

## DROIT ET ÉCONOMIE : MONISME OU DUALISME ? LES FRONTIÈRES DU DROIT EN QUESTION<sup>1</sup>

Serge SCHWEITZER

*Université d'Aix-Marseille*  
ICES

Loïc FLOURY

*Institut Catholique d'Études Supérieures (ICES) – La Roche-sur-Yon*

*« La Science Economique Est Un Vaste Champ qu'il s'agit de défricher ; tous les Citoyens instruits sont invités à remplir leur tâche de ce travail, et à discuter les matières pour et contre dans tous les sens ; l'ouvrage est déjà ébauché, les esprits sont favorablement disposés, et paraissent tourner vers ce genre d'étude (...) Pour assurer la réussite complète de ce grand ouvrage, un seul instrument suffit, la discussion libre, qui employée de part et d'autre avec un zèle égal, viendra à bout d'éclaircir toutes les matières, de réunir tous les avis en un seul, et de mettre enfin la vérité au-dessus de la contradiction. »*

G-F. Le Trosne<sup>2</sup>  
(1728-1780)

VENANT D'UN JURISTE, la formule a de quoi surprendre. En réalité, la sympathie que possède l'ancien élève de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) à l'égard de la science économique s'explique aisément au regard de ses étroites relations avec les physiocrates<sup>3</sup>. Et le dialogue qu'a pu entretenir l'ancien avocat de

<sup>1</sup> À propos de S. SCHWEITZER & L. FLOURY, *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, PUAM, 2015 (à paraître)

<sup>2</sup> G-F. LE TROSNE, *De l'utilité des discussions économiques*, Institut Coppet, 2013, p.11

<sup>3</sup> E. DAIRE, *Physiocrates : Quesnay, Dupont de Nemours, Mercier de La Rivière, l'abbé Baudeau, Le Trosne*. Guillaumin, 1846

Louis XV (1710-1774) avec les maîtres à penser d'Adam Smith (1723-1790) n'est pas surprenant : droit et économie ont initialement été pensés comme complémentaires, jusqu'à ce que des options méthodologiques radicalement opposées en décident autrement. Dans un premier temps en effet, et ce dès l'origine de l'analyse économique, les économistes « classiques » ont toujours été des moralistes, et n'ont, à ce titre, jamais eu la prétention de se couper définitivement des autres sciences humaines, ni de la question sociale, politique, et donc juridique<sup>4</sup>. N'étaient-ils pas les premiers à nommer leur champ d'étude « l'Économie Politique » ? Que font Adam Smith<sup>5</sup>, Jean-Baptiste Say<sup>6</sup>, Frédéric Bastiat<sup>7</sup> ou encore David Ricardo<sup>8</sup> dans leurs œuvres respectives si ce n'est de l'analyse économique des règles de droit instaurées par le politique ? Même Saint-Thomas d'Aquin, dans sa *Somme Théologique*, semble procéder à pareils raisonnements en s'interrogeant sur les conséquences des règles juridiques et/ou morales sur l'économique<sup>9</sup>. De fait, tout économiste est également juriste en ce qu'il a nécessairement étudié le droit, bien que l'inverse ne soit pas toujours vrai. Mais cet heureux dialogue, aussi imparfait fut-il, ne durera pas.

La rupture viendra avec le XIXe siècle : vers 1870, un certain nombre d'économistes (ils seront nommés rétrospectivement les « néo-classiques ») dont Stanley Jevons (1835-1882), Carl Menger (1840-1921) et Léon Walras (1834-1910) opéreront la « révolution marginaliste ». Rapidement, le propos économique est mathématisé à outrance afin d'en faire une science dure à part entière, capable de régler la question sociale à l'aide de l'outil arithmétique. L'Économie Politique devient « Science Économique ». L'héritage est tel, qu'il persiste toujours d'aujourd'hui. Si bien que d'Alfred Marshall (1842-1924), à Maurice Allais (1911-2010) en passant par Gérard Debreu (1921-2004), Frank Hahn (1925-2013), ou encore Kenneth Arrow, tous les « grands » économistes vont se focaliser sur les modèles d'équilibre général, donnant ainsi à l'économie une représentation aussi

---

<sup>4</sup> Voir par exemple A. SMITH, *Leçons sur la Jurisprudence*, traduction, notes et préface de H. COMMETTI, Dalloz, 2009 [1763] ; Frédéric Bastiat, « La loi » in *Œuvres complètes de Frédéric Bastiat, Tome Quatrième, Sophismes économiques I*, Guillaumin, 1862, pp. 342-348.

<sup>5</sup> *Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations, Op. Cit.*, Livre V, Section II « Des impôts ».

<sup>6</sup> J.-B. SAY, *Traité d'Économie Politique, Op. Cit.*, Livre Troisième, Chapitre IX « De l'impôt et ses effets en général ».

<sup>7</sup> F. BASTIAT, « Le fisc et la vigne » in *Œuvres Complètes, Op. Cit., tome deuxième, Le Libre-échange*, pp. 231-242 ; « L'impôt » in *Œuvres Complètes, Op. Cit., tome cinquième, Petits pamphlets II*, pp. 343-346 « Discours sur l'impôt des boissons » in *Œuvres Complètes, Op. Cit., tome cinquième, Petits pamphlets II*, pp. 468-493.

<sup>8</sup> D. RICARDO, *Des principes de l'Économie Politique et de l'impôt*, Flammarion, 1999 [1817]

<sup>9</sup> Outre l'œuvre de SAINT THOMAS D'AQUIN, voir à ce sujet K. PRIBAM, *Les fondements de la pensée économique*, Economica, 1986, p.3 et suivantes.

sophistiquée qu'irréelle. Somme toute, s'il ne s'agissait que de l'habillage de l'économie, les choses prêteraient moins à conséquence. Mais en réalité, l'affaire est d'importance. De quoi s'agit-il ? Jusque-là, les économistes en tenaient pour l'utilité *ordinaire*, c'est-à-dire la possibilité d'ordonner *in petto* la hiérarchie de nos choix. Dit autrement, le classement de nos importances. L'arrivée sur scène de l'utilité *cardinale* va tout changer : en postulant que nous sommes capables de donner une note à l'arithmétique de nos plaisirs et de nos peines, l'agrégation des utilités de chacun va laisser à penser que l'on peut donc quantifier un stock d'utilité et de bonheur à l'intérieur d'un groupe social. Puisqu'en un moment donné, on peut calculer le *welfare state* dans un état donné de l'univers, on peut alors suivre le cheminement de cette quantité agrégée d'utilités et dire, qu'en un moment donné, nous arrivons à un point de bonheur qui augmente ou se dégrade. Ou encore que s'il augmente pour l'un, cela dégrade la situation de l'autre, ce qui signifie qu'il faut s'arrêter à la situation Pareto-optimale. Nous proposerons même à la réflexion du lecteur l'hypothèse (pour le moins curieuse puisque tous les auteurs cités supra étaient des antimarxistes engagés), selon laquelle c'est ce chemin qui a conduit à l'hypothèse intellectuelle suivante : puisque l'on peut pénétrer dans les échelles de valeurs d'individus capables de quantifier leurs peines et leurs plaisirs, la porte s'ouvre toute grande vers la possibilité d'une planification. Le calcul économique deviendrait possible en économie socialiste, puisque l'on peut attribuer des notes aux utilités décroissantes ressenties par les agents. Les économistes, du haut de leur virtuosité technique, se gaussent souvent des juristes qui n'évolueraient pas dans un univers aussi sophistiqué que la théorie des jeux. Et c'est peut-être aussi parce que le juriste ne tangente pas des mondes virtuels, irréels, latents ou potentiels qu'il n'est pas sujet à de grossières erreurs qui peuvent conduire à des catastrophes. Certes les juristes positivistes ont pris des chemins qui se sont vite avérés être des impasses. Mais les économistes ont, eux, à se reprocher des choses dans la construction des deux totalitarismes du XXe siècle. Il est toujours regrettable de constater que certains économistes aient participé à la construction d'idées si erronées qu'elles ont servies de réceptacle à des esprits faux. Il est vrai qu'on pourrait toujours objecter que, justement, ce sont de mauvais économistes<sup>10</sup>.

Là se trouve le cœur de la rupture entre juristes et économistes. Autant le

---

<sup>10</sup> Outre le fait que ce procédé serait fallacieux, à savoir ne retenir comme économistes que ceux que le laminoir du temps a épargné, loin des auteurs la prétention de mettre les pères du marginalisme parmi des économistes à l'esprit faux. Pourtant, force est de constater qu'ils ont amené la science économique sur des chemins tortueux, voire très friables, au point de parfois la conduire au précipice.

droit reste relativement aisé à comprendre pour un économiste en raison de son caractère littéral, autant l'économie reste parfaitement inaccessible aux juristes en raison de sa forte modélisation. Mais la coupure s'explique également historiquement, politiquement et académiquement<sup>11</sup>. De fait, une nouvelle conception des relations entre le droit et l'économie – fortement compartimentée – voit le jour. Du côté des juristes tout d'abord, lesquels se limitent à simplement constater un certain nombre d'interactions ponctuelles entre le droit et l'économie au sein de leur champ d'études. Les économistes quant à eux, délaissent la question juridique, politique et sociale au profit de recherches axées sur le monde marchand et à l'étude de la création des richesses<sup>12</sup>. Droit et économie, par le passé considérés comme fondamentalement complémentaires, sont alors conçues comme diamétralement opposés. Pour l'immense publiciste qu'était Maurice Hauriou (1856-1929) notamment :

« Ce n'est pas seulement par l'abstraction que l'on distingue le droit et l'économie ou la politique, il y a réellement des forces juridiques, d'une part, des forces politiques et économiques d'autre part ; elles sont en opposition et en contradiction parce que les forces juridiques sont morales et que les forces politiques et économiques amORALES ; ce sont par elles-mêmes des forces brutales qui visent l'exploitation de l'homme par l'homme ou la domination de l'homme sur l'homme. En somme c'est la lutte dramatique du juste et de l'injuste, qui n'est elle-même qu'une variante de la lutte du bien et du mal »<sup>13</sup>.

Les raisons historiques de la scission sont non seulement multiples, mais forment un cercle vicieux : l'absence de dialogue(s) entre juristes et économistes conduit les premiers – par incompréhension et/ou idéologie – à penser le droit *contre* le marché, alors que, justement, le droit s'avère être le *fondement* du marché<sup>14</sup>. Au final, la force de répulsion entre les deux matières est d'autant plus grande que l'incompréhension s'installe : c'est le temps de la rivalité.

Mais les « néo-classiques » n'ont de « classiques » que le nom, pas plus qu'ils

---

<sup>11</sup> S. SCHWEITZER & L. FLOURY, *Droit et économie : un essai d'histoire analytique*, Op. Cit.

<sup>12</sup> Cette définition restreinte de l'économie est particulièrement illustrée par l'école dite « classique » en économie, notamment par les œuvres respectives d'Adam Smith (*Recherches sur la Nature et les Causes de la Richesse des Nations*, PUF, quatre tomes, 1995 [1776]) ou encore de Jean-Baptiste Say, (*Traité d'Économie Politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent, et se consomment les richesses*, deux tomes, Economica, 2006 [1803]).

<sup>13</sup> Cité par O. BEAUD in Maurice HAURIOU, *Principes de droit public*, Dalloz, 2010 [1916]

<sup>14</sup> Voir à ce sujet la seconde partie (« Du droit à l'économie, de l'économie au droit : une fécondation réciproque ») de S. SCHWEITZER & L. FLOURY, *Droit et Économie : un essai d'histoire analytique*, Op. Cit.

ne sont libéraux. Avec la naissance de « l'école autrichienne »<sup>15</sup>, véritable héritière de l'héritage classique, l'analyse économique tente de renouer avec le droit dans la tradition smithienne en liant intimement le juridique et l'économique. Et tous les « autrichiens » partagent la même opinion : la loi (et non le droit, c'est là toute la distinction faite entre le droit et la législation<sup>16</sup>) quelle que soit sa justification, peut être néfaste au fonctionnement du marché. Si le droit est consubstantiel au marché (sans lui, le marché ne peut exister, ni même perdurer), *la loi peut aller contre le droit*, et, par la même occasion, contre le marché. Et le père fondateur de l'analyse économique, Adam Smith, l'avait compris quand celui-ci vient à penser le droit fiscal. Véritable *primus inter pares* en ce qu'il fonde le financement de l'État, le droit de l'impôt est immédiatement perçu comme ayant une importance considérable en économie. La raison en est simple : l'impôt est une entrave à l'accumulation du capital, accumulation à l'origine même de l'économique. Nul besoin alors de démontrer l'impérieuse nécessité de limiter le pouvoir fiscal<sup>17</sup>. Dès lors écrit Smith, l'impôt se doit d'être juste<sup>18</sup>, stable<sup>19</sup>, raisonnable<sup>20</sup> et efficace<sup>21</sup> ; à défaut, la fiscalité devient antiéconomique. Sans le savoir, Smith pose les bases d'une conception du droit telle que formulée plus de deux siècles plus tard par Friedrich Hayek (1889-1992). Pour ce dernier en effet, le droit économiquement efficient est celui favorisant la découverte (et les ajustements nécessaires à ces dernières dans un monde changeant), sans l'entraver pour autant afin de préserver « l'ordre des anticipations », soit l'état dans lequel les individus peuvent former des

<sup>15</sup> Pour un aperçu de celle-ci, voir notamment R. FILLIEULE, *L'école autrichienne d'économie : une autre hétérodoxie*, Presses Universitaires du Septentrion, 2010

<sup>16</sup> « L'une des caractéristiques de la pensée libérale tient à la distinction entre le droit et la législation. Celle-ci correspond aux textes votés par la volonté majoritaire qui domine au Parlement. Celui-là est antérieur et supérieur à la législation. Le droit permet la coopération pacifique entre les hommes en protégeant leurs propriétés et contrats. La légitimité du pouvoir ne provient donc pas seulement des urnes, mais surtout de son souci de faire respecter le droit. » (M. LAINE, (sous la direction de), *Dictionnaire du libéralisme*, Larousse, 2012, p.202)

<sup>17</sup> Ou comme l'affirme René STOURM (1837-1917), « L'impôt, en résumé, ne se justifie que par sa nécessité budgétaire. Là réside sa seule raison d'être, sa seule excuse. Le droit de puiser dans nos poches, de prélever chaque année, une part de nos revenus et de nos facultés individuelles est un droit exorbitant, par conséquent strictement limité. Il ne saurait, sans devenir un monstrueux abus, être détourné de sa seule destination légitime, celle de pourvoir aux dépenses publiques », in *Système généraux d'impôts*, Guillaumin, 1893, pp. 42-43.

<sup>18</sup> « Les sujets d'un État doivent contribuer au soutien du gouvernement, chacun le plus possible en proportion de ses facultés, c'est-à-dire en proportion du revenu dont il jouit sous la protection de l'État » ; A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre V, Section II « Des impôts », *Op. Cit.*

<sup>19</sup> « La taxe ou portion d'impôt que chaque individu est tenu de payer doit être certaine, et non arbitraire. L'époque du paiement, le mode du paiement, la quantité à payer, tout cela doit être clair et précis, tant pour le contribuable qu'aux yeux de toute autre personne (...) » ; *Idem*

<sup>20</sup> « Tout impôt doit être perçu à l'époque et selon le mode que l'on peut présumer les moins gênants pour le contribuable » ; *Idem*

<sup>21</sup> « Un impôt inconsidérément établi offre un puissant appât à la fraude. Or, il faut accroître les peines de la fraude à proportion qu'augmente la tentation de frauder. La loi, violant alors les premiers principes de la justice, commence par faire naître la tentation, et punit ensuite ceux qui y succombent; et ordinairement elle enchérit aussi sur le châtiment, à proportion qu'augmente la circonstance même qui devrait le rendre plus doux, c'est-à-dire la tentation de commettre le crime (...) » ; *Idem*

anticipations qui ont de bonnes chances d'être exactes<sup>22</sup>. En des termes plus simples, le droit se doit par nature d'être général, stable, prédictible mais avant tout et surtout *libéral* – c'est-à-dire non instrumental – afin que les individus puissent agir librement, anticiper et effectuer rationnellement des calculs économiques. Autrement dit, si le droit doit constituer un cadre normatif – c'est-à-dire un ensemble de règles favorisant et limitant l'exercice de la liberté afin de tendre vers la prévention et la régulation des ordres sociaux – celui-ci doit s'abstenir de guider, orienter ou même façonner le comportement des agents économiques au sein de ce même cadre. Le droit doit seulement consacrer juridiquement l'ensemble des libertés constituant le marché, c'est-à-dire celles préexistant l'État.

Et c'est là le cœur de la philosophie du droit du célèbre juriste italien Bruno Léoni (1913-1967). Comme le note Carlo Lottieri,

« Lecteur attentif des économistes libéraux, et en particulier admirateur de Mises, Léoni est connu surtout parce qu'il a élaboré une théorie du droit qui – contre Hans Kelsen et le positivisme juridique – a réévalué l'ancienne Common Law anglo-saxonne, instaurant une analogie entre les règles de création jurisprudentielle et l'ordre spontané qui émerge sur le marché grâce aux innombrables accords des entrepreneurs et des consommateurs. Une de ses idées fixes est qu'il y a une syntonie entre marché et droit évolutif, d'un côté, et planification économique et législation, de l'autre (...) Dans la vision léonienne du droit, l'opposition au normativisme est étroitement liée à son refus du socialisme, qui est expression d'une mauvaise moralité et de la perverse volonté de mettre la réalité sociale sous le contrôle d'un petit nombre d'individus éclairés. En tant que libéral, il s'oppose à l'arbitraire d'une législation artificielle qui, en raison de sa structure formelle (elle est le simple produit de la volonté des législateurs), est destinée à réduire progressivement les espaces de liberté individuelle. Et en tant que philosophe du droit, il montre également que (...) si on examine les conséquences à long terme de la législation, il faut admettre que – loin de réduire l'incertitude – elle est obstacle à toute notre capacité de faire des projets et d'avoir un comportement d'entrepreneur. En ce sens, on peut dire que la loi est la première ennemie du droit. »<sup>23</sup>

Autrement dit, avec l'école autrichienne, l'économiste pense également la loi en ce que sa qualité influence directement l'efficacité du marché. Mais les rapports entre le droit et l'économie sont aujourd'hui beaucoup plus profonds que cela. Un fait l'atteste : l'émergence de la matière charnière dans les années 1960 qu'est l'Analyse Économique du Droit (AED). Émergence, mais pas naissance. Car jusqu'aux années 1960, l'AED se confond avec

<sup>22</sup> Voir notamment F. HAYEK, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, coll. Quadrige, 2013 [1973]

<sup>23</sup> C. LOTTIERI, introduction à B. LÉONI, *La liberté et le droit*, Les Belles Lettres, [1961] 2006, pp. 9-11.

l'Économie Politique en raison de la conception même du droit : un ensemble de règles et de sanctions qui ont des conséquences économiques, et dont l'analyse se veut donc strictement limitée. Jusque-là, la législation, la réglementation, l'appareil judiciaire, les modes d'application et de respect du droit... sont perçues comme ayant des conséquences sur le comportement des individus et sur le fonctionnement et les performances du marché. Le droit influence le cadre social, en ce sens que l'individu rationnel se comporte et poursuit ses propres objectifs économiques sous la contrainte de la règle de droit (l'individualisme méthodologique est évidemment de rigueur). Si bien que l'Économie Politique se confond avec l'Analyse Économique du Droit puisque qu'elle ne fait qu'étudier « des comportements sociaux régulés par la règle de droit »<sup>24</sup>, ou tout du moins les conséquences sociales de la règle de droit. Car évidemment, la règle de droit ne contrôle pas directement le comportement des citoyens, mais seulement les conséquences de leurs actions. Par principe, les sujets de droit restent libres d'agir et réagir aux règles, et non forcément en fonction du sens souhaité par le législateur : comme l'écrit Adam Smith, « sur le grand échiquier de la société humaine, chaque pièce a son propre principe de mouvement, tout à fait différent de celui dont le législateur pourrait vouloir "l'imprégner" »<sup>25</sup>.

Jusqu'aux années 1960, l'AED se borne donc à étudier les conséquences de la règle de droit et de ses modifications sur le comportement individuel, sur l'économie en général. L'économiste pouvait prétendre à la compréhension de l'économie en fonction du cadre juridique (là où le juriste ne pouvait appréhender les effets économiques de la règle de droit, l'économiste le pouvait) et pouvait, en conséquence, critiquer la règle et/ou prédire ses effets grâce à l'histoire de la pensée et/ou des faits économique mais également à l'aide de la théorie économique (approche critique et prédictive). De ce point de vue, l'AED appelait déjà à la complémentarité des deux matières, les juristes ayant pour habitude d'analyser la règle de droit non pas au regard de ses effets économiques, mais de la structure interne du droit, c'est-à-dire de la jurisprudence, de la doctrine, et de l'esprit des lois. Dans cette optique, le législateur est donc présent pour produire un droit prévenant et régulant les conflits entre individus, mais également influençant les incitations productives

<sup>24</sup> J-Y. CHÉROT, « Trois thèses de l'Analyse Économique du Droit – Quelques usages de l'approche économique des règles juridiques » in *Revue de la Recherche Juridique*, « L'Analyse Économique du Droit », PUAM, 1987, pp. 443-454.

<sup>25</sup> A. SMITH, *Théorie des Sentiments Moraux*, PUF, 3e édition, 2014 [1759], VIe partie, section II, chapitre 2, p. 324.

et les capacités d'agir : les exemples les plus connus sont bien évidemment l'analyse économique de la fiscalité, du salaire minimum, de l'assistance aux pauvres, de la concurrence et du monopole, ou encore du libre-échange et du protectionnisme. L'AED, jusque dans les années 1960, se confond donc avec l'Économie Politique parce qu'elle est une composante de l'économie *du* politique – c'est-à-dire *l'économie des règles mises en place par le politique* – sans formalisation mathématique ni même méthodologie propre.

Mais avec Richard Posner et quelques autres, cette confusion avec l'Économie Politique va disparaître : en s'autonomisant, l'AED va devenir la « *Law and Neoclassical Economics* »<sup>26</sup> ou « *New Law and Economics* » – dont le langage se veut fortement modélisé – et ne se borne plus à étudier les conséquences de la règle de droit et de ses modifications sur le comportement individuel, mais, bien au-delà, va s'intéresser aux institutions juridiques, aux juges, aux doctrines, à la jurisprudence, bref, au droit entendu de façon extensive. N'est plus seulement étudié l'individu comme sujet du droit, ni même les conséquences de la règle sur ce dernier, mais le droit en général par le biais de la méthodologie économique. L'objectif est dès lors « 1°) d'analyser l'influence de la règle ou de l'institution juridique sur le comportement individuel, 2°) d'expliquer pourquoi une règle ou une institution juridique décline ou perdure, 3°) de permettre de calibrer la règle ou l'institution juridique à des fins particulières, 4°) d'évaluer la règle ou l'institution juridique, et 5°) de permettre d'interpréter une doctrine juridique spécifique »<sup>27</sup>. Au final, les relations entre droit et économie s'avèrent plus complexes que la scission pratiquée dans leur enseignement respectif pourrait le laisser paraître. En somme, une seule question perdure : il y a-t-il seulement une frontière entre le droit et l'économie ? Ou bien cette frontière est-elle seulement le résultat d'un ressenti à l'égard de certains champs de recherches académiques, ce ressenti consistant à considérer ces mêmes thèmes trop économiques pour les juristes ou trop juridiques pour les économistes ? Au regard des développements précédents, comme ceux contenus dans notre ouvrage à paraître, une seule réponse s'impose irrésistiblement : l'unité est à retrouver.

---

<sup>26</sup> En référence à la révolution méthodologique consistant dans l'application des outils microéconomiques hérités de l'École néoclassique.

<sup>27</sup> Nous reprenons ici la synthèse de L. KORNHAUSER, pour qui les grands projets de l'Analyse Économique du Droit incluent « (1) *explanations of how legal rule or institution influences individual behavior* ; (2) *explanations of why particular legal rules or institutions arose or persist* ; (3) *the design of legal rules or institutions to accomplish particular aims* ; (4) *the evaluation of legal rules of institutions* ; (5) *the interpretation of specific legal doctrine* » (L. KORNHAUSER, « Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions » in M. GOLDING & W. EDMUNDSON, *Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2004, p. 68).

## PRÉSENTATION DES ÉTUDES

Alexandre FERRACCI

*Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université d'Aix-Marseille\**  
*Laboratoire de Théorie du Droit*

**A**YANT POUR VOCATION LA PRÉSENTATION des mémoires d'études réalisés par les étudiants de l'institut Portalis dans le cadre de leur formation<sup>1</sup>, notre rubrique accueille pour ce deuxième numéro les écrits de Messieurs Théo Fournier et Dimitri Trautmann, dont la thématique commune s'intéresse aux problématiques du droit international public.

Située à l'intersection entre droit, histoire, politique et philosophie<sup>2</sup>, la compréhension des règles régissant les relations entre entités dotées de compétences internationales nécessite une large ouverture d'esprit. Véritable carrefour entre les disciplines, la juridicité de la matière fait parfois débat comme nous l'explique M. Fournier, étudiant en Master II de droit de la reconstruction des États. Prenant l'exemple d'Interpol l'auteur entend alors démontrer l'inanité de la controverse en soulignant les marques de l'effectivité des règles du droit international public dans le fonctionnement et l'action de

---

\* Ancien étudiant de l'Institut Portalis (24<sup>e</sup> promotion – 2007/2009)

<sup>1</sup> Délivré par l'Institut Portalis depuis près de trente ans, le Diplôme des Sciences juridiques et morales récompense les étudiants ayant fait la preuve de leurs aptitudes à l'argumentation, à l'analyse et à la réflexion critique. A l'issue de deux années de scolarité, les étudiants de l'Institut participent en effet à de redoutables épreuves écrites et orales avec pour objectif l'obtention d'une moyenne générale d'au moins douze sur vingt, condition *sine qua non* d'obtention du diplôme. Toutefois, l'une des singularités de cet examen est qu'il permet au candidat la réalisation d'un mémoire de recherches qui se substitue ainsi à l'une des épreuves écrites. Exercice difficile et rigoureux, le choix du mémoire n'en est pas moins fréquent et constitue, la plupart du temps, le premier travail de recherche important mené par un étudiant en dernière année de licence.

<sup>2</sup> On aurait également pu citer la géographie, l'économie, la sociologie, l'ethnologie etc.

cette organisation internationale.

Confrontée à la souveraineté étatique, l'effectivité des règles et principes gouvernant la matière varie toutefois considérablement. Les questions relatives aux limites du droit à l'autodétermination en sont une belle illustration. À travers l'analyse des récents événements en Crimée, M. Trautmann, étudiant en Master I de droit international et européen, nous expose les enjeux et les faiblesses de l'utilisation d'un tel droit dans la justification de la sécession puis de l'annexion de cette région ukrainienne par la Russie.

D'une grande actualité, ces travaux sélectionnés pour la qualité des réflexions menées ne manqueront pas de provoquer l'intérêt de juristes soucieux d'approfondir leurs savoirs.

## INTERPOL, PREUVE DE L'EFFECTIVITÉ DU DROIT INTERNATIONAL

Théo FOURNIER

*Faculté de Droit et de Science politique – Université d'Aix-Marseille\**

PEU DE BRANCHES DU DROIT ne font l'objet d'autant de controverses que celle du droit international. Certains nieront son application en avançant que la souveraineté de l'État ne connaît pas de limites. D'autres riront à son évocation en estimant que les rapports entre États sont des relations politiques et économiques mais en aucun cas juridiques. Voilà donc un droit international coincé entre les nationalismes exacerbés et les théoriciens des relations internationales. Peu importe la Charte des Nations Unies, peu importe les conventions internationales, le droit international s'écraserait face au bon vouloir des États.

Cette hypothèse serait d'autant plus vérifiable lorsque ce sont les compétences régaliennes de l'État qui sont en jeu, parmi lesquelles la police. On peut dès lors s'étonner du choix qui a été fait d'associer effectivité du droit international et Interpol, illustration par excellence de la coopération policière internationale. D'autant plus que cette organisation internationale n'a pas vocation à se substituer aux États membres dans leurs pouvoirs de police. L'Organisation Internationale de Police Criminelle (OIPC) est simplement une plateforme de facilitation du travail policier international, un simple outil de centralisation d'informations policières en vue de faciliter l'appréhension de la criminalité internationale<sup>1</sup>. L'article 2 du statut d'Interpol ne peut être

---

\* Master 2 « Droit de la reconstruction des États », ancien étudiant de l'Institut Portalis (28<sup>e</sup> promotion – *Chateaubriand* – 2011/2013).

plus explicite, il s'agit « d'assurer et de développer l'assistance réciproque la plus large possible de toutes les autorités de police criminelle » en vue de « contribuer efficacement à la prévention et à la répression des infractions de droit commun ». Priorité est donc donnée à l'efficacité de la coopération policière et ce n'est pas l'évocation symbolique de « l'esprit de la Déclaration universelle des droits de l'Homme »<sup>2</sup> qui va limiter cette coopération.

Pourtant une étude plus approfondie d'Interpol révèle que les États membres de l'Organisation ont délibérément choisi d'astreindre la coopération policière internationale au respect des droits fondamentaux et plus particulièrement aux principes de non-discrimination et de protection de la vie privée. Mieux, un organe à part entière de l'organisation, la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol, veille à l'application de ces principes dans le traitement des données nominatives échangées au sein du Secrétariat général. Cet heureux élargissement est paradoxal. Il n'a pu être décidé que par l'Assemblée générale et donc par les États membres d'Interpol. Pourquoi donc ceux-ci ont-ils sciemment limité l'action de leurs polices respectives à des principes généralement peu respectés dans le cadre national<sup>3</sup> ?

N'en déplaise à ses pourfendeurs, c'est bien le droit international, et non la volonté des États qui a permis cette évolution institutionnelle majeure. C'est parce que s'est posé un problème théorique de droit international que les droits fondamentaux se sont imposés.

Des problèmes théoriques, il en a longtemps été question dans l'évolution institutionnelle d'Interpol. En effet, celle-ci n'a pas toujours été une organisation internationale. Au contraire même puisque sa prédécesseur, la Commission internationale de police criminelle, revêtait les principales caractéristiques d'une organisation non gouvernementale. La CIPC poursuivait un but non lucratif sur le territoire de plusieurs États, la

---

<sup>1</sup> Cette coopération fonctionne sur le mode d'un relais entre le Secrétariat général, organe centralisateur et les Bureaux centraux nationaux, détachement d'Interpol dans chaque État membre. Les BCN sont au service de l'État qui est libre de partager les informations qu'il souhaite.

<sup>2</sup> Article 3 du statut.

<sup>3</sup> Il n'est pas besoin d'évoquer le cas de la Chine ou de la Russie, tous deux membres d'Interpol, pour constater une violation des droits fondamentaux par la police. Il suffit d'étudier le cas de la France, rappelée à l'ordre pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, Cour eur. dr. h., *Brusco c. France*, 14 octobre 2010.

coopération policière, et son acte constitutif n'était pas un accord intergouvernemental puisqu'en 1914, ce sont des magistrats et des policiers qui se sont réunis pour décider de sa création et non des représentants de l'État au sens du droit international. C'est pour dépoussiérer cette image de « club des polices » que l'OIPC a été créée en 1956 par le biais de l'adoption d'un statut qui continue de régir les activités de l'organisation. Volonté était faite de rapprocher Interpol des standards d'organisations onusiennes. En témoigne l'institutionnalisation d'un organe délibératif, l'Assemblée générale, d'un organe exécutif, le Conseil exécutif, et des organes de gestion des informations, le Secrétariat général et les Bureaux centraux nationaux. Malgré cela la reconnaissance d'Interpol est intervenue sur le tard, principalement parce que le traité constitutif de l'OIPC n'était pas conforme aux règles internationales en la matière. Celui-ci n'a pas été ouvert à ratification des États membres (il a été voté par l'Assemblée générale) et ne traduisait donc pas une volonté expresse de leur part de s'engager.

Il a fallu attendre 1972 pour que la France, désireuse de régulariser la situation du siège d'Interpol à Saint-Cloud, reconnaisse le caractère interétatique de l'Organisation par le biais d'un accord de siège<sup>4</sup>. Pour autant, en dépit de cette reconnaissance, Interpol n'en restait pas un moins un membre secondaire appauvri de la communauté internationale puisque certains privilèges et immunités, normalement accordés, faisaient défaut. Ainsi, l'accord de siège n'attribuait à Interpol ni une immunité de juridiction, ni une inviolabilité des locaux et des documents pourtant essentiels à la préservation de l'indépendance de toute organisation internationale.

Pour résumer, Interpol pouvait à tout moment faire l'objet d'une action en justice devant les juridictions françaises voire d'une perquisition par les services de police. Et c'est ce qu'il s'est passé lorsque la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) s'est déclarée compétente pour contrôler les données nominatives stockées au sein du siège d'Interpol. La CNIL était dans son droit. Elle était territorialement compétente, puisque le siège d'Interpol était en France, donc sous sa juridiction, et matériellement compétente, car Interpol était détentrice d'un traitement automatisé d'informations

---

<sup>4</sup> L'ONU, à travers l'ECOSOC a reconnu Interpol en tant qu'organisation internationale en 1975. Depuis, cette qualification n'a plus été remise en cause.

nominatives. Politiquement cependant, les conséquences auraient été fâcheuses pour la pérennité de la coopération policière internationale. On imagine mal les autres États membres accepter de continuer la collaboration tout en sachant que les informations qu'ils mettaient à disposition seraient contrôlées par une autorité administrative française.

À ceux qui doutent de l'importance de respecter les fondamentaux posés par le droit international en matière d'immunités et de privilèges, la situation d'Interpol en 1978 devrait les faire réfléchir ...

Fort heureusement, l'Organisation est sortie grandie de cette épreuve puisqu'un nouvel accord de siège, signé en 1982, l'a doté de l'ensemble des privilèges et immunités nécessaires à son fonctionnement. De fait, la compétence de la CNIL fut écartée mais son action ne fut pas vaine puisque fut créée la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol (CCF), « organe indépendant qui veille à ce que le traitement d'informations à caractère personnel par l'organisation soit conforme à la réglementation dont celle-ci s'est dotée en la matière »<sup>5</sup>.

1982 est un véritable tournant dans l'histoire d'Interpol. Elle marque le début d'une prise de conscience par l'organisation qui va peu à peu renforcer la protection des droits fondamentaux et s'affirmer comme un exemple en la matière<sup>6</sup>. La CCF était dotée dès sa création d'une réelle indépendance fonctionnelle qu'elle a su utiliser pour s'imposer en tant qu'organe indispensable au fonctionnement d'Interpol<sup>7</sup>.

La Commission est ainsi compétente pour examiner des requêtes individuelles ce qui la rapproche des standards internationaux comme le Comité des droits de l'Homme. Ces requêtes peuvent être informatives. Un individu peut ainsi demander à la Commission la divulgation de l'existence ou de l'absence d'informations le concernant. Il peut aussi remettre en cause le traitement de cette information si jamais celle-ci n'a pas été traitée en

---

<sup>5</sup> Article 36 du statut.

<sup>6</sup> Cela va notamment se concrétiser par l'adoption d'un corpus de textes afférents au fonctionnement de la Commission et au traitement des informations nominatives par Interpol. Une synthèse récente a été effectuée en 2011 avec l'adoption du Règlement sur le traitement des données.

<sup>7</sup> La révision statutaire de 2008 l'a élevée au rang d'organe de l'Organisation, au même titre que les 4 originels.

conformité avec les règles d'Interpol sur la protection des données. La Commission peut dans ce cas émettre des recommandations au Secrétariat général pour qu'il supprime les informations non vertueuses<sup>8</sup>.

La Commission dispose aussi d'un pouvoir d'auto-saisine qui lui permet à tout moment et sans autorisation préalable des États concernés, de vérifier la conformité des informations. Elle est aussi obligatoirement consultée par le Secrétariat général pour toute opération concernant le traitement de données nominatives.

L'action de la CCF permet d'appliquer au sein d'Interpol les standards internationaux en matière de protection des données : principe de licéité et de loyauté, principe d'exactitude, principe de l'accès par les personnes concernées, imposition d'un délai maximal de conservation de l'information...L'initiative d'Interpol est remarquable : il est rare qu'une organisation internationale, déjà soumise à la volonté de ses États membres, accepte de contraindre son action.

Mais la politique d'Interpol en matière de protection des droits fondamentaux est encore plus ambitieuse et ne se limite pas à sa structure interne. En effet, depuis novembre 2012, chaque Bureau central national est doté d'un officier délégué à la protection des données personnelles. Sorte de détachement de la Commission, il a pour mission de faire une première vérification du respect de la législation en vigueur. Cette innovation est considérable. Elle est une garantie, mince il est vrai, mais une garantie quand même de la protection d'un standard minimum de droits dans des pays non astreints au respect des conventions régionales de protection des droits de l'Homme<sup>9</sup>.

Qui l'eut cru ? La coopération policière internationale qui œuvre à la promotion du droit international des droits de l'Homme ?

L'étude d'Interpol est un beau pied-de-nez aux sceptiques, aux dubitatifs, à ceux qui veulent réduire le droit international à un corpus

---

<sup>8</sup> Conciliation ne signifie pas pour autant inaction. La preuve : en 2010 plus de 94% des recommandations de la Commission ont été mises en œuvre. Commission de contrôle des fichiers de l'OIPC-INTERPOL, *Rapport d'activité annuel pour l'année 2010*, CCF/80/12/d353, p. 20.

<sup>9</sup> C'est le cas de nombreux pays d'Asie du sud-est.

juridique ineffectif car non contraignant. C'est le droit international qui a contraint Interpol à inclure les droits fondamentaux dans son fonctionnement. C'est le droit international qui permet le respect d'un standard minimum de protection par la plus grande organisation policière du monde. C'est le droit international qui contribue à la prise de conscience de cette protection dans des pays qui d'ordinaire sont peu enclin à la mettre en œuvre. Qu'on se le dise, réunir effectivité et droit international n'est pas de l'ordre de la métaphysique !

### BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

#### OUVRAGES GÉNÉRAUX

- M. LEBRU : *Interpol*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1998, 127 p
- *Interpol, les textes fondamentaux de l'Organisation internationale de police criminelle*, Paris, PUF, coll. Criminalité internationale, 2001, 466 p.

#### LÉGISLATION

- Commission de contrôle des fichiers d'Interpol, *Règles de fonctionnement de la Commission de contrôle des fichiers d'Interpol*, CCF/72/4.4/d171
- Interpol, bureau des affaires juridiques, *Règlement d'Interpol sur le traitement des données*, Résolution de l'Assemblée générale de l'OIPC-INTERPOL, réunie en sa 80<sup>e</sup> session (31 octobre au 3 novembre 2011), AG-2012-RES-07
- Journal Officiel, *Décret n° 74-992 portant publication de l'échange de lettres constituant l'accord entre le Gouvernement de la République française et l'Organisation internationale de police criminelle relatif au siège d'Interpol et à ses privilèges et immunités, signé à Paris le 12 mai 1972*, 30 nov. 1974

#### ARTICLES

- W. L. CHEAH, « Policing Interpol: The Commission for the Control of Interpol's Files and the Right to a Remedy », *International Organizations Law Review*, V. 7 (2010), pp. 375-404.
- B. SCHONDORF-HAUBOLD, « The Administration of Information in International Administrative Law - The Example of Interpol », *German Law journal*, V. 09, n°11, pp 1719-1752.
- F. de VILLENFAGNE et C. GAYREL, « ICPO-Interpol , Assessment, Issues and Outlook », *CRIDS*, 2011.

## LA SÉCESSION DE LA CRIMÉE APPRECIÉE AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Dimitri TRAUTMANN

*Faculté de Droit et de Science politique – Université d’Aix-Marseille\**

**L**E 16 MARS 2014, LA CRIMÉE, alors République autonome d’Ukraine, décide de faire sécession de cette dernière et rejoint, deux jours plus tard, la Fédération de Russie. Prononcée avec plus de 95% des voix lors d’un referendum local, cette sécession intervient au sein d’un État déchiré, bouleversé par des luttes intestines incessantes entre Ukrainiens pro-européens d’un côté et Ukrainiens pro-russes de l’autre.

De fait, cet événement était prévisible bien avant qu’il n’intervienne. En effet, les tensions observées entre 1991-1992 et après la Révolution orange de 2004 ont été autant de signes avant-coureurs annonçant la réalisation de la « séparation » effective entre la République de Crimée (et de la ville de Sébastopol) et le reste de l’Ukraine.

Cependant, cette sécession ne se distingue pas par ses considérations historiques ou politiques - celles-ci ne sont-elles pas le credo de tout mouvement sécessionniste ? - mais bien par son impact sur la perception de l’acte de sécession et du droit international public au sein de la communauté internationale.

C’est véritablement dans cette optique que ce travail de recherche a essayé d’appréhender la situation intervenue en Crimée en tentant d’apporter,

---

\* Master 1 « Droit international et européen ». Ancien étudiant de l’Institut Portalis (29<sup>e</sup> Promotion – *Catherine de Médicis* – 2012/2014).

modestement, une piste de réflexion à trois questionnements majeurs : la situation en Crimée n'a-t-elle pas entraîné une modification du droit applicable en matière de sécession ? Ne peut-elle pas être à l'origine d'un véritable droit de sécession fondé sur des revendications minoritaires et linguistiques ? A-t-elle pu faire évoluer, de façon générale, un droit international encore trop soumis au bon-vouloir des États et à leurs interprétations subjectives ?

Afin de mieux être à même de répondre à ces questions, il convient au préalable de noter que les mouvements sécessionnistes ne sont pas nouveaux dans l'Histoire alors que leur appréciation par le droit international public l'est tout à fait. Cette appréciation reste cependant partielle étant donné qu'il n'existe pas d'instruments juridiques autorisant ou interdisant de façon générale la sécession, celle-ci restant soumise à de vagues principes et à une liberté d'appréciation par les États souverains, acteurs et sujets du droit international public.

Toutefois, la sécession reste aujourd'hui appréhendée par le droit international public au sein du droit à l'autodétermination des peuples (ou droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) plus précisément pris dans sa dimension externe. Droit développé à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, il n'avait été créé que pour répondre aux impératifs liés à la décolonisation puis à ceux liés aux territoires soumis à une occupation étrangère ou à une politique d'apartheid. Il est cependant utilisé depuis par les minorités ethniques, linguistiques ou religieuses afin de justifier une sécession sur ce fondement juridique.

Cela n'a pas échappé à la situation observée en Crimée où la population s'est bien appuyée sur ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes pour apporter une légitimité juridique au mouvement sécessionniste. Mais, s'il est certain que les différents gouvernements ukrainiens pro-européens n'ont pas su adopter une politique d'intégration envers les différentes minorités russes et qu'ils n'ont pas garanti certains droits fondamentaux reconnus aux minorités par le droit international, cela n'a pas pu en faire un argument légitime pour invoquer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Ainsi, bien qu'il ait été démontré qu'il n'existe pas de droit général à la sécession dans le cadre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en

dehors des situations de décolonisation réglementées par les résolutions des Nations-Unies en la matière<sup>2</sup>, la population de Crimée, appuyée par la Russie, s'est bien servie de ce fondement juridique pour porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'Ukraine et justifier dans un premier temps l'occupation du territoire par les forces russes, puis dans un second temps son rattachement à la Fédération de Russie à la suite de la déclaration de sécession.

Le problème majeur qu'aurait pu entraîner cette situation sur le droit international public en matière de sécession est bien évidemment sa conciliation avec la théorie de l'effectivité, celle-ci permettant dans ce cas précis la transformation d'un État *de facto* né à la suite d'une sécession en un État *de juris* reconnu comme sujet du droit international. Nous aurions assisté, si la communauté internationale n'avait pas réagi à la sécession puis à l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie, à l'émergence d'un véritable droit de sécession essentiellement fondé sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et sur la théorie de l'effectivité.

Mais, fort heureusement, le droit international public possède deux instruments juridiques qui ont pu en l'espèce venir empêcher la création d'un tel droit à la sécession fondé sur des revendications minoritaires : le principe d'*ex injuria non oritur* (le droit ne naît pas du fait illicite) et les différents outils juridiques de réaction à l'illicite.

Le premier permet de venir contredire la théorie de l'effectivité : ce principe vient affirmer qu'une sécession ne peut être valablement admise sur la base d'une violation d'une règle fondamentale, en particulier en présence d'une violation du principe d'interdiction au recours à la force ou du non-respect de l'intégrité territorial de l'État. Le cas de la Crimée doit être apprécié en fonction de ce principe, cela permettant de conclure que, bien que l'effectivité de l'annexion de la Crimée par la Fédération de Russie soit constatée, elle ne pourra être reconnue car trouvant un obstacle dirimant en l'existence du principe d'*ex injuria non oritur*.

Le second se distingue lui-même en deux mécanismes différents : l'obligation de non-reconnaissance et le système des contre-mesures. Bien que le premier ne vise qu'à empêcher une cristallisation d'une situation illicite, et

---

<sup>1</sup> Cf. *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux*, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 1514 (XV) du 14 décembre 1960.