CHINKIN C., « Rape and Sexual abuse of Women in International Law », *EJIL* 1994, p. 326-341.
- KOUDÉ R.-K., « Questionnements sur les réparations pour faits de crimes contre l'humanité : la justice peut-elle être au service du travail de mémoire ? », *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 2006, n° 66, p. 399-424.

IV. Résolutions de l'Organisation des Nations Unies

A/RES/34/180 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 18 déc. 1979.

A/RES/48/104 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 23 fév. 1994.

S/RES/1325 (2000) du Conseil de sécurité, 31 oct. 2000.

S/RES/1820 (2008) du Conseil de sécurité, 19 juin 2008.

S/RES/2106 (2013) du Conseil de sécurité, 24 juin 2013.

V. Traités, conventions et déclarations internationales

Déclaration universelle des Droits de l'Homme, 10 déc. 1948.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 déc. 1966.

Conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 18 déc. 1979.

Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme, « Convention de Belém Do Pará », 9 juin 1994.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 7 déc. 2000.

Protocole à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, 11 juillet 2003.

VI. Autres documents et rapports

Commission nationale consultative des Droits de l'Homme, « Avis relatif aux violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu de droits fondamentaux », JORF n° 0273 du 25 nov. 2018, texte n° 66.

Conférence mondiale sur les Droits de l'Homme, déclaration et programme d'action de Vienne, A/CONF.157/23, 25 juin 1993.

Conseil des Droits de l'Homme, « Organismes et mécanismes de protection des Droits de l'Homme, Rapport de Madame Lalaina Rakotoarisoa sur la difficulté d'établir la culpabilité et/ou la responsabilité en matière de violences sexuelles », A/HRC/11/CRP.2, 18 mai 2009.

Secrétariat d'État chargé de l'égalité entre les femmes et les hommes et de la lutte contre les discriminations, « Violences sexuelles », <<https://stop-violences-femmes.gouv.fr/violencessexuelles-312.html>>.

Latin American Contributions to Peace and International Law

Mauricio Alice, Ambassador of the Republic of Argentina to the Lebanese Republic

Abstract

In the present work I propose to review how the countries in the Americas, particularly the Latin American States have settled their bilateral border disputes from their independence to the present day, while also looking at their contribution to peace and to the development of norms and principles of international law. Compared with other regions in the world, the American continent proved to be one of the most peaceful on the planet. Since the 19th century, the InterAmerican System has witnessed few large-scale wars, providing a low record in terms of the frequency of wars and in terms of its intensity and of the number of casualties. Therefore, it is important to look at the causes and trends that provide an explanation for such condition, while looking simultaneously at the priorities given by the countries in the region to settle peacefully their border disputes. Among the reasons behind that general trend, the region's adherence to the principles and norms that its States contributed to develop gradually and jointly stand out. It is remarkable that no other region has been so prolific in the production of treaties, agreements, resolutions and declarations aimed at achieving the peaceful settlement of disputes.

Note: The views and opinions expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the official policy or position of any agency of the Argentine Government.

In the present work I propose to review how the countries in the Americas, particularly the Latin American States have settled their bilateral border disputes, and/or solved their conflicts, from their independence to the present day, while also taking into account their contribution to peace and to the development of norms and principles of international law. Since Latin America, particularly South America, is considered a “*zone of peace*”, it is important to look at the causes and trends that provide a definition for such condition, while looking for an explanation about the priority given by the countries in the region to settle peacefully their border disputes. Due to their rich and prolific work, it is also worth considering the contributions of the countries in the Americas to the development of principles and norms of international law.

In order to do that I propose three levels of analysis:

The first level focuses on the analysis of the adherence of the States of the region to principles and norms that they themselves contributed to develop, from their independence to the present day, and have made the peaceful settlement of disputes a constant reference. The development of the Inter-American System was progressive and took place within a legal framework established by declarations and resolutions of the American International Conferences, together with the adoption of a significant number of Treaties on a wide range of areas, including the peaceful settlement of disputes. Hence, it is possible to refer to an “*Inter-American Juridical System*”, which could be defined as a “*set of norms —conventional and customary— and institutions and general principles of international law —public and private— that govern and structure the relations among the States of the Region, developed from their independence to the present day*”¹.

The origins of the “*Inter-American System*” can be traced back to the first International Conference of the Americas (1890), which established the “*International Union of the American Republics*”. According to Gordon Connell-Smith, the Inter-American System includes certain treaties and agreements among the American countries; numerous inter-American institutions created with the purpose of promoting common objectives and compliance with agreed principles; and a form of multilateral diplomacy, through which the American States conduct their international relations².

1 M. ALICE, *El Sistema Jurídico Interamericano*, Ugerman Ed. - ISEN, 2006, p. 15.

2 G. CONNELL-SMITH, *El Sistema Interamericano*, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 13.

Even though there is a tendency to link the Inter-American System to the Organization of American States (OAS), we must bear in mind that the former precedes the establishment of this Organization and is much more comprehensive. In addressing this issue, and given its relevance, I consider it appropriate to review some of the region's contributions to international law, including a brief reference to the discussions regarding the existence of an "*Inter-American International Law*".

The second level of analysis focuses on the prevalence of peace in the relations between States in a geographical region that has been determined not so much by the absence of conflicts as by the historical tendency to prioritize the search for a peaceful settlement of their disputes through the various mechanisms provided by international law in general and by the norms that are part of the inter-American system in particular. Compared with other regions, Latin America has been one of the most peaceful regions in the world, particularly South America, because of the relative absence of wars between the States of this region³, from their independence to the present times.

From the verification of the preceding statement, it is appropriate to consider what the Latin American States have done and currently do to ensure the prevalence of peace in the region.

In the third level, I will try to explain the link and interaction between the two first levels of analysis, presenting some conclusions that might respond to the questions: 1) why the States of the Region created and complied with a set of norms, principles and institutions that contributed to develop?, and 2) why Peace has been paramount in the Region for so long?

I. The Contributions of the region to the development of International Law

This region has been characterized by the attachment of its countries to the development of common principles and rules of conduct to guide their interaction and to protect them from foreign intervention, particularly

3 The absence of armed conflicts between countries in Latin America contrasts with having one of the highest rates of crimes in the world. South America is considered the only continent free from war – exempting drug wars according to the *Global Peace Index (GPI)*, Institute for Economics & Peace. *Global Peace Index 2019: Measuring Peace in a Complex World*, Sydney, June 2019. < <http://visionofhumanity.org/reports> >, consulted on November 10, 2019.

from those who turned them into former colonies. Since their independence in the nineteenth century, the Nations of new world began to develop a strong tradition of respect for international law, seen as a means to prevent war and to oppose the potential interventions of extra-regional powers so as to remain independent. Arie Kacowicz argues that “*since their independence, the countries of Latin America gradually developed complex institutions and a sophisticated regional system of international law, which included a series of regional norms that regulated their international and national behavior*”⁴. The Latin American States have proclaimed certain doctrines and principles according to their needs and the conditions in which they were developed, becoming over time an integral part of general international law.

When looking at the background and the evolutionary process that oriented the behavior of the countries in the region, the authors tend to distinguish three periods in the international life of the region: Hispanic-Americanism, Pan-Americanism and Inter-Americanism.

The first period, called Hispanic-Americanism, goes from the Congress of Panama, in 1826, until the First International Conference of American States, which ended in 1890. Pan-Americanism, on the other hand, extends from the establishment by the aforementioned Conference of the International Union of the American Republics, through the adoption of the Charter of the Organization of American States, in 1948, which marks the birth of the third period, called Inter-Americanism, which continues to this day.

Much has been written about the importance of the contribution of the Inter-American System to general international law⁵, and from this perspective, we have seen that over the years the tendency toward regionalism has been strengthened and generalized. We often find references to the contributions of Latin America to general international law. That is the case regarding legal norms and principles, in particular those pertaining to the

4 A. KACOWICZ, *América Latina como sociedad internacional: una variación grociana del orden regional y de la comunidad*, Puente@Europa, 2015, < <https://puenteeuropa.unibo.it/article/view/5023> >, consulted on September 7, 2019.

5 J. BARBERIS, “Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, *RCADI*, t. 235, 1992, p. 94; A. KACOWICZ, *The Impact of Norms in International Society: the Latin American Experience 1881-2001*, University of Notre Dame, 2005, p. 43; J. C. PUIG, *Les Principes du Droit International Public Américain*, Pédone, 1954; A. A. CANCADO TRINDADE, “Los Aportes Latinoamericanos al Derecho y la Justicia Internacionales”, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional* 2003, p. 58.

peaceful settlement of disputes, the prohibition of the use of force, non-intervention in the internal affairs of a state, respect for territorial integrity, and the *uti-possidetis*. The same has been said regarding the recognition of governments (doctrines Tobar, Wilson, Estrada) or of doctrines related to the prohibition of compulsory collection of public debt (Monroe, Drago, Stimson) or the rules related to diplomatic protection (Calvo). The latter, however, were simply considered inapplicable against third States or limited in their geographical scope⁶.

Furthermore, as the Argentine jurist, Julio Barberis, pointed out, together with the signing of the treaties, we saw the development in America of a series of customs and practices relating to issues that arose most frequently in international relations. Thus, for example, issues related to the Civil War, responsibility for damage caused to foreigners, the delimitation of international borders, diplomatic asylum and the freedom of river navigation, presented in America special characteristics.

The development of international law has been a historic work in progress for the Inter-American System, and its contributions to its codification must be underlined, both in terms of public and private international law. Antonio Remiro Brotons stressed that “*Latin America was the first (region) to conceive the idea of codifying International Law, an interest that is strongly rooted in the conscience and political culture of Latin America as an result of solidarity and regional singularity ... But what results mostly interesting about this codification experience is the anticipation of the normative regulation of various areas of international law (for example, the principle of non-intervention or the legal regime of reservations to treaties)*”⁷.

The Inter-American System was also a pioneer in the development and the establishment of an advisory body on legal matters, such as the creation in 1906 of the “*Legal Consultants Committee*”, which later became the Inter-American Juridical Committee (CJI). It should also be noted that many agreements have been negotiated, signed and ratified during the Pan American conferences (1889-1948) and after the establishment of the Organization of American States (1948), sometimes preceding the adoption of worldwide agreements on similar matters of international law, such as the conventions in diplomatic and consular matters, arbitration, corruption,

6 N. Q. DINH, P. DAILLIER and A. PELLET, *Droit International Public*, LGDJ, 2002, p. 75-76.

7 A. R. BROTONS, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 527.

mutual legal assistance, and even conventions that did not reach a consensus within the United Nations, such as the Inter-American Convention against Terrorism. The Inter-American System managed to handle the coexistence of two different legal traditions in the Americas: the continental or civil law, on the one hand, and the common law, on the other.

Many authors referred also to the existence of an “*Inter-American International Law*”. The idea of developing an international law applicable exclusively for the Americas, that is, an “*Inter-American International Law*”, appears in the first years after the independence of the Spanish colonies and came to mind several times in the meetings and conferences that brought together the American Republics. It was perhaps at the Congress of Panama in 1826 that this expression was used for the first time, and was later taken up in similar meetings. Thus, in the First American International Conference (Washington, 1889) the draft Convention on Arbitration read in Article 1: “*The North, Central and South American Republics adopt arbitration as a principle of American international law for the solution of disputes and disputes that may arise between them*”. The same expression was found in the works and discussions at the II Pan American Conference (Mexico, 1901-1902).

The debates about the existence of an “*Inter-American law*”, or of an “*Inter-American International Law*”, took place among prominent Latin American jurists, such as, Alejandro Alvarez (1910), prominent among the defenders of their existence, and others such as Manoel Augusto Sa Vianna (1912), among those who denied it. Regarding these debates, Julio Barberis found that the main topics of discussion could be summarized in four: the concept of American international law, the hypothesis of its theoretical existence, its actual existence at that time, and finally the relationship of Inter-American international law with the universal international law. Barberis tended to confirm the existence of regional norms, contending that through a process he called of “*generalization*” some of those regional norms were incorporated into general international law⁸.

8 J. BARBERIS, “Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, p. 224-225.

II. The Contribution to Peace

A. The obligation of the pacific settlement of disputes

The peaceful settlement of international disputes is a principle of contemporary international law, enshrined in the UN Charter, in which the maintenance of peace has already become the “*explanatory center*” of the objectives and evolution of the United Nations towards the imperative “*pacta sunt servanda*”. Indeed, the Charter of the United Nations forbids the use of armed force for the settlement of international disputes, which became one of its basic purposes: “*to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace*”, as enshrined in Article 1, paragraph 1 of the UN Charter, which devotes a whole Chapter – the VI – to the fulfillment of this purpose.

Article 2 of the UN Charter contain in paragraphs 3 and 4, two simultaneous obligations according to which, “*All States shall: 1) settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered; and 2) refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations*”. In conformity with those two obligations, the International Court of Justice acknowledged that respect for territorial sovereignty is one of the essential bases of international relations. This is a supreme postulate enshrined in the Charter not only as a tool that ensures the validity and value of this legal instrument but also as a way to ensure the survival of its member states, as well as a framework to ensure that peace and international security are not compromised.

There is consensus, and this was understood by the ICJ, that the prohibition contained in the Charter is not only part of the law of treaties and international custom but also a general peremptory norm or *ius cogens*, that is, “*an accepted norm recognized by the International Community of States as a whole as a rule that does not admit agreement to the contrary and that can only be modified by a subsequent rule of General International Law that has the same character*”, as established in Article 53 of the Convention of Vienna of May 23, 1969 on the Law of Treaties.

This general duty contained in the UN Charter coexists with a certain ambivalence expressed by the freedom that the parties have in a dispute or conflict to choose the means of settlement or solution that they consider appropriate. This is the postulate that emanates from Article 33.1 *in fine*,

Chapter VI (“*Pacific Settlement of Controversies*”), when after enumerating various means – negotiation, investigation, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, recourse to regional organizations or agreements – adds “*or other peaceful means of their choice*”.

B. The regional legal and regulatory framework

The resolution of conflicts, during the first years of the Inter-American System, was dominated by the idea of the peaceful settlement of disputes. This so-called system of peaceful settlement of disputes in the region was generally used to refer to the procedures prescribed by international law in cases where direct diplomacy had failed. Some of these procedures were mainly legal in nature, such as good offices, arbitration and conciliation, or including political-legal elements as in the case of mediation and of technical measures such as fact-finding. After World War II, the procedures for peaceful settlement of disputes were associated with the collective security scheme which, in turn, involved mutual commitments to oppose aggression.

The Inter-American System was developed on the basis of treaties, declarations, and resolutions of the Inter-American Conferences, which covered a wide variety of issues, especially the peaceful settlement of disputes. The Inter-American Treaties that contain provisions related to the peaceful settlement of disputes are: the OAS Charter, the American Treaty on Pacific Settlement or “*Pacto de Bogotá*” and the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR). A few words about each one of them:

1- The OAS Charter: Article 2 states among the essential purposes of the Organization: “*to prevent possible causes of difficulties and to ensure the pacific settlement of disputes that may arise among the Member States*”. In Article 3, the American States reaffirm as a principle that “*Controversies of an international character arising between two or more American States shall be settled by peaceful procedures*”.

The Charter provides that international disputes between member States must be submitted to the peaceful settlement procedures that it envisages. Among the methods of peaceful settlement of disputes, there is a distinction between those that bring the parties together so that they themselves can settle their differences, and the means that involve the intervention of a formal body that decides based on *res judicata* authority. Among the first, commonly known as diplomatic methods, we have negotiation, good offices, mediation, investigation and conciliation. In turn, jurisdictional methods include arbitration and judicial proceedings. These peaceful means or procedures are provided for in article 24 of the OAS Charter, as amended

by the Protocol of Buenos Aires of 1967, without prejudice of adding others “*that the parties may especially agree upon at any time*”.

2- The American Treaty on Pacific Settlement or “*Pact of Bogotá*”: This Treaty was adopted during the course of the Ninth International Conference of American States in 1948. The Pact of Bogotá is the “*special treaty*” referred to in Article 27 of the Charter of the OAS and specifies the various means of peaceful settlement of disputes that may be applied by the States parties to it, which coincide with those mentioned in Article 25 of the Charter, already mentioned above.

The Pact of Bogotá was signed by the then 21 member States of the Organization of American States and counts today 14 ratification. Most of the OAS member States ratified it between the 50s and 60s, having joined in more recent times Ecuador (2008) and Bolivia (2011). The States that denounced it were El Salvador (1973) and Colombia (2012). Many of the States that ratified it, however, made reservations that affected the validity and effectiveness of this instrument, as they are related to the automatic mechanism of compulsory arbitration and recourse to the International Court of Justice. As a result, some attempts were made to amend it, which were unsuccessful and revealed the existence of fundamental differences of opinions regarding the advisability of revising or replacing the Pact of Bogotá⁹. In fact, between 1948 and 1986, several cases involving States of the region were submitted to the ICJ without invoking the “*Pact of Bogotá*”¹⁰.

3- The Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (TIAR): It was conceived as a mechanism of collective security against acts of aggression, although it also contains procedures for the peaceful settlement of disputes once it has been put into practice. In 1975, a Protocol of Amendments to the Convention was introduced, which never came into force because it did not reach the required number of ratifications. Jean Michel Arrighi, current Legal Secretary of the OAS, reminds us that “*until now the American States*

9 See *Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, OEA/Ser.G,CP/CSH-278/00, 2000.

10 Among them: *Asylum* (Colombia v. Peru), 1950; *Arbitral award made by the King of Spain made on 23 December 1906* (Honduras v. Nicaragua), 1958; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Main* (Canada v. United States), 1981; *Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States), 1984; *Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States), 1998; *Avena and other Mexican nationals* (Mexico v. United States), 2003; *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), 2006.

have used the treaty twenty times: eighteen times for conflicts between States and twice, the last two for situations of extra continental origin within the geographical area defined by Article 4¹¹".

C. The different means to settle conflicts in the region

In the area of the peaceful settlement of international conflicts, the western hemisphere showed a persistent ambivalence between, on the one hand, the generic duty of the States to settle their differences peacefully and, on the other hand, the freedom of choice regarding the means for said arrangement. This inherent tension between the generic duty of peaceful resolution and the free choice of means had implications in relation to the application of international instruments.

The practice among the States of the Americas was diverse. There are several cases in which international disputes have been settled through peaceful procedures, including *ad hoc* mechanisms, as in the cases of Costa Rica and Nicaragua, Honduras and Nicaragua, Panama and the United States, Honduras and El Salvador, and Peru and Ecuador.

It is worth noticing that before the Pact of Bogotá, arbitration was the most common procedure applied by the American States to settle their disputes, including with European countries¹². It was at the First International American Conference (Washington, 1889-1890) that the foundations of a future treaty of arbitration between American countries were laid to resolve conflicts, which can be considered as "*a principle of American international law for the resolution of conflicts, disputes or disputes arising between two or more States*¹³". Arbitration continued to be considered by the successive Pan-American conferences.

As a matter of fact, the States of the region began looking at arbitration as a mean to settle their differences even before the first American International Conference of 1889. Arbitration is the oldest mean for the peaceful settlement of international disputes. In fact, the first draft of the Convention on Arbitration was based on the results of the Congress of Panama (1826),

11 J. M. ARRIGHI, "L'Organisation des États Américains et le Droit International", *RCADI*, t. 355, 2011, p. 264-271.

12 See J. J. CAICEDO CASTILLA, "El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre soluciones pacíficas", *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 4, 1948, p. 5-33.

13 Article 1.

convened at the initiative of Simón Bolívar. Indeed, since its independence, the Latin American States used arbitration as a principle and as a practice stemming from their adherence to the principle of peaceful settlement of disputes. According to the “*Survey of International Arbitrations*” of A. M. Stuyt, between 1794 and 1938 the Latin American States participated in approximately 200 arbitrations, before the beginning of the Second World War, most of them having taken place after their independence; this is, from 1829, date of the first arbitration, until 1910¹⁴.

Juan Carlos Puig argues that until World War II arbitration was the most common mean of peaceful resolution used by the Latin American countries, including in their relations with European states¹⁵. Compared with European countries, medium or small, Latin American countries had an impressive record in terms of their use of arbitration, thus Argentina was part in 9 arbitration procedures; Bolivia, in 7; Brazil, in 16; Colombia, in 20; Chile, in 32; Ecuador, in 11; Peru, in 31; Mexico, in 2, and Venezuela, in 25. From 1939 until today, only Chile and Argentina have resorted to arbitration jointly on two occasions¹⁶.

After 1910, the number of arbitrations began to decrease to the point that the arbitrations involving Latin American countries did not even reach thirty cases. Arbitration was gradually abandoned by the States of the region towards the middle of the 20th century. Lionel Summers argues that after the World War II, the most relevant arbitrations were those related to settle the border disputes between Chile and Argentina and between Honduras and Nicaragua¹⁷.

It is worth remembering that the Central American States established through a Treaty¹⁸ (1907) the Central American Court of Justice—which was the first permanent tribunal created in the world to judge conflicts between States applying international law—that lasted ten years, and settled the border conflict between El Salvador and Nicaragua, being this one of its most relevant cases.

14 A. M. STUYT, *Survey of International Arbitrations*, 3rd ed., Martinus Nijhoff, 1990.

15 J. C. PUIG, “Solución Pacífica de Conflictos en América Latina y Crítica de los Procedimientos Existentes”, *Seminario Internacional Zona de Paz: Hacia una alternativa de seguridad regional para América Latina*, FLACSO, 1985, p. 9-11.

16 *Ibid.*, p. 11.

17 L. SUMMERS, “Arbitration and Latin America”, *CWILJ*, vol. 3, 1972-1973, p. 5-7.

18 *The Cartago Convention* was signed in Washington DC on 20 December 1907, by Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua.

The adoption of the Pact of Bogotá provided a specific instrument for the resolution of conflicts in the region. It was applied in the border conflict between Honduras and Nicaragua in 1957, where a settlement was reached thanks to the intervention of the Organization of American States. The OAS Permanent Council established an *ad hoc* Committee, which helped the governments of those two countries to find a solution to settle their conflict. The ratification of the Pact of Bogotá by both States opened the way for a wide range of possibilities to settle their differences: mediation, arbitration and submission of their legal dispute to the International Court of Justice. The strategy of the OAS was not to negotiate the issue, but to guarantee that Nicaragua and Honduras would reach a solution to settle their conflict on their own.

The development of institutional mechanisms or means for conflict resolution continued with the Meeting of Ministers of Foreign Relations that took place in Havana, in 1940. The “*InterAmerican Peace Commission*” was created at this meeting, coexisting with the procedures contemplated in the Pact of Bogotá, although it had its own legal framework and operated at a basic level of good offices. The Commission was operative until 1959, when it was replaced, by the “*Inter-American Commission for the Peaceful Settlement of Controversies*” as the OAS Charter was amended by in the Protocol of Buenos Aires, of 1967. The newly established Commission had greater powers than the previous one as it was a subsidiary body of the Permanent Council of the OAS. However, the latter did not have a long existence either, since it disappeared with the Cartagena Protocol of 1985, which amended the OAS Charter, and its functions were absorbed by the Permanent Council and by the Secretary General. The Permanent Council has now the power to establish *ad hoc* commissions with the consent of the parties to the dispute, which shall assist them and recommend the procedures it considers suitable for the peaceful settlement of their dispute (Articles 85 to 87). The Secretary General has now also the right to bring to the attention of the General Assembly or the Permanent Council any matter which in his opinion might threaten the peace and security of the Hemisphere (Article 110).

The reluctance of the States of the region to apply the Pact led, on repeated occasions, to seek *ad hoc* solutions outside the institutional mechanisms mentioned above, as in the cases involving the conflicts between Costa Rica and Nicaragua (at the end of the 1970s), between El Salvador and Honduras (1980), and between Peru and Ecuador (in the 80s and 90s). One of the most relevant examples regarding the adoption of *ad hoc* mechanisms to tackle the conflicts and tensions that arose in Central America, was

the so-called “*Contadora Process*” in the 1980s, which produced a series of agreements known as “*Esquipulas*”. The States of the region also applied direct negotiations, as in the cases involving Argentina and Uruguay over the Río de la Plata basin and its maritime front, as well as between Argentina and Brazil over the use of the waters of the Paraná River, or the negotiations between the United States and Panama in relation to the Panama Canal. In some cases, some States also applied more than one mean for peaceful settlement in their negotiations, as it was the case of the dispute between Argentina and Chile over the Beagle Channel, whose 1977 arbitration award was succeeded by the mediation of the Holy See, which led later to the 1984 Peace Treaty. The resolution of this controversy opened the way for the settlement of another border dispute between both countries, known as *Laguna del Desierto*, which was submitted to an Arbitral Tribunal, which produced its Award on October 21, 1994, followed by another Award dated October 13, 1995, as requested by Chile for the review and interpretation of the first. Another example was the Washington Arbitration Protocol of 1922 between Chile and Peru, in which the parties agreed that if the plebiscite of Tacna and Arica was declared inadmissible by the arbitrator, the Parties would request the good offices of the United States to reach an agreement. However, this clause was not applied since the arbitrator declared the referendum admissible.

The States of the region also seek the assistance of the International Court of Justice (ICJ) by submitting their disputes, especially in the 1950s and 1960s, and with greater emphasis from the 1980s and 1990s, marking a clear trend in the 2000s. Some of the legal disputes submitted to the ICJ were the case of asylum between Colombia and Peru (1950-51), the border dispute between Honduras and Nicaragua regarding the arbitration award of the King of Spain of 1906 (1958-1960), the case involving Nicaragua against the United States (1984-1986), or the border dispute between El Salvador and Honduras with the intervention of Nicaragua (1986-1992), or between Colombia and Nicaragua (2001-2012), between Argentina and Uruguay (2006-2010), between Peru and Chile (2008-2014), or between Bolivia and Chile (2013-2018), to name a few examples.

The largest number of submissions of legal disputes by States of the region before the ICJ took place in the 2000s, coinciding with a certain “*re-emergence of the Pact of Bogotá*”, since most of the claims based the jurisdiction of the Court on Article XXXI of the Treaty. The Pact of Bogotá

provided the basis for the jurisdiction of the ICJ in fifteen cases, between 1986 and 2018¹⁹.

It has already been noted that most countries in Latin America have accepted the jurisdiction of the Court, even when the ICJ was created. Fourteen countries among them had committed themselves to the regime of the “*optional clause*”, based on the Statute of 1920, and six among them are still engaged by declarations formulated concerning the old Court, according to paragraph 5 of Article 36 of the new Statute. Since the establishment of the new International Court of Justice, eleven American countries had accepted its compulsory jurisdiction. As of 31 July 2019, 193 States were parties to the Statute of the Court and 73 of them had made a declaration recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court in accordance with Article 36, paragraphs 2 and 5, of the Statute. 14 out of these are member states to the OAS, which is 20% of the Americas. In addition, some 300 multilateral or bilateral conventions providing for the jurisdiction of the Court are currently in force, 5 of which are bilateral and 1 of which are multilateral and concern only the countries of the region. The preceding remarks bear witness to the region’s permanent commitment to the jurisdictional settlement, and above all to the recognition of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice. Thus it was the ICJ which emphasized that “*the American States, in developing this instrument —the ‘Pact of Bogota’— have intended to reinforce their mutual commitments in the field of judicial settlement*²⁰”. In

19 1) *Border and Trans border Armed Actions* (Nicaragua vs. Costa Rica), 1986-1987; 2) *Border and Trans border Armed Actions* (Nicaragua vs. Honduras), 1986-1992; 3) *Territorial and maritime dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua vs. Honduras), 1999-2007; 4) *Territorial and maritime dispute* (Nicaragua vs. Colombia), 2001-2012; 5) *Dispute regarding navigational and related rights* (Costa Rica vs. Nicaragua), 2005-2009; 6) *Maritime dispute* (Peru v. Chile), 2008-2014; 7) *Aerial herbicide spraying* (Ecuador vs. Colombia), 2008-2013; 8) *Certain questions concerning diplomatic relations* (Honduras vs. Brazil), 2009-2010; 9) *Certain activities carried out by Nicaragua in the border area* (Costa Rica vs. Nicaragua), *request of provisional measures*, 2010-2018; 10) *Construction of a road in Costa Rica along the San Juan river* (Nicaragua vs. Costa Rica) (2011-2015); 11) *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean* (Bolivia vs. Chile) 2013-2018; 12) *Question of the delimitation of the continental shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast* (Nicaragua vs. Colombia) (2013 pending); 13) *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean sea* (Nicaragua vs. Colombia) 2013-pending; 14) *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos* (Costa Rica v. Nicaragua) 2017-2018; 15) *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean* (Costa Rica vs. Nicaragua) 2014-2018.

20 *Border and Trans border Armed Actions* (Nicaragua v. Honduras), Sentence of 20 December 1988.

general, Latin America has been traditionally the region with the highest number of cases submitted to the International Court of Justice. Between 1945 and 2008, the States of the region had 21 cases before the Court – 18% – with Nicaragua being the country with the highest number of cases²¹. Of the fourteen cases pending in 2014 before the International Court of Justice, six of them involved States of this region, almost 50%, while of the 17 cases pending at the ICJ today, 5 involve Latin-American States, i.e., around 25%²².

D. The Pacifism of the region

Comparatively with other regions of the world, the American continent proved to be one of the most peaceful on the planet. Since the 19th century, the Inter-American System has witnessed few large-scale wars, such as the Pacific War (1879-1883) which involved Chile against Bolivia and Peru. In the twentieth century, meanwhile, there were three major wars: the Chaco War, between Bolivia and Paraguay (1932-1935), the War between Peru and Ecuador (1941) (with some skirmishes in 1981 and 1995), and the Malvinas War, between Argentina and the United Kingdom (1982), although the latter involved a country of the region and an extra-regional one. Therefore, compared to other regions of the planet, the record is still low for this region in terms of the frequency of the occurrence of war and in terms of its intensity and of the number of casualties.

With respect to South America, there are many arguments in favor of calling it a “*zone of peace*”. Thus, Arie Kacowicz refers to South America as a “*stable zone of peace*”, arguing that it is “*one of the most harmonious regions in terms of international wars, having produced only two wars in the twentieth century: the Chaco War, between Bolivia and Paraguay (1932-1935), and the War between Peru and Ecuador (1941, followed by minor clashes in 1981 and 1995)*”²³.

21 I.S. CRESPO, “Tendencias en los litigios entre Estados de Iberoamérica ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario HispanoLuso-Americano de Derecho Internacional* 2009, p. 216-236.

22 1) *Question of the delimitation of the continental shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast* (Nicaragua v. Colombia); 2) *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Colombia); 3) *Dispute over the status and use of the waters of the Silala* (Chile v. Bolivia); 4) *Arbitral award of 3 October 1899* (Guyana v. Venezuela); 5) *Guatemala’s Territorial, Insular and Maritime Claim* (Guatemala v. Belize).

23 A. KACOWICZ, *Zones of Peace in the Third World*, State University of New York, 1998, p. 68.

The “*long South American peace*” has been the subject of analysis and debate among various scholars such as Martin (2006), Dominguez (2003), Mares (2001), Hobsbawn (2000), Kacowicz (1998), McIntyre (1995), Child (1988) or Holsti (1996). Hobsbaum argues that “*we tend to forget that there are regions, like Latin America, where no army ever crossed the border of an enemy state throughout the twentieth century, with the one exception of the Chaco War*”²⁴, while Holsti, after contending that in South America there have not been any wars of secession and, unlike other areas, there has not been any war between the South American States since 1941, characterizes it as a “*different international system*”²⁵.

The preceding paragraphs showed the initiatives, efforts and trends registered in the search of the States of the region to settle their disputes in a peaceful manner. Appealing to the different mechanisms at their disposal, those assigned priority to peace, as the supreme motto when it comes to resolving the conflicts that confronted them.

We have already seen that arbitration was the most used dispute resolution mechanism during the nineteenth and the first decades of the twentieth century, to slowly give way to various *ad hoc* mechanisms, which were used mostly in the last three decades of the twentieth century. Gradually, the countries of the region were, from the 1980s, leaning towards a jurisdictional body which was of little use to them until then: the International Court of Justice. This trend to submit their disputes to the highest international tribunal was much evident in the 2000s, and today is the preferred option for the States of the region that need to resolve their border conflicts.

When referring to the reasons that explain why there have been so many territorial conflicts and so few international wars, Kacowicz contends that a variety of factors, among which the “*common historical, cultural and normative background*” stand out, as well as the relative isolation of the region from the mainstream of international politics, and beyond the global security agenda of the former East-West confrontation²⁶. This statement will serve as an introduction to the conclusions contained in the paragraphs that follow.

24 E. HOBBSAWN, *On the edge of the new century*, New Press, 2000, p. 9.

25 K. J. HOLSTI, *The State, War, and the State of War*, Cambridge University Press, 1996, p. 150-151.

26 A. KACOWICZ, *Zones of Peace in the Third World*.

III. A possible explanation and main Conclusions

When asking about the reasons behind the general trend of countries in the region to settle their disputes by peaceful means, one of the answers refers to the region's adherence to the principles and norms that its States contributed to develop gradually and jointly from their independence up to the present day, and that made the peaceful settlement of disputes a permanent reference. Alejandro Alvarez explains that "*the former Spanish colonies of America were born simultaneously into political life, forming a family of states in which the pride of independence, the love of liberty and the spirit of fraternity, developed an implacable hatred towards foreign domination, and an eager striving for the formation of a political entity which would protect them against all attacks on their sovereignty and maintain peace among themselves*"²⁷.

The men who led the liberation campaigns of America, among them Bolivar and San Martin, were guided by two essential conceptions, namely, the creation in America of a great confederation or association of the countries and the establishment of a body of legal principles that would apply specifically to these new States²⁸. From the Pact of Union, League and Confederation signed in the Congress of Panama, in 1826, we have witnessed the development and institutionalization of the norms and law principles, including those related to the peaceful settlement of disputes, through the Pan-American Conferences, and even after the establishment of the Organization of American States.

The proliferation of agreements and mechanisms for the peaceful settlement of disputes has been the result of promoting conciliation and understanding among the States of the region. It is remarkable that no other region has been so prolific in the production of treaties, agreements, resolutions and declarations aimed at achieving this goal. In other words, as Puig argues, "*no other region has a series of legal resources so diverse and sometimes so sophisticated*"²⁹. Kacowicz agrees by stating that "*no other region in the world has so many treaties, letters, documents, conventions and multilateral and*

27 A. ALVAREZ, "Latin America and International Law", *AJIL*, vol. 3, n° 2, April 1909, p. 269-353.

28 J. BARBERIS, "Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine", p. 93.

29 J. C. PUIG, "Controlling Latin American Conflicts: Current Juridical Trends and Perspectives for the Future", in *Controlling Latin American Conflicts* (M. A. MORRIS and V. MILLAN, eds.), Westview Press, 1983, p. 11.

*bilateral resolutions, containing obligations for the pacific settlement of international disputes*³⁰”.

The development of norms and institutions in Latin America was the result of a gradual evolutionary process that started with the independence of the former colonies in response to their interests and needs, and it was a byproduct of their culture and tradition. According to Kacowicz, a positivist argument explains the emergence of norms in Latin American society as a functional necessity or as a response from a weak region that confronted a hostile environment from the great powers³¹. As Nguyen Quoc Dinh, Daillier and Pellet contend, “*the development of regional law has been expressed in Latin America through norms and principles of law, which combine the traditional customary process —the legitimacy of which has been recognized by international jurisprudence*³²— *and parliamentary diplomacy within regional conferences and organizations*³³”.

In short, we have seen the development of a common normative consensus on how to settle the conflicts in the region by applying the *Grotian* reasoning to this part of the world. As Arturo Sotomayor Velázquez points out, “*the Latin American preference for legal approaches seems to have a justification rooted in a deeply normative and principled diplomatic culture; Since their independence, Latin American countries have preferred to be guided by rules based on Public International Law and have even adopted principles that regulate their behavior*³⁴”.

The consolidation of multilateralism and the peaceful settlement of disputes between the countries of the Americas have guaranteed the absence of violent conflicts in the region in recent years, as noted by the former Secretary General of the OAS, César Gaviria, at the Special Conference on Hemispheric Security (Mexico, 2003), who highlighted the effective role of multilateralism as a mechanism for resolving disputes between states, as “*an auxiliary means or as a guide to the will of the parties to seek a solution to the conflicts that confront them*”. From this perspective, international organizations

30 A. M. KACOWICZ, *The Impact of Norms in International Society: the Latin American Experience 1881-2001*, p. 43.

31 *Ibid.*, p. 55.

32 Such as the *Haya de la Torre* case, ICJ, 1951.

33 N. Q. DINH, P. DAILLIER and A. PELLET, *Droit International Public*, p. 76.

34 A. SOTOMAYOR VELAZQUEZ, “Nos Vemos en la Corte: El Arreglo Judicial de Disputas en América Latina y sus Implicaciones para el Sistema Interamericano”, *Foreign Affairs Latinoamérica* 2008, vol. 8, n° 3, p. 44.

are conducive to stability and peace because they are a consequence of the interests and objectives that are common to their members, by promoting the collective satisfaction of those, by serving as a basis for the formulation and development of standards of conduct, by facilitating the integration of its members and by fostering their trust in each other. Similarly, Kacowicz points out that the “*core of Latin American International society has been its common values, norms and institutions*”³⁵.

As we look at the current situation in the region, it is unlikely the risk of the outbreak of a war between States of the region due to border disputes. As mentioned above, nowadays the States of the region prefer to settle their border disputes at the International Court of Justice. Of the 17 cases pending at the ICJ today, 5 involve Latin-American States, i.e., around 25%.

As we have seen also, historically, most of the cases submitted to the ICJ involved Central American States. Orozco explains that, in Central America, “*historically most disputes have been settled through some form of arbitration or bilateral negotiation and that today, however, almost all border conflicts in the region are a continuation of incomplete arrangements or of pending disputes that coincide with the attempt of some parties to revive old conflicts for their own political advantage*”³⁶. In any case, it is clear that, today, the States in the region give priority to settle their disputes by peaceful means.

Based on the previous remarks, the continent of the Americas, particularly South America, is considered a zone of peace in terms of the absence of the risk of military confrontation among the States of the region, something that Boulding describes as a “*stable peace*”, i.e., a situation in which the probability of war is so small that it does not enter into the calculations of any of those involved³⁷. Coincidentally, Kacowicz defines a “*zone of stable peace*”³⁸ as one in which war becomes unlikely, if not impossible, and in which, through a gradual process of learning, the parties develop a common normative framework on how to manage and settle their international conflicts by peaceful means. That is, he argues, two conditions are required to achieve a stable peace: 1) an active satisfaction with its territorial *status*

35 A. M. KACOWICZ, *The Impact of Norms in International Society: the Latin American Experience 1881-2001*, p. 70.

36 M. OROZCO, “Conflictos Fronterizos en América Central: Tendencias Pasadas y Sucesos Actuales”, in J. DOMINGUEZ (comp), *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, Siglo veintiuno editores, 2003, p. 131.

37 K. E. BOULDING, *Stable Peace Studies*, University of Texas Press, 1978, p. 13.

38 A. KACOWICZ, *Zones of Peace in the Third World*, p. 61.

quo, and 2) a common regulatory framework, sometimes accentuated by a common culture. In turn, Jorge Domínguez argues that “*since the last nineteenth century, the Latin American international system has seen wars with a relatively low frequency*”; which, he explains, is due to three key features of this international system: 1) the structure of the international system in South America and Central America; 2) its relative isolation from the international global system; and 3) the rebirth in the 21st century of an ideology of shared *Latin Americanism* that fostered the creation of institutions during the second quarter of the 20th century to contain war and militarized disputes³⁹.

Arie Kacowicz argues that “*unlike other areas of the developing world, South America has been one of the most harmonious regions in terms of absence of international wars*”. Basically, war has been an exception rather than the rule since 1883. Basically, in its formative period, South America was a typical zone of conflict, characterized by international and civil wars, military interventions, political instability, changing alliances, struggles for supremacy in the Atlantic and River Plate basin that involved two wars. Because of the disrupting legacy of the never-ending wars of independence and the physical difficulties in implementing the norm of *uti possidetis*, the escalation of territorial conflicts into international wars remained commonplace until the later part of the XIX century.

In order to explain the absence of international wars or the lasting South American negative peace, Kacowicz provides some possible answers: the “*common historical, cultural and normative background and their preference for peaceful settlement of international disputes*” stand out, as well as the relative isolation of the region from the mainstream of international politics, and beyond the global security agenda of the former East-West confrontation. Also: the pacifying effects of several cycles of democratization in the region; the preponderant role of the hemispheric hegemon, the US (*pax americana*); their dependence and subordinate position in the international economy *vis-a-vis* the great powers; the persistence of an informal balance of power among Argentina, Brazil, Chile and Peru; the impact of geography and geopolitical factors; the satisfaction of most South American countries with the territorial *status quo*, associated with the lack of significant territorial claims, with the exceptions of Bolivia and Ecuador⁴⁰. This notable absence of international wars and relative isolation from the Cold War confrontation

39 J. DOMINGUEZ (comp.), *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, Siglo XXI ed., 2003, p. 15-42.

40 A. KACOWICZ, *Zones of Peace in the Third World*, p. 68-69.

has led South Americans themselves to recognize and promote a juridical *zone of peace*, Kacowicz argues, meaning by that a comprehensive concept of stable peace, disarmament, and more recently, a democratic perspective of regional security⁴¹.

The hemispheric coexistence of two differentiated legal traditions did not hinder but, rather, encouraged the impulse and creative process of norms, agreements and institutions that today make up the rich legal heritage of the American continent. The Inter-American System was embedded in the particularities of this continent and, although it has often absorbed and adhered to the global rules that were part of International Law, it has made its own contributions to the development of its principles and norms.

The hemispheric agenda comes alive and is developed today through the Organization of American States (OAS). With the expectation of being at the service of all, the OAS, and through it, the Inter-American System materializes its objectives and its projection based on the real will and the interests of the actors of the system. In short, and as the former Secretary General of the OAS, Alberto Lleras Camargo, said, “*The OAS, like all international organizations, is what its member States want it to be*”.

In short, it is possible to conclude that the community of interests, a wide range of a common background to the countries of the region, and their common adherence to and their compliance with the principles and norms that they contributed to develop and consolidate, explain the behavior of the countries in the Americas in their search for the peaceful settlement of their bilateral border disputes, by the means recognized by international law. As Robert Schuman stated, peace is not only the absence of war but the achievement of common goals and peaceful activities undertaken together.

41 A. KACOWICZ, *Zones of Peace in the Third World*, p. 69.

BIBLIOGRAPHY

- ALICE M., *El Sistema Jurídico Interamericano*, Ugerman Ed.-ISEN, 2006.
- ALVAREZ A., “Latin America and International Law”, *AJIL*, vol. 3, n° 2, April 1909, p. 269-353.
- ARRIGHI J. M., “L’Organisation des États Américains et le Droit International”, *RCADI*, t. 355, 2011, p. 264-271.
- BARBERIS J., “Les règles spécifiques du droit international en Amérique Latine”, *RCADI*, t. 235, 1992, p. 94.
- BOULDING K. E., *Stable Peace Studies*, University of Texas Press, 1978.
- BROTONS A. R., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2007.
- CAICEDO CASTILLA J. J., “El Arbitraje en las Conferencias Panamericanas hasta el Pacto de Bogotá de 1948 sobre soluciones pacíficas”, *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, vol. 4, 1948, p. 5-33.
- CANCADO TRINDADE A. A., “Los Aportes Latinoamericanos al Derecho y la Justicia Internacionales”, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional* 2003, p. 58.
- CONNELL-SMITH G., *El Sistema Interamericano*, Fondo de Cultura Económica, 1971.
- CRESPO I. S., “Tendencias en los litigios entre Estados de Iberoamérica ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario HispanoLuso-Americano de Derecho Internacional* 2009, p. 216-236.
- DINH N. Q., DAILLIER P. and PELLET A., *Droit International Public*, LGDJ, 2002.
- DOMINGUEZ J. (comp), *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, Siglo XXI ed., 2003.
- Global Peace Index 2019: Measuring Peace in a Complex World*, Sydney, June 2019. < <http://visionofhumanity.org/reports> >.
- HOBSBAWN E., *On the edge of the new century*, New Press, 2000.
- HOLSTI K. J., *The State, War, and the State of War*, Cambridge University Press, 1996.
- KACOWICZ A., *América Latina como sociedad internacional: una variación grociana del orden regional y de la comunidad*, Puente@Europa, 2015, < <https://puenteeuropa.unibo.it/article/view/5023> >.

- KACOWICZ A., *The Impact of Norms in International Society: the Latin American Experience 1881-2001*, University of Notre Dame, 2005.
- KACOWICZ A., *Zones of Peace in the Third World*, State University of New York, 1998.
- OROZCO M., “Conflictos Fronterizos en América Central: Tendencias Pasadas y Sucesos Actuales”, in DOMINGUEZ J. (comp), *Conflictos Territoriales y Democracia en América Latina*, Siglo veintiuno editores, 2003, p. 131.
- PUIG J. C., “Controlling Latin American Conflicts: Current Juridical Trends and Perspectives for the Future”, in *Controlling Latin American Conflicts* (MORRIS M. A. and MILLAN V., eds.), Westview Press, 1983, p. 11.
- PUIG J. C., “Solución Pacífica de Conflictos en América Latina y Crítica de los Procedimientos Existentes”, *Seminario Internacional Zona de Paz: Hacia una alternativa de seguridad regional para América Latina*, FLACSO, 1985, p. 9-11.
- PUIG J. C., *Les Principes du Droit International Public Américain*, Pédone, 1954.
- Solución Pacífica de Controversias en la Organización de los Estados Americanos*, OEA/Ser.G,CP/CSH-278/00, 2000.
- SOTOMAYOR VELAZQUEZ A., “Nos Vemos en la Corte: El Arreglo Judicial de Disputas en América Latina y sus Implicaciones para el Sistema Interamericano”, *Foreign Affairs Latinoamérica* 2008, vol. 8, n° 3, p. 44.
- STUYT A. M., *Survey of International Arbitrations*, 3rd ed., Martinus Nijhoff, 1990.
- SUMMERS L., “Arbitration and Latin America”, *CWILJ*, vol. 3, 1972-1973, p. 5-7.

The Issue of Distinguishing Permissible Interrogation Techniques from Illegal Ones

Rindala Zgbeib, Trainee Judge

Abstract

Long ago over was the era of citizens and slaves being distinguished from one another in that citizens were not subjected to torture, while slaves, considered to be objects, were subjected to anything their owners wanted – starting with punishment, passing through torture, and finishing with death.

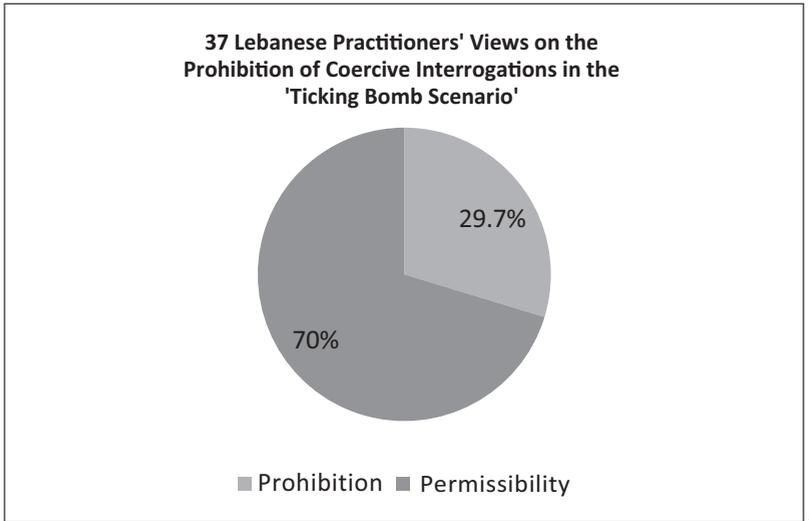
For centuries, the unequivocal position of the civilized world has been that torture is an abomination and one of the worst violations imaginable of human dignity and moral decency. As far as international law is concerned, official torture can never be justified. It is not only prohibited by many agreements¹ but also prohibited as customary international law “*jus cogens*”.

1 Universal Declaration of Human Rights, UDHR, art. 5, December 10, 1948 (UDHR hereinafter); The International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR, art. 7, December 19, 1976 (ICCPR hereinafter); United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNCAT, June 26, 2018 (the Convention hereinafter); International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD, art. 5, January 4, 1969; Declaration on the Elimination of Violence against Women, DEVW, art. 3, December 20, 1993; Convention on the Rights of the Child, CRC, art. 37, September 2, 1990; Arab Charter on Human Rights, ACHR, art. 4, September 10, 1994; African Charter on Human and People's Rights, ACHPR, art. 5, October 21, 1981.

However, a great deal of discussion was prompted about the use of torture as a means of extracting information in exceptional circumstances and how to handle the so-called “*ticking-bomb*” scenario. This article discusses the most controversial debates on coercive interrogation in regard to the issue of distinguishing permissible techniques from illegal ones and presents a new perspective on the justification of torture – the “*precedent theory*” – in which torture may be justified in a 1 to 1 ratio if restricted conditions are fulfilled.

Introduction

In a crowded public discussion about coercive interrogation in which attendants are asked whether they support it, it is likely that 99% of the attendants (assuming a mere contrarian is present) would call for an absolute prohibition of torture during interrogation; however, later proposing the “*ticking bomb scenario*” would create doubt, for some, about this absolute prohibition.



Prohibition of Coercive Interrogations in the 'Ticking Bomb Scenario'

The Association for the Prevention of Torture (APT) described this tactic as operating by manipulating the reactions of the audience³. Although this tactic evokes sympathy for the torturer and hatred towards the torture victim, it is worth discussing. Whether an individual believes torture is justifiable usually depends on the underlying theory to which he or she subscribes. Like many others, I argue that coercive interrogation must be kept illegal but permitted in certain circumstances, but what is new about

2 Among those practitioners are Judges, trainee Judges, lawyers, law students and Lebanese citizens.

3 APT, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must Say No to Torture, always 2* (APT, 2007).

my view is the new perspective set to allow torture in certain cases and the motives for considering it permissible, rather than merely morally justifiable, as well as the delimitation of the conditions so as to avoid any slippery slope. In this regard, I outline some standard positions on coercive interrogation in this article, offering brief remarks for each.

Before exposing the positions on coercive interrogation it is important to highlight the overlap of the two terms “*coercive interrogation*” and “*torture*” since in the majority of the discussed articles, the term “*coercive interrogation*” is being generally abandoned and replaced with the term “*torture*”, as well as subjected to its regulations.

Coercive Interrogation and Torture: Two Concepts Overlapping

Black’s Law Dictionary defines “*coercion*” as “*compulsion by physical force or threat of physical force*”⁴ and “*interrogation*” as “*the formal or systematic questioning by the police, usu. of a person arrested for or suspected of committing a crime*”⁵, while the most widely accepted functional definition of torture can be found under article 1 of the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (‘the Convention’ hereinafter) as follows: “*Any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession...*”.

In a careful examination of these definitions, the distinction between one and the other does not seem clear, but the doctrine and the jurisprudence played an essential role in this regard. The doctrine set a standard for differentiation that relates to severity: the pain inflicted through torture is severe, while the pain inflicted through the use of coercive interrogation is moderate⁶. Consequently, mild coercive interrogations do not qualify as legal torture, and when torture is not used for the purpose of extracting a confession, it is not considered coercive interrogation.

In practice, it is not simple to make this distinction, as it requires determination of the severity of the pain, which is subjective. Thus, the European Court of Human Rights considered that certain techniques

4 Bryan Garner, Black’s Law Dictionary (2nd ed. 2001).

5 *Ibid.*

6 Amos N. Guiorra, *Constitutional Limits on Coercive Interrogation* 86 (Oxford University Press 2008); Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Should Coercive Interrogation Be Legal?* 673 (104 MICH L. REV. 671, 2006).

that involve physical discomfort or pain, while constituting inhumane and degrading treatment, do not constitute torture, such as protracted standing against the wall on tip toes, exposing a suspect to loud noise, or putting hoods on the suspect during detention⁷. Other practices that, according to some, may constitute torture include confinement for an extended period of time, dousing in ice cold water, playing loud music, and mental suffering inflicted on a person (such as threats execution or mock execution rituals)⁸. Although the criteria sounds clear, classification remains subject to one's discretion, as evidenced by the fact that exposing a person to loud music was considered torture to some, and merely inhumane or degrading treatment to others. Moreover, a research article published in Psychological Science concluded that people cannot appreciate the severity of interrogation practices they themselves are not experiencing, calling at the end for a more restrictive legal standard for evaluating the ethicality of interrogation techniques⁹. Although this study affirms the relativity and the difficulty of determining the severity of the interrogation, its calling for a more legal restrictive standard to evaluate the ethicality of interrogation techniques drives us to question the ethicality of those acts merely constituting coercive interrogation without amounting to torture. In such cases, the act's unethical nature inevitably remains but torture's legal provisions cease to function and its international protection falls. In other words, actions falling short of "torture" can still be cruel, inhumane, or degrading. This is also in line with article 16 of the Convention¹⁰.

Nevertheless, the interest of this article lies in the overlapping area of these two concepts: coercive interrogation that (by virtue of its severity) counts as torture. Henceforth, "coercive interrogation" is used to denote this subset.

7 Ireland v. United Kingdom, 2 Eur. Ct. H.R. (ser.A) at 25 (1978).

8 Emanuel Gross, *Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights* 94-97 (6 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 89, 2001).

9 Loran F. Nordgren, Mary-Hunter Morris McDonnell & George Loewenstein, *What Constitutes Torture? Psychological Impediments to an Objective Evaluation of Enhanced Interrogation Tactics* 694 (22 Psychological Science 689, 2011).

10 The Convention, *supra*, art.16 ("Each State Party shall undertake to prevent in any territory under its jurisdiction other acts of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment which do not amount to torture as defined in article 1").

I. The Absolute Impermissibility of Using Coercive Interrogations

A. On Legal Grounds

Many international agreements prohibit the use of torture under any circumstance, including article 5 of the Universal Declaration of Human Rights¹¹, article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights¹², and article 1 of the Convention¹³. Moreover, prohibition against torture was considered, for many, among those *jus cogens* norms (along with crimes against humanity, genocide, rape, hijacking, and terrorism) that can never be justified¹⁴.

Article 2 of the Convention affirmed a universal ban against torture and stated that “*no exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification of torture*”¹⁵. This includes “*any threat of terrorist acts or violent crime, as well as armed conflict, international or non-international*”¹⁶. Consequently, international treaties and Human Rights laws never advocate the use of torture, no matter the circumstances or how sizeable the proportion of people that would advocate for its use. While I am neither denying the grave nature of coercive interrogation nor praising it, I suggest that the law should have a typical or baseline regulatory strategy for coping with grave evils that sometimes produce greater goods. After all, it is impossible for the law to cover all situations, and it is the duty of scholars, professors, and practitioners to analyze the laws, highlight the gaps, and propose amendments where necessary.

11 UDHR, *supra*, art. 5 (“*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*”).

12 ICCPR, *supra*, art. 7 (“*No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*”).

13 The Convention, *supra*, art.1.

14 Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position* 832 (110 Harv L Rev. 815, 1997); Joshuwa A. Decker, *Is the United States Bound by the Customary International Law of Torture? A Proposal for ATS Litigation in the War on Terror* 821 (Chicago Journal of International Law 803, 2006); Geert-Jan Alexander Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law* 29 (Transnational Publishers, 2001).

15 The Convention, *supra*, art. 2 (2).

16 UN Committee against Torture, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by State Parties*, § 5, UN Doc. CAT/C/GC/2 (January 24, 2008).

B. On Deontological Grounds

From an absolutist deontological point of view, coercive interrogations are impermissible due to their violation of human dignity and autonomy. This position denies that there can ever be a justified violation of rights, even to prevent serious harm. This theory has many followers because of its aim to obey personal autonomy¹⁷, and has many opponents because it seems shortsighted and impractical for some¹⁸, as well as denies the inevitability of existing situations in which such violation of rights may be justifiable for others¹⁹. I completely agree with these counter theory arguments and add that this theory is paradoxical, since it simultaneously assures and denies human dignity. In other words, in the ticking bomb scenario, this theory calls for the protection of the detainee (by protecting him or her against any coercive techniques) while denying protection for the third parties whose lives are at stake (by refusing to apply coercive techniques to extract the confession necessary to save them).

Supporting the absolute prohibition of torture, the APT prepared a text defusing the ticking bomb scenario based on a consultation of expert individuals and organizations, with the sole intention of always saying no to torture. This research debunked all of the assumptions of the ticking bomb scenario without offering much argument as to why torture does not work; rather, it mainly focuses on proving that these assumptions can hardly be met, such as considering that torturers are unlikely to have such a degree of certainty that the person they are holding is a perpetrator or even has relevant information²⁰, or considering that it is impossible that the torturer knows everything about the plot aside from the key piece of information

17 Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* 315-19 (1 Rules, Cambridge University Press, 2005); Thomas Nagel, *War and Massacre*, in *War and Moral Responsibility: A Philosophy and Public Affairs Reader* 17 (Princeton University Press, 1974), (“in standard cases where A sacrifices or harms B to save C, A can justify his conduct to B, but in the case of torture, no such justification is possible”); James Rachels, *Elements of Moral Philosophy* 128 (McGrawHill, 1993), (“act so that you treat humanity, whether in your own person or in that of another, always as an end and never as a means only”).

18 Maria F. Blanc, *Moral Permissibility and Legitimacy of the Use of Coercive Interrogations: Implications for the Intelligence Professional, Participating Health-Care Professionals, and Society* 126 (1 International Journal of Intelligence Ethics 122, 2010).

19 Posner & Vermeule, *supra*, at 677.

20 APT, *supra*, at 7.

that the victim knows²¹. While these arguments (or “*second thoughts*”) make sense, they are not enough to debunk the ticking bomb scenario, because genuinely exposing the ticking bomb scenario starts from the idea that all of the assumptions are met; otherwise, there is no need to apply torture.

One of the few arguments presented to genuinely debunk the ticking bomb scenario opposes the assumption that “*torturing the person will obtain the information in time to prevent the attack*”, stating that “*The perpetrator would be able both to stop the torture and to misdirect authorities long enough for the bomb to go off, in which case torture is not likely to be an effective means of preventing the attack... The types of persons who would plan and execute such an attack are the very ones most likely to have been trained to withstand torture until it is too late anyway*”²². However, first, people who are trained to withhold information while subjected to torture would certainly surpass other means, such as interrogation tactics where no torture is used, and resist talking. Second, at this stage it is safe to assume that no other means is available; therefore, not seeking torture would be ineffective, while applying torture could be effective. Saying that an act is necessary to prevent some harm merely means that there is no other alternative for preventing it, and when such threshold exists, it is irrelevant whether the said act is a long shot or a guaranteed success; therefore, why not take the risk? Moreover, using torture has been effective in exceptional cases, such as the ones that enabled the Filipino authorities to extract a confession and prevent the hijacking and destruction of eleven airliners²³. It is not guaranteed that torture would prevent an attack, but in situations in which avoiding it would be useless, it is undeniably better to apply it. I further explain my view of the “*precedence theory*” in the following sections.

C. On Rule-Consequentialist Grounds

The rule consequentialist agrees that there are cases in which coercive interrogations would be justified from an *ex post* perspective, but such cases must be impermissible because they will do more harm than good from an *ex ante* perspective. Although this view rejects the justification of coercive

21 APT, *supra*, at 9.

22 *Ibid.*, at 8.

23 Mathew Brzezinski, *Bust and Boom: Six Years Before the September 11 Attacks, Philippine Police took Down on al Qaeda Cell That Had Been Plotting, Among Other Things, to Fly Explosives-Laden Planes into the Pentagon-and Possibly Some Skyscrapers*, Wash Post, December 30, 2001, at W09.

interrogation on second-order considerations, it at least recognizes cases in which coercive interrogation would be justified.

One of the famous arguments presented from a rule-consequentialist view is the “*slippery slope*”, which implies that, once coercive interrogation is allowed, it cannot be stopped; as a result, torture becomes arbitrary and unpunished, widespread and systematic, or both²⁴. In this regard, Mordechai Kremnitzer argued that once the police justifiably use coercive interrogation, they will start using it against petty criminals and innocent bystanders that are thought to be withholding information about a crime they witnessed²⁵. Eric Posner and Adriane Vermeule refuted this argument by proposing that the same argument could be made about police shootings in that, if the government allows the police to shoot people, they will be morally corrupted²⁶. However, while this refutation calls for the acceptance of coercive interrogation in necessary cases by analogy to police shootings, it does not discuss whether justifying coercive interrogation leads to a “*slippery slope*”.

I agree with Kremnitzer’s statement but disagree with the motives. In other words, the nations that allow these techniques, even in narrow cases, use them in nearly every case, which is unfortunately the case in Lebanon. However, I do not agree that the reason behind the slippery slope is the justification of coercive interrogation, and, like Adam Raviv stated, it seems strange to argue that people’s moral compasses will truly be damaged if torture is prohibited 99.99% of the time, rather than 100%²⁷. Moreover, I argue that the main reason is not allowing torture 0.01% of the time, but rather a corruption in the system resulting from both non-censorship and non-prosecution; otherwise, each justification recognized by the law would be considered a slippery slope. In a regime in which the law is well applied and well enforced, each violation would be punished, and it would be rare to

24 Oren Gross, *Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience* 1508-09 (88 Minnesota L. REV. 1481, 2004); Seith F. Kreimer, *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War of Terror*, 321 (6 Journal of Constitutional Law 278, 2003).

25 Mordechai Kremnitzer, *The Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the “Needs” of the Security Service?* 261-62 (23 ISR. L. REV. 216, 1989).

26 Posner & Vermeule, *supra*, 689.

27 Adam Raviv, *Torture and Justification: Defending the Indefensible* 144 (13 Geo Mason L. REV. 135, 2004).

find cases in which the law is violated. Moreover, the techniques for which I am calling for justification are means used by officials, and when those officials are well trained and well aware of their use, few violations will occur. Therefore, introducing possible justifications for coercive interrogation is not considered to have a slippery slope effect, and no evidence was presented in this regard. The State can accord great respect for Human Rights while still acknowledging that it can be necessary to hurt people to protect the public.

Thus far, I have disregarded claims of the absolute impermissibility of using coercive interrogation, arguing that it is sometimes necessary to hurt people to protect the public. In the next section, I further highlight my view on the permissibility of these techniques while outlining supporting positions and offering brief remarks on each.

II. The Permissibility of Using Coercive Interrogation

A. On Act-Consequentialist Grounds

A rule-consequentialist asks which rules about coercive interrogation will produce the greatest net benefits²⁸. The act-consequentialist, in contrast, argues that torture may be acceptable or even mandated if society receives a net benefit that outweighs the harm of torture²⁹. In this regard, the same question posed by Posner and Vermeule shall be asked: why only those circumstances? According to them, the obvious alternative is to say that the harm prevented must simply be greater than the harm inflicted, and the permissible ratio is 1 to 1³⁰. They mainly build their argument around the statement that coercive interrogations are not special and the law must treat them similarly to police shootings, wartime killings, preventive detentions, and other serious harms³¹. Although I agree with their finding regarding the 1 to 1 ratio, I disagree with the grounds. Coercive interrogations are indeed special and differ from other serious harms. Henry Shue's famous argument against the moral permissibility of torture is that it violates the "*prohibition against assault upon the defenseless*", which is what makes it worse than killing from a dignity and autonomy standpoint³². I do not mention

28 Thesis paper, at 10.

29 Marcy S. Strauss, *Torture 227* (Loyola – LA Public Law Research Paper, 2003).

30 Posner & Vermeule, *supra*, at 677.

31 *Ibid.*, at 674.

32 Henry Shue, *Torture 127* (7 Philosophy. & pub. Aff. 124, 1978).

this statement to illustrate that I am against the moral permissibility of torture, but rather to demonstrate that killing and torturing are not the same. However, Posner and Vermeule's argument was shielded against Shue's, and they added that killing enemies or armed criminals is worse than torture, since killing "*utterly extinguishes the victim and forever denies him any future possibility of exercising autonomy or enjoying human dignity*"³³, but this argument emphasizes the difference between killing and torture, regardless of which is worse. Moreover, if the two are different, then why treat them the same by analogy?

However, I highlight some further differences: first, the pain inflicted through torture is continuous and greater than that inflicted through killing, which is usually immediate. Second, police shootings to avoid an imminent threat will definitely prevent the attack (particularly by killing a shooter), while torturing to extract the confession may or may not be effective, as tolerance to torture is relative.

After having illustrated that these two concepts are different, the question remains: on which grounds are coercive interrogations considered justified on a 1 to 1 ratio? In my view, coercive techniques are permitted on the "*precedence theory*". In other words, consider a situation in which X (a professional kidnapper with a criminal history known for kidnapping and killing people) kidnaps Y and is later captured by the authorities before having released Y, and the authorities find videotapes showing that the victim is in an unknown place and his or her life is in danger. Moreover, all means of interrogation have failed to prompt the kidnapper to disclose the place of the victim. In this situation, the authorities would be allowed to torture X to save Y's life. This is because the protection of Y's life is worth more than X's right to dignity and fair trial, since Y is assumed innocent, X violated Y's rights, and X is refusing to cooperate and disclose the information needed to save Y's life. The authorities are faced with two options (assuming all other intelligence-gathering methods of interrogation have failed and all facts are substantive): either respect X's human dignity and autonomy or violate X's latter rights by torturing him for a chance to save Y. Whichever option they choose, they are violating one's rights, either by refusing to apply coercive techniques or by applying them; therefore, they must respect the rights of the person worthy of protection. The same also applies to ticking bomb scenarios.

33 Posner & Vermeule, *supra*, at 678.

On the other hand, this “*precedence theory*” calls for the full protection of innocent people. A good question would be a situation in which the killing of one innocent person would save the lives of many others, a topic well addressed in the literature³⁴. This may include, for example, torturing a child who has no relevant information, but whose torture in the presence of the perpetrator is the only thing that can get the perpetrator to talk. Applying the above theory, torture would not be permissible, since the child is worthy of protection just like any other; a possible alternative, then, would be to apply moral torture to the perpetrator (like threatening to harm the child or others). This way, the child would not be tortured, but the perpetrator would be tortured morally. The risk cannot ever be taken against innocent people, because if the torture is ineffective, then the cost would exceed the benefits; on the other hand, in torturing the perpetrator, the cost would never be higher, even if the torture is ineffective, since third parties are worthy of protection.

In addition, the moral philosophers rejecting the act-consequentialist theory worry about the decision makers that will assess whether coercive interrogations are justified and consider that, if the costs are high because of unavoidable error, then a flat ban on coercive interrogations would be justified³⁵. However, it is indeed a difficult task to limit a set of conditions under which coercive interrogations would be justifiable. Laws cannot cover all situations, and courts typically appreciate ex post whether the conditions of the exception are fulfilled (e.g., last resort, necessity, check the perpetrator’s doubtless identity, etc.) and apply the necessary measures accordingly. Thus, officials must be subjected to a professional official training and shall never exercise coercive techniques according to their sole discretion, but rather shall always be supervised before and while applying these techniques (if used as a last resort, less discomforting techniques should precede harsher ones). Moreover, harsh sanctions could be applied against officers that abusively used coercive interrogation.

34 Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against: A critique of Utilitarianism* 98 (Cambridge University Press, 1973).

35 John T. Parry & Welsh S. White, *Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture be an Option?* 761-62 (63 U. Pitt. L. REV. 743, 2002).

B. On Threshold Deontological Grounds

Charles Fried argues, as have many others, that it is permissible to kill an innocent person to save a whole nation from annihilation³⁶. This viewpoint is quite similar to act-consequentialism, but threshold deontologists are generally much stricter in regard to when torture is permitted³⁷. In other words, torture may be morally correct to a consequentialist, whereas a threshold deontologist would only find torture morally permissible. In this regard, Maria F. Blanc considered that the violation of one's rights to preserve the rights of many others may be justifiable, but is never legitimate; she mainly focuses on the justice and states that it is difficult to separate legitimacy from justice or to assume something legitimate without presenting some degree of moral correctness³⁸. On the other hand, Amos N. Guiorra defends the idea that there are some cases in which coercive interrogations could be lawfully implemented if they are constitutionally limited, congressionally overseen, and judicially reviewed³⁹. However, I call for legitimization of coercive techniques in the specific cases defined in the law *ex ante* (where all the required conditions are fulfilled), because, when these techniques result from the application of the law, they will become morally correct. Justice will then be achieved, according to Blanc's statement. Further, we shall not keep the legitimization for an *ex post* view, as Guiorra stated, since this would go against the core values of any liberal society.

One additional reason coercive interrogations, when occurring under certain circumstances, shall be legal is related to self-defense, since legal acts cannot be opposed by self-defense (in case all self-defense conditions are fulfilled), though justified acts can. In other words, in the case of a legal coercive interrogation, the person subjected to torture, in case he is able to exercise self-defense against acts of torture by officials, cannot trigger self-defense, since there is no infringement. On the other hand, in the case of justification with no legalization, he can use self-defense against the official, because the act of torture, while justified, is still illegal.

Moreover, when the act is justified, the civil liability of the perpetrator remains, and while he will not be liable for punishment, he will be responsible

36 Charles Fried, *Right and Wrong* 10 (Harvard University Press: 1978).

37 Alon Harel & Assaf Sharon, *What is Really Wrong with Torture?* 246-7 (6 Journal of International Criminal Justice 241, 2008).

38 Blanc, *supra*, at 129-30.

39 Guiorra, *supra*, at 86.

for the civil compensation of the victim. In case of legalization, however, the act will not be regarded as an offense and no liability will be held, whether criminal or civil.

In summary, both sides of the permissibility and illegality debate have merit. I argue that the law shall ban torture in all but a limited number of necessary cases in which all of the above assumptions are simultaneously present: 1) a specific planned attack is known to exist (whether against a large number of people or against one), 2) the person in custody is a perpetrator of the attack and has information that will prevent said attack, 3) no other means or actions exist that could obtain the information in time. Though these situations are rare, and perhaps nearly impossible, it is important to cover them in the law for the immunity of the officers in case the conditions are met; otherwise, the decision to torture would only be made by a heroic and bold officer. It therefore makes sense to integrate the justifications into the law, rather than gambling on the officer's nobility.

Conclusion

At the end of this article and after discussing the absolute impermissibility and the permissibility of using coercive interrogation, and after exposing the “*precedence theory*” with this regard, the question remains: Where is Lebanon in all the above? Is it bound by international law? If yes, which view did it adopt? Is it taking measures to stay in line with its international obligations?

Lebanon has ratified many international treaties against torture and committed before the international and Arabic community to fight torture and to take measures to enforce them. Accordingly, Lebanon ratified the Convention on October 5th, 2000. As a party to the Convention, Lebanon is required to take effective measures to prevent torture⁴⁰, ensure that all acts of torture are offenses under its criminal law, deliver appropriate penalties, and prevent other acts of cruel, inhumane, or degrading treatment or punishment. Moreover, according to Kelsen’s⁴¹ pure theory of law and the determination of the hierarchy of norms in article 2 of the Lebanese Civil Procedural Code (CCP), which stipulates that “*the courts must adhere to the*

40 The Convention, *supra*, art.2 (1).

41 Thomas Iyan McLeod, Kelsen’s Hierarchy of Norms, *in* Legal Theory, Macmillan Law Masters 68 (Palgrave London, 1999) (Kelsen’s pure theory of law presents law as a hierarchy of norms, with each norm either validating, or being validated by, the norm which succeeds or precedes it within the hierarchy).

principle of hierarchy. When the provisions of international treaties conflict with the provisions of the ordinary law, they shall apply the first before the second", when Lebanese national rules contradict an international rule, Lebanese courts must apply the international norm without declaring the ordinary rules void⁴².

Although Lebanon has ratified many international agreements related generally to human rights and specifically to torture, the country is still far from fulfilling its international obligations, and coercive interrogation is still widely applied regardless of its necessity.

I argue, like the majority of Lebanese people, that Lebanon is far from fulfilling its international obligations, and the reason is not only related to legal measures, but also to enforcement mechanisms due to the gap between the written law and the practiced law.

42 Lebanese Code of Civil Procedure, 90 CCP § 1 art.2 (6 October 1983).

BIBLIOGRAPHY

Domestic Legislative Materials

Lebanese Code of Civil Procedure, 90 CCP October 6, 1983.

International Treaties and Agreements

African Charter on Human and People's Rights, October 21, 1981.

Arab Charter on Human Rights, September 10, 1994.

Convention on the Rights of the Child, September 2, 1990.

Declaration on the Elimination of Violence against Women, December 20, 1993.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, January 4, 1969.

The International Covenant on Civil and Political Rights, ICRC, December 19, 1976.

United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNCAT, June 26, 2018.

Universal Declaration of Human Rights, UDHR, December 10, 1948.

International cases

Ireland v. United Kingdom, 2 Eur. Ct. H.R. (ser.A) (1978).

UN Documents

UN Committee against Torture, *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by State Parties*, UN Doc. CAT/C/GC/2 (January 24, 2008).

Books and Other Independent Publications

Amos N. Guiorra, *Constitutional Limits on Coercive Interrogation* (Oxford University Press 2008).

Bernard Williams, *Utilitarianism: For and Against: A critique of Utilitarianism* (Cambridge University Press, 1973).

Charles Fried, *Right and Wrong* (Harvard University Press: 1978).

Geert-Jan Alexander Knoops, *Defenses in Contemporary International Criminal Law* (Transnational Publishers, 2001).

James Rachels, *Elements of Moral Philosophy* (McGrawHill, 1993).

Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (1 Rules, Cambridge University Press, 2005).

Marcy S. Strauss, *Torture* (Loyola – LA Public Law Research Paper, 2003).

Thomas Iyan McLeod, *Kelsen's Hierarchy of Norms, in Legal Theory*, Macmillan Law Masters (Palgrave London, 1999).

Thomas Nagel, *War and Massacre*, in *War and Moral Responsibility: A Philosophy and Public Affairs Reader* (Princeton University Press, 1974).

Articles and Contributions to Edited Works

Adam Raviv, *Torture and Justification: Defending the Indefensible* (13 Geo Mason L. REV. 135, 2004).

Alon Harel & Assaf Sharon, *What is Really Wrong with Torture?* (6 Journal of International Criminal Justice 241, 2008).

APT, *Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must Say No to Torture, always* (APT 2007).

Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position* (110 Harv L Rev. 815, 1997).

Emanuel Gross, *Legal Aspects of Tackling Terrorism: The Balance between the Right of a Democracy to Defend Itself and the Protection of Human Rights* (6 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 89, 2001).

Eric Posner & Adrian Vermeule, *Should Coercive Interrogation Be Legal?* (104 MICH. L. REV. 671, 2006).

Henry Shue, *Torture* (7 Philosophy. & pub. Aff. 124, 1978).

John T. Parry & Welsh S. White, *Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture be an Option?* (63 U. Pitt. L. REV. 743, 2002).

Joshua A. Decker, *Is the United States Bound by the Customary International Law of Torture? A Proposal for ATS Litigation in the War on Terror* (Chicago Journal of International Law 803, 2006).

Loran F. Nordgren, Mary-Hunter Morris McDonnell & George Loewenstein, *What Constitutes Torture? Psychological Impediments to an Objective Evaluation of Enhanced Interrogation Tactics* (22 Psychological Science 689, 2011).

Maria F. Blanc, *Moral Permissibility and Legitimacy of the Use of Coercive Interrogations: Implications for the Intelligence Professional, Participating Health-Care Professionals, and Society* (1 *International Journal of Intelligence Ethics* 122, 2010).

Mordechai Kremntizer, *the Landau Commission Report: Was the Security Service Subordinated to the Law, or the Law to the "Needs" of the Security Service?* (23 *ISR. L. REV.* 216, 1989).

Oren Gross, *Are Torture Warrants Warranted? Pragmatic Absolutism and Official Disobedience* (88 *Minnesota L. REV.* 1481, 2004).

Seith F. Kreimer, *Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War of Terror* (6 *Journal of Constitutional Law* 278, 2003).

Religions, Constitution et espace public : Quelques enseignements de la littérature constitutionnelle allemande du XX^e siècle¹ / Constitution, Religion and Public Space: Lessons from the German Legal Doctrine in the 20th Century

Thierry Rambaud, Professeur de droit public à l'Université de Paris et avocat à la Cour

Abstract

This article deals with the reception in constitutional law of ecclesiological and canonical models, stemming in particular from Christian traditions. If the subject has been the subject of scholarly work in German constitutional literature, we think in particular of Carl Schmitt (1888-1985), Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-2019) or Rudolf Smend (1882-1975), it remains largely unthought in French constitutional law. The latter doesn't really manage to define what the mission of the country's religious and spiritual forces could be for the consolidation of a democratic public space which must be protected by the Constitution.

1 Une version en anglais de ce texte est en cours de parution aux États-Unis, en lien avec l'Université américaine de Notre-Dame.

Le point de départ de notre analyse réside dans le constat assez généralement partagé que le droit constitutionnel moderne n'aurait plus grand-chose à voir avec les enseignements de la théologie chrétienne et du droit canonique² et que le débat sur la possibilité d'une théologie politique, que ce soit au sens de Carl Schmitt ou celui de Johann-Baptist Metz, serait aujourd'hui définitivement clos pour les juristes. L'État sécularisé aurait réglé le sujet des influences canoniques ou ecclésiologiques sur le droit moderne de l'État et relégué les forces religieuses dans la sphère privée. C'est pourtant faire bien peu de cas de l'avertissement de Marcel Gauchet : « *L'un des plus amples rayonnements dont le message chrétien soit susceptible au sein de notre monde tient à l'autorité de son histoire. L'Église catholique et ses fidèles gardiens d'une tradition deux fois millénaire qui est à la base de notre monde et avec laquelle les développements de ce dernier ne peuvent pas ne pas garder quelques rapports. C'est une dimension qui a directement à voir avec la question de l'éducation, puisqu'elle engage la transmission de l'inspiration première à laquelle nous nous rattachons. La culture chrétienne est une part séminale de notre culture, il est impossible de l'ignorer*³ ». Au regard de ces exigences, Bernard Bourdin, dans son ouvrage magistral sur *Le Christianisme et la question du théologico-politique*, relève que « *le concept chrétien de médiation dispose d'une nouvelle pertinence : celle de relier le présent et le passé*⁴ ». Notre propos est de nous interroger sur la signification et la portée susceptibles d'être données en droit constitutionnel à cette auto-compréhension religieuse qui résulte de modèles ecclésiologiques, entendus au sens large de la notion⁵. Si l'influence de tels modèles ecclésiologiques et canoniques en droit constitutionnel a fait l'objet de travaux savants, en revanche, il apparaît, qu'à rebours de

2 V. cependant les actes de l'important colloque sous la direction de Dominique Chagnollaud sur *Les origines canoniques du Droit constitutionnel*, Éditions Panthéon Assas, 2009, 118 pages et la thèse du professeur Laurent Fonbaustier sur *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel : L'institution de la responsabilité des gouvernants*, thèse soutenue sous la direction du professeur Stéphane Rials, Paris 2, 1998.

3 M. GAUCHET, *Un monde désenchanté*, Les éditions de l'Atelier, 2004, chapitre 15, p. 219. Nous avons également travaillé sur M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Gallimard, folio essais, 431 pages.

4 B. BOURDIN, *Le christianisme et la question du théologico-politique*, préface de Ph. CAPELLE-DUMONT, Les éditions du Cerf, 2015, p. 219.

5 Laurent Fonbaustier définit les modèles ecclésiologiques « *comme l'ensemble des discours, pratiques et formes d'organisation du pouvoir terrestre dans l'Église déployé à l'occasion de la gestion de leurs communautés respectives par les abbés, les évêques et les papes* », L. FONBAUSTIER, « L'influence des modèles ecclésiologiques et des institutions de l'église sur les modèles et institutions étatiques », *Droits* 2014/1, n° 59, p. 124.

la littérature constitutionnelle allemande, on songe en particulier à Carl Schmitt (1888-1985), Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-2019) ou encore Rudolf Smend (1882-1975), le sujet du « *mandat constitutionnel des institutions religieuses et spirituelles* » reste un impensé en droit constitutionnel français. Deux raisons principales peuvent expliquer ce constat :

- En premier lieu, l'héritage révolutionnaire français et la construction de la laïcité en droit français conduisent très souvent à considérer que les religions apparaissent davantage comme des « *sous-cultures* », plutôt que comme des cultures à part entière qui devraient bénéficier d'une réelle « *visibilité institutionnelle* ». Nous empruntons ici le mot « *sous-culture* » à l'ouvrage d'entretiens entre le Pape François et Dominique Wolton qui est paru en 2017. Citons le Pape François : « *Je crois que dans certains pays comme en France cette laïcité a une coloration beaucoup trop forte, qui construit un imaginaire politique dans lequel les religions sont vues comme une sous-culture. Je crois que la France, c'est mon opinion personnelle (...) devrait élever un peu le niveau de la laïcité, dans le sens où elle devrait dire que les religions font elles aussi partie de la culture*⁶ ». De manière sous-jacente, le Pape soulève le sujet de l'ouverture à la transcendance de la culture. Dans le cadre d'un État sécularisé, la culture, notamment politique, est-elle nécessairement condamnée à l'immanence ? Le sujet est d'importance et soulève des questions singulièrement complexes que Böckenförde s'est efforcé de résoudre.
- En second lieu, le droit français achoppe sur la signification du mot « *public* », au sens de l'espace public... Dans les études juridiques, l'adjectif « *public* » renvoie au « *droit public* », à celui qui régit, pour le dire simplement, les relations entre les personnes publiques et les individus. Cette approche correspond à la notion de « *Staatslichkeit* » en droit allemand. Or, comme l'a montré dans une étude majeure Rudolf Smend⁷, « *le public, l'espace public* » renvoie également à cet espace en voie de redéfinition permanente : *Die Öffentlichkeit*. En ce sens, il est souligné la mission ou le mandat public des collectivités religieuses qui jouissent du statut de corporation de droit public

6 *Pape François : rencontres avec Dominique Wolton : Politique et société*, Les éditions de l'observatoire, 2017, p. 42.

7 « *Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit. Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht* », *Gedächtnisschrift für W. Jellinek, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik* Mainz 6. Isar, München, 1955, p. 11-20.

au sens de l'article 140 de la Loi fondamentale allemande. Sans être assimilées à des établissements publics administratifs, les corporations de droit public religieuses jouent une mission d'intérêt général au service du bien-être social de la population et de la société. La « *publicité* » renvoie ici à deux qualités fondamentales, mais distinctes : l'étatité, d'une part, et l'espace public, de l'autre. Dans le fond, c'est la distinction entre le domaine d'intervention directe de l'État et la constitution d'un espace démocratique autonome.

Cette notion fondamentale d'« *espace public* », à laquelle de récentes études ont été consacrées, achoppe néanmoins sur l'exigence d'une saisie plus intégrée par le droit constitutionnel. À cet égard, le recours à la théorie de l'intégration développée en 1928 par R. Smend, dans son ouvrage *Verfassung und Verfassungsrecht*⁸, peut fournir des éléments importants de compréhension et de renforcement de la cohérence et de la cohésion de l'État dans son rapport à la société. Certes, cette théorie n'est pas toujours parfaitement claire et M. Stolleis note ainsi : « *que cette théorie était placée dès le début au cœur d'un ensemble d'ambivalences délibérément imprécises. Oscillant en permanence entre des énoncés descriptifs et des énoncés normatifs, elle cherchait une solution dialectique à la tension entre "individu" et "communauté"* »⁹. C'est la capacité à intégrer qui confère à une communauté politique la qualité étatique. Sandrine Baume ajoute : « *la sphère étatique acquiert sa signification dans son rôle très général d'insertion de l'individu dans sa communauté*¹⁰ ».

Cette nécessité de l'intégration de l'individu par l'État renvoie à l'aptitude de ce dernier à favoriser l'émergence d'une sphère politique démocratique et à la réception de cette dernière dans le champ du droit constitutionnel. Marcel Gauchet ouvre des perspectives fort intéressantes

8 R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, 178 pages. Pour une analyse de cette théorie, V. : P. BADURA, « Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975) », *Der Staat*, 16 (1977), p. 305 et s.

9 M. STOLLEIS, « Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous la national-socialisme », *Revue Astérian* 2006/4, version internet, consultée le 19 octobre 2017.

10 S. BAUME, « Le Parlement face à ses adversaires : La réplique allemande au désenchantement dans l'entre-deux-guerres », *Revue française de Science politique* 2006/6, vol. 56, p. 985-998, DOI : 103917/rfsp.566.0985, URL : <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique>>.

en la matière, qui ne sont pas sans rappeler certains des travaux d'E.-W. Böckenförde sur l'État sécularisé et la neutralité de l'État¹¹.

Ces interrogations soulèvent le sujet de la réappropriation par le droit constitutionnel d'un espace public démocratique, là où le droit constitutionnel jurisprudentiel s'en tient à une théorie des conciliations entre la protection des libertés fondamentales et des objectifs d'intérêt général.

C'est la raison pour laquelle nous allons successivement présenter les débats relatifs à la théologie politique dans la littérature constitutionnelle allemande afin de saisir le sujet de l'influence des modèles ecclésiologiques sur la définition d'une sphère publique démocratique, avant de voir comment le droit constitutionnel aurait à gagner d'une réflexion approfondie sur la définition d'un espace public au sein duquel les forces spirituelles et religieuses pourraient contribuer à la définition d'un espace public permettant d'assurer la cohérence de l'« être-ensemble républicain ». La thèse ici défendue est que le nécessaire dépassement d'une théologie politique en droit constitutionnel en contexte sécularisé ne doit pas conduire à occulter le débat sur la responsabilité des religions dans la définition d'un espace public, à la fois pluraliste et intégré, dont la Constitution doit être la garante.

Paragraphe 1. De la difficile réception d'une théologie politique en droit constitutionnel en contexte sécularisé

Partons d'un double présupposé : l'un historique, l'autre comparatif.

D'un point de vue historique, en premier lieu, il est difficile de contester l'apport de la théologie et du droit canonique à la construction des principaux fondamentaux du droit de l'État. Ce constat a été parfaitement formulé, on y reviendra, par Carl Schmitt lorsqu'il écrit : « *Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés* ». C. Schmitt note, dans sa *Théologie politique II*¹² : « *Tout ce que j'ai avancé concernant le thème de la Théologie politique, relève des affirmations d'un juriste sur une proximité de structure systématique s'imposant, du point de vue de la théorie et de la pratique du droit, entre concepts théologiques et concepts juridiques* ».

11 O. JOUANJAN, « Ernst-W. Böckenförde et la légitimité de l'État sécularisé », *Droits* 2014, n° 3, p. 117 et s.

12 C. SCHMITT, *Théologie politique II*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1988 pour la traduction française réalisée par J.-L. SCHLEGEL, p. 160, note 1.

Et Carl Schmitt de noter dans son étude *Théologie politique I* en 1922 : « La situation exceptionnelle a pour la jurisprudence la même signification que le miracle en théologie (...) car, l'idée de l'État de droit moderne s'impose avec le déisme, avec une théologie et une métaphysique qui rejettent le miracle hors du monde et récusent la rupture des lois de la nature, rupture contenue dans la notion de miracle et impliquant une exception due à une intervention directe, exactement comme elles récusent l'intervention directe du souverain dans l'ordre juridique existant¹³ ».

D'un point de vue comparatif, en second lieu, il importe de souligner l'apport de la littérature publiciste allemande au sujet de l'influence des modèles ecclésiologiques sur les catégories de droit étatique et des discussions relatives à la signification d'une théologie politique en contexte sécularisé. Outre Carl Schmitt déjà cité, deux auteurs ont particulièrement retenu notre attention, l'un catholique, E.-W. Böckenförde, l'autre protestant, R. Smend. Ces auteurs ont en particulier approfondi le sujet du « mandat politique de l'Église¹⁴ » et des interactions entre le « *Staatsordnung* » et le « *Kirchenrecht* ». C'est ainsi que le volume d'hommages réunis pour le 80^e anniversaire de Rudolf Smend, hommages réunis par Konrad Hesse, Siegfried Reicke et Ulrich Scheuner, s'intitule : « *Staatsverfassung und Kirchenordnung*¹⁵ ». Le présent recueil s'ouvre par une contribution du professeur Richard Bäuml de l'Université de Bern : « *Staatslehre und Kirchenrechtslehre, über gemeinsame Fragen ihrer Grundproblematik*¹⁶ » qui discute, notamment, de l'étude de R. Smend, *Evangelische Kirchenrechtswissenschaft*¹⁷. Témoignage de l'importance de ce sujet dans la pensée juridique de R. Smend, W. Werber,

13 C. SCHMITT, *Théologie politique II*, p. 46.

14 V. l'importante étude de R. SMEND, « Protestantismus und Demokratie », in *Krisis, Ein politisches Manifest. Erich Lichtenstein*, Weimar, 1932, p. 182-193. Du même auteur, « Deutsches evangelisches Kirchenrecht und ökumene. Verantwortung und Zuversicht », *Festgabe für Otto Dibelius*. Gütersloh 1950, 30 pages ; « Zur Verfassung der Bremischen Evangelischen Kirche », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 2, 1952/53, p. 419-422. Nous avons le projet, dans le prolongement de cette étude, et sur les conseils du professeur G. Robbers de l'Université de Trier en Allemagne, de traduire les travaux de R. Smend relatifs aux relations entre le droit canonique évangélique et le droit public.

15 *Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend, zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, J.C.B Mohr, Tübingen, 1962.

16 En français, « *Théorie de l'État et théorie du droit canonique, au sujet de questions communes posées par leur problématique fondamentale* » (traduction personnelle).

17 L'auteur mentionne la référence que nous ne sommes pas parvenus à identifier et à vérifier : *RGG III*, Sp. 1515.

professeur à l'Université de Göttingen, lui offre dans ce même recueil d'articles une étude relative à « *Staat und Kirche im Personenstandswesen*¹⁸ » qui se réfère à la théorie sur la liberté de croyance de R. Smend¹⁹.

Les travaux de R. Smend sur les interactions entre la science juridique canonique et le droit étatique sont aisément consultables dans deux revues juridiques de première importance : *Archiv des öffentlichen Rechts et Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*²⁰.

A contrario, comment, dans ce contexte, justifier les relatifs silences de la littérature juridique française sur ces sujets ? Certes, l'héritage de la philosophie des Lumières et de la Révolution française permet de comprendre bien des choses. D'autres considèrent que la laïcité implique nécessairement la sécularisation des savoirs et des cultures... Il nous semble que cette vision très restrictive a clairement montré ses limites et que la sécularisation de l'État et de la société ne peut conduire à l'exclusion de la culture religieuse des champs disciplinaires et académiques, comme de l'action publique et collective. Bien plus, à force de vouloir l'écarter, le fait religieux opère un retour « *violent* » sur la scène de l'histoire et il ne paraît pas que l'on dispose toujours dans les débats contemporains des outils conceptuels et intellectuels pour penser un tel retour. Des repères fondamentaux existent toutefois : il suffit de se référer aux travaux de Marcel Gauchet. Des thèses universitaires de grande qualité ont renouvelé le sujet de l'articulation du politique et du religieux²¹.

Quid, néanmoins, de l'approche en droit français d'un tel sujet ? Laïcité, nous répondra-t-on, sécularisation des savoirs et des cultures... Certes, mais n'est-ce pas se priver d'une contribution importante que de considérer que

18 *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, p. 401 et s.

19 R. SMEND, « Glaubensfreiheit als innerkirchliches Grundrecht », *ZevKR* 3 (1953/54), p. 113 et s.

20 Concernant cette dernière revue, en français *Revue du droit canonique évangélique*, on se reportera notamment à son étude : « Zur Rechtsgültigkeit der Westfälischen Ordnung für das Verfahren bei Verletzung der Amtspflichten von Geistlichen vom 1.9. 1945. Gutachten », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 1 (1951), p. 302-306 ou encore « Wissenschafts- und Gestaltprobleme im evangelischen Kirchenrecht », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 6 (1957/58), p. 210-213. Cette revue de très grande qualité est notamment disponible à la bibliothèque de la Faculté de théologie de l'Université de Tübingen.

21 Nous songeons ici à la thèse précitée de Bernard Bourdin qui ouvre, selon nous, des champs de réflexion très stimulants, *Le Christianisme et la question du théologico-politique*, préface de Philippe Capelle-Dumont, Les éditions du Cerf, 2015.

le droit constitutionnel n'aurait rien à dire de ce que doivent être les valeurs fondamentales consacrées dans notre Constitution ?

L'enjeu réside dans la constitution d'un « *droit constitutionnel à la fois intégré et pluraliste* », c'est-à-dire ouvert et en interaction avec les puissances de la société civile. En réalité, l'objectif n'est pas de tendre à la synthèse, car la synthèse peut détruire, mais à la conservation d'une unité du texte constitutionnel qui ne conduirait pas à la destruction de toutes les diversités et de toutes les identités. Dans l'ouvrage précité d'entretiens du Pape François avec Dominique Wolton, le Pape utilise à plusieurs reprises le terme de « *polyèdre* » qu'il emprunte à un théologien catholique Romano Guardini (1885-1968)²². Le « *polyèdre* » permettrait d'intégrer l'ensemble des apports résultant des forces sociales dans un cadre constitutionnel unique qui conserverait sa cohérence. Ne serait-ce pas ici une forme nouvelle de déclinaison de l'exigence de « *congruence constitutionnelle* » que le professeur Guillaume Drago évoque dans son manuel de *Contentieux constitutionnel* ?²³

Reprenons les étapes de notre raisonnement et envisageons, dans un premier temps, la littérature constitutionnelle allemande relative aux interactions entre « *théologie* » et « *politique* » (A), avant, dans un second mouvement, de préciser en quels termes le sujet peut être posé (B) en contexte sécularisé.

A. Les controverses au sujet de la possibilité d'une théologie politique en droit constitutionnel

Au XX^e siècle, la question de la théologie politique a pu se poser à plusieurs reprises en termes certes différents. Bien évidemment, un nom revient avec insistance, celui de Carl Schmitt, bien que les reproches adressés à sa théologie politique soient nombreux.

Quels sont les termes de la discussion ? Revenons à Carl Schmitt auquel il revient d'avoir proposé la thèse la plus construite à ce sujet dans la philosophie politique contemporaine du XX^e siècle. Précisons, en outre, que nous avons travaillé sur la version traduite en français par Jean-Louis Schlegel des études de Carl Schmitt relatives à la théologie politique²⁴.

22 V., par exemple, à la page 36 de l'ouvrage.

23 G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 4^e éd., 2016.

24 C. SCHMITT, *Théologie politique II*.

Selon Carl Schmitt, il « existe une isomorphie entre la structure sociale d'une époque et son image métaphysique du monde²⁵ ». Il en est ainsi des liens entre le catholicisme et la construction de l'État moderne. En effet, le catholicisme est au fondement de l'État moderne, dans la mesure où, selon sa célèbre formule, « tous les concepts de la doctrine moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés²⁶ ». Dans ces conditions, la théologie s'avère par nature politique et l'Église représente un corps politique, car elle produit nécessairement des conséquences sur la structuration de la société et de l'État dans lesquels elle est insérée. Dans sa thèse d'habilitation précitée, B. Bourdin note : « En raison d'un rapport homologique entre l'Église et l'État, la théorie de la visibilité de l'Église a pour enjeu de justifier par les catégories théologiques fondamentales du christianisme, l'intégration de l'individu dans la communauté politique et l'État ». B. Bourdin ajoute, à la page 245 de l'ouvrage précité, « transposé en termes ecclésiologiques, l'individu devient le "fidèle" et la communauté politique, l'Église à la tête de laquelle se trouvent le sacerdoce et le pontificat romain ». À cet égard, Schmitt prend le contre-pied de tout un courant qui, de Hobbes à Hegel, a disqualifié le catholicisme pour, au contraire, « souligner la fécondité heuristique de la visibilité de l'Église dans la compréhension d'une modernité séculière et politique ». Bernard Bourdin note avec justesse qu'il raisonne alors tant en juriste qu'en catholique. Au cœur de cette fécondité heuristique, un élément prend une place particulière, celui « de la médiation ecclésiale, corollaire de la médiation du Christ ». En effet, cette dernière a rendu possible « la capacité de l'Église à transformer une multitude d'individus en une communauté unifiée ». Carl Schmitt y voit la dimension profondément politique du catholicisme qu'il expose dans son étude de 1917, *La Visibilité de l'Église* qui sera prolongée dans son article *Catholicisme romain et forme politique*²⁷.

C'est dans cette aptitude commune à produire une communauté politique homogène que l'Église et l'État se répondent. B. Bourdin, à la page 263, de son ouvrage relève : « La perspective positive pour l'Église visible est de ré-unir les individus en vue de la destination eschatologique de leur salut (remise de l'homme à sa bonté originelle) ». Elle dispose de tous les attributs de la « visibilité » que sont les dogmes, les sacrements, et le droit. « Pour l'État,

25 J. MILBANK, V° « Politique », in *Dictionnaire critique de théologie* (dir. J.-Y. LACOSTE), PUF.

26 C. SCHMITT, *Théologie politique I*, p. 46.

27 C. SCHMITT, *La visibilité de l'Église ; Catholicisme romain et forme politique ; Doniso Cortés, quatre essais*, (présentation de B. BOURDIN), Cerf, coll. La nuit surveillée, 2011, 276 pages.

poursuit Bernard Bourdin, *la perspective positive réside dans la capacité de réunir aussi les individus, de les extraire de leur solitude par l'intégration rédemptrice dans la communauté politique* ». Cette intégration, dans l'Église comme dans l'État, représente une réponse nécessaire au « *péché de l'homme* » qui fonde en partie l'anthropologie pessimiste de C. Schmitt. Elle apparaît également comme une manifestation de l'hostilité schmittienne à l'individualisme libéral et au pluralisme en faveur d'une conception unitaire et intégrée de l'État. À cet effet, on suivra volontiers Bernard Bourdin lorsqu'il écrit : « *une authentique pensée du politique requiert chez Schmitt un ancrage dans les catégories théologiques du christianisme*²⁸ », dans la mesure où « *pour exhumer les "lois" inhérentes de la rationalité politique, il faut en appeler à des catégories théologiques : "l'idée", "l'autorité", l'"ethos de conviction"* ». La politique ne saurait alors se penser indépendamment d'une théologie politique... La thèse de C. Schmitt fut sévèrement critiquée par le théologien Erik Peterson (1890-1960). Ce dernier défend l'idée d'une impossibilité de toute théologie politique en raison de l'élaboration du monothéisme trinitaire et du développement de l'eschatologie chrétienne chez Saint Augustin. Dans sa *Théologie politique II* précitée, Carl Schmitt formule une double critique à l'encontre de la thèse d'E. Peterson :

- il lui reproche « *de ramener la dé-légitimation d'une théologie politique chrétienne en s'en tenant à la problématique augustienne des deux Cités* » ;
- le second reproche est de ne considérer « *la possibilité d'une théologie politique que dans le cadre d'une correspondance métaphysique entre les monothéismes hellénistique et juif et au sein de l'Empire romain, avec la monarchie*²⁹ ».

Si la pensée de Carl Schmitt relativement à l'admission d'une possibilité d'une théologie politique afin de comprendre les conditions d'apparition de l'État et de sa continuité, y compris en contexte sécularisé, est assurément originale, il ne fait guère de doute que, au-delà des objections légitimes qui peuvent lui être adressées, cette théorie a souffert du parcours politique et idéologique de son auteur³⁰. Il ne saurait évidemment être question de

28 C. SCHMITT, *La visibilité de l'Église ; Catholicisme romain et forme politique ; Doniso Cortés, quatre essais*, p 275.

29 C. SCHMITT, *Théologie politique II*, p. 118 et s.; p. 148.

30 À ce sujet, V. la remarquable préface du professeur Olivier BEAUD à la *Théorie de la Constitution* de Carl SCHMITT : « Carl Schmitt ou le juriste engagé », in *Théorie de la Constitution*, PUF, Léviathan, traduit de l'allemand par Lilyane Deroche, 1993, 2^e édition, PUF, Quadriège, 2013.

faire l'impasse sur l'épisode nazi de la vie de l'auteur et sur son ralliement à un régime politique qui allait sombrer dans les affres du totalitarisme. Sans revenir sur les étapes de cette compromission fautive, il convient de souligner que les analyses schmittiennes en ont incontestablement souffert. Il en va également ainsi de sa théologie politique, bien que ce ne saurait être la seule cause permettant de comprendre le relatif discrédit dans lequel celle-ci est tombée. Si celle-ci est encore discutée en philosophie politique et la remarquable thèse de Bernard Bourdin permet de comprendre comment celle-ci prend place dans une histoire du concept d'une théologie du politique et se relie aux travaux d'Hannah Arendt ou de Léo Strauss, il n'en va pas de même en droit constitutionnel où très rares sont les écrits relatifs à la théologie politique de Schmitt. Une place est à cet égard à réserver à Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-2019), professeur de droit public à l'Université de Fribourg et juge à la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 1983 à 1996.

Une partie de la pensée constitutionnelle d'E.-W. Böckenförde est dorénavant accessible en langue française³¹. De surcroît, les travaux d'Olivier Jouanjan³², de Sylvie Le Grand³³ et de C. Nicolletti³⁴ permettent de bien appréhender la pensée du maître allemand sur le sujet de la légitimation de l'État sécularisé et de sa réfutation d'un « *État chrétien* ». S'il a toujours condamné ce dernier, Böckenförde a travaillé sur l'importance de la question théologico-politique de la fondation d'un État libéral sécularisé. Il y a notamment souligné le rôle majeur tenu par la liberté de pensée, de conscience et de religion qui rend possible cet État sécularisé. Cette analyse le conduit à utiliser avec parcimonie le concept de « *théologie politique* ».

B. La remise en perspective de la théologie politique de Carl Schmitt dans la littérature constitutionnelle allemande

E.-W. Böckenförde utilise donc avec beaucoup de prudence ce « *concept de théologie politique* ». S'interrogeant sur les raisons d'une telle hésitation,

31 E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique, essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle* (réunis, traduits et présentés par O. JOUANJAN), Bruylant-LGDJ, 2000.

32 O. JOUANJAN, « Ernst-Wolfgang Böckenförde et la légitimité de l'État sécularisé », p. 117-136.

33 S. LE GRAND, « E.-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique », *Société droit et religion* 2016/1, n° 6, p. 105-119.

34 V., en langue française, par exemple : M. NICOLETTI, « Sur la théologie politique d'Ernst-Wolfgang Böckenförde », *Société, droit et religion* 2016/1, n° 6, p. 1 et s.

Sylvie Le Grand rappelle les trois études principales de Böckenförde sur le sujet³⁵. Il s'agit du *Mandat politique de l'Église* (1969), de la *Théologie politique de Jean-Paul II* (1980) et d'*Une typologie des différentes théologies politiques* (1981/1983). Elle y relève « qu'il est réservé principalement à deux articles, l'un qui établit une précieuse typologie de trois grands types de théologie politique : juridique, institutionnel et "appellatif", l'autre qui analyse tout un pan de la pensée de Jean-Paul II en termes de "théologie politique"³⁶ ». Revenons sur ces trois sens.

Le premier sens définit la « *théologie politique* » comme un « *processus de transposition conceptuelle* ». Sylvie Le Grand, dans son étude précitée, apporte les utiles précisions suivantes : « Böckenförde qualifie cette analyse de sociologie conceptuelle ou de sociologie des notions juridiques de l'État et rappelle que les trois premiers chapitres de la théologie politique de Schmitt sont d'abord parus dans un recueil en l'honneur de Max Weber sous le titre "sociologie du concept de souveraineté et théologie politique"³⁷ ». C'est le sens de la formule de Carl Schmitt : « tous les concepts de la doctrine moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés ». C'est également en ce sens que s'orientent les travaux relatifs aux origines canoniques ou ecclésiologiques des modèles constitutionnels ou de droit public.

Le deuxième sens est « *institutionnel* » et renvoie au modèle institutionnel qu'est susceptible de fournir le christianisme. Une telle conception a, comme on l'a vu, été contestée. Dans son célèbre texte sur *Le monothéisme comme problème politique* (1935), Erik Peterson signale que la « *réflexion chrétienne sur le politique court toujours un double écueil. D'une part, comme ce fut le cas pour Eusèbe de Césarée et l'Empire romain, ou Carl Schmitt et le III^e Reich, le discours théologique peut servir d'infrastructure idéologique à la justification d'un régime politique établi...*³⁸ ». L'argument théologique est ici instrumentalisé, détourné de sa fonction première d'ordre eschatologique.

Le troisième sens renvoie « à la *théologie de l'engagement chrétien* » et s'avère donc directement tourné vers l'action politique du chrétien. On

35 S. LE GRAND, « E.-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique », p. 105-119.

36 *Ibid.* Sur l'analyse de ces textes, se reporter également à l'importante étude précitée du professeur Olivier Jouanjan.

37 *Ibid.*, p. 113.

38 Cité par F. LOUZEAU, « Réflexions sur les conditions d'une théologie chrétienne du politique à partir d'une lecture de pax Nostra (1936) du Père Gaston Fessard », *Société, droit et religion* 2016/1, n° 6, p. 121 et s.

songe évidemment à la « *théologie de l'engagement* » de Johann-Baptist Metz. Le théologien catholique de Münster définit la théologie politique comme « *une théologie fondamentale pratique* ». Il considère en conséquence que « *l'Église comme institution sociale a nécessairement une influence efficace sur la vie collective et qu'il lui incombe donc d'en répondre* ». Il revient à l'Église d'agir en « *fonction de son outillage propre* » en évaluant les forces qu'elle peut mobiliser, comme la tradition de la foi, les sacrements... Comme le notent Henri-Jérôme Gagey et Jean-Louis Souletie, dans leur étude *Sur la théologie politique*, « *la théologie de Metz se veut effectivement politique en ce sens que son apport essentiel est de montrer qu'il n'y a pas de théologie politiquement innocente : le sujet de la théologie est toujours un être politique par son enracinement dans l'histoire et dans la société*³⁹ ».

Telle est la troisième acception de la notion de « *théologie politique* ». S'il apporte ces précisions sémantiques et terminologiques, il n'en reste pas moins qu'E.-W. Böckenförde se révèle désireux de circonscrire la notion de « *théologie politique* ». Quelles en sont les raisons ? Suivons l'explication de Sylvie Le Grand à ce sujet.

La première raison en tiendrait « *à la grande rigueur et la précision de la langue böckenfördienne*⁴⁰ ». Ces dernières ne conviendraient guère au langage spécifique de la théologie, ni d'ailleurs à la dimension davantage eschatologique de la théologie politique. Ce premier argument n'est guère contestable, dans la mesure où il ne fait guère de doute que le juriste de droit constitutionnel positiviste ne peut, de prime abord, qu'être surpris par les questionnements rendus possibles par une théologie politique.

L'auteure soulève une autre question fondamentale : « *La réserve böckenfördienne par rapport au terme de théologie politique pourrait-elle être liée au souci de ne pas être assimilé à Carl Schmitt sur ce point ?*⁴¹ » Cette hypothèse s'avère pertinente. Elle est, notamment, rappelle l'auteur, soutenue par Christoph Möllers et Reinhard Mehring qui « *soulignent en effet que contrairement à ses textes juridiques, les essais de Böckenförde sont pensables sans Schmitt* ». Richard Mehring note « *que la théologie politique schmittienne verse dans l'apocalyptique excentrique, non dogmatique et hérétique, tandis que la*

39 H.-J. GAGEY et J.-L. SOULETIE, « Sur la théologie politique », *Raisons politiques* 2001/4 (n° 4), p. 168-187, DOI : 10.3917/rai.004.0168, URL : <<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-4-page-168.htm>>.

40 *Ibid.*, p. 115.

41 *Ibid.*, p. 116-117.

position böckenfördienne relève d'un réformisme critique interne à l'Église, d'un catholicisme engagé et ancré dans l'institution, reposant sur l'harmonie thomiste entre foi et savoir⁴² ». Cette dernière dimension a également été très bien soulignée dans l'étude précitée d'O. Jouanjan.

En réalité, le catholique « engagé et ancré dans l'institution » qu'est Böckenförde oriente sa pensée autour de deux sujets fondamentaux : l'État moderne et la liberté de conscience. Ces deux éléments se complètent et se renforcent en effet l'un l'autre. Si la naissance de l'État moderne a permis la réalisation de la liberté de conscience, de pensée et de religion, en retour, c'est celle-ci, reconnue par la déclaration *Dignitatis humanae* de 1965, qui permet à son tour la réalisation de l'État sécularisé en garantissant, de la même manière que l'État, la pleine liberté de religion à la personne humaine⁴³. O. Jouanjan relève alors qu'il s'agit « d'une sorte de théologie politique paradoxale ». Citant E.-W. Böckenförde, il précise : « Avec la Déclaration *Dignitatis humanae* adoptée le 7 décembre 1965, "la reconnaissance de la liberté religieuse n'est plus seulement une concession mais devient une exigence, une exigence qui trouve son fondement dans la foi chrétienne et son image de l'homme. Mais si elle est une exigence qui découle de la foi chrétienne et de sa vérité, il s'agit alors (...) d'une question de théologie politique au sens précis et éclairant que lui donne la définition d'Heinrich Meier", à savoir "une théorie ou une doctrine politique pour laquelle, du point de vue de la compréhension du théologien politique, la révélation divine est l'autorité la plus haute et le fondement ultime"⁴⁴ ». L'auteur catholique qu'est E.-W. Böckenförde insiste sur le rapprochement d'idées entre l'État et l'Église catholique. Ils promeuvent tous les deux une conception extensive de la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Paragraphe 2. Quelle visibilité institutionnelle pour les religions dans l'espace public ?

Dans la littérature constitutionnelle française, le thème de la religion relève, pour l'essentiel, de l'étude des libertés fondamentales. Si quelques

42 R. MEHRING, « Politische Theologie oder Staatskirchenrecht ? Das engagierte Laie in der Nähe und Differenz zu Carl Schmitt », in R. MEHRING et M. OTTO (dir.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates*. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staatsverständnis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, p. 90-107, cité par S. LE GRAND, « E.-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique », p. 117.

43 V. l'ouvrage : E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Kirche und christliche Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, Berlin, 2^e éd., 2007.

44 S. LE GRAND, « E.-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique », p. 131.

développements sont consacrés à la laïcité de l'État dans les ouvrages de Droit constitutionnel, il n'en reste pas moins que le « *fait religieux comme problème public* » n'intéresse pas directement le publiciste. En l'absence de religion d'État, de service public des cultes, de disparition des établissements publics à objet culturel, la religion serait dorénavant reléguée dans la sphère privée, celle des droits-autonomie de la personne humaine qui, bien entendu, conserve la jouissance de ces libertés, de pensée, de conscience et de religion, considérées comme fondamentales.

Cette opinion est néanmoins à interroger, car elle soulève de sérieux obstacles théoriques sources de critiques d'importance (A). Ces dernières invitent à s'interroger sur le mandat constitutionnel des religions en contexte sécularisé (B).

A. L'impossibilité d'une approche du « fait religieux » par la seule théorie des droits fondamentaux

La première critique est reprise de Marcel Gauchet. Dans un texte essentiel paru en 1980, ce dernier expose que « *les Droits de l'Homme ne sont pas une politique* ». Dans ce texte repris dans le recueil *La démocratie contre elle-même* paru en 2002 chez Gallimard (p. 1-26), M. Gauchet expose que la crise de l'humanisme contemporain repose sur sa réduction à la philosophie des Droits de l'Homme. En cette dernière, Marcel Gauchet perçoit un « *naturalisme d'un nouveau genre* ». La pensée de Gauchet y est particulièrement stimulante, car elle permet de saisir comment les Droits de l'Homme ne peuvent en aucun cas fonder une politique, car ils conduisent à se passer « *de la médiation de la culture* ». Ils s'inscrivent dans un processus d'auto-fondation ne reposant que sur l'autodétermination de la personne humaine.

Comme le relève B. Bourdin, dans son ouvrage précité, « *sans cette médiation, celle de la culture, il ne saurait y avoir un humanisme effectif. C'est sur cette illusion constituée par la trilogie, naturalisme, individu, immédiateté, que la médiation chrétienne conserve toute sa pertinence*⁴⁵ ». Celle-ci implique une série de médiations, notamment celles « *de la culture, de l'éthique, du savoir et de l'esthétique*⁴⁶ ». De telles médiations sont impossibles sans celle de l'Église et B. Bourdin note ainsi : « *Aussi autoritaire a-t-elle pu être, elle n'en a pas moins*

45 B. BOURDIN, *Le christianisme et la question du théologico-politique*, p. 220.

46 *Ibid.*

toujours laissé ouverte l'interprétation de la doctrine chrétienne, jusque dans ces retombées concrètes ».

La deuxième critique porte sur la méconnaissance, en contexte libéral-sécularisé, de la nature spécifique du fait religieux. Celui-ci est « *fait politique* » pour reprendre le titre du volume d'hommage paru en 2009 en l'honneur de Bruno Etienne, sous la direction de Franck Frégosi⁴⁷. Comme « *objet politique* », le « *fait religieux* » constitue un « *problème public* » au sens de la littérature sur l'analyse des politiques publiques. La notion de « *problème public* », quoiqu'intuitivement aisée à saisir, n'est en réalité pas simple à définir, dans la mesure où elle renvoie davantage au produit d'un processus de problématisation qu'à un fait objectif. En effet, aucun « *problème politique* » n'existe *a priori*. Selon Jean-Gustave Padioleau, dans son ouvrage *L'État au concret*⁴⁸, le « *problème public* » renvoie à un sujet qui « *appelle un débat public, voire l'intervention des autorités publiques légitimes* ». C'est ici tout le paradoxe : comment peut-on expliquer que le sujet de la gestion du fait religieux entre dans la sphère publique, alors que l'on pensait, depuis longtemps, qu'il s'agissait d'un acquis de la modernité politique que de considérer que la croyance religieuse relevait avant toute chose de la sphère privée ? Autrement dit pour être publicisé, un problème doit faire appel aux compétences des autorités publiques, ainsi qu'à un débat public. Or, il est devenu incontestable que le fait religieux s'impose dorénavant à ces dernières et que cette irruption se fait malheureusement de manière très souvent inopportune... Le « *fait religieux* » émerge alors comme « *fait politique* », susceptible de faire l'objet d'une politique publique. C'est ce que relevait déjà Louis Canet (1958-1883), conseiller du ministère des Affaires étrangères pour les Affaires religieuses de 1920 à 1946, puis conseiller d'État, qui considérait qu'un État qui n'a pas de politique ecclésiastique constitue un État « *faible* ». Pour saisir un tel processus, nous sommes partis de l'ouvrage majeur de Pierre Birnbaum et de Bertrand Badie, *La sociologie de l'État*, paru en 1979⁴⁹. Il fait état de la distinction capitale entre les « *États forts* » et les « *États faibles* ». L'on définira l'« *État fort* » comme celui qui se révèle apte, au nom de l'intérêt général, à s'imposer dans une société caractérisée par des tensions sociales et religieuses vives. Pour dire les choses simplement, il doit constituer la référence partagée par tous, car il est la « *chose commune* » à tous. En aucune manière, il ne saurait être en concurrence avec d'autres forces

47 B. ETIENNE, *Le fait religieux comme fait politique* (dir. Fr. FRÉGOSI), L'Aube, 2009.

48 J.-G. PADIOLEAU, *L'État au concret*, PUF, 1982, p. 25.

49 B. BADIE et P. BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, Grasset, 1979, 251 pages.

sociales ou religieuses pour la détermination de loi commune à l'ensemble des citoyens. Sa responsabilité est en revanche d'intégrer ces forces sociales dans la sphère publique démocratique.

Seul l'État est capable de cette *intégration*. Ceci implique que l'État se donne des objectifs clairs en la matière, identifie les acteurs de la mise en œuvre de sa politique et s'en donne les moyens institutionnels et politiques. Un tel schéma ne saurait naturellement rompre avec le principe constitutionnel de laïcité qui doit rester la charte juridique de la République dans le domaine religieux et institutionnel. Quels sont alors les objectifs que doit se fixer un tel État laïc ? La problématique en a été parfaitement résumée par Pierre Manent que nous citons un peu longuement : « *La question, c'est l'État en tant qu'instrument du politique. Nous avons aujourd'hui des États sans tête (...), mais qui ont perdu leur articulation avec un projet politique... Nous sommes dans un interrègne entre l'État-nation qui a perdu le mandat du Ciel, mais qui reste à certains égards un instrument indispensable, et une Europe qui ne me paraît pas destinée à proposer réellement un autre instrument politique, une autre communauté politique, susceptible de résoudre nos problèmes*⁵⁰ ».

B. La redéfinition d'un mandat constitutionnel pour les religions

En ouverture de ces quelques développements, nous souhaiterions rappeler l'axiome de E.-W. Böckenförde, selon lequel « *l'État libéral, sécularisé vit sur la base de présupposés qu'il n'est pas lui-même capable de garantir*⁵¹ ». Cet axiome permet de comprendre les ressorts, les faiblesses et même temps les forces et les leviers d'un État de droit libéral et démocratique qui se conçoit comme neutre d'un point de vue confessionnel.

Le professeur Olivier Jouanjan évoque à ce propos le « *théorème de Böckenförde* », « *Diktum* » qui est énoncé à la fin de l'article sur « *La naissance de l'État, processus de sécularisation* ». Ce théorème énonce qu'« *au moment de sa formation, l'État constitua une aventure, un pari, celui qu'il pouvait vivre en se sécularisant, c'est-à-dire sans s'affirmer fondé sur la religion ; mais une fois sécularisé, comme il ne peut toujours pas garantir ses présupposés, il est et reste un pari, une aventure. Son histoire n'est donc pas finie, puisque la sécularisation a lancé l'État*

50 P. MANENT, « Crise de l'État, crise de la politique », *Liberté politique* 6 octobre 1998, p. 99, 101-103.

51 In E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la Constitution démocratique, essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, p. 101 et s.

*dans une aventure risquée*⁵² »... Indissociable d'une théorie démocratique et libérale de l'État moderne, la reconnaissance institutionnalisée de la mission publique et sociale des grandes religions, au premier rang desquelles l'Église catholique, paraît une nécessité refondatrice d'un lien social à repenser dans le cadre de la société française qui a tant de mal à déterminer la place du religieux dans la définition des solidarités essentielles (R. Debray).

Cette problématique a été parfaitement soulignée par Marcel Gauchet qui pose la question suivante : « *Quel rôle pour les institutions religieuses dans une société sortie de la religion ? La question peut être évidemment envisagée de deux façons. Elle est, très normalement, la question des responsables des institutions religieuses... Mais la question peut également être abordée de l'extérieur par un observateur qui s'interroge, de manière neutre et impartiale, sur le rôle possible que les sociétés sorties de la religion laissent aux institutions religieuses*⁵³ ». Cette interrogation intéresse tant le croyant que l'agnostique, « *dès l'instant où l'un et l'autre s'accordent sur l'ethos civique commun de la démocratie* ». Les Églises agissent alors comme des acteurs de la société civile, comparables « *à des associations constituées de membres adhérant librement à leur projet, au contraire de l'appartenance à une communauté politique* » (B. Bourdin). À ce titre, elles agissent en qualité d'« *acteurs publics* » au sein de l'espace démocratique. La séparation des cultes et de l'État ne les a pas expulsées de la sphère publique, ni définitivement reléguées dans l'espace privé. Elles remplissent une mission publique et sociale que les juristes allemands soulignent en recourant à la notion d'Öffentlichkeit. C'est au nom de cette mission que les principales religions peuvent bénéficier du statut constitutionnel de corporation de droit public dont résulte le recours à l'impôt ecclésiastique prévu par l'article 140 de la Loi fondamentale allemande. Elles remplissent également de très importantes missions dans le champ social (bienfaisance, activités de soin, d'éducation, d'aide aux déshérités...).

En droit public allemand, la technique juridique souligne de manière adéquate la prise en considération de cette mission publique et sociale des principales collectivités religieuses. Il n'est évidemment pas question de transposer le droit public des cultes allemand en France, mais de réfléchir à la condition d'émergence d'un espace public où les principaux courants religieux et spirituels apporteraient une contribution importante à la

52 O. JOUANJAN, « Ernst-Wolfgang Böckenförde et la légitimité de l'État sécularisé », p. 117-136.

53 M. GAUCHET, *Un monde désenchanté*, p. 235.

consolidation d'un « être-ensemble » national et républicain. À cet effet, il apparaît important que la Constitution réserve une place plus importante aux principales forces sociales, au premier rang desquelles les institutions religieuses et spirituelles, qui animent la société civile. Leur mission devrait être soulignée dans le texte constitutionnel. Deux possibilités s'avèrent, selon nous, envisageables :

- soit une modification de l'article 4 de la Constitution de 1958 ;
- soit une réécriture du titre XI bis de la Constitution de 1958 pour prévoir un statut constitutionnel d'ensemble pour les institutions non juridictionnelles œuvrant dans le champ de la protection des droits et des libertés à caractère fondamental.

Première hypothèse : une modification de l'article 4 de la Constitution. Celui-ci dispose actuellement :

« Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils concourent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

Le statut des partis politiques contient plusieurs indications importantes. « S'ils se forment et exercent leur activité librement », ils « doivent toutefois respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ». Ils concourent aux « expressions pluralistes des opinions ». Ces garanties constitutionnelles de libre association, de respect des règles de la démocratie et de la souveraineté nationale et de participation au pluralisme constituent le socle d'un statut des partis politiques qui pourrait s'étendre, sans dommage majeur, aux « institutions religieuses et spirituelles ». De constitution libre, elles participent au pluralisme qui fonde, avec la « tolérance » et l'« ouverture d'esprit » une « société démocratique » au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme telle qu'interprétée par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Nous proposons en ce sens une réécriture de l'article 4 de la Constitution de 1958 dans le sens ci-après :

« Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Au même titre que les syndicats, associations professionnelles et principales institutions religieuses et spirituelles, ils se forment et exercent leur activité

librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils concourent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions, ainsi que la participation équitable des partis et groupements politiques, des syndicats, des associations professionnelles et des principales institutions religieuses et spirituelles à la vie démocratique de la Nation. Ces mouvements contribuent à la constitution d'une authentique société démocratique qui repose sur l'émergence d'une sphère publique à la fois intégrée et ouverte ».

À cette proposition peut néanmoins être soulevée une objection d'importance qui tient à ce que l'article 4 de la Constitution figure dans un titre 1^{er} intitulé « *de la souveraineté* ». Si cela se comprend aisément s'agissant des partis politiques, il n'en va pas de même concernant les institutions religieuses et spirituelles⁵⁴. Deux possibilités s'ouvrent alors : soit, ajouter à la « *souveraineté* » la mention de « *l'espace public* » (*De la souveraineté et de l'espace public*), soit prévoir qu'une telle modification relève du titre XI bis de la Constitution de 1958 relatif au « *Défenseur des droits* ». Une modification de ce dernier permettrait d'élargir son objet au statut constitutionnel de l'ensemble des institutions non juridictionnelles chargées de veiller à la protection des libertés fondamentales. Il est en effet peu satisfaisant que, parmi l'ensemble des institutions non juridictionnelles dont la mission est de veiller à la protection des droits fondamentaux, seul le défenseur des droits bénéficie ainsi d'un statut particulier à la suite de l'article reconnaissant les missions du Conseil économique, social et environnemental.

Une telle intégration constitutionnelle permettrait de donner consistance juridique aux propos de Marcel Gauchet⁵⁵ : « *La puissance publique, l'État démocratique désormais complètement neutres, puisqu'ils ne consacrent et n'officialisent aucune doctrine religieuse ou métaphysique, ont besoin, néanmoins, de ces doctrines et de ces philosophies dont ils se sont séparés. Ils sont contraints d'aller chercher le sens de ce qu'ils font où il se trouve, dans la société, du côté des traditions religieuses et philosophiques constituées. Car cet État neutre n'en est pas moins le lieu où s'opèrent les arbitrages entre les diverses fins suprêmes que les membres de la*

54 Nous remercions très sincèrement le docteur Jean-Rémi Lanavère pour sa relecture précieuse et son observation très juste relative à la modification de l'article 4 de la Constitution.

55 M. GAUCHET, *Un monde désenchanté*, p. 242. Cité également par B. BOURDIN, *Le christianisme et la question du théologico-politique*, p. 225.

communauté politique sont susceptibles de se proposer. Il est l'instrument grâce auquel elles s'incarnent. Il ne peut pas s'en désintéresser, à ce titre, même s'il n'en participe pas et s'il est là pour empêcher qu'une quelconque des convictions qui justifient ces fins prenne le pouvoir. Ils doivent les faire entrer dans sa sphère, et marquer leur importance. Voilà ce qui restitue sa visibilité publique au religieux et l'intronise comme protagoniste éminent de la délibération collective ». En estimant que : « *cet État neutre n'en est pas moins le lieu où s'opèrent les arbitrages entre les diverses fins suprêmes que les membres de la communauté politique sont susceptibles (...)* », M. Gauchet rejoint les analyses d'E.-W. Böckenförde quant à une juste conception de la neutralité de l'État : une neutralité « *ouverte et positive* » et non pas entendue de manière trop étroite. Chez M. Gauchet, ceci renvoie au « *civisme chrétien* » aux termes duquel la responsabilité des institutions religieuses est d'offrir une conception de l'ensemble social, qui soit certes compatible avec les valeurs religieuses, mais qui soit également conforme au caractère sécularisé de cet ensemble. C'est à cette condition que l'État peut jouer pleinement son rôle d'« *intégrateur* » au sens de la fonction que lui assignait R. Smend dans son étude *Verfassung und Verfassungsrecht*⁵⁶. Cette « *intégration* » doit bien évidemment se combiner avec la distinction de l'espace public et social et de l'État.

Une telle conception de la neutralité présuppose la reconnaissance d'un « *espace public* » au sein duquel les acteurs institutionnels, sociaux et religieux peuvent agir et interagir afin de définir les conditions d'une sphère publique démocratique à laquelle chacun puisse contribuer, sans chercher à se l'approprier ou à la dominer. On retrouve l'image du polyèdre évoquée précédemment.

Il revient également au Conseil constitutionnel, lorsqu'il interprètera la Constitution, de contribuer à cette constitution d'un nouvel espace public. Ce sujet de l'identification d'une sphère publique démocratique s'inscrit dans un courant important de la philosophie politique contemporaine qui vise, comme le rappelle Bernard Bourdin, « *à la détermination d'un critère déterminant, celui de la "mise en commun des paroles et des actes"* », thèse fondamentale de la théorie arendtienne de l'action⁵⁷.

56 La pensée de R. Smend est en réalité plus complexe, car il distingue trois types d'intégration, l'une personnelle, l'autre fonctionnelle et la dernière de type factuel. Ces types se combinent.

57 B. BOURDIN, *Le christianisme et la question du théologico-politique*, p. 141 et s.

BIBLIOGRAPHIE

- BADIE B. et BIRNBAUM P., *Sociologie de l'État*, Grasset, 1979.
- BAUME S., « Le Parlement face à ses adversaires : La réplique allemande au désenchantement dans l'entre-deux-guerres », *Revue française de Science politique* 2006/6, vol. 56, p. 985-998, DOI : 103917/rfsp.566.0985m URL : <<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique>>.
- BEAUD O., « Carl Schmitt ou le juriste engagé » (préface), in SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, PUF, Léviathan, traduit de l'allemand par Lilyane Deroche, 1993, 2^e éd., PUF, Quadrige, 2013.
- BÖCKENFÖRDE E.-W., *Kirche und christliche Glaube in den Herausforderungen der Zeit*, Berlin, 2^e éd., 2007.
- BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'État et la Constitution démocratique, essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle* (réunis, traduits et présentés par JOUANJAN O.), Bruylant-LGDJ, 2000.
- BOURDIN B., *Le christianisme et la question du théologico-politique*, préface de CAPELLE-DUMONT Ph., Les éditions du Cerf, 2015.
- C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, préface BEAUD O., PUF, Quadrige, 2013.
- CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Les origines canoniques du Droit constitutionnel*, Éditions Panthéon Assas, 2009.
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 4^e éd., 2016.
- ETIENNE B., *Le fait religieux comme fait politique* (dir. FRÉGOSI Fr.), L'Aube, 2009.
- FONBAUSTIER L., « L'influence des modèles ecclésiologiques et des institutions de l'église sur les modèles et institutions étatiques », *Droits* 2014/1, n° 59, p. 124.
- FONBAUSTIER L., *Modèles ecclésiologiques et droit constitutionnel : L'institution de la responsabilité des gouvernants*, thèse soutenue sous la direction du professeur Stéphane Rials, Paris 2, 1998.
- FRANÇOIS (Pape) et WOLTON D., *Pape François : rencontres avec Dominique Wolton : Politique et société*, Les éditions de l'observatoire, 2017.
- GAGEY H.-J. et SOULETIE J.-L., « Sur la théologie politique », *Raisons politiques* 2001/4 (n° 4), p. 168-187, DOI : 10.3917/rai.004.0168, URL : <<https://www.cairn.info/revue-raisons-politiques-2001-4-page-168.htm>>.
- GAUCHET M., *Le désenchantement du monde*, Gallimard, folio essais.
- GAUCHET M., *Un monde désenchanté*, Les éditions de l'Atelier, 2004.

- JOUANJAN O., « Ernst-W. Böckenförde et la légitimité de l'État sécularisé », *Droits* 2014, n° 3, p. 117 et s.
- LE GRAND S., « E.-W. Böckenförde et les enjeux d'une théologie politique », *Société, droit et religion* 2016/1, n° 6, p. 105-119.
- LOUZEAU F., « Réflexions sur les conditions d'une théologie chrétienne du politique à partir d'une lecture de pax Nostra (1936) du Père Gaston Fessard », *Revue Société, droit et religion* 2016/1, n° 6, p. 121 et s.
- MANENT P., « Crise de l'État, crise de la politique », *Liberté politique* 6 octobre 1998, p. 99, 101-103.
- MEHRING R., « Politische Theologie oder Staatskirchenrecht ? Das engagierte Laie in der Nähe und Differenz zu Carl Schmitt », in MEHRING R. et OTTO M. (dir.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates*.
- MILBANK J., V° « Politique », in *Dictionnaire critique de théologie* (dir. LACOSTE J.-Y.), PUF.
- NICOLETTI M., « Sur la théologie politique d'Ernst-Wolfgang Böckenförde », *Société, droit et religion* 2016/1, n° 6, p. 1 et s.
- P. BADURA P., « Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975) », *Der Staat*, 16 (1977), p. 305 et s.
- PADIOLEAU J.-G., *L'État au concret*, PUF, 1982.
- SCHMITT C., *La visibilité de l'Église ; Catholicisme romain et forme politique ; Doniso Cortés, quatre essais*, (présentation de BOURDIN B.), Cerf, coll. La nuit surveillée, 2011.
- SCHMITT C., *Théologie politique II*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 1988 (trad. fr. J.-SCHLEGEL L.).
- SMEND R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928.
- SMEND R., « Zum Problem des *Öffentlichen* und der *Öffentlichkeit*. Forschungen und Berichte aus dem *öffentlichen* Recht », *Gedächtnisschrift für W. Jellinek, Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik* Mainz 6. Isar, München, 1955, p. 11-20.
- SMEND R., « Deutsches evangelisches Kirchenrecht und *ökumene*. Verantwortung und Zuversicht », *Festgabe für Otto Dibelius*. Gütersloh 1950, 30 pages.
- SMEND R., « Glaubensfreiheit als innerkirchliches Grundrecht », *ZevKR* 3 (1953/54), p. 113 et s.
- SMEND R., « Protestantismus und Demokratie », in *Krisis, Ein politisches Manifest*. Erich Lichtenstein, Weimar, 1932, p. 182-193.

- SMEND R., « Wissenschafts- und Gestaltprobleme im evangelischen Kirchenrecht », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 6 (1957/58), p. 210-213.
- SMEND R., « Zur Rechtsgültigkeit der Westfälischen Ordnung für das Verfahren bei Verletzung der Amtspflichten von Geistlichen vom 1.9. 1945. Gutachten », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 1 (1951), p 302-306.
- SMEND R., « Zur Verfassung der Bremischen Evangelischen Kirche », *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 2, 1952/53, p. 419-422.
- Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend, zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962* (dir. K. HESSE, S. REICKE et U. SCHEUNER), J.C.B Mohr, Tübingen, 1962.
- STOLLEIS M., « Dans le ventre du Léviathan. La science du droit constitutionnel sous la national-socialisme », *Revue Astérian* 2006-4, version internet.
- WERBER W., « Staat und Kirche im Personenstandswesen », *Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend, zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962* (dir. K. HESSE, S. REICKE et U. SCHEUNER), J.C.B Mohr, Tübingen, 1962.