

## Enquête sur la notion de « provisoire »

par

**Paul AMSELEK**

**Professeur Emérite à l'Université Panthéon-Assas ( Paris II )**

*« Nathanaël, tu regarderas tout en passant, et tu ne t'arrêteras nulle part. Dis-toi bien que Dieu seul n'est pas provisoire »*

(André Gide, Les nourritures terrestres)

La notion de « provisoire » fait partie de ces notions constamment utilisées à la fois dans le langage ordinaire et dans la langue juridique et qu'on devrait donc considérer *a priori* comme parfaitement claires pour les juristes, bien élucidées dans leur esprit. Mais le critère de l'usage courant est trompeur : bon nombre de ces notions usuelles, forgées empiriquement, ne dépassent pas de notre part un emploi quasi somnambulique - il est vrai, suffisant en pratique; de sorte qu'elles restent plus ou moins floues à notre conscience tant qu'on n'a pas pris la peine de s'y arrêter, de leur prêter une attention soutenue, de les étudier systématiquement, en bref d'en faire la théorie. Quand il m'a été proposé de traiter de « la notion générale de provisoire » en introduction à un colloque sur « le provisoire en droit public », j'avoue que, si j'ai accepté avec enthousiasme, j'ai également éprouvé au départ de cette angoisse qu'on ressent devant l'inconnu : j'ai maintes fois rencontré des dispositifs juridiques particuliers articulant comme élément de leur teneur l'idée de provisoire ; ces dispositifs juridiques particuliers ont fait l'objet d'abondantes études ; par contre, la notion même de provisoire n'a guère jusqu'ici donné lieu à une réflexion générale élaborée chez les juristes, à quelques très rares exceptions près, illustrées d'ailleurs par des juristes non pas publicistes mais privatistes.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Voir principalement : Louis Lorvellec, « Remarques sur le provisoire en droit privé », in **Etudes dédiées à Alex Weill**, Dalloz-Litec, Paris, 1983, p.385s. ; Roger Perrot, « Du provisoire au définitif », in **Mélanges offerts à Pierre Drai**, Dalloz, Paris, 2000, p.447s. ( cet éminent Collègue ne manque pas d'observer d'entrée de jeu que « le provisoire est une notion déconcertante... l'hésitation gagne celui qui entreprend de définir cette notion à travers un amas de situations

Mais si j'ai ainsi eu l'impression de partir à l'aventure, cette aventure s'est vite révélée passionnante : mon enquête sur le provisoire m'a conduit, en effet, à étudier la généalogie du mot et de la notion, à faire une plongée vertigineuse vers les origines, à remonter jusqu'aux commencements, aux racines, puis à suivre le développement des arborescences progressivement dérivées jusqu'au mot lui-même et à son sens actuel.<sup>2</sup> Cette investigation m'a permis, notamment, de relever des allers et retours inattendus entre la langue ordinaire et la langue juridique.

Je me propose d'exposer les résultats de mes recherches en deux parties : la première montrera que le provisoire est une notion d'origine juridique, même si son usage s'est depuis étendu en dehors du domaine du droit ; la seconde s'attachera à faire apparaître que le provisoire en droit est une notion juridique spécifique.

## I – LE PROVISOIRE, UNE NOTION D'ORIGINE JURIDIQUE

Etymologiquement, le mot provisoire est apparu vers 1499 comme adjectif dans la langue française, plus précisément dans la langue juridique : il a été formé savamment à partir du latin *provisum*, supin du verbe *providere*. Mais il marque, sinon une véritable coupure, du moins une nouvelle orientation de sens par rapport à ce que ce verbe latin et ses dérivés dans la langue courante française exprimaient essentiellement jusque là : avec ce terme juridique, on est passé de l'idée générale primitive de prévoyance, opposée à l'imprévoyance, à l'idée nouvelle de « provisoire », opposée à « définitif ».

1 / *Pro-videre* en latin signifiait littéralement « voir devant », au sens de « prendre les devants », veiller à l'avance, envisager à l'avance les mesures appropriées ou nécessaires pour faire face à des éventualités à venir. C'est le verbe *praevidere* et le substantif *praevisio*, signifiant l'idée de voir avant, antérieurement, avant que les choses n'arrivent, qui ont donné en français « prévoir » et « prévision » ; tandis que de *providere* est découlé le verbe pourvoir et l'idée de prévoyance, de « pourvoyance » comme on disait en ancien

---

particulières dont le caractère disparate défie la synthèse ») ; Laure Merland, **Recherche sur le provisoire en droit privé**, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

<sup>2</sup> Je me suis particulièrement servi à cette occasion, au moins à titre de sources d'informations brutes demandant à être mises en ordre par un travail de reconstruction systématique, du précieux **Dictionnaire historique de la langue française**, sous la direction d'Alain Rey, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, ainsi que du **Dictionnaire étymologique de la langue française** d'Oscar Bloch et Walther von Wartburg, P.U.F., Paris, 1975.

français. A la vérité, le verbe pourvoir a été à l'origine employé aussi dans le sens de « prévoir ». C'est que les notions de prévoyance et de prévision ne sont pas radicalement éloignées l'une de l'autre ; si la prévoyance ne se confond pas purement et simplement avec la prévision, il entre dans son concept une connotation de prévision : il faut d'abord prévoir pour pourvoir. C'est ce qui explique que, si finalement le verbe prévoir a supplanté pourvoir pour exprimer l'idée de prévision, il s'est vu lui-même adjoindre par la suite - à partir du début du 16<sup>ème</sup> siècle - un second sens, celui d'organiser d'avance, de prendre par avance des mesures, comme quand on dit « j'ai tout prévu, j'ai pris toutes les mesures, les précautions nécessaires », ce qui correspond plutôt à l'idée de prévoyance. C'est dans ce dernier sens, du reste, que l'on dit couramment dans les sphères du droit que « tel texte, telle disposition juridique *prévoit* dans tel cas que telle chose peut ou doit se passer » : cela ne veut pas dire que le législateur s'est par là comporté comme un simple organe de prédiction, mais bien -c'est un point important sur lequel j'aurai à revenir- qu'il a fait œuvre de prévoyance, en apportant par avance une solution juridique pour le cas en question. *A contrario*, l'imprévision a pris le sens d'imprévoyance, illustré en droit des contrats administratifs par la célèbre « théorie de l'imprévision ». On est ainsi passé d'une double casquette de « pourvoir » autrefois à une double casquette de « prévoir » aujourd'hui.

L'idée générale de prévoyance, avec son contraire l'imprévoyance, l'improvisé, le non-préparé d'avance, on la retrouve derrière tous les mots latins de la même famille que *providere* et leurs dérivés initiaux dans la langue française. Ainsi, on appelait *providentia* l'art, faculté ou attitude de pourvoir à l'avance ; on employait en particulier ce terme en matière de stratégie militaire pour exprimer l'habileté tactique ; dans le domaine religieux, le terme désignait la prévoyance divine. Ce mot latin a donné naissance non pas à un, mais successivement à deux mots français : d'une part « providence », apparu au 12<sup>ème</sup> siècle avec au départ<sup>3</sup> le même sens général que *providentia* et qui s'est par la suite spécialisé dans le vocabulaire religieux pour dénommer la suprême sagesse par laquelle Dieu pourvoit à tout dans le monde; d'autre part « prévoyance », apparu au 15<sup>ème</sup> siècle et qui a fini deux siècles plus tard par remplacer « providence » pour désigner d'une manière générale l'attitude consistant à pourvoir à l'avance, à prendre les précautions nécessaires. L'homme prévoyant, sachant voir plus loin que le bout de son nez, était lui-même qualifié au moyen du participe présent *providens*, contracté en *prudens*, d'où a été tiré *prudentia* exprimant la sagacité, le savoir-faire de l'homme avisé qui sait anticiper. Je ne peux manquer d'évoquer ici *jurisprudencia*, signifiant littéralement l'art de voir loin en avant dans le champ juridique, d'aller chercher les solutions et approfondissements les plus aptes à pourvoir aux besoins de la

---

<sup>3</sup> Outre le sens de « prévision » qu'il a eu aussi initialement comme le verbe « pourvoir » (cf. supra) et à l'instar, d'ailleurs, de « prévoyance ».

pratique, aux différents cas susceptibles de se présenter, par suite la compétence, sagesse ou habileté juridique, et finalement en bas latin la science ou connaissance systématique du droit (sens initial du français « jurisprudence », conservé encore aujourd'hui dans les pays anglo-saxons et germaniques).

A partir du verbe *providere*, et plus précisément du supin *provisum*, s'est aussi formé le mot latin *provisio* désignant l'action de prévoyance, l'action de pourvoir, littéralement l'approvisionnement. C'est ce sens étymologique général que le mot français « provision », apparu au début du 13<sup>ème</sup> siècle, a véhiculé pendant longtemps. Ce sens initial a perduré jusqu'au 16<sup>ème</sup> siècle, notamment dans des textes juridiques et administratifs où était couramment utilisée la formule « la provision et défense du royaume »; il a ensuite disparu sauf à travers la locution « faire provision de », c'est-à-dire « se pourvoir de ». Mais « provision » avait aussi des sens spécialisés, qu'il a conservés, exprimant des types particuliers d'actions de prévoyance : il a ainsi d'abord désigné l'attribution de salaires, de subsides, et spécialement, en droit canonique, la mise en possession d'un bénéfice ou d'un office ecclésiastique ; en ce sens, on a longtemps parlé de « lettres de provision » ou, en raccourci, de « provisions » pour qualifier les lettres de collation par lesquelles un bénéfice ou un office était conféré. « Provision » était également utilisé – et ce sens est resté – pour désigner la réunion de choses, de vivres ou de matériaux aux fins de pourvoir à la subsistance ou à l'entretien d'un individu ou d'une collectivité, d'où l'expression « provisions de guerre et de bouche » ; par métonymie, on a appelé « provisions » les stocks de choses eux-mêmes ainsi constitués par prévoyance<sup>4</sup>. Autre sens formé aussi par métonymie et qui est également resté jusqu'à nos jours : après avoir été utilisé au sens général d'acompte, le mot provision a servi à désigner plus spécialement les sommes d'argent versées d'avance et en vue de pourvoir à une partie de ses frais à un mandataire, un courtier, un homme d'affaire, un homme de loi. C'est dans la même acception que le terme a été repris vers le milieu du 17<sup>ème</sup> siècle en droit commercial pour dénommer la somme constituée entre les mains d'un banquier par l'émetteur de titres aux fins de couvrir leur paiement ; de là les expressions « chèques sans provision » ou encore « provisionner ou approvisionner un compte ». Et c'est encore dans la même lignée de sens qu'on s'est servi de ce terme en droit comptable et fiscal pour désigner des sommes distraites du bénéfice des sociétés et inscrites par précaution dans leur comptabilité aux fins de pourvoir à des charges ou pertes probables à venir.

---

<sup>4</sup> Les lieux où étaient conservées les provisions fournies à une communauté étaient appelés des « pourvoieries » ou « pourvoies » (et les personnes chargées de l'approvisionnement, des « pourvoyeurs »). Dans l'ancien droit, le droit de réquisition était lui-même étiqueté « droit de pourvoirie ». Ce terme « pourvoirie » est encore aujourd'hui en usage courant au Québec où il désigne des domaines naturels aménagés en vue de pourvoir aux besoins de ceux qui veulent y séjourner et s'adonner à la pratique d'activités de plein air (chasse, pêche, randonnées...); des professionnels, toujours dénommés « pourvoyeurs », sont chargés de leur fournir tout l'équipement et les services nécessaires.

Formé lui aussi à partir du supin de *providere*, le mot latin *provisor* signifiait celui qui pourvoit, le pourvoyeur, spécialement en latin chrétien où on appelait ainsi l'intendant, l'économiste de monastère ; il a donné en français le terme « proviseur », qui a eu au départ le même sens de pourvoyeur, qualifiant notamment le chef d'un hospice. Le terme s'est finalement spécialisé, à partir de la réforme de l'enseignement secondaire en 1802 (loi du 11 floréal an X), dans le sens de « directeur de lycée » qu'il a conservé depuis. Des spécialistes d'histoire de la langue française ont écrit que, bien que dérivés de *providere*, « proviseur et provisoire...ont rompu leurs liens avec pourvoir ». <sup>5</sup> Ce n'est pas tout à fait exact : proviseur n'est sans doute plus synonyme de pourvoyeur en général, mais il continue, à travers le sens plus spécial qu'il a pris, à désigner une personne qui a mission de *pourvoir*, en l'occurrence de pourvoir au bon fonctionnement du lycée qu'elle est chargée de diriger. On va voir que c'est également de nouvelle orientation de sens, mais non de rupture, qu'il faut parler à propos de provisoire.

**2 /** En latin médiéval s'était formé un adjectif, *provisorius*, signifiant relatif à une provision, à une décision d'octroi de provision au sens du droit canonique que j'ai évoqué précédemment. Ce n'est pas de là qu'est né le mot français « provisoire ». Il a été créé à la suite de l'adjonction d'un nouveau sens particulier apporté par le langage juridique au mot « provision » dans la seconde moitié du 15<sup>ème</sup> siècle : on s'est servi, en effet, de provision pour qualifier une décision judiciaire rendue à titre provisoire. De là la locution « par provision » signifiant « en vertu d'un jugement provisoire et en attendant qu'un jugement définitif soit prononcé », locution encore utilisée de nos jours à propos de l'exécution forcée par la partie gagnante d'un jugement non définitif ou encore de la liquidation provisoire des astreintes prononcées par le juge des référés. <sup>6</sup> Par métonymie, et dans la même lignée nouvelle de sens, le mot provision a ultérieurement été utilisé (vers 1599) pour désigner des sommes allouées à une partie par un jugement provisoire, en attendant le jugement définitif de l'affaire ; c'est en ce sens que Furetière dira plus tard, en 1690, qu'« on n'obtient jamais de provision contre le Roi ».

En liaison avec cette évolution sémantique est apparu, vers la fin du 15<sup>ème</sup> siècle, et toujours dans la langue juridique, l'adjectif *provisionnal*, devenu

<sup>5</sup> Jean Bouffartigue et Anne-Marie Delrieu, *Trésors des racines latines*, Belin, Paris, 1981, p.149.

<sup>6</sup> Cette locution a aussi été (et continue d'être) utilisée dans un registre littéraire avec le sens figuré de « par mesure provisoire, en attendant de se faire un jugement définitif ». C'est dans ces termes que Descartes parle de la morale provisoire qu'il s'est fixée en attendant que les progrès de sa connaissance lui permettent d'adopter une morale définitive : « Afin que je ne demeurasse point irrésolu en mes actions, pendant que la raison m'obligerait de l'être en mes jugements, ...je me formai une morale par provision, qui ne consistait qu'en trois ou quatre maximes » ( *Discours de la méthode*, III, 1637; de même, dans la Préface des *Principes de la philosophie*, il parle d'« une morale imparfaite qu'on peut suivre par provision pendant qu'on n'en sait point encore de meilleure » ). On retrouve, autre exemple, le même emploi sous la plume de Rousseau : « Je ne sais ce qu'eût produit enfin cette rumeur, si l'un des paysans, témoin de mes conjurations, n'en eût le même jour porté sa plainte à deux jésuites qui venaient nous voir et qui, sans savoir de quoi il s'agissait, les désabusèrent par provision » ( *Les Confessions*, livre VI, 1782 ).

*provisionnel*, signifiant au départ « qui se fait par provision », c'est-à-dire en attendant un jugement définitif : c'est dans cette acception qu'on parlait de « partage provisionnel » ou de « consignation provisionnelle ». D'où l'adverbe juridique « provisionnellement » : « partager ou consigner provisionnellement », en attendant une décision judiciaire définitive. Par extension, ces nouveaux termes ont pris le sens plus général de provisoire et de provisoirement. Mais ils ont fini par disparaître, même si Rousseau parle encore en 1762 de « gouvernement provisionnel ». <sup>7</sup> Ces termes n'ont guère survécu qu'en droit fiscal, avec les expressions tristement célèbres « acompte provisionnel » et « tiers provisionnel », qui désignent des versements au Trésor Public calculés forfaitairement par rapport aux impôts de l'année précédente et requis à titre provisoire en attendant la fixation définitive par les services fiscaux de l'impôt dû.

C'est que « provisionnel » a connu dans le même temps la concurrence d'un autre mot, apparu lui aussi dans la langue juridique à la fin du 15<sup>ème</sup> siècle et qui a fini par le supplanter : le mot « provisoire » précisément. Lequel a été formé, lui aussi à partir du supin de *providere*, sur le modèle courant des adjectifs en « -oire » dont de longue date le langage du droit (et des...*prétoires*) est très friand : *conservatoire*, *décisoire*, *déclaratoire*, *diffamatoire*, *dilatoire*, *exécutoire*, *frustratoire*, *judicatoire*, *révocatoire*, pour n'en citer que quelques-uns parmi les plus anciens, antérieurs à la fin du 15<sup>ème</sup> siècle. L'adjectif « provisoire » a été forgé, dans le sillage de l'évolution amorcée par « provision », pour qualifier un jugement rendu avant un jugement définitif, avant un jugement apportant un règlement définitif de l'affaire. Le terme a, par la suite (vers 1694), donné lieu à l'adverbe « provisoirement » pour exprimer qu'un jugement était rendu à titre provisoire. Il a, en outre, été substantivé au masculin vers 1765 pour étiqueter le jugement provisoire lui-même, ce type même de jugement (« il a gagné le provisoire », disait-on) ; le terme a aussi donné lieu, d'ailleurs, à un substantif féminin dans l'argot des établissements pénitentiaires, « la provisoire » servant à désigner la mise en liberté provisoire prononcée par un jugement pénal. Du langage juridique « provisoire », de même que « provisoirement », est ensuite passé, à l'époque de la Révolution, dans la langue courante où il a depuis proliféré pour qualifier, de manière générale, ce qui existe ou se fait en attendant une solution définitive. C'est à cette époque, en particulier, que sont apparus les « gouvernements provisoires », expression qui devait être promise à un bel avenir. Et c'est aussi à cette époque que le terme a donné lieu à un substantif à valeur de neutre, « le provisoire » : « demeurer, vivre dans le provisoire ».

Evolution de « provision », création de « provisionnel » et de « provisoire » : le sens donné par la langue juridique à ces dérivatifs de *providere* s'inscrit bien dans un prolongement nouveau et non dans un abandon

---

<sup>7</sup> Le contrat social, III.

du sens étymologique. On retrouve l'idée originare de pourvoir et de prévoyance dans l'idée de provisoire, mais entendue désormais de manière spéciale : « provisoire » qualifie des mesures, des dispositions que l'on prend et qui – comme toutes les dispositions, et notamment les dispositions juridiques : *cf. supra* – pourvoient au règlement d'une question, mais qui y pourvoient en l'occurrence en attendant que soient prises des dispositions définitives. C'est là la nouveauté introduite : le provisoire, c'est une prévoyance ou pourvoyance d'attente, décidée momentanément dans une étape préliminaire et destinée à être relayée par une solution définitive à intervenir.

## II - LE PROVISOIRE EN DROIT, UNE NOTION JURIDIQUE SPECIFIQUE

Né dans le giron de la vie juridique avant d'être repris par l'usage courant, le terme « provisoire » a continué de trouver un terrain d'élection dans la langue du droit : il fait partie du vocabulaire de base des juristes et il est expressément utilisé par le législateur dans de multiples dispositions relevant pratiquement de toutes les branches juridiques<sup>8</sup>. Correspond-il à une véritable notion juridique homogène et spécifique, ou bien s'agit-il d'une étiquette floue, à géométrie variable, exprimant des idées diverses en fonction des contextes de son emploi ? En d'autres termes, est-on en présence d'une « notion conceptuelle » ou d'une « notion existentielle », sans consistance préconçue, comme on se l'était demandé autrefois à propos du service public ?<sup>9</sup> Je me propose de démontrer qu'il y a bel et bien, à travers la multitude *a priori* déroutante de ses utilisations, une authentique notion juridique de provisoire : je tenterai de la cerner en mettant en lumière successivement ce qui la caractérise et la distingue par rapport à des notions voisines et ce qui caractérise ce à quoi elle s'oppose, c'est-à-dire le « définitif ».

1 / Le Dictionnaire historique de la langue française publié sous la direction d'Alain Rey indique, à propos de l'usage courant de « provisoire », que « les domaines d'emploi de l'adjectif... se sont étendus au 19<sup>ème</sup> siècle au point que le mot équivaut à momentané ». Malgré l'autorité qui s'attache à cet ouvrage et à

<sup>8</sup> Dès 1804, le Code civil employait 29 fois les mots « provisoire » et « provisoirement » (Michèle Bordeaux, « La grille du temps, approche lexicale du temps des lois – Code civil 1804 », *Langages*, n°59, mars 1979). Le recours à des mesures provisoires s'est considérablement amplifié dans le droit français de ces dernières décennies, particulièrement dans le domaine du droit judiciaire où aujourd'hui, a-t-on pu écrire, « le provisoire émerge à tout instant » et « permet de corriger les méfaits d'une justice insuffisamment rapide » (Roger Perrot, *op.cit.*, pp.447 et 449).

<sup>9</sup> Bernard Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *Etudes et documents de Conseil d'Etat*, n°4, 1950, p.77 s., et « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, 1953, p.57 s.

son superviseur, cette affirmation ne me paraît pas pleinement pertinente. Le Grand Robert de la langue française<sup>10</sup> donne cette définition de « momentané » : « qui ne dure qu'un moment, qui n'est pas destiné à continuer, à persister » ; tandis que, même dans l'usage courant, « provisoire » a conservé jusqu'à aujourd'hui un sens particulier qui recoupe mais dépasse la simple idée de durée limitée et que le même dictionnaire rappelle en ces termes : « qui existe, qui se fait *en attendant autre chose*, qui est destiné à être remplacé (opposé à *définitif*) ». Il est donc impropre d'utiliser « provisoire » au lieu de « momentané »<sup>11</sup> ; cela revient à amputer sa signification de ce qu'elle a de plus spécifique, à la réduire seulement à une partie d'elle-même qu'elle a en commun avec « momentané » mais qui ne l'épuise pas : l'idée de passager. C'est que la notion de provisoire reste marquée de manière indélébile par ses origines juridiques, c'est-à-dire par sa signification initiale de décision prise momentanément par un juge *en attendant* une décision judiciaire définitive appelée à la relayer. Il ressort, en outre, de mes observations précédentes qu'à la différence de « momentané », « provisoire » renvoie implicitement à des œuvres et décisions humaines. Un quelque chose provisoire, c'est quelque chose qu'on a décidé de faire ou de laisser en l'état en attendant une phase définitive d'intervention humaine ; il s'agit toujours d'une solution délibérément adoptée dans l'attente d'une solution définitive : on parle ainsi de « constructions provisoires », d'« installations provisoires », de « modes de fonctionnement provisoires ». De sorte que, s'il y a du temporaire, il n'y a pas en revanche, à proprement parler, du provisoire et des solutions d'attente dans l'ordre des faits naturels, sauf à verser dans le langage métaphorique, voire dans le dérapage anthropomorphique incontrôlé...

En tout cas, l'utilisation de la notion de provisoire au plan juridique lui-même, en tant que notion juridique, ne laisse aucun doute : cette notion correspond toujours à l'idée d'un processus de décision juridique au cours duquel des mesures temporaires d'attente sont adoptées avant que la décision à prendre soit arrêtée définitivement, des mesures qui interviennent donc dans une phase préliminaire encore indéfinie et qui, par définition, ne lieront pas la décision définitive en instance, dont elle pourra ne pas tenir compte, qu'elle pourra modifier ou réduire à néant. A l'origine, on l'a vu, le provisoire juridique correspondait à un processus de décision judiciaire ; il s'agissait, et il s'agit toujours au premier plan, d'une notion de droit judiciaire évoquant une solution d'attente adoptée par un juge. Mais même utilisée par extension dans le cadre d'autres branches juridiques, la notion conserve le même sens général : elle renvoie à un processus de décision juridique comportant l'adoption de mesures momentanées en préalable à la décision définitive à prendre. Ainsi par exemple, en droit international, l'application provisoire d'un traité est une mesure prise

<sup>10</sup> Dans sa 2<sup>ème</sup> édition entièrement revue, d'ailleurs, par le même Alain Rey.

<sup>11</sup> Ainsi que le fait, par exemple, André Gide dans la citation mise en exergue de la présente étude !

par un Etat pour des raisons d'opportunité en attendant que la procédure d'approbation de ce traité débouche sur une décision définitive.<sup>12</sup> En droit constitutionnel, un gouvernement provisoire est un gouvernement institué, notamment après une période de troubles, pour gouverner pendant un certain intervalle de temps, en attendant que soient adoptées des institutions politiques définitives. En droit administratif ou en droit privé, des comités ou commissions provisoires, des gérants ou administrateurs provisoires, ce sont des organes qu'on décide d'établir ou d'habiliter momentanément en attendant que soient prises des dispositions définitives. Il se peut, du reste, que l'organe en question soit lui-même chargé de préparer ces mesures définitives à intervenir : tel est le cas, par exemple, de l'Instance nationale provisoire créée par la loi du 13 février 2008 et qui a été chargée d'élaborer le projet de réforme de l'organisation du service public de l'emploi. Autre exemple typique : les mesures juridiques mises en vigueur à titre expérimental pendant un temps limité sur tout ou partie du territoire apparaissent comme des mesures provisoires dès lors qu'elles sont appelées à être relayées par des mesures définitives tenant compte des enseignements de cette expérimentation. On voit par ces derniers cas de figure que les mesures provisoires peuvent avoir pour but de pourvoir à des besoins immédiats plus ou moins urgents pendant la période d'attente, mais aussi, le cas échéant, de préparer ou d'aider la prise des mesures définitives.

Ce contenu essentiel que je viens de dégager et qui définit la notion juridique de provisoire permet de la distinguer d'autres notions auxquelles le droit et les juristes peuvent être amenés à faire référence. C'est ainsi que le provisoire ne se confond pas avec les notions qui expriment uniquement l'idée d'une durée limitée. J'ai parlé tout à l'heure de « momentané », on peut faire des observations similaires pour d'autres termes qui ont un sens identique ou voisin : par exemple, en droit administratif, on parle traditionnellement d'« occupation temporaire » de propriétés privées pour l'exécution de travaux publics, ou encore d'« occupation précaire du domaine public » et de « permissions ou autorisations précaires de voirie »<sup>13</sup>, ou bien encore d'« emplois discrétionnaires » révocables à tout moment dans la fonction publique supérieure : dans tous ces cas, on veut exprimer simplement la durée limitée ou même susceptible d'être abrégée *ad nutum* -au moindre signe de tête- des occupations, des autorisations ou des emplois en question. Mais il ne s'agit pas pour autant de solutions d'attente impliquant des solutions définitives à venir et donc un processus spécifique de décision en deux phases (comme c'est le cas, par exemple, pour la « réception provisoire » des travaux publics) : l'occupation temporaire d'une propriété privée, c'est une occupation décidée par l'administration pour un certain temps et qui s'arrêtera purement et simplement à l'expiration de ce

<sup>12</sup> Voir : Albane Geslin, **La mise en application provisoire des traités**, Pédone, Paris 2005.

<sup>13</sup> Cf. les formules utilisées par le Conseil d'Etat dans ses arrêts : « le caractère précaire et révocable commun à toutes les occupations du domaine public » ( 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézière* ) ; « les autorisations d'occupation du domaine public sont délivrées à titre précaire et révocable » ( 24 novembre 1993, *SA Atlantique construction* ).

temps ; il s'agit, comme pour toutes les mesures seulement temporaires, d'une décision autonome ou, suivant une heureuse formule, « auto-suffisante »<sup>14</sup>.

De la même façon, lorsqu'un régime juridique nouveau est instauré, mais qu'il est prévu simultanément que, durant une période intermédiaire limitée, ce régime n'entrera pas complètement en vigueur et que certaines règles, anciennes ou nouvelles, seront ou resteront applicables, on se trouve en présence d'un dispositif juridique traditionnellement qualifié de « transitoire » et non pas de « provisoire » ; les règles en question ne sont pas une solution d'attente d'une décision ultérieure et définitive du législateur : le dispositif définitif est d'ores et déjà édicté, il s'agit simplement d'en aménager progressivement l'entrée en vigueur<sup>15</sup>. Les grandes lois de réforme contiennent généralement des dispositions de ce type, mais le droit constitutionnel nous en offre aussi des illustrations<sup>16</sup>. C'est en ce sens, par exemple, que la Constitution de 1958 contenait initialement un titre XV portant expressément des « dispositions transitoires » pour la mise en place des nouvelles institutions ; ce titre a été abrogé en 1995, mais par la suite la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 a introduit un titre XIII portant « dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie », lesquelles étaient destinées à préparer l'entrée en vigueur de l'accord de Nouméa.

Au passage, l'évocation de la Constitution m'amène à souligner que, bien entendu, tout processus complexe d'édiction en deux temps de normes juridiques ne rentre pas pour autant dans les catégories du provisoire et du définitif : ainsi, l'édiction par avance de règles juridiques en attendant d'autres règles juridiques à édicter, auxquelles leur entrée en vigueur se trouve subordonnée, ne correspond aucunement à une prise de mesures provisoires appelées à être relayées par des mesures définitives. C'est ce qu'illustre le cas des dispositions du titre XV de la Constitution introduite par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 et pour lesquelles il avait été prévu qu'elles ne seraient applicables qu'à compter de l'entrée en vigueur du traité établissant

---

<sup>14</sup> Gweltaz Eveillard, **Les dispositions transitoires en droit public français**, Dalloz, Paris 2007, p.147

<sup>15</sup> G. Eveillard note justement que « par essence une mesure transitoire constitue un dispositif destiné à préparer l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle » (*op.cit.*, p.46). A cet égard, il est erroné de présenter le transitoire comme une forme du provisoire (Laure Merland, *op.cit.*, p.163s.). Il y a, il est vrai, des cas complexes où l'on peut hésiter à première vue à parler de « provisoire » ou de « transitoire ». Ainsi, G. Eveillard fait reproche à la loi du 17 octobre 1919 relative au régime *transitoire* de l'Alsace et de la Lorraine d'avoir utilisé ce qualificatif, alors qu'il s'agissait de maintenir dans ces territoires revenus à la France la législation ancienne en attendant l'adoption de nouvelles lois par le Parlement français. A la réflexion, il n'apparaît pas que le législateur ait fait en l'occurrence une erreur de qualification : le dispositif juridique définitif - le dispositif de croisière, si l'on ose dire - avait déjà été adopté, à savoir le retour à la France et donc à la législation française ; il s'agissait d'aménager graduellement la pleine entrée en vigueur de ce dispositif de principe en maintenant provisoirement les lois anciennes jusqu'à leur relais par de nouvelles lois appropriées. Le provisoire ici est prévu à l'intérieur d'un régime transitoire.

<sup>16</sup> Voir L. Pech, « Les dispositions transitoires en droit constitutionnel », in **Les dispositions transitoires**, Revue de la recherche juridique, numéro spécial sous la direction de Jean-Louis Bergel, 1999, p.1407s.

une Constitution pour l'Europe signé en octobre 2004 : il s'agit là de mesures juridiques conditionnelles et non provisoires<sup>17</sup>.

2 / On ne pose qu'en opposant : pour finir de cerner la notion de provisoire, il me paraît indispensable d'éclairer la notion de définitif à laquelle elle s'oppose. Il faut se garder d'assimiler le définitif à des solutions de longue durée, tandis que le provisoire ne serait que de courte durée : le provisoire peut durer longtemps sans perdre sa coloration de provisoire ; on peut s'installer dans le provisoire, les fiscalistes notamment le savent d'expérience<sup>18</sup>. Définitif au sens propre, et en tout cas dans le langage juridique, est encore moins synonyme d'intangible, d'irrévocable, d'éternel : les solutions définitives peuvent être de brève durée, être modifiées ou même mises à néant.

Définitif dérive du verbe *définir* et évoque essentiellement l'idée de fini, de délimité, de clôturé. « Qui est fixé de manière qu'il n'y ait plus à revenir sur la chose », dit le Grand Robert de la langue française ; il faudrait préciser : qu'il n'y ait plus à revenir sur la chose *dans le cadre du processus de décision mis en œuvre*. Le définitif, au plan juridique, c'est la solution qui vient clore un processus de décision, c'est le terme final - proprement « décisif » - d'une procédure. Ce n'est pas ce qui ne sera plus changé, ce qui est fixé pour toujours, mais ce qui vient en conclusion, pour finir, pour terminer; ce qu'exprimait, d'ailleurs, en moyen français le substantif « définitive » utilisé précisément comme synonyme de « conclusion », sens encore conservé dans la locution « en définitive ».

On aperçoit par là que provisoire et définitif s'opposent comme deux termes complémentaires qui se font face, l'un en amont et l'autre en aval, dans un processus de décision ; ils ne s'opposent pas comme deux termes contraires, l'un signifiant « ce qui ne sera pas maintenu » et l'autre « ce à quoi on ne pourra plus toucher ». Le provisoire, c'est ce qui est décidé dans un premier temps, momentanément, en attendant la décision finale à intervenir. Cette dernière pourra éventuellement annuler rétroactivement les mesures provisoirement décidées (par exemple, en obligeant au remboursement des provisions allouées au requérant se prétendant créancier, si ces prétentions sont finalement jugées infondées), mais elle pourra aussi, le cas échéant, les confirmer rétroactivement en les intégrant dans le dispositif définitif adopté, ou bien encore laisser intacts les effets qu'elles ont produits<sup>19</sup>. Solution d'attente, le

<sup>17</sup> De même, ce n'est pas le couple provisoire-définitif qui se trouve à l'œuvre lorsque le Parlement commence par adopter une partie d'un dispositif législatif avant de le compléter dans un second temps. Même s'il est temporairement inapplicable, ce dispositif législatif incomplet n'est pas pour autant « provisoire », pas plus qu'on ne peut qualifier son complément de « définitif » par rapport à lui.

<sup>18</sup> « En France, observait Balzac, le provisoire est éternel, quoique le Français soit soupçonné d'aimer le changement » ( **La muse du département**, 1837 ).

<sup>19</sup> Spécialement s'agissant de mesures d'aide à la décision finale. On a pu dire, très justement, que le sort du provisoire dépend de son utilité : « Si le provisoire s'est avéré nécessaire, le droit consent alors à ne pas le toucher... ; si en revanche le provisoire n'a servi à rien, le droit s'acharne alors à le faire disparaître rétroactivement » ( Laure Merland, *op.cit.*, p.431 ).

provisoire ne qualifie donc pas des mesures appelées nécessairement à être remises en cause : la décision définitive « remplace » la décision provisoire au sens de « prend sa place, lui succède », sans impliquer qu'elle va obligatoirement l'effacer, anéantir tout ou partie de ses effets. Et inversement, la décision définitive, qui vient relayer les mesures provisoires et mettre un terme final au processus de décision, n'est pas pour autant elle-même irrévocable : elle pourra faire l'objet de mesures de correction ou d'annulation, mais dans le cadre d'un autre processus de décision distinct de celui qui a déjà été mis en œuvre et dont elle a été l'aboutissement. Définitif s'oppose à *pro-visoire*, mais non à *ré-visable*.

Pour illustrer ces réflexions, je me référerai aux emplois juridiques originaires, restés les plus topiques, de « provisoire » et de « définitif », c'est-à-dire à leur emploi en droit judiciaire. Aussi bien en procédure civile qu'en contentieux administratif sont qualifiés de définitifs, et se trouvent en même temps dotés dès leur prononcé de l'autorité de la chose jugée, les jugements rendus au fond, comme on dit traditionnellement, - encore qu'il serait plus exact, comme le fait finement remarquer René Chapus, de parler de jugements rendus au principal puisqu'il peut s'agir de jugements ne s'étant pas du tout prononcé sur le fond et ayant rejeté le recours pour cause d'incompétence ou d'irrecevabilité<sup>20</sup> : on veut, en tout cas, dire par là que les décisions ainsi rendues sur le principal viennent clore l'instance devant le tribunal saisi du fond de ses prétentions par le requérant et que ce tribunal va se trouver désormais dessaisi de l'affaire<sup>21</sup>. Sont, au contraire, provisoires les jugements éventuellement rendus auparavant, au cours - voire même en prélude<sup>22</sup> - de l'instance, pour décider momentanément de certaines mesures dans l'intérêt des parties ou de la bonne administration de la justice : ces jugements, en effet, qui sont dépourvus d'autorité de chose jugée, ont uniquement le caractère de solutions d'attente, d'attente du jugement au principal qui viendra mettre un terme à l'instance. Mais ce jugement définitif n'est pas, en lui-même, plus intangible que le jugement provisoire : il pourra parfaitement être réformé ou annulé par un autre juge, voire par le même, dans le cadre des différentes procédures de recours prévues par ailleurs.

Mais on a pris aussi l'habitude en droit judiciaire de qualifier, par extension, de définitifs les jugements passés en force de chose jugée; cet usage mérite qu'on s'y arrête, car il est justement fort instructif pour ma

<sup>20</sup> René Chapus, **Droit du contentieux administratif**, Montchrestien, Paris, 2004, n°1043.

<sup>21</sup> Pour reprendre une heureuse formule de René Chapus, il s'agit de « jugements mettant fin à l'instance » (*ibid.*). Il convient, toutefois, de réserver le cas spécial des « jugements mixtes », comme on les appelle, par lesquels le tribunal se prononce partiellement sur le fond de la cause ( par exemple, reconnaît la responsabilité de principe du défendeur ) et, en même temps, ordonne une mesure provisoire ( par exemple, une expertise pour déterminer et évaluer le dommage ) : ces jugements, qui articulent ainsi des dispositions définitives ( des éléments de décision finale ) et des dispositions provisoires, ne mettent évidemment pas fin à l'instance, sans se confondre avec des jugements purement provisoires.

<sup>22</sup> C'est le cas, par exemple, dans le contentieux administratif, des jugements de référé qui peuvent, même en l'absence d'une demande au fond, accorder d'ores et déjà une provision au créancier.

démonstration. Les jugements dont il s'agit sont, en effet, aussi bien en procédure civile qu'en contentieux administratif, les jugements qui ne sont pas ou qui ne sont plus susceptibles d'être attaqués par les voies ordinaires de recours, c'est-à-dire l'appel et l'opposition, mais seulement par des voies de recours dites extraordinaires (pourvoi en cassation, tierce opposition, recours en révision)<sup>23</sup>. *A contrario* tant qu'un jugement peut faire l'objet d'un recours ordinaire, il n'est pas considéré comme définitif ; il revêt donc un caractère provisoire. En procédure civile, classiquement mais fort bizarrement, on explique ici ces qualifications en disant que les voies de recours ordinaires sont suspensives d'exécution à la différence des voies de recours extraordinaires : comme si ce point avait une relation quelconque avec le caractère définitif ou non des jugements rendus. Au demeurant, en contentieux administratif, les voies de recours ordinaires ne sont justement pas, en principe, plus suspensives que les autres. C'est qu'en réalité, on doit chercher ailleurs l'explication : les voies de recours ordinaires font partie d'une procédure judiciaire à double degré susceptible de se terminer par un jugement au fond du litige en premier ressort si les parties veulent en rester là, ou bien de se prolonger jusqu'au jugement rendu sur recours en second et dernier ressort. On est en droit de considérer qu'il y a, dans cette hypothèse, une seule et même instance à parcours variable au gré des justiciables : il peut y être mis fin par le jugement au fond rendu par la juridiction du premier degré et qui devient, de ce point de vue, « définitif » à l'expiration des délais de recours ordinaires ou après le rejet de ces recours ; ou bien la procédure sera close par le jugement de réformation prononcé au second degré. Les voies de recours extraordinaires peuvent, certes, permettre éventuellement de remettre en cause les décisions définitives ainsi rendues, mais elles ne font pas partie du même processus de décision, elles ne correspondent pas à un troisième degré de juridiction : le juge qui est saisi de ces recours -est-il besoin de le rappeler?- ne statue pas sur le litige lui-même, sur le fond même des prétentions alléguées, mais uniquement sur la régularité juridique du jugement prononcé<sup>24</sup>. Ces voies de recours extraordinaires attestent simplement que « définitif » ne signifie pas du tout « intangible ».

---

<sup>23</sup> En contentieux administratif, il s'agit, d'une part, des jugements de premier ressort après expiration du délai d'appel ou d'opposition ou après rejet de l'appel ou de l'opposition interjetés, et, d'autre part, des arrêts prononcés par les juridictions statuant en dernier ressort (comme les cours administratives d'appel) ou en premier et dernier ressort (par exemple, la Cour de discipline budgétaire et financière).

<sup>24</sup> Comme dit René Chapus, il n'est pas un « juge du fond », mais seulement un « juge des jugements » (*op.cit.*, n°1048). Voir la pertinente analyse développée à ce sujet par le commissaire du gouvernement Arrighi de Casanova dans ses conclusions sous Conseil d'Etat Ass.27 octobre 1995, *Mattio*, **Rec. Lebon**, p.359 : « lorsqu'un jugement de première instance fait l'objet d'un recours (appel ou, lorsque celle-ci est ouverte, opposition), la juridiction devant laquelle le recours est exercé sera saisie du litige lui-même. De même qu'elle pourra, dans une certaine mesure, accueillir des moyens nouveaux, elle devra, si elles sont rétroactives, appliquer des règles de droit que le premier juge n'avait, par définition, pas eu à prendre en considération. Il n'y a là rien d'anormal : tant que le juge d'appel n'a pas statué, le cours du litige n'est pas arrivé à son terme. Au contraire, lorsqu'une juridiction a statué en dernier ressort, et notamment lorsque le juge d'appel s'est prononcé, le litige est normalement terminé devant les juges du fond. La mission du juge de cassation sera alors d'une nature toute différente, qui est, comme on le sait, non pas de rejurer l'affaire, mais de vérifier la légalité de l'arrêt attaqué ».

On voit donc - et ce sera ma conclusion - à travers cet usage extensif du diptyque provisoire-définitif auquel on est empiriquement parvenu en droit judiciaire, qu'il s'agit bien là de notions juridiques spécifiques, homogènes, qui imposent - le cas échéant, à l'insu même de ceux qui les utilisent - leur logique : il y a, en effet, une parfaite cohérence ou continuité dans le passage du qualificatif « provisoire » accolé aux jugements avant-dire droit antérieurs au jugement au fond qui finit l'instance devant le tribunal saisi du principal par le requérant, à la qualification « provisoire » accolée, d'un autre point de vue, aux jugements au fond encore susceptibles de recours ordinaires et qui ne mettent donc pas fin à la procédure à double degré introduite elle-même, considérée dans le tout qu'elle constitue. Le définitif juridique est toujours le terme d'un certain processus de décision, et le provisoire une mesure adoptée en attente de ce terme.