



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

Revue de droit d'Assas

N° 15 Déc. 2017

Le portrait

Yves Lequette, un professeur

Le débat

**Les personnes intersexuées
appréhendées par le droit**

Avec Marie-France Lorho et Benjamin Moron-Puech

Le dossier

Qui fait la loi ?

Par François Ancel, Stéphane Gerry-Vernières,
Mustapha Mekki, Laure Milano, Nicolas Molfessis,
Hervé Moysan, Bernard Teyssié, Philippe Théry
et Diana Villegas

Perspectives

Contentieux administratif

Par Camille Broyelle, Patrick Frydman,
Mattias Guyomar et Bertrand Seiller

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
70 rue du gouverneur général Félix Éboué – 92131 Issy-les-Moulineaux

lextenso éditions

ISSN n° 2108-1050 (papier)

ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

Guillaume Leyte

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique : **Cécile Chainais**

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteur en chef :

Antoine Touzain

Rédacteurs en chef adjoints :

Nathan Allix et Maxime Cormier

Responsables de la diffusion :

Eva Helesbeux et Quentin Monget

Membres du comité de rédaction :

Maxime Brenaut, Guygonne-Bettina Deker,

Jeanne de Dinechin, Flavien Dréno,

Rodolphe Eugène, Mathilde Gheeraert,

Eloïse Glucksmann, Cécile Keller-Rousselet,

Henri Laville, Alex Michonneau,

Philippe Morange, Hugo Nadjar, Kevin Quinsac,

Romain Raine, Gabriel Sebban, Alice Theret

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Gaudemet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Martine Lombard,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,

ancien directeur scientifique de la *revue*

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Louis Vogel,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas,

ancien Président de l'Université

La *revue* peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 15, déc. 2017, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

L'intro

Antoine Touzain, rédacteur en chef

Tonalité. 15. Sonnerie. Sonnerie. « SAMU de Paris; quelle est votre urgence ? »

Une urgence ? Je tâche de reprendre mes esprits. Pourquoi diable ai-je composé ce numéro ? Serait-ce sentiment de vide, de dépression, suite au décès d'une célébrité chérie, du plus grand des chanteurs de *variétés* ? Ou quelque chose de plus ancré, touchant l'être au plus profond de moi ? « Gardez-vous du panjurisme ! » Carbonnier l'avait guetté, ce danger ; j'y ai plongé allégrement. Je vois du droit partout. Je ne peux plus faire de week-end entre amis sans que les courses et la contribution de chacun deviennent objet de cas pratique ; je ne peux plus composer mon ticket de métro sans y voir un grave problème de qualification ; je ne peux plus pardonner un rendez-vous manqué sans vouloir exercer l'*imperium* contre l'absent...

Je suis malade. Je vois du droit partout, et les virus qui l'affectent sont autant de blessures qui m'écorchent. Si la santé est la vie dans le silence des organes, si les organes ne crient que lorsqu'ils dysfonctionnent, mon droit chéri semble bien malade. Alors que tout semblait aller, du sable apparaît dans les rouages. « Supprimez donc le juge administratif ! » « Évitez donc le Parlement ! » Le tonnerre gronde, et le système vacille...

Ce grondement paraît synonyme de crise. Crise de la loi, crise des institutions. Un brouhaha tel que, tandis que le Parlement s'aliène, les protestations et les hurrahs qui résonnent paraissent empêcher tout raisonnement : dans l'espace public, personne ne vous entendra crier... Tout va mal. Le droit marche de travers.

Il faut pourtant, comme ce numéro XV y invite, entrer dans la mêlée, il faut répliquer. Contre ce marasme, un cri doit percer et régler tous ces maux. Le juge administratif est critiqué ? Il va très bien, merci pour lui ; le contentieux qu'il gère n'est pas tourné vers le passé, mais connaît de réelles *perspectives*. Quant au *dossier* d'accusation contre le législateur, il ne résistera probablement pas à une instruction sérieuse. Le Parlement sait répliquer : la loi de ratification de l'ordonnance de réforme des obligations en est un bon exemple.

« Quelle est votre urgence ? Que pouvons-nous faire pour vous ? »

Je reprends mes esprits. Après lecture de ce numéro 15, les vertiges cessent.

« Tout va très bien, je vous remercie ! »

Sommaire

L'intro

Quelques mots de la rédaction en chef p. 1

Grand Un • **Autour du droit**

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un :

l'Homme du droit

Yves Lequette

p. 6

Petit deux :

droit au débat

Les personnes intersexuées appréhendées
par le droit,

par Marie-France Lorho

et Benjamin Moron-Puech

p. 17

Grand B

Droit de regard

Petit un : variétés

Réfléchissez avant d'imprimer

Maxime Cormier

p. 23

Par ces mots hâtifs

Jeanne de Dinechin

p. 25

Petits règlements de comptes entre amis

Jean-Baptiste Barbiéri

p. 26

Dans la même ligne

Nathan Allix

p. 29

Medley

Clément Colas, Philippe Morange

et Antoine Touzain

p. 30

Petit deux : une leçon de 24 heures

Introduction à un cours de droit rural

Nicolas Balat

p. 33

Grand Deux • **Au tour du droit**

Grand A

Droit sans frontières

Qui fait la loi ?

Petit un :

Qui fait la loi ?

Beaucoup trop de monde !

Nicolas Molfessis

p. 44

Petit deux :

Réseau, lobbies et conflits d'intérêts

**D'une société de défiance à une société
de confiance**

Mustapha Mekki

p. 48

Petit trois :

Les usages

Stéphane Gerry-Vernières

p. 56

Petit quatre :

La loi, en quelques maux

Hervé Moysan

p. 62

Petit cinq :
La fabrique mafieuse de la loi
Diana Villegas p. 71

Petit six :
Le procès en illégitimité : retour sur le processus d'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations
François Ancel p. 83

Petit sept :
De l'accord à la loi : les oscillations du droit du travail
Bernard Teysié p. 98

Petit huit :
L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi
Laure Milano p. 103

Petit neuf :
La loi du 9 juillet 1991
Philippe Théry p. 116

Grand B
Perspectives
Contentieux administratif

Petit un :
Les perspectives du contentieux administratif : le droit, rien que le droit
Bertrand Seiller p. 120

Petit deux :
Libres-propos
Patrick Frydman p. 124

Petit trois :
L'économie mouvementée du procès administratif
Mattias Guyomar p. 132

Petit quatre :
La charge judiciaire contre le juge administratif, ou comment se tromper de cible
Camille Broyelle p. 139

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Nathan ALLIX, Doctorant contractuel chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

François ANCEL, Magistrat

Nicolas BALAT, Professeur à l'Université Lille II

Jean-Baptiste BARBIÈRI, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Adrien BROCHARD, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas

Camille BROYELLE, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Directrice du Centre de recherche sur la justice et le règlement des conflits

Clément COLAS, Doctorant contractuel chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Maxime CORMIER, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Jeanne de DINECHIN, Doctorant contractuel chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Patrick FRYDMAN, Conseiller d'État, Président de la Cour administrative d'appel de Paris

Stéphane GERRY-VERNIÈRES, Professeur à l'Université Grenoble Alpes

Mattias GUYOMAR, Conseiller d'État, président de la 10^e chambre de la section du contentieux, Professeur associé à l'Université Panthéon-Assas

Yves LEQUETTE, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Marie-France LORHO, Député du Vaucluse

Mustapha MEKKI, Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité, Directeur de l'IRDA

Laure MILANO, Professeur à l'Université de Montpellier, IDEDH (EA 3976)

Nicolas MOLFESSIS, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Philippe MORANGE, Doctorant contractuel chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Hervé MOYSAN, Docteur en droit, directeur de la rédaction législation LexisNexis

Benjamin MORON-PUECH, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Bernard TEYSSIÉ, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, Président honoraire de l'Université

Philippe THÉRY, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Antoine TOUZAIN, ATER à l'Université Panthéon-Assas

Diana VILLEGAS, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Grand Un

Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un

l'Homme du droit

Yves Lequette p. 6

Petit deux

droit au débat

Les personnes intersexuées
appréhendées par le droit p. 17

Grand B

Droit de regard

Petit un

variétés

Réfléchissez avant d'imprimer p. 23

Par ces mots hâtifs p. 25

Petits règlements de comptes
entre amis, la reprise moderne
d'une solution classique p. 26

Dans la même ligne p. 29

Medley p. 30

Petit deux

une leçon de 24 heures

Introduction à un cours
de droit rural p. 33

Petit un du Grand A : l'Homme du droit

Dans chaque numéro, la RDA dresse le portrait d'un « Homme du droit » qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

Yves Lequette, un professeur



Reproduction de la couverture du livre d'or

Yves Lequette a enseigné le droit privé durant quarante-sept ans, dont trente-deux ans à l'Université Panthéon-Assas. De 2009 à 2015, il a assuré la direction du Master 2 de droit privé général de Paris II. En janvier 2016, les étudiants du Master 2 DPG lui ont offert, à l'occasion de son départ à la retraite, un Livre d'or. Cette remise a été faite à l'appartement décanal, par Bérangère Théry, Présidente de l'association des étudiants du Master 2 de droit privé général (promotion 2015-2016).

Il a semblé à la rédaction que la transcription de l'allocation qu'il a prononcée à cette occasion pouvait

offrir un intérêt pour les lecteurs de la Revue de droit d'Assas, dans la mesure où il y fait part de son expérience en matière d'enseignement ainsi que des conditions nécessaires à la bonne marche d'un diplôme de troisième cycle et y évoque un certain nombre de professeurs dont la personnalité et l'enseignement ont marqué l'histoire de cette Université.

Allocution de M. le Professeur Yves Lequette

en présence des étudiants de la promotion 2015-2016 du Master 2, de nombreux étudiants des promotions précédentes, ainsi que des professeurs enseignant dans ce diplôme afin de les remercier de la remise d'un Livre d'or

Je suis très touché par le fait que les étudiants de la promotion 2015-2016, pour lesquels j'ai fait fort peu de choses, aient choisi de détourner à mon profit leur traditionnelle « galette des Rois » et les en remercie très sincèrement. Je remercie également très vivement Charlotte Dubois et Marie Leveueur

de m'avoir accueilli au moyen de ce duo si plein d'humour et de gaieté, où je reconnais leurs « pattes ». Je suis enfin profondément ému par le fait que les étudiants m'aient composé ce Livre d'or qui, grâce aux éditions Dalloz, est l'exact décalque en la forme des grands arrêts de la jurisprudence civile, et qui renferme, d'après ce qui vient d'être dit et si j'ai bien compris, les témoignages de nombreux étudiants du Master 2 de droit privé général ainsi que de collègues avec lesquels j'ai travaillé dans ce diplôme. Je ne m'attendais pas à un cadeau et encore moins à un tel cadeau. Mais aucun cadeau ne pouvait me faire plus plaisir. Je découvre son existence et vais le savourer ce soir, à tête reposée.

Afin de vous remercier, je voudrais essayer de relier quelques souvenirs en évoquant en même temps à cette occasion ce que peut être le rôle d'un professeur. Mon propos pourra, par moments, paraître quelque peu immodeste. La bienséance aurait voulu que je parle du métier de professeur sans parler de moi. Mais il est difficile à un professeur en fin de parcours d'évoquer son métier sans prendre appui sur son expérience.

Mon premier souvenir portera sur le moment où tout cela a commencé. Cela se passe en 1969, ici même ou plus exactement en bas dans la cour d'honneur du Panthéon. En entrant dans la cour, j'aperçois au fond de celle-ci sur la droite Henri Batiffol et Henri Mazeaud en grande conversation. Le contraste était saisissant : Henri Batiffol plutôt petit et assez rond, la bienveillance incarnée, Henri Mazeaud très grand, très maigre, une véritable statue du commandeur, l'ordre civil dans son incarnation la plus austère ; il était à l'époque l'inamovible Président de la section de droit privé. Henri Batiffol m'aperçoit et me fait signe d'approcher. Henri Batiffol parlait très vite. Il dit à Henri Mazeaud avec son débit inimitable « Voici le jeune homme dont je vous ai parlé ». Henri Mazeaud m'a toisé sans rien dire pendant 30 ou 40 secondes, ce qui est fort long dans ces circonstances, puis m'a dit « Monsieur, vous êtes assistant ». Ce fut tout.

Je vous raconte cela non seulement parce que, comme je le disais tout à l'heure, c'est ainsi que ma carrière universitaire a débuté, mais aussi pour vous faire sentir le profond bouleversement qu'a connu l'université française. Ceux qui sont ici savent quel est le parcours d'obstacles que doivent aujourd'hui franchir les étudiants pour obtenir une allocation de recherches et une charge d'enseignement. J'ai bénéficié des derniers feux de ce qu'il est convenu d'appeler le « pouvoir mandarinal ».

Si je reviens à l'époque actuelle et que j'envisage les 47 années qui se sont écoulées depuis mon entrée, en tant qu'enseignant, dans l'Université, je dirai que je n'ai jamais regretté d'avoir choisi cette voie. J'ai beaucoup aimé ce métier qui m'a procuré de grandes satisfactions et même du bonheur. Je l'ai, en effet, beaucoup aimé dans ce qui sont pour moi ses deux composantes : l'écriture et l'enseignement.

Je dis l'écriture et non la recherche, car cela supposerait qu'on trouve. Or je crois que dans nos disciplines presque tout a déjà été dit et ne prétends pas avoir découvert quoi que ce soit. Pour l'essentiel, mon activité doctrinale a eu pour objet d'illustrer l'ordre civil français et surtout de le défendre contre les entreprises de destruction méthodique dont il est l'objet. En dépit de ce contexte quelque peu négatif et du succès très relatif de cette défense, je ne peux que constater que j'ai beaucoup aimé l'écriture. Je suis un peu gêné de le dire aujourd'hui devant vous, car, chaque année, lors de la réunion où j'essayais de donner un certain nombre de conseils aux étudiants du Master 2, en vue de la rédaction du mémoire, je leur rapportais cette remarque que nous faisait Phocion Francescakis lorsque nous étions en thèse, « Dieu a oublié un onzième commandement : Tu écriras dans la douleur ». Je dois maintenant confesser que je n'ai jamais éprouvé cette douleur, au moins pour l'écriture des articles. Dès lors qu'on conçoit ceux-ci comme une démonstration, il est toujours passionnant et même parfois jubilatoire d'essayer de rendre celle-ci la plus convaincante et la plus séduisante possible, tout en y introduisant parfois une touche de provocation, ce qui ne va pas d'ailleurs sans une certaine contradiction. Mais sur ce point je n'en dirai pas plus car ce n'est ni le lieu ni le moment. J'ajouterai simplement que cette dimension du métier se prolonge, en ce qui concerne les relations avec les étudiants, par la *direction de thèse*. C'est un exercice difficile et plein d'aléa. Il faut faire en sorte que l'étudiant inscrive un sujet qui lui corresponde, qui soit « à sa main », et il faut être, tout au long de la thèse, suffisamment disponible sans être trop interventionniste. Il n'y a pas ici, à mon sens, de recette toute faite ; cela dépend du tempérament de chaque thésard. La direction de thèse relève vraiment du « sur mesure ».

Lorsque tout se passe bien, on en retire de profondes satisfactions¹ et il en résulte parfois des liens d'amitié qui traversent les années. Parfois aussi, très rarement heureusement, le processus ne va pas à son terme et on éprouve un profond malaise et un sentiment lancinant de culpabilité en se demandant « qu'est-ce qui a "cloché" ? », pour dire les choses familièrement.

Mais c'est de l'autre aspect du métier d'universitaire, l'enseignement, que je veux ce soir vous parler. Pour moi, celui-ci est composé de deux versants très différents : les cours magistraux en 1^{er} et 2^e cycles, les enseignements de 3^e cycle.

Le *cours magistral* est aujourd'hui assez décrié. Personnellement, il me semble qu'il a une réelle utilité si on l'entend non comme l'exposé d'une accumulation de connaissances, mais comme le moyen de faire saisir à l'étudiant l'« esprit » d'une discipline. Pour cela, il faut mettre l'accent sur l'organisation générale de celle-ci, sur les méthodes qui lui sont propres et surtout sur le *pourquoi* des choses. Il me semble que lorsque l'étudiant a, grâce à ces éléments, pénétré la logique de la matière, il pourra ensuite s'y mouvoir et, si nécessaire, enrichir et compléter ses connaissances assez aisément. J'ajouterai qu'il y a trois matières que j'ai particulièrement aimé enseigner en cours magistral, même si j'en ai enseignées beaucoup d'autres avec plaisir – le droit des obligations, le droit des successions et des libéralités, le droit international privé –, parce que toutes trois ont chacune, me semble-t-il, un esprit et une logique propres et qu'il me semble être parvenu à les cerner et à les faire partager assez bien.

J'ai toujours aimé faire cours en amphi, car je trouve assez passionnant l'exercice qui consiste à essayer, seul face à des centaines d'étudiants, de faire passer un message, de capter leur attention, sans facilités ni démagogie. Personnellement, ma technique était toujours la même. Je distinguais assez rapidement dans la foule des étudiants quelques personnalités qui me paraissaient particulièrement représentatives, situées en divers points de l'amphi et je suivais sur leur physionomie la façon dont le message était reçu et essayais, en fonction de ce que je percevais, d'adapter mon discours. Parfois, il faut prolonger l'explication ou doubler l'exemple. Parfois, il ne faut pas hésiter lorsqu'on constate une réelle incompréhension, cela arrivait parfois en succession sur des questions complexes,

1. Pour donner un peu de consistance à ce propos, on citera ici la liste des étudiants qui ont fait leur thèse sous la direction de Yves Lequette et qui ont ensuite poursuivi dans l'enseignement supérieur : Marie GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, thèse Paris II, 1990 (Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II); Jérôme FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)*, thèse Paris II, 1994 (Professeur à l'Université René Descartes, Paris V); Bénédicte FAUJARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, thèse Paris II, 1994 (Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II); Mireille BACACHE-GIBELLI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II, 1995 (Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris I); Philippe DIDIER, *De la représentation en droit privé*, thèse Paris II, 1998 (Professeur à l'Université René Descartes, Paris V); Léna GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, étude de droit international privé de la famille*, thèse Paris II, 1998 (Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Doyen de la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph à Beyrouth); Roxana FAMILY, *L'acte de fiducie, étude de droit interne et de droit international privé*, thèse Paris II, 2000 (Maître de conférences à l'Université de Cergy-Pontoise, Doyen de la Faculté de droit); Carole OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris II, 2001 (Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise); Lycette CORBION-CONDÉ, *Le déni de justice en droit international privé*, thèse Paris II, 2002 (Maître de conférences à l'Université de Toulouse I); Marie-Paule PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, thèse Paris II, 2002 (qualifiée par le CNU); Sara GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, thèse Paris II, 2003 (Professeur à l'Université René Descartes, Paris V); Clothilde GRARE, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, thèse Paris II, 2004 (Professeur à l'Université René Descartes, Paris V); Marie-Claude NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, thèse Paris II, 2004 (Professeur à la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph, Beyrouth); Laurent POULET, *Transaction et protection des parties*, thèse Paris II, 2004 (Maître de conférences à l'Université Paris II, avocat aux conseils); Rana CHAABAN, *La caducité des actes juridiques, étude de droit civil*, thèse Paris II, 2005 (Maître de conférences à l'Université du Maine); Sophie GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, thèse Paris II, 2005 (Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II); Cyril GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, thèse Paris II, 2006 (Professeur à l'Université Paris XIII); Charlotte GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, thèse Paris II, 2008 (Professeur à l'Université de Nantes); Olivier PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, thèse Paris II, 2010 (Maître de conférences à l'Université René Descartes, Paris V); Céline BÉGUIN, *Les contrats d'assurance sur la vie et le droit patrimonial de la famille*, thèse Paris II, 2011 (Maître de conférences à l'Université du Maine); Jonas KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, thèse Paris II, 2011 (Professeur à l'Université de Lyon-Saint-Étienne); Charlotte DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale, à la recherche d'une cohérence perdue*, thèse Paris II, 2014, (Professeur à l'Université de Bourgogne); Najib HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse Paris II, 2014, (Professeur à la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph, Beyrouth); Lukas RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, thèse Paris II, 2015 (Professeur à l'Université de Toulouse I); Estelle FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle, Essai sur le rôle de la dignité humaine*, thèse Paris II, 2015 (Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, Paris II); Marie LEVENEUR-AZEMAR, *Étude des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, thèse Paris II, 2016 (Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas, Paris II); Samuel FULL-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, thèse Paris II, 2017, (collaborateur au Max Planck Institut de Hambourg, agrégatif).

à dire « on efface tout et on recommence, on va reprendre le problème autrement ». Parfois aussi, on voit que le message est compris et qu'il ne faut surtout pas s'attarder mais passer à autre chose. J'ai toujours fait mes cours de 1^{er} et 2^e cycles sans notes, non par cabotinage, mais parce que cela me laissait beaucoup plus libre pour suivre les réactions de l'auditoire et beaucoup plus disponible pour adapter mes propos en fonction de celles-ci.

J'ai, jusqu'en 2009 compris, assuré des « grands cours » comme on dit, chaque année, d'abord à Caen et au Mans, les deux facultés étant à l'époque plus ou moins jumelées, puis à Sceaux et enfin à Paris. Je garde un très bon souvenir de toutes ces époques, notamment de Paris II où j'avais la chance d'être épaulé par de superbes équipes pédagogiques dont beaucoup de membres sont devenus depuis des collègues et dont certains enseignent aujourd'hui dans le Master 2. Mais en ce qui concerne le cours magistral, mes meilleurs moments se situent probablement à la fin des années soixante-dix et durant les années quatre-vingt, à l'époque où j'enseignais à la Faculté de droit de Sceaux le droit civil puis le droit international privé. S'agissant du droit civil, cela s'explique sans doute par le fait que j'ai effectué alors un cycle, 1^{re} année, 2^e année, et 4^e année, le titulaire du droit civil de 3^e année étant inamovible. J'avais le sentiment en ayant les mêmes étudiants trois années en droit civil de vraiment les former. Et puis cela permettait de gommer le côté un peu frustrant du cours magistral, à savoir qu'on ne connaît qu'assez peu le plus grand nombre d'étudiants. Au fil des années, des liens se sont tissés et une véritable complicité s'est établie. S'agissant du droit international privé, j'avais réussi à mettre sur pied, grâce à des facilités propres à Sceaux, une pédagogie originale, directement inspirée des cours de droit civil de Jean Carbonnier que j'avais eu la chance extraordinaire d'avoir comme professeur durant mes quatre années de licence à la Faculté de droit de Paris. Je renvoie ceux qui seraient intéressés par cette pédagogie à la description que j'en ai faite dans ma contribution intitulée « Jean Carbonnier, professeur » au petit ouvrage collectif d'Hommage à Jean Carbonnier². Il en résultait qu'à la fin de l'année je connaissais les étudiants et surtout j'avais le sentiment qu'ils maîtrisaient, plus qu'il n'est habituel au bout d'un an, le droit international privé.

J'ai encore plus aimé l'autre versant du métier de professeur, à savoir les *enseignements de troisième cycle* : séminaires et cours spéciaux. Pour moi, leur esprit est totalement différent de celui du 1^{er} et du 2^e cycle. Si j'avais à essayer de le résumer, je prendrai le titre des deux premiers albums de Sempé, « Rien n'est simple », « Tout se complique ». Comme je l'ai rappelé à mon dernier cours, Dimitrios Evrigenis, qui était un grand professeur de l'Université d'Athènes, disait qu'un bon enseignement de doctorat est un enseignement qui fait « naître l'inquiétude » chez l'étudiant. Et de fait, il me semble qu'à la différence des enseignements de 1^{er} et 2^e cycles qui doivent donner des cadres, faire naître des certitudes au moins provisoires, l'enseignement de 3^e cycle doit conduire les étudiants à s'interroger et à cultiver leur esprit critique. Si j'avais à résumer le message adressé aux étudiants de 3^e cycle, ce serait : « Pensez ce que vous voulez, mais pensez-le par vous-même et de manière cohérente ».

J'ai particulièrement aimé, dans les enseignements de troisième cycle, les *séminaires*. Ceux qui, ici, ont suivi mes séminaires savent que je ne construisais jamais ceux-ci autour d'un exposé. Je donnais certes des exposés mais toujours sur des questions très ciblées, un peu bizarres, exotiques, marginales par rapport au thème traité, dont les étudiants n'auraient sinon jamais entendu parler. Je les voulais courts et pense que c'était un excellent exercice d'entraînement pour l'étudiant qui avait choisi le sujet, le plus souvent à l'aveugle, car cela l'obligeait à un vigoureux effort de découverte et d'exploration de la question, de pédagogie et de synthèse aussi, car les étudiants qui l'écoutaient ne connaissaient rien au sujet traité, et c'était un exercice redoutable de le présenter de manière claire dans un temps bref. Le cœur du séminaire se déroulait sous forme d'une discussion structurée et très interactive à laquelle prenait part spontanément un grand nombre d'étudiants qui avaient tous en principe préparé. J'avais ici pour modèle inégalable les conférences libres que nous donnait chaque semaine, au second semestre, Henri Batiffol en 4^e année de licence. Ouvertes à qui le voulait, ces conférences, qui se tenaient salle IV au Panthéon, consistaient en une étude de cas, le plus souvent à partir d'un arrêt, dont l'analyse était pour lui l'occasion de croiser les savoirs et de nous montrer tous les enseignements qui

2. « Jean Carbonnier, Professeur », *Hommage à Jean Carbonnier*, Dalloz, thèmes et commentaires, 2007, p. 19-25.

pouvaient en être déduits, sur le terrain du droit international privé bien sûr, mais aussi sur celui du droit comparé, du droit civil, de la procédure civile, de l'histoire, de la philosophie, de la sociologie, ... Je me souviens encore de ce que l'analyse du fameux arrêt *Ghattas* avait été pour moi la première occasion sinon de découvrir du moins de véritablement percevoir la richesse et la complexité de la société libanaise. La méthode suivie par Henri Batiffol était non celle d'un monologue mais celle d'un dialogue interactif avec les étudiants, qui bien souvent débouchait sur une véritable maïeutique. Cette approche du séminaire permettait de connaître rapidement les étudiants, de pénétrer peu à peu leur personnalité, de voir progresser leur compréhension de la matière et s'aiguiser leur esprit critique, de tester leur culture, notamment historique et littéraire. Lorsque cela s'y prêtait, des lectures de courts extraits de textes littéraires ou d'essais historiques ou politiques avaient pour but de leur donner des ouvertures extrajuridiques et j'ai eu, à plusieurs reprises, la joie de constater que certains étudiants avaient ensuite lu tel ou tel ouvrage auquel était emprunté le passage cité. Quant aux *cours spéciaux de doctorat*, j'en ai donné relativement peu. Il me semble qu'il en est de deux sortes, ceux qui traitent d'une question assez étroite et la creusent très en profondeur, ceux pour lesquels on monte à l'étage supérieur afin d'envisager l'ensemble de la discipline ou du moins un champ très vaste de celle-ci, ce qui permet d'en étudier les grandes évolutions, les grandes transformations. J'ai toujours choisi le second type de cours, que ce soit en droit civil ou en droit international privé. L'exercice est alors assez différent des cours de 1^{er} et 2^e cycles : il faut chaque semaine élaborer un produit original et sophistiqué en sorte que l'emploi de notes m'a alors toujours paru utile. Le petit nombre des étudiants (une soixantaine en droit des obligations, une trentaine en droit international privé) permettait de nouer un dialogue avec eux, en leur donnant la parole lorsqu'il était pris appui sur des points qu'ils devaient connaître ou encore lorsque, disposant de tous les éléments d'information, ils pouvaient, par le simple moyen de leur réflexion, découvrir par eux-mêmes les éléments de solution. Là encore, mon modèle a été Henri Batiffol et le cours qu'il nous avait donné sur « Le respect international des droits acquis » où il s'était évertué à nous montrer combien un tel raisonnement risquait d'être délétère pour le droit international privé³. On sait que depuis, celui à qui il avait confié le soin de continuer son traité s'emploie inlassablement à le promouvoir sous le nom de la « méthode de la reconnaissance des situations ».

J'ai donné des séminaires pratiquement chaque année de 1974 à 2015, en droit civil ou en droit international privé⁴, et toujours avec beaucoup de plaisir. Mais, en la matière, je garde deux grands souvenirs qui se situent en tout début et en fin de carrière.

En début : le concours d'agrégation s'était achevé début décembre 1973 et nous étions nommés dans nos postes au 1^{er} janvier 1974. J'avais choisi Caen, parce qu'y enseignait mon ami Pierre Mayer, et, cette année-là, les professeurs de Caen avaient eu la curieuse idée de décider que le nouvel agrégé, Monsieur ou Madame X., assurerait les deux enseignements fondamentaux du DES de droit privé qui étaient le droit civil et le droit pénal. Les étudiants inscrits s'étaient présentés en octobre et on leur avait dit « revenez en janvier ». Imaginez que, cette année, les enseignements du Master 2 aient commencé début janvier et, qui plus est, avec un seul professeur, supposé omniscient et totalement polyvalent, qui fasse tous les cours. J'ai beaucoup travaillé dans ma vie, mais je crois n'avoir jamais autant travaillé que cette année-là. Alors que, avant le concours, j'avais donné exclusivement des TD de droit international privé sous la direction successivement de Henri Batiffol, Yvon Loussouarn et Berthold Goldman, il m'a fallu monter 25 heures de cours spécial de doctorat en droit civil ainsi qu'une vingtaine de séminaires. Même chose en droit pénal et procédure pénale. Je me souviens que j'ai, durant cette période, passé beaucoup de dimanches dans la bibliothèque du cabinet Bredin-Badinter, rue du Faubourg Saint

3. H. Batiffol, *Le respect international des droits acquis*, Cours IHEI 1968-1969, Polycopié, p. 1-135 ; sur Henri Batiffol, voir P. Gothot, « La place de Henri Batiffol dans la doctrine » et Y. Lequette, « L'influence de l'œuvre de Henri Batiffol sur la jurisprudence française », *Trav. com. fr. DIP* 1991-1993, p. 21-31 et p. 32-48 ; H. Muir Watt, « Henri Batiffol », in *Encyclopedia of private international law*, p. 163-170.

4. Il n'y avait pas de troisième cycle à Sceaux du temps où j'y étais en poste, mais une convention conclue entre Paris XI et Paris I permettait aux professeurs de Sceaux d'enseigner dans le DEA de droit international de Paris I. J'y ai assuré pendant environ une dizaine d'années, associé à Catherine Labrusse, le séminaire annuel de droit international privé des personnes et de la famille dans lequel j'ai eu d'excellents étudiants dont certains sont devenus des collègues. Me reviennent notamment en mémoire les noms de Horatia Muir Watt, Rémy Libchaber, Frédéric Soirat, Vincent Heuzé, Pierre-Yves Gautier, Philippe Naepels, Pascal de Vareilles-Sommières, Marie-Christine de Lambertye, Petra Hamnjé...

Honoré, à laquelle j'avais accès grâce à l'amitié d'Antoine Lyon-Caen, pour préparer mes enseignements et garder la tête hors de l'eau. Tout s'est finalement très bien passé. Les étudiants ont été formidables. Il faut dire que j'avais, à l'époque, quatre ou cinq ans de plus qu'eux au maximum et que j'étais un peu comme leur grand-frère. Après les examens et la proclamation des résultats, un certain nombre d'entre eux ont organisé une fête. Nous nous sommes retrouvés sur une plage autour d'un feu et nous avons ri, bu, parlé, chanté jusqu'au petit matin.

L'autre grand souvenir se situe en fin de carrière et vous y êtes tous étroitement associés. C'est l'époque où la section m'a désigné pour succéder à Christian Larroumet qui partait en retraite, lequel avait lui-même succédé à Michelle Gobert. Si j'ai bien compris, cette réunion a pour objet de remercier le directeur du Master 2 de droit privé général. Mais je voudrais ici insister sur le fait que vous me prêtez des mérites inexistants. En effet, lorsqu'on a la chance de diriger un diplôme de la qualité du Master 2 de droit privé général, qui s'inscrit dans une très longue tradition, il suffit pour que tout se passe bien de mettre ses pas dans ceux de ses prédécesseurs, Christian Larroumet et Michelle Gobert que vous avez cités tout à l'heure dans votre numéro de duettiste et qui sont donc encore présents dans vos mémoires, mais aussi les professeurs qui les ont précédés, que j'ai bien connus et pour lesquels j'ai éprouvé et éprouve toujours une grande admiration. Yvon Loussouarn, tout d'abord, qui était en charge de ce diplôme à la fin des années soixante lorsqu'il s'appelait le DES de droit privé de la Faculté de droit de Paris, à l'époque où j'étais moi-même étudiant dans ce diplôme, et dont j'ai été plus tard l'assistant; c'était un juriste très solide, un remarquable pédagogue et, qui plus est, un bon vivant, toujours prêt à plaisanter, auquel je reste très attaché car c'était un homme d'une profonde humanité qui m'a toujours témoigné une très grande bienveillance. Pierre Raynaud, ensuite, qui, il me semble, lui a succédé; c'était pour moi, je ne sais si votre génération utilise encore le terme, quelque'un d'une « classe » humaine et juridique exceptionnelle; Gérard Cornu, enfin, à la personnalité si flamboyante et attachante et à l'œuvre si originale et si puissante⁵; je suis fier d'avoir donné mes premiers enseignements dans ce diplôme en droit des obligations à la demande de Michelle Gobert, à une époque où Gérard Cornu le dirigeait et d'y avoir eu des étudiants aussi brillants que Mireille Bacache et Jérôme François qui sont devenus plus tard des collègues.

En réalité, la qualité d'un diplôme tel que le Master 2 de droit privé général tient à trois éléments : la qualité de son équipe pédagogique, la qualité de l'administration qui la soutient, la qualité des étudiants. Je dirai un mot de chacun.

- La qualité de l'équipe pédagogique : je n'ai ici que peu de mérite. J'ai hérité de Christian Larroumet une équipe pédagogique très solide qui était elle-même adossée au corps enseignant de Paris II, ce qui lui a permis d'évoluer au fil du temps. Ces évolutions ainsi que la qualité des rapports humains au sein de l'équipe ont été favorisées par le fait que j'avais connu la plupart des professeurs ou maîtres de conférences qui ont enseigné ou enseignent dans le Master 2 lorsqu'ils étaient mes étudiants ou mes assistants, ou encore comme candidats à l'agrégation, notamment à l'occasion des trois jurys auxquels j'ai participé. Pour certains, je les ai connus à deux ou trois de ces titres. Je ne donnerai pas de nom, car l'équipe s'est transformée au fil des ans et est formée de cercles concentriques et je ne voudrais pas risquer un oubli. J'ajouterai simplement que le Master 2 a bénéficié presque chaque année du concours de professeurs invités, principalement québécois, ce qui a été l'occasion de conférences ou de séminaires très enrichissants pour les étudiants. Enfin, je ne voudrais pas oublier l'aide que nous ont apportée quelques grands anciens prestigieux, et particulièrement Geneviève Viney qui, chaque année, a accepté de faire une conférence ou un séminaire sur un thème qui était toujours à la pointe de l'actualité, ce qui ravissait les étudiants qui découvriraient ainsi le « pape » de la responsabilité civile. Mes remerciements vont à tous les collègues qui m'apportent ce soir, par leur présence, le témoignage de leur amitié et plus généralement à tous ceux avec lesquels il m'a été donné de travailler en pleine confiance pour le bien des étudiants qui nous étaient confiés.

5. « La pensée humaniste de Gérard Cornu en droit des contrats », dans *Hommage à Gérard Cornu, Droit et sagesse*, Dalloz, thèses et commentaires, 2009, p. 35-45; « Présentation » de G. Cornu, *La rénovation du Code civil, L'influence des réformes du Code civil sur la théorie du droit civil (1971), Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil (1976)*, éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 5-11.

- La qualité de l'*administration* : ici c'est beaucoup plus facile dans la mesure où le périmètre est clairement défini. Je citerai cinq noms : Frédérique Penaud qui a en charge au sein du diplôme l'organisation des enseignements et des examens et qui fait montre d'un grand dévouement et d'une grande gentillesse dans l'accomplissement de son travail. Il lui arrive de dissimuler celle-ci derrière une autorité un peu grondeuse, mais chacun sait qu'elle a un cœur « gros comme ça » ; Joséphine Soussay et Myriam Slimani, que les étudiants connaissent moins, mais qui m'ont aidé, l'une après l'autre, à réaliser la sélection des étudiants et qui ont fait montre à mon égard de beaucoup de patience. Dans le mois des sélections je prenais racine dans leur bureau et elles ont supporté mes manies, les tas de dossiers, les petits papiers, les demandes de pièces ou de renseignements complémentaires. Je les remercie vivement pour leur dévouement et leur efficacité ; Mme Clément, je me permettrai pour la première fois de l'appeler par son prénom, Marie-Christine, qui préside aux destinées de la Salle de droit civil et dont l'action permet que vous disposiez d'une superbe salle de travail, performante, agréable, chaleureuse ; Claude Goutant, enfin, à laquelle je m'adressais lorsque je rencontrais un obstacle pour l'organisation de tel ou tel événement et qui le faisait disparaître d'un coup de baguette magique. À toutes, un très grand Merci.
- La qualité des *étudiants*, enfin, et c'est là le plus important. Mais c'est en même temps une exigence facile à satisfaire dans un diplôme comme le Master 2 de droit privé général. Sa réputation fait, en effet, que chaque année un grand nombre d'étudiants se portent candidats, venant de toute la France, mais aussi de l'étranger, – 250 à 300 dossiers chaque année – parmi lesquels il y a environ une centaine de dossiers qui sont bons, voire très bons, voire excellents, en sorte que pour le directeur du Master 2, l'enfer ce n'est pas « les autres », l'enfer c'est le choix. Il faut sélectionner seulement une cinquantaine d'étudiants, eu égard aux possibilités d'accueil du diplôme. J'ai été aidé dans cette sélection par le fait qu'ayant, grâce à la confiance de Louis Vogel, dispensé des enseignements durant quatre ou cinq ans dans le Collège de droit en 1^{re} année, dans la filière « fondements du droit », j'ai pu connaître à cette occasion un certain nombre de ces étudiants. Au passage, je voudrais relever combien ces enseignements dans le collège de droit ont été une expérience intéressante. Il fallait, en effet, trouver des thèmes qui ne soient pas une reprise ou un approfondissement des matières étudiées en 1^{re} année mais plutôt qui ouvrent les étudiants sur la société et le monde en leur donnant une certaine culture juridique. J'ai imaginé – certains des étudiants qui sont ici le savent puisque nous l'avons expérimenté ensemble – un certain nombre de conférences que j'essayais de rendre aussi interactives que possible, en partant de textes très courts soigneusement choisis et en faisant appel à leurs connaissances d'histoire, de littérature, de philosophie acquises au Lycée et à ce qu'ils étudiaient en première année ainsi qu'à l'actualité, tout cela sur le thème « autour du droit » : Droit et littérature, Droit et mœurs, Droit et religion, Droit langue et langage, Droit et logique, etc. Cela m'a permis de renouer avec les étudiants de 1^{re} année que j'avais délaissés depuis que j'avais quitté Sceaux et j'en garde un excellent souvenir. Lorsque j'ai pris en charge la direction du Master 2, je craignais que les cinquante étudiants sélectionnés ne forment une collection d'individus, enfermés dans leur projet plus ou moins égoïste et entrant en compétition de manière pas très sympathique pour l'obtention des allocations, des stages, ... comme le veut la vulgate ultra-libérale qui gouverne aujourd'hui le monde « merveilleux » qui procède de la « mondialisation heureuse » chère à Alain Minc et de la (dé)construction européenne qui l'accompagne, laquelle a pour objet non d'amortir la mondialisation comme le pensent quelques personnes candides et crédules, sensibles aux slogans (« Une Europe plus forte vous protégera mieux »), mais de la relayer et même de l'amplifier⁶. Je craignais aussi qu'il existe un clivage persistant entre les étudiants issus de Paris II lesquels représentaient à peu près la moitié de l'effectif (y compris les étudiants arrivés à Paris II en Master 1) et les autres⁷. Je souhaitais que l'amalgame s'opère très vite entre les « vieilles troupes » de Paris II et les nouveaux qui venaient de plus d'une quinzaine

6. Sur ce point, voir « De la France et de l'Europe, la nation ou l'empire ? », *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, 2009, Litec, p. 413-494 ; « De la "proximité" au "fait accompli" », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, 2015, LGDJ, p. 481-518 ; « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 387, (2017), p. 9-644, spécialement p. 391-404.

7. Proportion qui s'est retrouvée chaque année, du seul fait du processus de sélection, sans qu'elle ait jamais été recherchée.

d'Universités, mais aussi plus ponctuellement de Sciences Po ou de grandes écoles de commerce. Je souhaitais qu'il y ait un esprit du diplôme et de la promotion qui se mette en place, formé bien sûr d'une ambiance de travail et d'une certaine émulation, mais tout cela dans une atmosphère de camaraderie, d'entraide, voire de solidarité. Nous sommes, en effet, ici dans un groupe qui n'est pas sans rappeler le modèle très particulier du contrat-organisation où la solidarité a naturellement sa place. Ma plus grande satisfaction est de constater que cette ambiance que je souhaitais s'est établie chaque année presque naturellement et que l'origine très diverse des étudiants – notamment géographique, de Lille à la Réunion, de Rennes à Strasbourg, de Bordeaux à Grenoble, auxquels s'ajoutaient toujours deux, trois ou quatre étudiants étrangers, le plus souvent sud-américains (Brésil, Chili, Colombie, République Dominicaine,...) mais aussi venus parfois d'ailleurs (Luxembourg, Allemagne, Suisse, Liban,...), y compris de très loin (Chine, Japon,...) – a été un incontestable enrichissement pour le diplôme. Je m'empresse d'ajouter que je n'y ai aucun mérite, car cela est dû essentiellement à l'action de l'association des étudiants du Master 2 DPG. Or cette association, voulue à l'origine par Michelle Gobert, avait été réactivée, lors de la dernière année de la direction de Christian Larroumet, à l'initiative de Samuel Fulli-Lemaire. Celui-ci n'est pas là, aujourd'hui, car il est en ce moment à l'Institut Max Planck à Hambourg et y rédige sa thèse (du moins, je l'espère !). Je voudrais ici insister sur le fait que j'ai, année après année, assisté au développement de cette association grâce à l'action intelligente des étudiants. Chaque promotion a su conserver et faire fructifier ce que la précédente avait réalisé et y ajouter une pierre supplémentaire, en sorte qu'il s'agit aujourd'hui d'un remarquable instrument au service des étudiants et du diplôme. Je devrais citer ici beaucoup de noms, et notamment les noms de tous ceux qui ont contribué chaque année à la conception et à la mise sur pied du colloque lequel est devenu un moment important de la vie du diplôme⁸, mais cela m'entraînerait très loin et je risquerais là encore d'oublier certains étudiants. Aussi je m'en tiendrai au nom des présidents successifs. En récapitulant ceux-ci, je me suis aperçu – je ne m'étais pas fait la remarque auparavant – qu'il y a eu deux périodes : une époque féminine et une époque masculine. Les trois premières années, la présidence est tombée en « part de lionne », puisqu'elle a été successivement présidée par Clara Derrien, Diane Galbois et Anne-Victoire Rigal, les trois années suivantes en « part de lion » avec Antoine Touzain, Maxime Cormier et Nathan Allix. Une charmante jeune femme, Bérangère Théry que j'ai connue autrefois comme étudiante au Collège de droit, ayant pris le relais cette année, j'espère que nous sommes partis pour trois années féminines. À toutes et à tous un très grand Merci. Mais pour que l'association puisse développer ses activités, il faut quelques moyens et je voudrais ici remercier les cabinets et études partenaires de l'association des étudiants du M2, et plus particulièrement les deux cabinets historiques qui lui apportent leur aide depuis le début, le cabinet PDGB et le cabinet Cleary, Gottlieb, Steen et Hamilton, avec au sein de ceux-ci les interlocuteurs privilégiés de l'association, Maître Philippe Julien et Maître Fabrice Baumgartner, pour lequel j'ai une pensée particulière, car il a été il y a maintenant près de trente ans l'un de mes étudiants les plus brillants dans ce diplôme. J'ajouterai encore que, au fil des ans, un certain nombre d'innovations ont été introduites dans le diplôme pour essayer de l'améliorer, mais toujours à la marge, très ponctuellement. Il me semble, en effet, que lorsqu'on a la chance de se voir confier un diplôme d'un grand renom qui fonctionne bien, il ne faut y toucher que d'une « main tremblante ». Ces innovations sont dues, au demeurant, pour une très large part aux étudiants. Ceux des promotions précédentes savent, en effet, qu'à la fin de chaque année je leur demandais de remplir une feuille anonyme afin qu'ils portent une appréciation détaillée sur le diplôme avec ses points forts et ses points faibles ainsi que leurs suggestions en vue de l'améliorer. À chaque fois que ces suggestions étaient raisonnables et praticables, elles ont été reprises.

En définitive, le seul mérite que j'ai pu avoir dans ce diplôme est d'avoir voulu instaurer au sein de celui-ci une relation de confiance entre le corps enseignant et les étudiants, d'éviter les contrôles tatillons. Jadis et encore lors de ma première année de direction du Master 2, il m'arrivait de pratiquer de

8. Sur les colloques du Master 2 DPG, voir « Avant-propos », *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 1-2.

petits exercices écrits impromptus, lorsque le contexte s'y prêtait. Je demandais aux étudiants d'exposer par écrit en 10 minutes ou un quart d'heure leur point de vue sur un problème nouveau ou sur une solution récente encore inédite que je leur communiquais et qui était en rapport avec le thème de la séance. Cela me semblait intéressant parce qu'il fallait, en prenant appui sur les connaissances acquises, avoir une réflexion personnelle très rapide. Mais, bien que je n'aie jamais noté l'exercice autrement que par une appréciation générale, je me suis aperçu que cela stressait beaucoup un grand nombre d'étudiants, y compris parmi les meilleurs, ce qui m'a fait y renoncer par la suite. Il me semble, au demeurant, que cette confiance a été payée de retour : les étudiants ont dans l'ensemble, me semble-t-il, au cours de ces années, travaillé spontanément et dans une ambiance relativement détendue. Ils ont eux-mêmes fait confiance à leurs professeurs et leur ont témoigné en général une grande gentillesse. À cet égard, je garde en mémoire tout particulièrement la rentrée de l'année universitaire 2009-2010. M'étant aventuré dans un chéneau haut perché au début de l'été 2009, je suis tombé et aurais fort bien pu arrêter là ma carrière. J'ai eu de la chance puisque je ne me suis cassé qu'un pied et un poignet. Mais il m'a fallu faire la rentrée en fauteuil roulant puis le premier semestre en cannes américaines (les cannes des mutilés de la guerre de 14). Ce n'était plus le grand-frère mais le grand-père, sérieusement handicapé qui plus est. À cette occasion, les étudiants de mon séminaire ont été d'une serviabilité et d'une gentillesse dont le souvenir me fait encore chaud au cœur. Et lorsque, à la fin de l'année universitaire, descendant la rue Soufflot juste après la cérémonie de remise des diplômes, j'ai repensé à l'année qui venait de s'écouler, je me suis dit en moi-même « quelle merveille, c'était une année miraculeuse ! ». Mais, chaque année, j'ai éprouvé ensuite, après la cérémonie de remise des diplômes, ce même sentiment. Or, comme chacun sait, les miracles ne se renouvellent pas régulièrement et sur commande. Ce n'était donc pas un miracle. Et je voudrais dire aux étudiants qui sont présents ici ce soir et à leurs camarades un très grand MERCI pour ces années de *plénitude*, car c'est à eux que je les dois d'abord. Je voudrais aussi, à travers eux, adresser ce remerciement à tous les étudiants que j'ai eus au cours de ces quarante-sept années d'enseignement.

Mais l'évocation même de cette plénitude suscite une question, que certains d'ailleurs m'ont posée : si c'était si bien pourquoi n'êtes-vous pas allé jusqu'au terme et avez-vous abandonné la direction du Master 2 quelques mois avant la date fatidique ? Il y a plusieurs réponses plus ou moins bonnes à cela.

La première, la plus mauvaise, tient à mon caractère : j'ai toujours préféré faire ce que j'ai décidé de faire plutôt que ce qu'on me dit de faire. C'est un trait de caractère beaucoup moins répandu qu'on ne pourrait le croire. J'ai toujours été étonné du goût qu'ont mes contemporains pour la « servitude volontaire » pour parler comme La Boétie, l'ami de Montaigne. Lorsque, à la fin de l'année 2009-2010, certains étudiants du Master 2 ont fait une bande dessinée dans laquelle ils caricaturaient de manière extrêmement sympathique et drôle leurs professeurs, ils m'ont représenté sous les traits d'un petit breton, nommé Gaulix, teigneux, irréductible, passablement passéiste et qui luttait inlassablement contre les légions européennes, ce qui était assez bien vu. Aussi, lorsque, au printemps 2015, l'administration m'a fait savoir, de manière parfaitement courtoise je m'empresse de le dire, qu'il allait me falloir accomplir certaines démarches car, à la fin de l'année universitaire 2015-2016, il faudrait que je rende les clefs, j'ai décidé d'avancer de quelques mois mon départ. On ne me met pas à la porte, c'est moi qui pars. Je sais bien que tout cela est totalement dérisoire et illusoire, mais on ne se refait pas.

La deuxième raison tient au fait qu'il m'est toujours apparu qu'il fallait mieux partir trop tôt que trop tard. Or, pour ce qui me concerne, il est déjà très tard. J'ai croisé, il y a quelque temps, un des étudiants de ma fameuse année de DES à Caen. Il était en retraite et a été fort surpris d'apprendre que j'étais toujours en activité. Or, avec l'âge, il devient un peu plus difficile de se renouveler et l'ordinateur tourne un peu moins vite. Il était, au demeurant, souhaitable que, à notre époque de communication intense, le Master 2 ait un directeur qui communique avec l'extérieur autrement qu'au moyen de pigeons voyageurs.

La troisième raison, et c'est celle qui m'a véritablement décidé, était qu'il m'a semblé que c'était là un moyen d'assurer une transition en douceur au sein du Master 2. J'ai préparé l'année 2015-2016 avec le plus grand soin comme à l'accoutumée. J'ai notamment procédé à la sélection des étudiants « comme pour moi », mais j'ai pensé qu'il serait bon qu'un autre mette en œuvre cette année ainsi

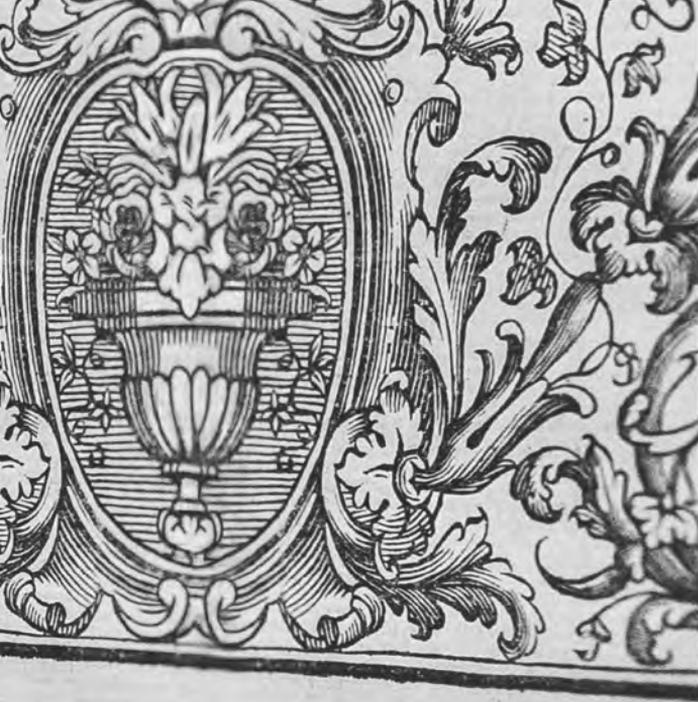
préparée, tout en gardant pour quelques mois un pied dans le Master 2 en y conservant un enseignement de droit international privé, afin de pouvoir apporter une aide, si nécessaire, ce qui, fort heureusement, s'est révélé inutile. J'ai prévenu les civilistes du Master 2 par un courrier fin juillet de ma démission au 1^{er} octobre afin qu'ils puissent se concerter et la section a désigné, dans sa sagesse, Laurent Leveneur pour me succéder. Je voudrais dire que je suis heureux de ce choix. Il me permettra de rappeler que nous nous sommes connus il y a bien longtemps, puisqu'il a été mon étudiant à Caen, au milieu des années soixante-dix, lorsque j'y enseignais le droit civil en 1^{re} année de licence. Je vais faire souffrir sa modestie en rappelant que, cette année-là, il avait eu la meilleure note de droit civil. Une douzaine d'années plus tard, lorsque j'ai été élu à Paris II dans la seconde moitié des années quatre-vingt, nous avons eu l'occasion de travailler ensemble étroitement. À l'époque, la section m'avait confié au second semestre le cours de contrats spéciaux en maîtrise et Laurent Leveneur a été mon assistant d'état-major, comme on disait alors. C'était un assistant très spécial, un assistant « d'élite », dans la mesure où il venait de réussir le concours d'agrégation dont le jury était présidé par Yvon Loussouarn. Mais, cette année-là la nomination des agrégés ayant été reportée à la prochaine rentrée universitaire, il accomplissait encore un semestre comme assistant. C'est la seule fois où j'ai eu un assistant agrégé et, qui plus est, major de concours. Enfin, une quinzaine d'années plus tard, il nous a été donné de travailler de nouveau très étroitement ensemble pour préparer l'ouvrage collectif que Paris II avait décidé d'élaborer à l'occasion du bicentenaire du Code civil : « 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir ». Le président Bernard Teyssié avait, en effet, décidé de confier cette tâche au directeur du Laboratoire de droit civil et au directeur de l'école doctorale de droit privé, que nous étions respectivement. Et je garde personnellement un excellent souvenir de cette période où nous avons travaillé avec un comité scientifique particulièrement prestigieux. Qu'on en juge : Pierre Catala⁹, Gérard Cornu, Paul Didier, Georges Durry, Jean Foyer, Philippe Malaurie, Philippe Malinvaud, Jean-Louis Sourieux, François Terré. J'ajouterai enfin que j'ai enseigné plusieurs générations de Leveneur. Après Laurent, il y a eu Coralie, Marie et Claire, les deux dernières dans ce Master 2. C'est dire que je suis heureux que Laurent Leveneur, qui est lui aussi un ancien de ce diplôme, me succède et je suis certain qu'il saura lui donner une nouvelle impulsion.

Puisque j'ai commencé par un souvenir, je terminerai par un souvenir. Mais alors qu'il m'est arrivé de faire état du premier, de temps à autre, je crois bien n'avoir jamais raconté celui-ci à personne, pas même aux membres de ma famille. Les petits garçons, les petites filles aussi sans doute mais je ne l'ai pas expérimenté, lorsqu'ils ont huit ou neuf ans ont parfois des idées assez précises sur la profession qu'ils veulent exercer plus tard. De mon temps, les professions en vogue étaient, me semble-t-il, pompier, pilote de chasse, explorateur, ... Personnellement, à cet âge, je voulais, sans doute en raison d'une forte tradition familiale, de la lecture des livres d'un auteur aujourd'hui bien oublié le capitaine Darnit¹⁰, et parce que ma petite enfance s'est déroulée sur fond de guerre d'Indochine, entrer à Saint-Cyr, Coët comme on dit désormais, et devenir officier. Mon ambition n'était pas du tout de finir chef d'état-major des armées, j'ignorais tout de ce personnage, mais de devenir le colonel du plus beau régiment de France. Comme vous le savez, la destinée en a décidé autrement et c'est probablement préférable pour l'institution militaire, dans la mesure où je ne suis pas certain que j'étais formaté pour ce genre de carrière. Mais, en faisant le bilan, je me dis que si je ne suis jamais devenu le colonel du plus beau régiment de France, j'ai réalisé d'une autre façon mes ambitions d'enfance puisque j'ai été, quelques années, le directeur de ce qui a été, pour moi, le plus beau Master 2 de droit privé général de France.

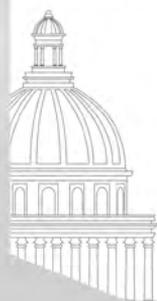
Il me reste à souhaiter longue vie à ce Master 2 et beaucoup de réussites à ses étudiants passés, présents et futurs. Du fond du cœur Merci à tous pour ce superbe Livre d'or.

9. Sur Pierre Catala, voir « Introduction » et C. Brenner, « Pierre Catala, enseignant à Paris », *Hommage à Pierre Catala*, Dalloz, thèses et commentaires, 2013, p. 7-9, et p. 11-17.

10. Anagramme du Commandant Driant, mort à Verdun à la tête de son bataillon de chasseurs. Parmi sa très nombreuse production, me revient surtout en mémoire sa trilogie, *Histoire d'une famille de soldats : Jean Tapin, les filleuls de Napoléon, le petit marsouin*, dont la lecture a bercé mon enfance.



INTROUVABLES



ÉDITIONS

PANTHÉON - ASSAS

La rénovation du Code civil

L'apport des réformes
récentes du Code civil
à la théorie du droit
civil (1971)

Regards sur le titre III
du livre III du
Code civil (1976)

Gérard Cornu

Préface d'Yves Lequette

GOUVERNANCE
PREVOSTÉ
PERONN

la declaration des Coustumes Generales
la Gouvernance & Prevosté
y dérogeant

Petit deux du Grand A :

droit au débat

Le droit, c'est l'art de la controverse ! La *RDA* se mue, le temps d'une discussion, en une arène cordiale où deux voix s'affrontent, sur un thème polémique.

Les personnes intersexuées appréhendées par le droit

Marie-France Lorho
Député du Vaucluse

Benjamin Moron-Puech
Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

Propos recueillis par **Maxime Cormier**
ATER à l'Université Panthéon-Assas

Le statut des personnes intersexuées, c'est-à-dire des personnes dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux normes du masculin et du féminin, suscite de plus en plus l'attention des juristes en France comme à l'étranger. Faut-il que cette altérité soit traduite en droit français ou ce dernier doit-il lui refuser

tout écho ? Une récente proposition de loi vise à inscrire dans le Code civil que « La France interdit la publication d'autres références administratives que l'homme et la femme », l'occasion de s'interroger sur la manière dont les personnes intersexuées sont appréhendées par le droit.

Question 1. – Monsieur Moron-Puech, pourriez-vous expliquer en quels termes se pose, en droit, la problématique des « personnes intersexuées » ? Pourquoi la question de leur reconnaissance juridique se pose-t-elle selon vous ?

Benjamin Moron-Puech. – Les personnes intersexuées, c'est-à-dire ces personnes dont les caractéristiques sexuées ne correspondent pas aux standards majoritaires du féminin et du masculin, sont un défi pour nos sociétés binaires. Nombre de personnes – et la Cour de cassation en fait partie¹ – considèrent que nos sociétés

sont fondées sur la binarité des sexes et des genres (sexe renvoyant à des éléments biologiques et genre à des éléments psycho-sociaux). Or, les personnes intersexuées mettent en péril cette construction binaire. Leur corps révèle la fragilité de la distinction des corps masculins et des corps féminins, tout comme le comporte-

1. Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, n° 16-17.189 : « la dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ».

ment et le ressenti de certaines personnes intersexuées – pas toutes – révèlent la fragilité de la *summa divisio* des genres masculin et féminin. À côté ou entre les sexes et genres masculin ou féminin, il y a place pour d'autres catégories. Dès lors, et de manière évidente – c'est moins le cas pour les personnes transgenres ayant un genre (psycho-social) différent du sexe assigné à la naissance – les personnes intersexuées révèlent au grand jour les faiblesses des modèles binaires du sexe et du genre.

Le drame, aujourd'hui, pour les personnes intersexuées, c'est que ce modèle binaire tient bon et même, qu'il donne l'impression en France de se renforcer – chant du cygne (?). Alors même que ce modèle binaire entraîne une violation massive, quotidienne et quasi systématique des droits fondamentaux des personnes intersexuées (droit à la vie, droit de ne pas subir des traitements inhumains et dégradants et, dans une moindre mesure, droit à la vie privée), les autorités françaises, à quelques rares exceptions près², continuent à le cautionner.

Ainsi, les intersexués subissent des actes médicaux illicites conduisant soit à des interruptions de grossesse, liées au sexe de l'enfant, en dehors du cadre légal privant certains fœtus du droit à la vie, soit à des actes chirurgicaux ou des prescriptions hormonales ou médicamenteuses destinés à conformer le corps des êtres intersexués aux modèles masculin et féminin. Pourtant, en l'absence de nécessité thérapeutique et bien souvent de consentement éclairé, tous ces actes ne constituent rien d'autre que des violences sur des personnes mineures (ou les personnes portant les fœtus), violences bien souvent qualifiables de mutilations au sens de l'ar-

ticle 222-9 du Code pénal. Malgré cela – et alors que les critiques adressées à ces actes sont connues du grand public et des autorités publiques³ – ces actes continuent à être réalisés par les professionnels de santé, principalement dans des établissements publics de santé, financés par la sécurité sociale⁴, encouragés par plusieurs textes réglementaires⁵ et sans que le ministère public n'ait rendu public à ce jour une quelconque enquête contre les auteurs de ces actes.

Quant au droit des personnes intersexuées au respect de leur vie privée, celui-ci est également, mais dans une moindre mesure, méconnu. Cette méconnaissance résulte d'une part du récent refus des autorités françaises de permettre aux personnes intersexuées d'être inscrites à l'état civil, et à leur demande, dans un sexe autre que le masculin et le féminin⁶, violation qui pourrait aussi être apparentée à une méconnaissance de leur liberté d'expression puisqu'elles sont privées de la possibilité d'exprimer quel est leur sexe⁷. D'autre part, cette violation résulte de l'obligation qui est très souvent faite à tout un chacun de rendre publique une information concernant son sexe. Or, s'agissant des personnes intersexuées, une telle diffusion est problématique car l'information figurant sur leur état civil est souvent perçue par eux comme relevant de leur intimité. Afin d'éviter tout risque de discordance entre le sexe perçu par leur interlocuteur et le sexe inscrit, les personnes intersexuées préfèrent conserver secrète cette information, ce qu'ils ne peuvent malheureusement faire que trop rarement et cela alors même que cette information n'est d'aucune utilité pour leur interlocuteur.

-
2. L'on songe ici à la Délégation aux droits des femmes du Sénat qui a produit en 2017 un rapport sur la question, rapport précédé d'un avis du Défenseur des droits. Doivent également être mentionnées les prises de position relativement favorables à une sortie de la binarité des sexes et émises, d'une part, par la Délégation interministérielle à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, dans son plan de mobilisation de décembre 2016, et surtout, d'autre part, par le précédent président de la République, François Hollande, lors d'une cérémonie en l'honneur des acteurs de la lutte contre la haine LGBT en mars 2017.
 3. Depuis 2009, plusieurs articles dans la grande presse ont sensibilisé les citoyens et les pouvoirs publics à ces critiques. De même, depuis 2014, des ministres ont été directement interpellés sur cet aspect soit par des personnes intersexuées elles-mêmes, soit par des parlementaires ou des organismes internationaux.
 4. Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie, *JORF* n° 74 du 30 mars 2005, chapitre 8.7.1.
 5. Circulaire du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation, NOR : JUSC1119808C ; Arrêté du 9 mai 2017 portant labellisation de centres de références pour une maladie rare ou un groupe de maladies rares, NOR : AFSH1730222A, *BO Santé*, 15 mai 2017, p. 24.
 6. Civ. 1^{re}, 4 mai 2017, préc.
 7. Rappr. Cour suprême indienne, 15 avr. 2014, *National Legal Services Authority v Union of India and others* ["NALSA"], où le droit à l'identité de genre est fondé notamment sur la liberté d'expression § 62-66.

Question 2. – Madame le député Lorho, pourquoi avoir déposé une proposition de loi dont l'article unique prévoit d'insérer dans le Code civil un texte disposant que « La France interdit la publication d'autres références administratives que l'homme et la femme » ?

Marie-France Lorho. – Je tiens d'abord à dire que je comprends parfaitement le caractère scandaleux de ce que l'État et une partie de la société imposent aux personnes intersexuées. Si les convictions que je défends sont fermes, elles sont aussi limpides quant à leur origine. Dans mon esprit, l'Homme et la société préexistent largement au Code civil. Je suis de ceux qui considèrent qu'un ordre naturel est supérieur aux codes. Cela nous conduit parfois à des affrontements intellectuels importants. Mais c'est aussi une exigence éthique : si l'on force la nature pour que les personnes entrent dans une « normalité » juridique ou sociale, alors on commet une faute d'une extrême gravité ; une faute qui interroge justement sur ce qui constitue l'origine de nos sociétés et quelles sont leurs finalités.

Pour ce qui est de ma proposition de loi, je crois que notre société fait face à un danger majeur : l'indifférenciation sexuelle. Or nos familles, nos sociétés et donc nos Nations sont naturellement fondées sur l'altérité sexuelle. En ce qui concerne la fécondité, la biologie se moque des sciences humaines.

Il ne s'agit évidemment pas de nier que les relations familiales, sociales et culturelles informent et participent de la compréhension que l'on a de soi, et donc notamment de son genre. Il n'en reste pas moins que le genre oblige beaucoup moins que le sexe. Il s'agit en revanche de rappeler que dans l'immense majorité des cas la nature nous assigne un sexe. Il y aurait d'ailleurs beaucoup à dire sur l'*hubris* contemporaine qui, en violant les équilibres naturels et en abîmant le monde qu'il nous est donné d'habiter, a des incidences lourdes sur le fœtus, la grossesse et la maternité. À ce titre, je dis dans l'exposé des motifs de ma proposition de loi : « Depuis la loi du 18 novembre 2016 – dite "justice du XXI^e siècle" – les mentions approximatives à l'état civil de la qualification sexuelle sont devenues

particulièrement nombreuses. Désormais, "toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification". Cette loi dispose également que la preuve médicale n'est plus une condition *sine qua non* pour bénéficier d'une rectification de la mention du sexe à l'état civil. L'identité sexuelle n'est *a priori* pas déterminée par la connaissance ou l'aspect que reflète une personne au sein de la cité : elle constitue un caractère immuable de la nature, dont la reconnaissance est prononcée à la naissance, par le père et la mère de l'enfant. À ce titre, le Code civil dispose que "la naissance de l'enfant sera déclarée par le père" (article 56) et qu'il énoncera "le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant" (article 57) ».

Je crois profondément que notre Code civil cherche à transcrire la réalité d'équilibres qui rendent la société possible : la naissance, le mariage, la paternité et la maternité, l'autorité parentale. Nos sexes ne sont pas fluides, nos genres ne le sont d'ailleurs pas non plus. J'en veux pour preuve l'exemple des personnes intersexuées : du fait d'une particularité physique, elles demandent le droit à un temps pour que la nature ou des efforts immenses dévoilent ce que, pour une fois, on peut appeler une identité sexuelle. C'est donc une élaboration, parfois une souffrance, mais toujours un chemin. Ce n'est pas une fluidité.

J'ai le sentiment que certains – mais certainement pas tous – utilisent l'indéniable lacune du droit en ce qui concerne les personnes intersexuées pour imposer une élaboration du droit en se fondant sur le genre et non plus sur le sexe. Cela me donne le sentiment d'une prise en otage ; le droit est aussi l'occasion de dispenses, d'exceptions, mais cela suppose qu'il ne soit pas envahi par les idéologies.

Question 3. – Comment analysez-vous l'absence de consécration du sexe neutre en droit positif français ? N'est-elle pas paradoxale au regard de certaines initiatives étrangères ?

Benjamin Moron-Puech. – Si on prend l'adjectif « paradoxal » en son sens étymologique, c'est-à-dire à côté de la *doxa*, autrement dit décalé alors oui, cette proposition est paradoxale, ou du moins elle l'est en partie. La tendance actuelle, récemment illustrée par l'arrêt rendu le 10 octobre 2017 par la Cour constitutionnelle allemande, – tendance qui semble bien être un consensus au sens que la Cour européenne donne à ce terme⁸ – c'est que, puisque toute personne a droit au respect de sa vie privée, quelle que soit son identité de genre ou ses caractéristiques sexuées, alors les personnes intersexuées doivent pouvoir être reconnues dans la réalité de leur sexe, voire de leur genre, ni masculin ni féminin. Dès lors, la proposition d'interdire d'une manière générale l'inscription d'un sexe neutre (et même d'un genre neutre) est en décalage avec la compréhension à l'étranger et en droit international du droit au respect de la vie privée.

Ce décalage entre la proposition présentée par Madame le député Lorho et la tendance se dégageant des normes étrangères ou internationales n'est cependant pas total. En effet, s'agissant des nouveau-nés et jeunes enfants intersexués, une tendance se dessine, qui considère qu'il n'est pas acceptable, au regard des risques de discrimination que cela induit, d'inscrire un nouveau-né intersexué dans un sexe neutre.

Mais alors que faut-il inscrire ? La solution qui tend à se dégager est de dire que, jusqu'à ce que l'enfant soit en âge de comprendre ce qu'implique cette inscription en dehors de la binarité, rien ne doit être inscrit⁹ ou, à défaut, aucun autre sexe que le masculin et le féminin, ce qui rejoint alors la proposition de Madame le député Lorho, mais pour des raisons différentes : le souci de

respecter le droit à la vie privée et non un ordre naturel. Ces différences de justification expliquent que la tendance étrangère et européenne, même lorsqu'elle peut conduire à ne pas inscrire la mention d'un sexe non binaire, invite à relativiser l'altérité sexuelle. En effet, de plus en plus, l'on peut lire des projets ou des recommandations soulignant que, pour protéger le droit au respect de la vie privée des personnes intersexuées et éviter que ces enfants ne soient trop exposés dans leur quotidien à un risque de discrimination en raison de leurs caractéristiques sexuées, il convient de ne demander aux personnes leur sexe que lorsque cela est strictement nécessaire¹⁰.

Ainsi, sans tomber dans l'indifférenciation des sexes que certains redoutent à juste titre – qui d'ailleurs mieux que les intersexes connaît l'importance de la diversité humaine ? –, se dessine une tendance à ne pas faire du sexe une information publique, de manière à protéger ceux ayant des caractéristiques sexuées minoritaires. Telle est l'orientation générale qui se dégage des législations maltaises, allemandes, des projets ou propositions de loi belge, luxembourgeois et portugais en cours de discussion, ou encore des différents rapports et avis d'organes de l'Union Européenne, du Conseil de l'Europe, de l'Organisation des Nations-Unies, de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme ou de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples.

Marie-France Lorho. – L'avantage de l'ordre naturel c'est qu'il ne fait pas qu'ériger de grands principes. Il accepte aussi, et d'une certaine manière, surtout, la vulnérabilité. Le droit positif est, comme celui qui l'écrit, vulnérable. Le droit positif intéresse des familles et donc des sociétés

-
8. En effet, le consensus ne s'apprécie pas en recourant à une méthode quantitative, en faisant la moyenne des législations étrangères et des normes internationales et européennes, auquel cas, il n'existerait effectivement pas de consensus européen pour la reconnaissance d'un troisième sexe/genre. Non, le consensus s'apprécie au moyen d'une méthode comparative qualitative qui fait le tri entre les différentes normes en présence. Ce tri se fait en fonction de deux critères : la date de création des normes qui va conduire à privilégier les normes les plus récentes permettant d'anticiper sur de futurs consensus (méthode comparative dynamique) et la potentialité des normes en cause à assurer au mieux les finalités recherchées par la Convention (méthode comparative téléologique). Rapp., pour la CJUE, K. Lenaerts, « La Cour de justice de l'Union européenne et la méthode comparative », in B. Fauvarque-Cosson (dir.), *Le droit comparé au XXI^e siècle*, Société de Législation Comparée, 2016, p. 43 s.
9. Cette possibilité de n'inscrire aucun sexe doit également être ouverture aux personnes de sexe masculin ou féminin, sans quoi il sera aisé de déduire de la lecture d'un extrait d'acte de naissance sans mention du sexe que celui-ci concerne une personne intersexuée.
10. Cf. en dernier lieu, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2191 (2017), 12 oct. 2017, *Promouvoir les droits humains et éliminer les discriminations à l'égard des personnes intersexes* sur laquelle B. Moron-Puech, *JCP G*, 2017, somm., 1166.

qui le sont aussi. Je voudrais prendre la question dans l'autre sens : s'il y a une volonté de supprimer la vie à naître au motif qu'elle n'aurait pas de sexe déterminé immédiatement, s'il y a une volonté de mutilation ou d'agression du corps du jeune enfant parce qu'il n'aurait pas de sexe immédiatement assigné, c'est bien parce que l'on veut « conformer » des enfants. Or le droit ne devrait jamais être là pour conformer la nature, il devrait au contraire s'ériger comme une possibilité d'accueil de sa vulnérabilité. C'est cela qui me semble paradoxal dans le terme « neutralité » qui semble être inexact pour désigner la réalité physique ou hormonale des personnes intersexuées. Il y a une vulnérabilité de ces personnes face à une norme sociale, une norme qui ne changera pas car elle est le double

produit d'une majorité et d'une histoire, et une vulnérabilité de cette norme-là.

Quelle est alors la solution ? Soit on efface le fait extrêmement majoritaire de la binarité sexuelle, soit on le rend capable d'accueillir une différence qui informe et d'une certaine manière qui est inscrite dans l'ordre des choses. Mais cela veut dire que nous sommes prêts à dire qu'une vulnérabilité n'est ni une honte, ni un motif de discrimination, ni un non-dit. Je suis par exemple parfaitement d'accord pour dire « qu'il convient de ne demander aux personnes leur sexe que lorsque cela est strictement nécessaire ». Je suis tout à fait prête à travailler sur la question de l'accès au droit des personnes intersexuées, et à ce titre à toutes les manières qui permettraient de préserver le respect de leur droit à la vie privée.

Question 4. – Au-delà de l'appréhension du sexe neutre en matière d'état civil, la problématique des personnes intersexuées soulève-t-elle selon vous d'autres questions ?

Benjamin Moron-Puech. – À mes yeux, la problématique la plus importante pour les personnes intersexuées est celle, évoquée plus haut, du respect de l'intégrité des êtres humains intersexués – je dis êtres pour inclure également les fœtus. S'ajoute également à cela la question de savoir quelles mesures l'on prend pour permettre l'inclusion des personnes intersexuées dans notre société. Les reconnaître, les protéger contre le risque de mutilation, c'est une nécessité, mais ce n'est pas suffisant. Il faut également inclure ces personnes dans la société, inclusion qui passe en particulier par l'adaptation des règles reposant sur une construction binaire du sexe ou du genre (les règles sur la PMA, la filiation, la parité, la séparation des individus dans le sport, dans les lieux publics, etc.).

De ce point de vue, la problématique des personnes intersexuées n'est guère éloignée de celle des autres minorités corporelles ou psycho-corporelles que sont les sourds, les aveugles, les personnes en fauteuil, les autistes, etc. Que faisons-nous pour permettre à toutes ces personnes de réintégrer une cité dont elles ont été trop longtemps exclues du fait de modèles construits à partir d'une simple régularité statistique : modèle de l'entendant, du voyant, du marchant, de la personne non autiste, de la personne dya-

dique (c'est-à-dire homme ou femme) ? Si l'on souhaite véritablement respecter les axiomes de notre société et être fidèle aux valeurs qui les sous-tendent, alors il nous faut changer nos pratiques, nos espaces et surtout nos normes. Sans cela, nous continuerons à méconnaître la dignité de tous ces êtres humains dont le corps n'est pas celui d'une normalité seulement statistique. La dualité des sexes ou des genres est un piège, construit à partir d'une image inexacte de la diversité humaine. Il est temps, non, il est urgent, d'en sortir.

Marie-France Lorho. – Bien sûr, cette question soulève les drames de l'intrusion de l'État dans la vie des familles et des personnes et du refus de la complexité. Dans une société de plus en plus fermée à la fragilité et à la vulnérabilité apparaissent des communautés minoritaires qui veulent prendre le droit et l'expression en otages. En France, les enfants à naître trisomiques sont volontairement supprimés. C'est une réalité écrasante. Cela souligne à mes yeux le retour à la barbarie, au sens propre, tapis dans la « morale » du progrès individuel et communautaire. Imaginer que l'on puisse pousser à l'avortement des femmes qui douteraient de l'assignation complète du sexe de leur enfant est simplement scandaleux.

Ce qu'il faut constater, c'est l'innocence, encore une fois au sens propre, des personnes intersexuées au sujet de la norme sociale et juridique. Le droit imite la nature, et les exceptions font parties de la nature. Mon pari est simple : moins l'on idéologiserait les réformes qui touchent à la société, plus celle-ci reprendra en compte les

« situations limites » du droit. Une simple présentation du sort fait aux personnes intersexuées aujourd'hui révolte la conscience : c'est bien sûr le fondement du réflexe sain de cette prise de conscience que nous devons bâtir et pas en amalgamant le droit des personnes intersexuées à des volontés qui leur sont étrangères.

Petit un du Grand B :

variétés

Réfléchissez avant d'imprimer

Maxime Cormier

ATER à l'Université Panthéon-Assas

Avec le pullulement des ordinateurs dans nos amphithéâtres, salles de cours et bibliothèques, c'est une époque qui touche à sa fin. Cette époque, c'est celle de l'enseignant capable, dans bon nombre de cas et en une poignée de secondes, d'identifier l'auteur du travail qu'il s'apprête à corriger. Rien d'impressionnant, objectera-t-on, puisque l'identité de l'étudiant est soigneusement indiquée au plus haut du travail rendu à l'issue de la séance de travaux dirigés, sauf par certains irréductibles qui, souhaitant faire travailler ces feignants d'universitaires, en appellent parfois à leur pouvoir de divination en n'indiquant aucune preuve quelconque d'identité. Il demeure que pour certains étudiants, au fil des copies, c'est moins leur patronyme que leur écriture qui trahit leur identité auprès de l'enseignant. Inconsciemment, et également au fil des copies corrigées, ce dernier devinera si la tâche à venir sera aisée, si elle nécessitera le renfort d'une tasse de café (de plus...) ou bien, dans de très rares occasions, si elle imposera quelque chose de plus fort.

Ce flair que l'enseignant développe plus ou moins rapidement serait-il menacé par la préférence marquée des étudiants pour les devoirs dactylographiés ? L'uniformité numérique est-elle à nos portes ? Rien n'est moins certain. En effet, force est de constater que le problème s'est simplement déplacé : nulle uniformisation dans la présentation des devoirs rendus par nos ouailles ! Aujourd'hui encore, chaque copie ren-

due conserve la marque de son auteur qui adopte la présentation qui lui est propre.

Devrait-on se réjouir de cette non-évolution ? S'il est confortable de se blottir dans ce qui était, on préférerait promouvoir ici une modification des habitudes des étudiants qui servirait *in fine* leurs intérêts. Déjà, il est indéniable qu'une présentation irréprochable d'un travail appelle une meilleure lecture de celui-ci par un correcteur qui pourra davantage se concentrer sur l'appréciation du fond du devoir rendu plutôt que sur son simple décryptage. Ensuite, il ne faut pas oublier que toutes les voies professionnelles offertes aux étudiants se rejoignent dans l'importance qu'elles placent dans la rigueur formelle. S'habituer le plus tôt possible à cette dernière permettrait d'éviter quelques déconvenues lors des premières expériences professionnelles.

En définitive, dès les premières semaines passées sur les bancs de l'Université, il faut réfléchir avant d'imprimer. À ce titre, voici une liste non-exhaustive de points qu'il s'agit de vérifier avant de rendre son travail dactylographié aux enseignants, liste inspirée par quelques expériences vécues par l'auteur de ces lignes ou ses collègues.

1. – Le travail est-il bien imprimé ? Combien d'étudiants s'agglutinent au bureau de l'enseignant au début ou à la fin de la séance afin de lui indiquer qu'ils n'ont pas pu imprimer leur travail et qu'ils allaient l'envoyer par courriel ? Même si la pratique est *eco-friendly*, elle doit

être proscrire. En effet, elle a pour conséquence de faire exploser la boîte de réception de l'enseignant – ce qui ne le met jamais dans de bonnes dispositions –, et ne permet pas une correction aussi efficace que sur papier.

2. – Le papier utilisé est-il convenable ? Si les couleurs égaient la vie, les feuilles colorées compliquent la correction ! On évitera donc d'utiliser des feuilles qui ne seraient pas blanches et encore moins des feuilles données pour faire office de brouillon lors des examens – surtout si elles sont elles-mêmes de couleurs différentes.

3. – Les feuilles sont-elles rassemblées ? Chaque semaine, ce sont des dizaines de copies que l'enseignant est susceptible de charrier – et ce sont des centaines qui peuvent parfois attendre sur son bureau. Une feuille qui ne serait pas agrafée ou qui ne se trouverait pas dans une pochette plastique, et c'est la chasse aux trésors assurée ! Il faut donc s'assurer que les feuilles du devoir soient bien rassemblées. On notera que la sorte de pliure dans un coin des feuilles ne suffit pas à ce qu'elles se sentent pousser des ailes.

4. – La copie est-elle suffisamment aérée pour les annotations du correcteur ? Le correcteur pouvant *a priori* apprécier plus facilement un travail dactylographié que manuscrit, il serait dommage de ne pas lui laisser d'espace pour ses commentaires. Ainsi, pour éviter qu'il n'écrive entre les lignes ou en retournant incensamment la feuille, il vaut mieux aérer convenablement son travail en laissant notamment un espace suffisant au début pour les observations générales et la note.

5. – La police choisie est-elle convenable ? Il existe tant de manières de marquer son originalité ; le choix de la police n'en est pas une acceptable ! En effet, sobriété est le maître mot en la matière et il s'agit de chasser de son esprit des polices comme « Comic Sans SM » qui entamerait inconsciemment la pertinence des propos tenus. La célèbre formule de Rouast aurait-elle été auréolée de sagesse si on l'avait lue : « **Si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliquée ?** »

6. – Le texte est-il écrit en noir ? Sauf pour les titres de vos parties et sous-parties, le texte ne doit pas être de couleur – la règle vaut encore davantage lorsque, par mégarde, le papier utilisé n'est pas blanc. Pour convaincre de l'intérêt de cette règle le lecteur encore circonspect, on l'invitera à lire avec attention et sans plaintes un travail de cinq pages dont le texte est dans un beau turquoise.

7. – Le texte est-il justifié ? Pour qu'un travail prenne davantage les traits d'une étude accomplie que ceux d'un brouillon ou d'une liste de courses, justifier son texte est indispensable.

8. – Le texte est-il exempt de fautes ? À de trop nombreuses occasions, les correcteurs constatent que la fonction « vérification grammairale et orthographe » n'est là que pour décorer la barre d'outils de nos logiciels de traitement de texte. Sans doute le désir de plage du mois d'octobre est-il légitime, mais les vagues sous les mots tapés appellent à leur suppression ! Avant de mettre le point final à tout travail, il est ainsi nécessaire de survoler le texte pour vérifier qu'aucune faute n'est signalée.

Nécessairement incomplète, la liste qui précède a tout de même le mérite de mettre sur la bonne voie de l'uniformisation formelle les étudiants soucieux de s'approprier l'une des attentes de leurs futures fonctions. Plus encore, elle pourrait permettre d'engager une réflexion plus large sur les conséquences, substantielles cette fois-ci, du développement des devoirs dactylographiés. Ces derniers ne favorisent-ils pas des défauts parfois observés dans les devoirs manuscrits comme le plagiat, la longueur excessive des travaux ou encore la syntaxe déplorable de certains propos ?

En définitive, et même si certains enseignants entonneront un requiem à leur *vista* passée, il serait opportun que les étudiants se plient à quelques règles formelles communes. Et s'il n'est guère envisageable qu'un devoir-modèle soit distribué aux étudiants, peut-être serait-il concevable d'apposer au-dessus de chaque imprimante de l'Université un écriteau indiquant « Réfléchissez avant d'imprimer ! ».

Par ces mots hâtifs

Jeanne de Dinechin

Doctorante contractuelle chargée d'enseignement
à l'Université Panthéon-Assas

Le 22-09.017

De : Mme X

À : M. X

VU le rendez-vous que tu as manqué hier malgré mes nombreux rappels sur le fait que nous avions décidé de faire les courses ensemble cette semaine ;

VU le temps pendant lequel, hier, je t'ai

ATTENDU sous la pluie, pendant ta demi-heure de retard ; juste avant de glisser dans une flaque d'eau ; heureusement qu'un inconnu

À TENDU les mains pour rattraper les œufs que je venais d'acheter et qui ont failli s'écraser sur le sol dans ma chute ; étant donné que la moindre des choses que l'on

ATTEND D'Une personne qui n'a pas l'intention de venir à un rendez-vous est d'appeler pour se décommander ;

QU'EN STATIONNANT AINSI en double file avec la voiture, pendant ce temps, j'ai eu une amende pour avoir bloqué toute la file de droite devant le supermarché ; je

CASSE la vaisselle car je suis très en colère, j'

ANNULE le dîner de ce soir auquel je n'ai aucune intention de me rendre et te

RENVOIE là d'où tu viens en espérant te revoir uniquement pour entendre tes excuses.

Le 23-09.017

De : M. X

À : Mme X

VU ta réaction sans avoir

ATTENDU d'entendre les causes de mon retard ; alors que je n'ai pas pu sortir

À TEMPS DU métro tellement il y avait de monde dans le wagon ; que je n'ai pas bousculé tous les autres passagers pour descendre de la rame

MAIS ATTENDU qu'elle arrive à la station suivante ; que face à tant d'indifférence de ta part, je

REJETTE toute idée de te présenter des excuses, n'ayant aucune responsabilité dans la cause de mon retard.

Petits règlements de comptes entre amis, la reprise moderne d'une solution classique (libres propos sur une application)

Jean-Baptiste Barbiéri

ATER à l'Université Panthéon-Assas

- Vas-y.
- Vraiment ?
- Oui.
- Ok... donc ce ne sera pas vraiment une analyse. Non ?
- Peu importe.
- Ok... Bon quoi qu'il en soit je me suis posé la question...
- Quelle question ?
- Est-ce digne d'être raconté, je veux dire c'est pas comme si c'était digne d'être narré, tout est digne d'être narré, mais est ce que c'est digne d'être raconté ?
- Bon raconte, tu vas y passer des heures sinon.
- Bon c'est simple. On devait partir en Bourgogne, les autres après moi, j'avais les courses à faire, je les ai faites et payées.
- Mais pas si simple hein ?
- Non pas si simple, déjà le lendemain je me suis relevé et je suis allé au marché, et tout le monde était d'accord avec ça selon moi. D'accord tacitement donc, mais pas levé, pas si simple.
- Je ne comprends pas, ça a l'air d'être simple jusque là, tu fais les commissions un jour et puis l'autre d'après, les gens les mangent, c'est tout.
- C'est tout ? Mais ça veut dire quoi ? Je suis juriste, j'ai été exposé, je suis fichu, il a fallu que j'analyse.
- Et alors ?
- Et alors ? Mais alors oui ! Déjà en vertu de quoi ai-je fait cela ? Un contrat ? Un contrat par lequel je fais des choses pour les autres. Et du coup, m'ont-ils vraiment donné leur accord ?
- Un mandat ? Tu as juste fait les courses pour tes amis mon vieux, calme toi.
- Juste fait les courses pour mes amis ? Déjà j'en ai profité aussi, je n'ai pas été le dernier à manger sur ce que j'ai acheté, un mandat tu es sûr ? Pourtant j'en ai profité.
- Un mandat d'intérêt commun alors ?
- Mmmh jamais exhibé dans ce cadre-là, en plus ce n'est pas comme si j'avais agi au nom de quelqu'un d'autre, j'étais fier de payer, limite plein de morgue de leur faire sentir que je m'étais levé tôt pendant qu'ils ronflaient encore...
- ...
- Pas de réponse... ?
- ... mmmh ?
- Et donc ?
- Et donc pas un mandat, à la limite un contrat de commission ?
- Tu veux dire un contrat de commissions...
- ...
- ...
- ...
- Par ce que j'ai fait les courses donc un contrat de commissionS...
- ...
- Tu comprends ?
- Oui je comprends, c'est nul.
- Tu n'as aucun humour, les études de droit t'ont éreinté. Par ailleurs ce n'est pas si nul, au final j'ai payé pour les autres, pour moi en partie, mais en mon nom propre, ça a l'air de coller, j'ai avancé les frais mais les autres me doivent remboursement.
- ...
- Je sais ce que tu penses : qu'est ce que ça change ?

- Tu lis dans mon esprit.
- Plus que ça, au final je m'en fiche, gestion d'affaires, mandat, commission, voire société créée de fait, peu importe.
- Tout ça pour rien ?
- Presque, ce n'est pas de ça dont je voulais te parler.
- Ce n'est pas fini ?
- Loin de là, je voulais te parler d'une application qui m'a été conseillée après. Figure-toi qu'au moment du remboursement je voulais juste dire à chacun de me payer sa part des courses. Or j'ai eu la bien mauvaise idée de passer ce week-end avec des anciens étudiants en école de commerce.
- Tu frayes avec l'engeance la plus vile.
- Je sais, je ne m'en vante pas. Toujours est-il qu'ils ont tenu à recourir à une application *ad hoc*, Tricount pour ne pas la nommer, arguant que l'utiliser permettrait, je cite ces pragmatiques non-juristes, de « minimiser les flux ».
- Passionnant...
- N'est-il pas ? Et en effet après de longues tractations je me suis résolu à l'utiliser, l'application tient bien ses promesses. Imagine que nous étions trois, Pierre, Paul et Jacques, Pierre avançant 100 euros de frais de courses et Paul 300 euros de frais de logement, Jacques n'avançant rien.
- Et bien c'est simple, Paul et Jacques doivent 33 euros chacun à Pierre et Pierre et Jacques doivent chacun 100 euros à Paul. Chacun doit 133 euros pour le week-end. Si tu fais jouer la compensation, qui est normalement automatique¹. Pierre ne paiera que 66 euros à Paul [Schéma n° 1 : cas « classique »].
- Oui et nous aurons alors trois « flux », quatre si tu ne prends pas en compte la compensation. Trois obligations de payer si tu n'aimes pas le mot « flux ». Maintenant, rentrons ces données dans l'application : elle nous indique que « Jacques paye à Paul 133 euros » et que « Pierre paye à Paul 33 euros ». L'application tient ses promesses, de trois « flux », nous sommes passés à deux [Schéma n° 2 : méthode proposée par l'application].
- Et le compte est bon ?
- Oui, Paul a payé 300 euros, il en récupère 133 de Jacques et 33 de Pierre, donc 166, il aura donc bien payé son séjour 133 euros. Pierre a payé 100 euros, il en verse de surcroît 33 à Paul, son séjour lui aura donc aussi coûté 133 euros. Jacques a quant à lui versé 133 euros à Paul, son séjour lui aura coûté la même somme que les autres, les comptes sont bons. Tu m'épargneras les arrondis.
- Tout cela pour au final s'économiser un paiement.
- En réalité cela se complexifie bien plus, si l'on prend un exemple similaire avec quatre participants et trois dépenses, Jean qui a payé 50 euros d'essence par exemple, la méthode classique nous impose neuf « flux » [Schéma n° 3 : méthode « classique »], six si l'on prend en compte la compensation [Schéma n° 4 : avec compensation], le recours à l'application Tricount permet de réduire cela à trois « flux » [Schéma n° 5 : méthode proposée par l'application]. Imagine s'il y a dix personnes !
- Où veux-tu en venir ? Tu sais fort bien qu'en bon juriste j'arrête de suivre dès lors que je vois des nombres apparaître.
- C'est justement cela, qu'est ce que cette application opère ? Quelle opération nous dit-elle d'effectuer ?
- Rien du tout, elle indique juste comment « minimiser les flux » comme tu dis, tu es libre ou non de suivre lesdites indications, ça n'a pas pour effet de modifier les obligations nées antérieurement.
- Je suis bien d'accord mais si on suit ces indications ? Si l'on est moutonnier ?
- Et bien ça dépend je suppose.
- Oui ça dépend de ce que cela opère, en vérité il n'y a pas à chercher très loin, point ici de compensation multilatérale, *close out netting* et autres opérations impies, conçues seulement pour torturer le juriste égaré chez les financiers.
- Tu m'en vois soulagé.
- Et oui au final, c'est de la bonne vieille compensation et de la très rassurante délégation. Si tu analyses bien, dans la relation à quatre parties Pierre délègue Jean de payer à Paul sa dette, il fait de même envers Jacques [Schéma n° 6 : étape intermédiaire]. Il ne reste plus qu'à Jean de déléguer Jacques de payer sa

1. Sur ce sujet, voir A. Collin, « Du caractère volontaire du déclenchement de la compensation », *RTD Civ.* 2010 p. 229.

dette envers lui à Paul pour retomber sur l'hypothèse proposée par l'application.

- Tu es en train de me dire ?
- Qu'au final une application à faire de la délégation et de la compensation nous est proposée : si ce n'est pas de la réconciliation entre anciens et modernes je ne sais pas ce que c'est.
- Ou qu'au final on n'a pas fait mieux que depuis 1804.
- C'est encore une meilleure manière de voir, je te propose d'aller boire un godet en s'accordant sur le fait que le droit, c'était mieux avant.
- Enfin une parole sensée qui réchauffe mon cœur de juriste !

Schéma n° 1 : cas « classique »

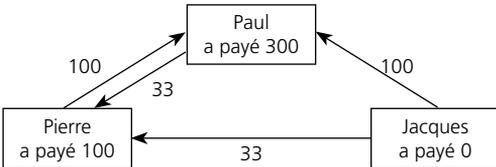


Schéma n° 2 : méthode proposée par l'application

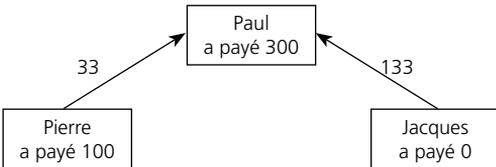


Schéma n° 3 : méthode « classique »

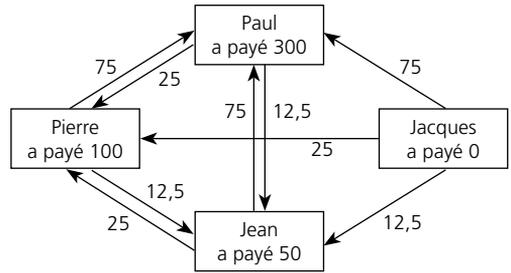


Schéma n° 4 : avec compensation

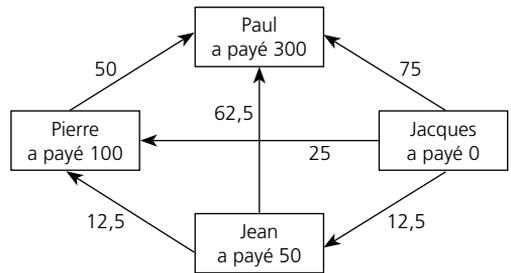


Schéma n° 5 : méthode proposée par l'application

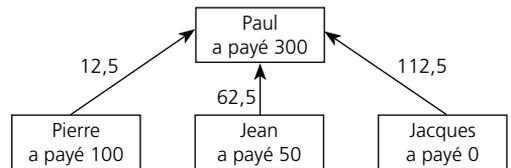
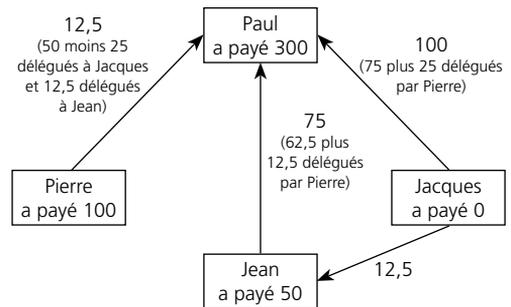


Schéma n° 6 : étape intermédiaire



Dans la même ligne...

Nathan Allix

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Si l'excès du droit est un mal parfois dénoncé dans notre société, conduisant alors à souhaiter son retrait de certains domaines, c'est surtout pour ceux qui l'étudient que l'excès peut être préjudiciable, pouvant les conduire, à se poser des questions à l'utilité tant théorique que pratique... discutable. À l'occasion de travaux dirigés, d'un trajet, d'une discussion lors d'une pause, il arrive que l'esprit déraile et, peut-être pour sortir du train-train habituel, s'égare sur des rails à la destination incertaine. D'un de ces Raisonnements Abscons, Trop Philosophiques parfois, il peut, de façon surprenante, ressortir des idées nouvelles et brillantes. Que le lecteur soit prévenu, tel n'est pas le cas dans cet article. Une fois mis au courant, le lecteur, s'il s'y **perd**, **n'est-il** pas seul responsable ?

Cessons de retarder la présentation du sujet. C'est à l'occasion d'une discussion que la question survint : que fait-on lorsqu'on achète un ticket de métro ? Malgré les termes employés pour décrire la **convention**, il semble **bienvenu** d'immédiatement rappeler qu'il ne saurait s'agir d'une vente. Le contrat ne visant pas à transférer la propriété d'un bien moyennant le paiement d'une somme d'argent, la qualification se révèle immédiatement **invalidé**. La question ne semble pas bien complexe : l'une des parties paie une somme d'argent, l'autre assure une prestation de transport, il s'agit manifestement du contrat éponyme. **Bonne nouvelle**, cette contribution, fruit d'une réflexion stérile et véritable **fillette du calvaire** ne retiendra pas plus longtemps le lecteur qui peut continuer de parcourir ce numéro, jusque-là si **plaisant**, **ce** qui est d'ailleurs tout ce qui l'a conduit à poursuivre jusqu'ici dans la voie de cette contribution.

Pas si vite ! De même qu'il **n'est de gare qui n'ait** à Paris son métro, il est bien rare qu'une question juridique soit aussi **simple**, **on** le sait bien. Si le ticket de métro ne fait pas partie des sujets qui peuvent plonger le juriste dans les affres du doute et de l'angoisse, qui le **rivent au lit** au milieu de la nuit, il présente ses difficultés. Elles résident principalement dans la **liberté** avec laquelle un ticket de métro peut circuler, par sa

seule remise à un tiers. Malgré les efforts de l'auteur, qui précise au passage que cet article ne vise nullement à ce qu'on lui **colle un cours** de droit des transports, pour intéresser, la question semble encore bien **terne**. « Mais voyons **mon sot** », avez-vous sans doute envie de lui dire, « ce n'est pas bien méchant » : il s'agit là simplement cession de la créance par celui qui en était titulaire ! On aurait beau jeu et **bel air** de répondre ainsi, mais un **lourd mélange** de doute et d'insatisfaction demeure alors. Aussi, pour jeter **mon galet** dans la mare, dois-je faire remarquer que la réforme du droit des obligations qu'**opéra**, pour le rappeler au lecteur qui prendrait le train en marche, l'ordonnance du 10 février 2016 impose dans les cessions de créance l'écrit à peine de nullité. S'il y a cession de créance, son transport ne saurait être commun. Le ticket de métro incorpore-t-il alors la créance, rapprochant ce papier si anodin de la technicité du droit cambiaire ?

On objectera sans mal à l'auteur de ces lignes qu'il enfume, qu'il se perd dans des poussières de réflexions et que dans une revue, d'idée, et non de **sable**, **on** a besoin. Il l'admettra sans mal. Pour sa **défense**, il ouvrira une dernière piste. Le ticket est généralement présenté comme un titre probatoire du paiement. Or il ne suffit pas d'avoir acquis ce titre pour pouvoir circuler, il faut l'avoir composté. Dès lors, n'est-ce pas à ce moment que s'opère réellement le paiement ? Ainsi, l'achat du ticket reviendrait en réalité à acquérir un moyen spécifique du paiement du contrat de transport.

Devant la vacuité des idées avancées, il est temps que ces lignes trouvent une fin. Le droit c'est bien, métro c'est trop. Que le lecteur se rassure, il voit le bout du tunnel. Les ténèbres des propos de l'auteur peuvent se dissiper telle la nuit laissant place à une **aube en tons clairs**, colorant le **jour d'un rouge magenta**. Sans doute après la lecture de ces propos ineptes se dira-t-il, éprouvé et épuisé, « il faut que je **dorme, moi** ». Il a bien raison : métro, boulot dodo !

Medley

Clément Colas
Philippe Morange
Antoine Touzain

Doctorants, chargés d'enseignements,
Université Panthéon-Assas (Paris II)

Suite à son décès en décembre dernier, des versions alternatives de certains textes déclamés par Jean-Philippe Smet¹ ont été découvertes et sont diffusées en exclusivité pour la Revue de droit d'Assas.

Pour toi l'année va commencer.
En revenant dans ces amphis,
Là où le café et les bancs,
Là où tes amis, les fainéants,
Ont gardé ton cœur d'étudiant.

Pour toi l'année va commencer,
Et l'an passé sort de l'oubli.
Foulant le sol de cet amphitheâtre,
Buchant courbé sur ton ordi,
Pour toi l'année va commencer...

Paris 2
Tu brûles mon esprit, ton amour étrangle ma vie
Et l'enfer, devient comme un espoir
Car dans tes salles je meurs chaque soir
Je veux rêver d'autre chose que de crédit dans
mon lit
Et vivre ma vie sans seulement noircir des copies
Oh, dis-moi ce que je dois faire ?
Je ne serai plus l'esclave de cette chaire.

Une heure et demie sans voir le jour,
c'était ma peine, forçat de mon cours
Grand deux grand B ? En dix minutes ? Oui !
Ça passe.
Je truffe mes copies de calembours, d'ironies
glacées et d'humour.
Car j'ai refusé, mourir d'ennui en TD...

Je te promets des 16 écrits au stylo rouge,
Je te promets qu'par contre il faudra que
tu t'bouges,
Je n'te promets pas d'nuits sur des disserts
louches.

Je te promets que ce TD s'ra pas
une escarmouche.

Je te promets que tu peux sécher toutes
tes larmes,
Se planter au galop c'est vraiment pas
un drame,
Quelle idée après tout ces impasses sur
l'programme,
Il reste l'interro pour raviver la flamme...

Annoter encore une page,
Se dire que c'est très chronophage
Compter les cernes sur son visage.
Le génie est resté dans sa cage.

À lire les copies qui s'enchaînent.
Sentir en moi monter la haine.
Celui-ci s'est pris pour Mazard®,
Mais à le lire je reste hagard.

C'était sans doute accidentel,
Cette copie, indigeste,
Être si mauvais, c'est criminel
Mais pas de détour, oui pour

Aligner les deux, aligner les deux,
C'est pas qu'j'aime ça, mais t'aurais pu
faire mieux
Aligner les deux, aligner les deux,
Et espérer qu'la prochaine soit mieux,
Aligner les deux.

Quand une copie m'emballe,
Qu'elle est bien structurée,
Et bien argumentée
Je me prends à rêver.

1. Pour moi la vie va commencer, 1963; Gabrielle, 1976; Je te promets, 1986; Allumer le feu, 1998; Que je t'aime, 1969; Un jour l'amour te trouvera, 2013; Elle m'oublie, 1976; Retiens la nuit, 1962; Requiem pour un fou, 1976; Poème sur la septième, 1970; Le bon temps du rock and'roll, 1979; Le pénitencier, 1979.

De l'ombre à la lumière,
 Cette copie vaut de l'or
 De la doctrine, des idées,
 Et un plan de major.

Que je l'aime, que je l'aime, que je l'aime
 Que je l'aime, que le l'aime, que je l'aime.

Quand la note se fait douce,
 Qu'enfin tombe l'armure,
 Qu'ils sont si loin ces deux,
 La mention se fait sûre.

Quand l'étudiant écrit bien,
 Je vois le Nirvana.
 J'allais sauter du pont,
 Tu m'as rendu la foi...

Que je l'aime, que je l'aime, que je l'aime
 Que je l'aime, que le l'aime, que je l'aime.

Ce matin le courage te manque,
 Tu fuis en cachant le GAJA,
 Peu importe où tu le planques :
 Un jour le droit te trouvera...

À l'heure qu'il est, elle sait qu'il est déjà trop tard
 Réviser 200 pages prend pas une heure et quart,
 Et sur les successions, sur les règles de l'art,
 Elle fait défiler les pages, et perd la mémoire
 Elle oublie, elle oublie, elle oublie...

Retiens la nuit,
 Il ne reste plus que trois sections immondes
 Retiens la nuit
 Cet oral, ce n'est pas la fin du monde

Concentre-toi fort
 Tu s'ras major
 Il faut qu'pour neuf heures c'soit fini
 Connais ton cours
 Quand viendra l'jour
 Retiens la nuit...

« Je vous préviens, n'approchez pas
 Ni d'a priori ni d'a contrario
 Je tue celui qui fait un pas
 Je ferai pas comme au galop

Arrêtez tous ces professeurs
 Et bloquez ces chargés d'TD
 Non, je ne veux pas rédiger
 D'partiel !

Je ne veux pas passer trois heures
 À ne pas réussir à comprendre
 Cet arrêt d'arrêt de malheur
 Qui montre que j'ai rien à rendre
 Puisque j'ai pas assez dormi
 Sachez qu'j'ai pas approfondi
 À quoi bon rendre ma copie
 D'partiel ?

J'connaissais qu'un bout,
 Un bout du cours,
 Et là ça m'rend fou
 Je n'fais qu'tourner autour...

Moi, j'ai tiré
 Toutes mes cartouches,
 Pour ce semestre,
 C'est mort, c'est mort ! »

Qui a écrit sur cette copie ?
 Elle a du être très belle...
 Est-ce que son papier était blanc ?

J'en ai assez de lire dans les copies,
 Les mêmes fautes et les mêmes co*****
 J'ai envie de jeter ces disserts au sol
 Et de m'servir un aut'verre d'éthanol.

J'ai une indigestion de mélo
 Toutes ces erreurs qui m'tapent sur les nerfs
 Aubry et Rau j'en ai vraiment ras le bol
 J'ai toujours secrètement aimé Planiol.

Les portes de l'Université
 Bientôt vont se refermer,
 Pendant un an c'était ma vie,
 Ca n'm'a pas refroidi !

Une dernière JCP,
 Pour finir mes TD.
 Même le Dalloz, c'est terminé
 Je sens que j'vais pleurer.

N'ont pas été retenues : *Quelque chose de Motulsky; Toutes les juristes que j'aime; Cheveux longs et idées courtes; Derrière les cours; Boire c'est boire; L'idole déjeune (au Crous); Ô Geny, si tu savais; Sang pour sang (de réussite au bac); Fais pas de rattrapage pour moi; Je suis né dans la rue d'Assas; La dernière séance de TD*...*

Projet pour une année « nouvelles » !

Philippe Morange

Doctorant contractuel chargé d'enseignement

Chers lecteurs,
chères lectrices,
chers étudiants,

Avec cette nouvelle année, que nous vous souhaitons riche et heureuse, nous vous proposons de participer à un nouveau projet, dans le cadre de la *Revue de Droit d'Assas*, consistant en un concours de nouvelles ouvert à tout étudiant.

Expliquons-nous : qui n'a jamais entendu parler, s'il ne s'y est intéressé directement, du courant « droit et littérature » ? Qui n'a jamais rencontré, au détour d'une fiche de travaux dirigés ou dans les éclairages érudits de certains cours, les brefs textes que Guy de Maupassant et d'autres ont consacrés à des thèmes juridiques ?

Ce constat et, ne le cachons pas, l'intérêt que nous portons à ne pas faire perdre ses Lettres au Droit, ont fait naître l'idée d'organiser un prix de la nouvelle juridique assassienne. Chaque étudiant, de la première année de licence à la deuxième année de master, sera convié à rédiger, s'il le souhaite, un bref texte de fiction en lien avec un sujet juridique. Ces textes seront ensuite lus par les membres d'un jury qui éliront finalement le(s) vainqueur(s) dont l'œuvre sera publiée dans les colonnes de la *Revue*.

Liberté oblige, le format de l'exercice sera laissé à l'entière discrétion des rédacteurs. Seule contrainte : que la thématique de la fiction ait trait à la matière juridique, quelle que soit la façon dont elle s'y rattache – voire, pourquoi pas, aux études de droit !

Nous vous préciserons au plus vite les modalités de participation. En attendant, vous pouvez d'ores et déjà compiler vos idées ainsi que contribuer à la diffusion de ce projet imminent !

À vos plumes !

Petit deux du Grand B : une leçon de 24 heures

Introduction à un cours de droit rural¹

Nicolas Balat

Agrégé de droit privé et de sciences criminelles
Professeur à l'Université Lille II

Le droit rural : nous sommes tous concernés. Depuis les physiocrates, on savait déjà que la terre est une source essentielle de richesses. Mais la ruralité ferait désormais partie du patrimoine culturel de l'ensemble des Français, rien de moins ! Un article du code rural et de la pêche maritime affirme d'ailleurs que « les espaces, ressources et milieu naturel, les sites et les paysages, [...] la diversité et les équilibres biologiques font partie du patrimoine commun de la Nation ». Au fond, c'est de l'âme historique de la France qu'il s'agit tant, de George Sand à Giono en passant par les glaneuses de Millet, notre enracinement passe par la terre, par ses *champs* ; par ses *sources*...

Cette France rurale existe toujours. Diminuée et modernisée, les géographes la disent désormais « périphérique » ou « périurbaine » quand les politologues s'inquiètent qu'elle soit « oubliée » ou « délaissée ». La ruralité semble parfois méprisée. La littérature, déjà, en donnait un aperçu éloquent au XIX^e siècle. Vol, rapines, prostitution... Voilà, selon Balzac ou Maupas-

sant, l'ignoble quotidien des *Paysans*, êtres cupides, frustes et immoraux. Et il n'est jusqu'à Zola pour dresser pareil constat sordide de la paysannerie. Dans *La Terre*, une houleuse donation entre vifs est prétexte à la déchéance d'une famille d'agriculteurs.

De telles *représentations* ont le cuir solide et la peau dure ! Le regard sur le monde rural n'a rien perdu en sévérité : les critiques se sont juste adaptées à l'air du temps. Cette vision injuste du monde agricole pourrait expliquer le traditionnel petit nombre d'étudiants à choisir la matière. Ne faut-il pas voir dans ce phénomène le fruit de l'urbanisation accélérée du dernier siècle ? Ce phénomène a privé la ruralité de l'essentiel de son espace et de ses forces vives.

L'agriculture semble l'héritage d'une époque antédiluviennne. Un sujet désuet, dépassé, d'arrière-garde. Les statistiques sont, il est vrai, éloquentes. En un demi-siècle, la France a perdu plus de trois millions d'agriculteurs ; sur les vingt dernières années, le nombre d'exploitations agricoles a été divisé par deux. Il n'en demeure que

1. Cet article constitue le support écrit d'une leçon « en préparation libre » (dite leçon de 24 h) présentée oralement le 19 avril 2017 à l'occasion du concours d'agrégation de droit privé et de sciences criminelles 2016-2017. Le texte publié est celui prononcé ; conformément aux canons du genre, il ne comporte pas de références bibliographiques apparentes. Sa publication n'a d'autre objet que de remercier les co-auteurs, à qui le signataire doit sa réussite : Antoine Touzain (chef d'équipe), Nathan Allix, Jean-Baptiste Barbière, Maxime Brenaut, Étienne Casimir, Maximin de Fontmichel, Julie Gomez-Balat, Rebecca Legendre, Vincent Roulet, Farah Safi et Gabriel Sebban. Merci également à tous ceux qui ont accepté de contribuer à distance, et tout particulièrement à Hani Feghali et à Louis-Marie Schmit, ainsi qu'à Julie pour l'orchestration parfaite de la leçon. Merci, aussi, aux auteurs dont les contributions publiées nous ont aidés sans qu'ils le sachent, et notamment à B. Grimonprez (« L'enseignement du droit rural au XXI^e siècle », in *Entre les ordres juridiques, Mélanges F. Hervouët*, LGDJ, 2015, p. 585 s.). Cet article vaut reconnaissance de dette éternelle à l'égard des personnes précitées. Les erreurs qui demeurent sont l'œuvre exclusive du signataire.

500 000. L'exode rural a bien eu lieu et avec lui la désertification qui se vérifie jusque dans nos amphithéâtres de droit rural : adieu veau, vache, cochon, couvée ! Le désintérêt pour le droit rural se double hélas d'une rareté des études comparatistes. Cela ne surprendra guère à l'heure de l'harmonisation maximale au sein de l'Union européenne, qui tend à uniformiser le droit rural des États membres. Point de droit différent au-delà des Pyrénées !

Pourtant, dans le sillage de glorieux aînés – Ourliac, Juglart, les doyens Savatier et Carbonnier, plus récemment Lorvellec – l'on aurait raison de céder aux discrètes sirènes du droit rural. Sirènes auxquelles cèdent manifestement les praticiens de la matière, qui décrivent un droit très conflictuel aux lourds enjeux économiques, financiers et humains, ainsi qu'une forte technicité qui, de prime abord, pourrait rebuter le généraliste : fermage, cheptel, groupement foncier agricole, préemption des SAFER, warrants agricoles et autre saisie-brandon devenue saisie des récoltes sur pied, sont autant de notions dans le glossaire exigeant du droit rural.

Sur le droit rural, les définitions nous éclairent : sans surprise, est rural ce qui appartient à la campagne. L'étymologie parle d'elle-même : le latin *rus, ruris*, désigne la campagne par opposition à la ville. Et dans un emploi métonymique, l'adjectif « rural » devient synonyme d'*agricole* ou d'*agaire*. C'est sur une telle synecdoque que le droit rural aura longtemps reposé, désignant essentiellement le droit agricole – droit des agriculteurs, droit de l'agriculture. C'est le *droit des champs*, par opposition au droit des villes. Les comparatistes savent d'ailleurs qu'en Italie, en Allemagne ou en Espagne, l'équivalent du droit rural se nomme « *droit agaire* ». Et comme le relève le *Vocabulaire Capitant*, le droit rural désigne un « ensemble de règles concernant l'agriculture mais aussi la vie des personnes habitant à la campagne » ; cela comprend en plus des « dispositions applicables aux exploitations agricoles et à la profession d'agriculteur, celles relatives aux biens ruraux qui s'y rattachent ». Une telle définition continue de faire la part belle à l'agriculture. Mais elle ne s'y réduit plus, débordant sensiblement le domaine du seul droit *agricole*. Ainsi va le droit rural qui s'attache à la ruralité, c'est-à-dire à un milieu, et ce faisant accueille en son giron les gens qui y vivent et les activités qui s'y produisent.

Mais l'existence d'un tel droit rural va-t-elle seulement de soi ? Une vision bucolique, par trop lénifiante, pourrait relier abusivement ruralité et nature. Or, dans l'état de nature, point de droit : en théorie, c'est la guerre de tous contre tous qui fait rage, fût-ce pour l'accaparement des ressources naturelles... La notion de droit rural serait-elle alors un oxymore ? Non, pour peu que l'on tienne la campagne pour, au-delà de la nature, une ressource et un cadre de vie sociale où trouve à s'exprimer l'agriculture, soit un marqueur de la civilisation. Comme l'ont relevé nombre de sociologues, c'est l'agriculture qui signe la sédentarisation d'une société, son inscription dans une occupation collective de l'espace, le mariage de l'Histoire et de la Géographie. Et ce faisant, l'idée d'un droit rural n'a plus rien d'aberrante.

Ubi rus, ibi societas... ubi societas, ibi jus ! Que ce latinisme ne trompe pas : loin de l'image vieillotte qu'elle véhicule, la matière témoigne d'une *actualité* étonnante.

Une *actualité politique*, avant tout : alors que les prétendants à l'Élysée ont tous sacrifié à la tradition d'une visite au salon de l'agriculture, c'est une autre élection qui a retenu l'attention tout récemment ; la FNSEA, principal syndicat agricole, vient d'élire sa première présidente. Mais l'actualité est aussi, et avant tout, *juridique*. C'est l'un des paradoxes du droit rural. Dans l'imaginaire collectif, la ruralité évoque la longévité, la stabilité, la durée. L'heure est d'ailleurs aux commémorations. À peine célébrés les soixante-dix ans de la loi de 1946 sur les baux ruraux, nous fêtons les cinquante ans de la loi d'orientation foncière de 1967. Mais l'heure est surtout à l'*innovation*. Riche de normes multiples et sans cesse renouvelées, le droit rural n'a pas été laissé en jachère. Une innovation parmi d'autres : la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages du 8 août 2016 a créé des obligations réelles environnementales intéressantes au premier chef les agriculteurs.

Le droit rural mérite-t-il pour autant un *enseignement spécifique* ? Ne pourrait-il se contenter d'illustrer les cours les plus classiques : le droit des biens, le droit des contrats, le droit commercial ? Assurément, non. Rétif à se fondre dans le droit commun, le droit rural exprime une originalité qui donne sa légitimité à son enseignement. Formellement, cette originalité s'illustre avant tout par un code dédié et par l'existence d'une

juridiction propre, le tribunal paritaire des baux ruraux.

S'y ajoute un renouvellement continu des enjeux de la matière. De la pasteurisation du vin sous Napoléon III aux organismes génétiquement modifiés, des engrais chimiques aux robots d'assistance au maraichage, l'agriculture toujours s'adapte aux progrès techniques, et le droit rural avec elle. Mais la fascination pour le progrès scientifique ne doit pas éclipser la part considérable d'*interventionnisme étatique*, et la *surproduction normative* qui l'accompagne. Ce faisant, le droit rural, loin d'illustrer une branche sèche du droit proche de la désuétude, manifeste encore sa vitalité jusqu'à refléter les maux du droit actuel.

Ces enjeux, le législateur lui-même leur prête une importance capitale. Il qualifie ainsi l'agriculture d'« activité essentielle pour l'économie et les équilibres territoriaux et sociaux de la nation ». C'est dire si l'agriculture mérite une protection juridique particulière. Longtemps, on inclina au jeu du droit civil issu de l'œuvre napoléonienne mais il fallut se rendre à l'évidence : cette machine à hacher le sol avait des effets pernicieux. Germa alors l'idée d'un droit dérogoire et protecteur de l'intégrité des exploitations dans la durée.

Le droit rural visait alors à perpétuer le modèle familial de l'agriculture, qui non seulement permettait de procurer, par la descendance, la main-d'œuvre agricole nécessaire, mais de surcroît assurait la pérennité des exploitations *via* des règles successorales propres. C'était il y a près d'un siècle. Mais l'exode rural autant que le malthusianisme démographique ont déjà rendu caduc ce motif de protection : lorsque les paysans ont fait des enfants, ils sont massivement partis pour la ville.

L'agriculture, elle, demeurait nécessaire, et méritait toujours d'être protégée. Aussi, et sans surprise, ce n'est pas la protection qui a disparu, mais sa raison d'être qui a changé. La ruralité n'a guère échappé, au milieu du xx^e siècle, à l'État-providence. Ripert le déplorait : les agriculteurs « appellent l'État à leur secours. On lui demande de régler la vente des engrais, celle des animaux », « celle du blé et du vin ».

C'était après le dernier conflit mondial : il fallait nourrir à nouveau la population affamée, refaire de la France un grenier – fût-ce au sein d'une politique concertée entre les États européens. Rien de surprenant, dès lors, à ce que le

droit de l'Union ait mis en œuvre, dès 1957, une « politique agricole commune », à grand renfort de subventions. Ces mesures, censées protéger la ruralité, l'ont en réalité révolutionnée, l'orientant à marche forcée vers la surproduction et la mécanisation. Puis ce productivisme, économiquement néfaste, entraîna de nouveaux carcans juridiques – et notamment les fameux quotas, désormais « droits de produire », instaurés dès 1984.

Ce changement de cap illustre le renouvellement continu des fins du droit rural, renouvellement encore accéléré avec la prise en compte désormais incontournable des impératifs environnementaux et agro-alimentaires. Certains y verront la fin d'un cycle et la mutation du droit rural en un droit agro-écologique. C'est dire, pour l'auteur des normes rurales, l'importance des finalités de cette branche du droit, qui en dessinent les contours et en conditionnent le domaine. Irrigué de toutes parts, désormais, par des normes multiples, le terrain du droit rural voit sa surface fluctuer, son bornage constamment révisé.

Aussi, afin d'étudier plus avant le droit rural, il faut maîtriser son champ, en premier lieu, et ses sources, en deuxième lieu, d'où l'on récoltera comme au cadastre – une fois n'est pas coutume ! – un plan d'étude, en troisième lieu.

Le champ, en premier lieu.

Les sources, en deuxième lieu.

Le plan, en troisième lieu.

I. En premier lieu, le champ du droit rural

Étudier le champ du droit rural, c'est, d'une part, retracer l'émergence de la matière et, d'autre part, constater que sa spécificité aide à mieux tracer ce champ.

A. D'une part, l'émergence du droit rural

Elle fut tardive mais vive.

Ce fut d'abord la naissance de ce droit concentré sur la production agricole ; ce fut ensuite le déplacement de son critère d'application de la seule production vers l'ensemble des circuits d'alimentation.

D'abord, la naissance du droit rural.

Contrairement aux premières apparences, son histoire en tant que matière est récente. Un

décret de 1791, unique texte révolutionnaire propre à l'agriculture, ne contenait que quelques mesures de police. Et le code de 1804 s'est saisi de la chose rurale, peignant *rivières* et des *alluvions*, *taillis* et *futaies*, parlant des *chevaux* et des *lapins de garennes*. Il évoqua le *miel*, le *vin* et l'*huile*. Et il fixa, dans ses articles 1763 et suivants, « les règles particulières des baux à fermes ». Le code civil a pourvu aux besoins du monde agricole durant cent cinquante ans, mais par petites touches, sans qu'on puisse encore parler d'un droit rural.

La germination débuta dès les années 1920. Elle se prolongea durant la deuxième guerre mondiale. On publia la loi sur le crédit mutuel et la coopération agricole en 1920, on créa en 1939 le « contrat de travail à salaire différé ». Puis en 1941 et en 1943, vint la loi sur le remembrement, celle créant les tribunaux paritaires des baux ruraux et celle instituant le statut du fermage. À la Libération, en vue de l'amélioration de la production, le législateur consolida, enrichit l'existant. Le premier code rural fut créé par décret en 1955 à la suite de la loi du 12 mars 1953. Le traité de Rome fut signé et déploya la politique agricole commune. Les décennies passant, les populations aspirèrent aussi à la « conservation » des territoires et des cultures rurales.

La loi d'avenir pour l'agriculture du 13 octobre 2014 est un signe de cette évolution. Elle doit, selon les pouvoirs publics, « permettre la mise en œuvre concrète de l'agro-écologie dans l'objectif d'une performance à la fois économique, environnementale et sociale ». Ainsi s'élargit le droit rural, après être né des réformes du xx^e siècle.

C'est dire qu'ensuite, le critère du droit rural témoigne que celui-ci ne se cantonne pas, ne se cantonne plus, à l'activité agricole. Son cœur certes, reste celle-ci, définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime.

Est *par nature* une activité agricole celle « correspondant à la maîtrise et l'exploitation d'un cycle biologique de caractère végétal ou animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle ». Est *également* une activité agricole, par extension, celle, exercée par un exploitant agricole, qui est « dans le prolongement de l'acte de production ou qui a pour support l'exploitation ». Et de la même façon que le commerçant est celui qui exerce

une activité commerciale, le code rural désigne comme exploitant agricole... celui qui exerce une activité agricole. La réunion de l'activité et de la personne physique qui l'exerce aurait pu donner lieu à la reconnaissance d'une « entreprise » ; plus modeste, le code préfère viser, en son article L. 311-3, le « fonds agricole ».

L'activité agricole rayonne, mais le droit rural n'est plus un droit exclusivement consacré à celle-ci ; il la dépasse. Entre autres : « assurer à la population l'accès à une alimentation suffisante, sûre, saine diversifiée et en qualité suffisante », « développer des filières de production et de transformation », « soutenir la recherche, l'innovation et le développement ».

Et le code rural et de la pêche maritime connaît aussi du décor de cette activité et régit « l'aménagement et l'équipement de l'espace rural » ; il connaît des acteurs ; il connaît de l'œuvre, la production alimentaire, lorsque celle-ci est encore en germe, sur pieds ou sur pattes, ou lorsqu'elle fait l'objet d'une commercialisation. Désormais, ce n'est plus seulement une activité de production qu'encadre le code rural mais un cycle de consommation.

Au demeurant, le code, en son article L. 1 introduit en 2014, s'ouvre par ces mots : « la politique en faveur de l'agriculture et de l'alimentation... ». Voilà qui explique que le droit rural déborde de son lit traditionnel et recouvre aujourd'hui, non seulement des activités voisines, telle la « pêche maritime », mais encore tous les aspects – économique, sociaux, environnementaux, sanitaires, scientifiques – du circuit alimentaire. Parvenir à la réalisation de tant d'objectifs impliquait l'élaboration d'un droit spécifiquement consacré à ces questions. Le droit rural est ainsi marqué par sa spécificité.

B. D'autre part, la spécificité

Si le champ du droit rural justifie son émergence, c'est qu'il est possible de relever une vraie spécificité à son endroit. C'est d'ailleurs cette spécificité qui rend nécessaire son existence, et par conséquent, on l'a vu, son enseignement. Pour autant, ces considérations ne font pas du droit rural un droit autonome. Tout en étant spécial, le droit rural demeure dépendant d'autres disciplines. La matière invite à jongler entre énoncé de règles propres et rattachement aux matières mieux connues. La spécificité du droit rural découle alors de son double visage. C'est un

droit spécial, tout d'abord, et un droit dépendant, ensuite.

Tout d'abord, le droit rural est un droit spécial, composé de règles propres, destinées à assurer la protection de l'agriculteur et de son activité.

Quant à la *protection de l'agriculteur*, elle est notamment assurée par des règles spéciales en droit social. Cela apparaît dans le régime de sécurité sociale propre aux agriculteurs : l'existence d'un réseau des caisses de mutualité sociale agricole est ainsi justifiée, malgré la grande proximité avec le régime de droit commun. En témoigne également la présence du tribunal paritaire des baux ruraux, juridiction échelonale composée d'un magistrat et de quatre assesseurs preneurs et bailleurs, et dédiée à l'activité agricole.

Quant à la *protection de l'activité*, elle se trouve justifiée par la volonté de préserver l'agriculteur comme professionnel. On limitera ainsi fortement le droit de propriété des uns, dans l'intérêt de l'agriculteur. En témoigne par exemple la possibilité de démembrement durablement les utilités attachées à la propriété dans l'intérêt de l'usager, comme dans le bail emphytéotique, ou encore dans le fermage régi par les articles L. 411-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime, qui doivent être concédés pour une durée relativement longue.

À ce sujet, le législateur a même ressenti, en matière de cession de bail rural, le besoin de compléter les sanctions civiles traditionnelles par une sanction pénale. Il punit toute personne qui dissimule, sous apparence de vente de meuble, une cession à titre onéreux de bail rural, cession contre toute attente interdite. Cession interdite : c'est là un signe de plus de la spécificité du droit rural ; la cession du bail n'est-elle pas favorisée dans le code civil ? Elle est pourtant interdite en matière rurale. Et cette spécificité se comprend très bien, puisque les contrats ruraux ne sont pas des contrats comme les autres : une exploitation agricole ne se loue pas comme un appartement ou une boutique d'un centre commercial ! Le souci de protection de l'agriculteur ne s'arrête pas là. La spécificité du droit rural a même poussé le législateur à priver l'agriculteur ou son conjoint exploitant tous deux une exploitation agricole du droit de disposer du bail sans le consentement de l'autre.

Outre la protection du professionnel, la spécificité de l'activité de l'agriculteur est également justifiée par une volonté de protéger la profession dans son ensemble. La nature de l'activité agricole justifie ainsi l'adaptation du contrat de travail, ce qui se traduit par un degré de tolérance spécifique, comme l'illustre le contrat-vendange. Il s'agit d'un type particulier de contrat à durée déterminée saisonnier d'un mois. Ce contrat permet aux viticulteurs de recruter un salarié pour les préparatifs et la réalisation des vendanges. De même, se développent, en marge des contrats de travail, des pratiques spécifiques, telles le « *woofing* ». Cette pratique, qui ne suppose théoriquement aucune subordination, qui relèverait davantage du partage que du travail, met en relation des agriculteurs et des volontaires, pendant de courtes périodes, pour participer aux vendanges et aux récoltes, moyennant hébergement.

La protection de la profession se traduit également par la protection de la terre. Il s'agit d'éviter son morcellement et son dépérissement. À ce titre, est prévu un droit de préemption des sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), qui favorise notamment l'installation et la réinstallation des agriculteurs, et conserve les exploitations existantes. De même, l'attribution préférentielle participe de cette logique de non-morcellement des biens, à l'inverse de ce qu'impliquent souvent les règles de droit commun du partage successoral. Et la protection s'accompagne parfois d'une *obligation* pesant sur l'agriculteur propriétaire d'entretenir et de valoriser son exploitation agricole : interdiction de lotir ou de diviser certains terrains, obligation de mettre en valeur des terres incultes ou manifestement sous-exploitées, ou encore procédures d'échanges d'immeubles ruraux. Mais il ne faut pas s'y tromper. Le droit rural est un droit spécial.

Pour autant, il n'en demeure pas moins ensuite, un droit dépendant. Cette dépendance est tout à la fois classique et moderne.

Elle est classique, en ce que, né dans le giron du droit civil, le droit rural n'a pas totalement coupé le cordon. Aujourd'hui encore, le droit civil trouve à s'appliquer, comme l'illustre la renégociation en matière contractuelle. Certes, des règles spécifiques, notamment un récent article du code de commerce, régissent les ventes de matière agricole ou alimentaire ; pourtant, le

nouveau régime de la révision pour imprévision reste applicable subsidiairement. Et comme l'avait montré Lorvellec, le régime des contrats spéciaux ruraux n'est finalement dérogoire au droit commun que sur certains points précis. Les contrats ruraux complètent et spécifient le droit commun des contrats.

La dépendance classique apparaît également par le lien qu'entretient le droit rural avec le droit public. C'est ainsi que le droit rural est, par tradition, un droit mixte. Ce qui n'est pas surprenant : la volonté d'encadrer l'activité rurale justifie en effet les diverses interventions étatiques. C'est le cas par exemple en matière de délivrance du congé donné pour reprise d'activité dans le cadre d'un bail rural, l'autorisation du préfet étant un préalable nécessaire à la reprise. Le lien du droit rural avec son *ministère* dédié est en outre à signaler à ce titre, de même que le rôle de la direction départementale des territoires. Le droit rural est encore, classiquement, dépendant du droit fiscal, s'agissant de la détermination des revenus imposables, la liste des bénéficiaires de l'exploitation agricole prévue à l'article 63 du code général des impôts s'élargissant à toutes ses sources de richesses.

On le voit : des dépendances classiques sont à l'œuvre. Mais le droit rural, en raison de son expansion, est confronté aujourd'hui à de nouvelles sujétions. Apparaissent ainsi des dépendances modernes.

Le phénomène s'observe en droit des affaires. Si agriculteur et commerçant sont des figures distinctes, on observe leur rapprochement. Par transposition : l'EARL répond à l'EURL ; les entreprises commerciales et agricoles en difficulté sont appréhendées de façon similaire. Et la technique sociétaire imprègne le droit rural : GFA, GAEC, autant de sigles spécifiques qui en constituent des illustrations. Le rapprochement peut aussi se faire par inspiration. Le fonds agricole rappelle le fonds de commerce ; à l'inscription au RCS répond l'inscription au registre de l'agriculture ; les chambres d'agriculture sont le miroir des chambres de commerce. On le voit : l'agriculture se rapproche du commerce, et le droit rural du droit commercial, au point que certains y voient parfois des liaisons dangereuses. Et le code de la consommation ne s'y est pas trompé, qui classe évidemment l'agriculteur, comme le commerçant, parmi les professionnels.

Au-delà, avec l'apparition du droit de l'environnement se crée une nouvelle dépendance. Nouvelle matière, nouvelles frontières : il apparaît nécessaire de protéger l'environnement, parfois même contre la logique classique du droit rural. Les nouvelles obligations réelles environnementales illustrent cette idée de limitation des risques de l'exploitation. Par ce mécanisme, le propriétaire d'un bien immobilier conclut avec une personne publique, ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement, un contrat créant des obligations environnementales à sa charge. Ces obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration de la biodiversité ou de fonctions écologiques, et participent de l'enrichissement, du renouvellement de la spécificité du droit rural.

La dépendance à de nouvelles matières paraît trouver son point d'orgue avec le droit de l'Union européenne. Mais ce droit, dans sa tendance totalisante, va plus loin. Le droit rural ne dépend plus seulement du droit de l'Union. Il en découle. Mais c'est déjà envisager, en deuxième lieu, les *sources*.

II. En deuxième lieu, les sources du droit rural

Le droit rural, à l'instar de nombreux droits modernes, se caractérise par un éclatement, une dispersion de ses sources. Loin d'être une matière ancienne, moribonde ou renfermée sur elle-même, elle reflète mieux que toute autre cette profusion des sources caractéristique du droit contemporain. Reflet d'un droit à la dérive ou d'un droit qui voudrait tout prévoir ? Reflet d'un droit malade, ou d'un droit vivant, en perpétuel mouvement, qui s'adapte aux nouveaux enjeux environnementaux, humains, technologiques ? Chacun en jugera. Toujours est-il que les sources du droit rural sont multiples et révèlent de nombreuses tensions : classicisme contre modernité, national contre international, dirigisme contre libéralisme. Pour le constater, on étudiera, d'une part les sources formelles, et d'autre part, les sources informelles.

A. Les sources formelles, d'une part

Les sources formelles qui irriguent le droit rural sont d'abord internationales, en particulier européennes, et ensuite internes.

Sur le plan international, tout d'abord, le droit européen constitue un passage obligé de la discipline.

Il serait, en effet, aujourd'hui impossible de présenter le droit rural sans montrer qu'il résulte, en majeure partie, de la politique agricole commune et sort bouleversé de chacune de ses grandes réformes. Instaurée, en 1957, par le traité de Rome, entrée en vigueur dès 1962, la « PAC » est la plus ancienne et l'une des plus importantes politiques communes de l'Union européenne. Ses réformes successives, dont la dernière en 2013, témoignent de l'évolution des enjeux de la matière. Cinq objectifs avaient originellement été assignés à la PAC par l'article 33, devenu 39, du traité fondateur : productivité, niveau de vie des agriculteurs, stabilisation des marchés, sécurité des approvisionnements, prix raisonnables à la consommation. La dernière réforme du 23 juin 2013 instituée pour l'horizon 2014 à 2020, met l'accent sur la protection de l'environnement par le développement de pratiques agricoles plus écologiques, sur les enjeux sanitaires et alimentaires, et sur une répartition plus juste des aides directes entre les agriculteurs. Dans cette perspective, la PAC, en véritable mutation écologique, se veut « plus verte », en conditionnant désormais le versement d'aides directes au respect de normes environnementales. Ces différents objectifs ont été réalisés par l'adoption de plusieurs règlements européens. Le règlement du 22 octobre 2007 a, par exemple, créé une Organisation commune des marchés agricoles unique témoignant d'ailleurs une volonté de simplifier le cadre juridique.

L'éparpillement des sources du droit rural ne s'arrête pas au droit de l'Union européenne. De nombreuses normes ont également été élaborées par l'Organisation mondiale du commerce. Les questions soulevées par le droit rural sont traitées dans des accords spécifiques. L'accord sur l'agriculture de 1994 constitue, à ce titre, une avancée majeure en améliorant l'accès aux marchés et en allouant des subventions aux agriculteurs du monde entier.

Cette profusion des sources pose inévitablement la question de leur articulation. Les États-Unis ont, par exemple, dénoncé la réglementation européenne restreignant l'importation d'OGM qu'ils jugent contraire à l'accord de l'OMC sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires.

Cet enchevêtrement des sources est d'autant plus notable que la matière est bien sûr irriguée par de nombreuses **sources internes ensuite.**

C'est peu de dire que le monde rural est régi par de *multiples* normes internes. En droit interne, les sources législatives et réglementaires se mêlent *par le code rural, et au-delà du code rural.*

Par le code : le code rural et de la pêche maritime est indiscutablement la pierre de touche du droit rural. Socle du droit rural, mais socle épais, il est (beaucoup !) plus touffu que le code civil et d'une structure qui est celle des codes modernes, qui repose sur la distinction des articles de nature législative et des articles réglementaires. Il a été achevé et promulgué en 2005, en même temps que fut abrogé l'ancien code. Et depuis une ordonnance du 6 mai 2010, ... la pêche maritime a été ajoutée à l'ouvrage. Le code en vigueur comporte neuf livres, qui couvrent toute l'étendue de la matière : « aménagement et équipement de l'espace rural » ; « exploitation agricole », ou le célèbre livre IV sur les « baux ruraux ». Qu'en est-il de la pêche maritime, qui fait l'objet du livre IX ? Traditionnellement activité commerciale, il faut bien constater que la pêche maritime semble désormais avoir intégré le giron du droit rural.

Afin que le code rural ne soit pas un code immobile, réfractaire aux évolutions du monde agricole, le législateur a développé des lois d'orientation agricoles (LOA), supports de la modification du code à intervalles réguliers.

Mais l'*arbre* du code rural ne doit pas cacher la *forêt* des autres règles. Le droit rural est loin d'être contenu tout entier dans le code éponyme. La matière est aussi inscrite dans d'autres corpus : le code civil (régime de la propriété immobilière, eaux, servitudes), le code de l'environnement (régime des cours d'eau et police de l'eau, des zones protégées, des installations classées...), le code de l'urbanisme (construction en zone agricole), ou encore le code forestier (droit de préférence relatif aux parcelles boisées)...

Et cet éclatement du droit rural, que d'aucuns pourraient regretter pour son manque d'unité, ne s'arrête pas là ! En effet les actes réglementaires – décrets et arrêtés – revêtent une importance particulière. Illustration de son caractère mixte, la maîtrise du droit rural implique la connaissance de nombreux arrêtés ministériels et préfectoraux. Que permettent ces textes ? De

donner une effectivité à la règle légale, dont la généralité peut parfois tomber faux, ici plus qu'ailleurs. Par exemple, la préemption des SAFER suppose un décret d'autorisation, mesure d'application de la faculté légale offerte à ces sociétés. La profusion des sources réglementaires s'observe encore, de manière surprenante, avec la technique du contrat-type. De quoi s'agit-il ? D'établir un modèle de convention supplétif, applicable par défaut aux contractants qui n'auraient rien stipulé. On signalera néanmoins une curiosité : alors que les contrats-types sont par nature supplétifs, le droit rural connaît plusieurs dispositions qui s'appliquent impérativement aux contrats. Le droit rural ne dénature-t-il pas ici la technique du contrat-type ?

On le voit, le droit rural est un terreau fertile à l'épanouissement des sources formelles. La loi est importante, mais se trouve concurrencée par des sources de plus en plus diverses. Et à cette concurrence par le haut s'ajoute une concurrence par le bas. La diversité se rencontre en effet encore au plan des sources informelles.

B. Les sources informelles d'autre part

Catala le disait : le droit des hommes est à leur image. Régissant un milieu uni par une culture et des valeurs qui lui sont propres, intrinsèquement lié à des activités professionnelles, le droit rural présente aussi un caractère spontané, informel. Si ce constat ne lui est pas propre, l'importance et la diversité des sources informelles en son sein retiennent l'attention. Certaines sources voient leur rayonnement faiblir, ainsi des usages, et d'autres, plus modernes, semblent s'affirmer, participant au renouveau du droit rural. L'importance des sources informelles du droit rural ne saurait alors être niée, qu'il s'agisse de la jurisprudence d'abord, des pratiques professionnelles ensuite, des volontés individuelles enfin.

D'abord, la jurisprudence.

La multiplicité des sources se manifeste ici à travers la pluralité de juridictions enrichissant le droit rural.

Juridictions du fond spécialisées, les tribunaux paritaires des baux ruraux ont une place privilégiée dans l'application concrète de la matière, et jouent un rôle important dans la construction d'un droit adapté à la diversité du territoire. Quand, dans les Ardennes, le contentieux concerne majoritairement les petites exploita-

tions, il concerne surtout les grandes, viticoles, en Champagne.

Mais cette diversité ne doit évidemment pas occulter le rôle unificateur de la Cour de cassation. La troisième chambre civile est ainsi fréquemment saisie de problématiques du droit rural, que ce soit à travers l'adaptation du statut du fermage ou la création de divers droits réels immobiliers. Droits de chasse, de pêche, ou, plus bucolique encore, droits de secondes herbes attribués aux habitants d'un village sur les marais d'une propriété privée, ou droit de pacage reconnu par un arrêt classique : Quai de l'Horloge, l'absence de *numerus clausus* des droits réels joue à plein en droit rural.

Certes, peu de grands arrêts sont à rattacher à la matière. Mais c'est tout de même le commerce d'engrais qui donne lieu à enrichissement sans cause dans l'arrêt Boudier de 1892. Et c'est un autre arrêt « Boudier », relatif au commerce d'un alcool bourguignon, qui permet l'enrichissement des règles douanières communautaires par la décision Cassis de Dijon de 1979.

Cour de cassation, Cour de justice..., et juge administratif aussi ! Ici encore, la mixité du droit rural transparait. Le 15 avril 2016, le Conseil d'État a ainsi rendu une décision *Monsanto* dans le contentieux des interdictions préfectorales d'utilisation et de commercialisation d'aliments. Le préfet avait interdit celles d'une variété de maïs. Saisi sur recours pour excès de pouvoirs, le Conseil a estimé l'interdiction non justifiée, faute, estime-t-il, de risque important pour la santé humaine ou animale ou pour l'environnement.

Cette importance du pouvoir juridictionnel ne doit pas masquer l'existence d'une autre source informelle : celle des **pratiques professionnelles** ensuite.

Le droit rural est, en effet, historiquement imprégné par les usages et coutumes locaux. Sur la place du marché, l'agriculteur et le marchand de bestiaux se frappent dans la main : la vente est conclue. Un coup de ciseaux entaille le poil de la bête pour marquer qu'elle a changé de propriétaire. Au Pays Basque, c'est la tradition des bergers sans terre. Et quel meilleur exemple de diversité que la plantation des vignes ? À quelle distance les planter de la ligne séparative ? Soixante-cinq centimètres au moins, dit-on dans le Mâconnais. Cinquante centimètres, répond-on dans le Beaujolais ! Vérité en Bourgogne, erreur

au-delà. Cette diversité des coutumes est une richesse du droit rural et participe de sa vivacité.

Et si la preuve en est facilitée grâce au travail de consolidation des chambres d'agriculture, la diversité n'empêche plus la sécurité. C'est une marque de progrès. Mais les coutumes écrites sont-elles encore des coutumes ? C'est un autre débat, et la disparition est de toute façon consommée lorsque celles-ci se trouvent absorbées dans les normes formelles.

Les usages manifestent ainsi, chemin faisant, les missions d'acteurs spécifiques. Syndicats professionnels ; centres de gestion ou d'économie rurale assistant au fonctionnement des entreprises agricoles ; organismes de défense et de gestion organisant localement les règles professionnelles ; institutions aptes à produire des normes, tel France AgriMer.

Jurisprudence, pratiques professionnelles... et **volonté individuelle enfin**, aussi étonnant que cela puisse paraître. Classiquement en effet, le droit rural est marqué du sceau de l'impérativité. L'on songe au statut du fermage, l'article L. 411-1 du code qualifiant le régime légal comme étant « d'ordre public ». Le droit rural participe essentiellement à un mouvement dirigiste.

Toutefois, la liberté contractuelle reparait via d'autres mécanismes, tel le bail emphytéotique, dont le régime est fortement supplétif. En témoigne la pratique relativement nouvelle des contrats liés à l'énergie photovoltaïque conclus entre des propriétaires agricoles et des sociétés qui souhaitent implanter des panneaux solaires : fréquemment aujourd'hui, les opérateurs seront tentés par cette figure spécifique et qui offre une séduisante liberté.

Cette diversité des sources, formelles comme informelles, implique évidemment une grande complexité du droit rural. Complexité qui rend nécessaire l'élaboration d'un plan.

III. Le plan, en troisième et dernier lieu

Le plan : si le droit rural le connaît bien comme technique de réglementation, il peut paraître plus délicat d'en découvrir un comme moyen de présentation de cette matière éclatée. Comment présenter simplement le droit rural, sans pour autant en nier la complexité ? Comment réduire à une expression simple une matière dont les frontières sont si difficiles à délimiter, n'ayant de cesse de quitter son lit ?

Le droit rural existant au-delà du code, et la législation contemporaine ne cherchant sans doute ni la construction doctrinale, ni la pédagogie, il est difficile de se cantonner au plan du code rural et de la pêche maritime.

Peut-être faut-il alors, pour approcher le droit rural de façon cohérente, revenir à ses critères d'origine.

À cet égard, la teneur de l'article L. 311-1, déjà cité, paraît pouvoir servir de guide. En effet, en définissant les activités agricoles, ce texte vient procéder par énumération de certaines activités, pour par la suite, via une sorte de clause-balai, étendre le champ du droit rural aux « activités exercées par un exploitant agricole ». Derrière cet article sur l'objet réapparaît le sujet du droit rural : l'agriculteur et ses activités, considérées largement. La tendance est ainsi à l'extension du droit rural, ayant vocation à régir toute la vie agricole.

Le plan du cours est ainsi tout trouvé. En glosant le texte, par une exégèse, en suivant cette succession d'un critère matériel et d'un critère personnel, il paraît possible de brosser un tableau du droit rural contemporain. Ainsi, après avoir présenté les activités dans une première partie, il conviendra d'étudier les acteurs dans une seconde partie.

Grand Deux

Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Qui fait la loi ?

Petit un

Qui fait la loi ?

Beaucoup trop de monde ! p. 44

Petit deux

D'une société de défiance à une société de confiance p. 48

Petit trois

Les usages p. 56

Petit quatre

La loi, en quelques maux p. 62

Petit cinq

La fabrique mafieuse de la loi p. 71

Petit six

Le procès en illégitimité : retour sur le processus d'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations p. 83

Petit sept

De l'accord à la loi : les oscillations du droit du travail p. 98

Petit huit

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi p. 103

Petit neuf

La loi du 9 juillet 1991 p. 116

Grand B

Perspectives

Contentieux administratif

Petit un

Les perspectives du contentieux administratif : le droit, rien que le droit p. 120

Petit deux

Libres-propos p. 124

Petit trois

L'économie mouvementée du procès administratif p. 132

Petit quatre

La charge judiciaire contre le juge administratif, ou comment se tromper de cible p. 139

Petit un du Grand A :

qui fait la loi ?

Beaucoup trop de monde !

Qui fait la loi ? Beaucoup trop de monde !

Nicolas Molfessis

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

1. – Qui fait la loi ? Si l'on était étudiant, en charge de composer sur le sujet, il conviendrait assurément de tenir compte de la matière d'élection pour apporter les éléments de réponse. Droit constitutionnel ? On traiterait ici de la différence entre les projets et les propositions de loi, il faudrait expliquer le bicamérisme, détailler les rôles respectifs de l'Assemblée nationale et du Sénat, exposer la procédure parlementaire, faire le départ entre le rôle des commissions et des séances publiques, etc. Qui fait la loi ?, ce serait alors affaire de séparation et de répartition des pouvoirs, et de détermination des compétences entre les différentes institutions concernées, voire de choix procédurax. Droit civil ? À l'approche organique, on ajouterait volontiers une dimension « sources du droit », tenant compte de l'influence de la coutume et de l'usage sur la loi, du dialogue entre la loi et la jurisprudence, soulignant ainsi le rôle de l'interprétation pour magnifier les effets que le temps produit sur la loi, par adaptation et sédimentation. La loi est une œuvre collective, faite d'interactions. Immanquablement, on finirait par citer Portalis : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ». Insensiblement, on glisserait alors vers une approche sociologique. Qui fait la loi ? La question contient en germe la distinction

des sources formelles et réelles, ces forces créatrices qui commandent l'œuvre législative et stimulent le droit. La loi est le réceptacle de ces forces multiples qui composent une société, ces mouvements qui luttent dans des sens différents pour que la société qui les secrète évolue dans la direction qu'ils privilégient. La loi est un bien que tentent d'accaparer et de dominer des groupes multiples, institutionnalisés ou non, un réflexe démocratique qui fait la part belle aux émotions, une œuvre de réaction, une transformation du fait en droit autant qu'une prétention de domination du droit sur les faits. De proche en proche, on pourrait vouloir ajouter une dimension historique, qui permettrait de rendre compte des différents systèmes qui se sont succédé et de leurs particularismes, loi du prince contre loi du peuple, forces obscures et secrètes contre mouvements démocratiques et publics. La question, « Qui fait la loi ? », concentre en elle des approches si plurielles que chacun pourra y trouver matière à exprimer son approche même du droit. Elle est une porte ouverte sur des horizons infinis. Elle est notre base commune.

2. – Mais on peut prêter une autre portée à la question soulevée. À la réflexion, l'interrogation est aussi une invitation à se concentrer sur l'un des principaux facteurs de la crise actuelle de la loi. Elle devient alors bilan, moment de focalisa-

tion sur notre rapport au droit, forme d'incitation à faire le point, à partir d'illustrations bien concrètes. N'insistons pas sur ce que chacun sait, juriste ou non, universitaire, praticien ou étudiant. La loi, depuis un demi-siècle est l'objet de toutes les dénonciations. Instabilité, malfaçons, inflation, perte de normativité, dépréciation, instrumentalisation, on peut multiplier les mots qui expriment tous un même phénomène. À force de trop aimer la loi, nous l'avons usée, méprisée, bafouée, dévalorisée. Parce qu'elle se veut de plus en plus une réponse à tout et pour tous, elle ne répond plus à grand-chose. Nos plus grandes institutions l'ont exprimé au point que trois rapports du Conseil d'État en un quart de siècle – et selon un rythme qui s'accélère – ont pointé l'insécurité juridique (1991), la complexité du droit (2006), la nécessaire simplification et qualité du droit (2016). Dans chacun des rapports, des statistiques éloquentes sur la profusion normative, des exemples d'articles incompréhensibles, des textes qui se contredisent, une consolidation chaotique, des dispositions vides de droit, etc.

On en sourit parfois, comme déconcerté. Et l'on propose. Des modes d'emploi, voire des logiciels, pour écrire les textes, compter les alinéas, formuler les renvois, élaborer des codes. On fait entrer les sciences exactes dans un processus qui relevait jusque-là de l'art plus que des mathématiques. Fiches d'impact, évaluation, expérimentation, on prétend scruter la loi au microscope, se pencher à son chevet pour établir les médecines censées la soigner. On crée des organes et des dispositifs pour simplifier, des institutions pour assister ou contrôler, on élabore un droit du dérèglement normatif, avec ses propres règles et ses institutions chargées d'évaluer et de surveiller. La cause est nationale. Mais ça ne fonctionne pas¹. On en arrive désormais à des remèdes plus vigoureux : « *One in, two out* » pour les décrets. Cure d'amaigrissement forcée.

On devra faire un moratoire, se décider à une diète législative.

Ce mal que l'on ne parvient pas à juguler s'explique sans nul doute par l'omniprésence de forces opposées qui sont secrétées par notre système administrativo-politico-juridique mais en retour le dominant. La loi n'est tout simplement plus maîtrisée. Notre système juridique est miné de l'intérieur, dominé par ceux qui concourent à son déclin. Tout le monde est conscient des problèmes, du danger qui guette et qui en réalité est déjà là, de l'étouffement qui submerge et débouchera immanquablement sur un droit qui ne pourra plus être maîtrisé que par des machines, mais peu importe : tout le monde y contribue. Réchauffement planétaire et explosion normative, mêmes profils. On sait tout mais on ne peut rien faire. Une petite loi de plus, une petite concession supplémentaire à un groupe ami, une réaction opportune à une plainte sociale, allons donc, on ne peut pas s'en empêcher. Un compromis dans des bureaux ministériels, ici pour faire passer une pilule que Bercy refuserait sinon d'avalier, là pour faire plaisir aux services de la Chancellerie. Une commission interministérielle qui peine à trancher, un lobby syndical ou patronal qui se mobilise et en redemande. Qui montrera l'exemple en premier ? Qui dira stop ? Qui refusera des mots inutiles dans des textes de lois pour savoir imposer une règle efficace et compréhensible ? Chacun à sa place nous contribuons à ce déclin. On rit jaune en relisant les déclamations des dirigeants d'opposition contre les ordonnances et à les voir les exploiter jusqu'à l'usure quand ils sont en charge des affaires publiques. Pratique l'ordonnance, le pouvoir concentré en une main, pourquoi ne pas profiter de cette deuxième source législative ? Et s'il en va ainsi, c'est précisément parce qu'on ne sait plus qui fait le droit, et qui fait la loi.

1. V. ce que dit le Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit, Étude annuelle*, La Documentation française, 2016, p. 74-75 : « Les différentes politiques conduites au titre de la simplification n'ont pas suivi une méthode bien identifiée ou officiellement consacrée, alors même que des réflexions avaient été conduites à ce sujet. Elles ont en outre varié dans le temps : celles retenues pour les lois de simplification du droit n'ont pas été suivies pour la RGPP, ni pour la MAP. Malgré certains efforts de convergence, elles diffèrent sensiblement, selon que la simplification vise les collectivités territoriales, les entreprises ou les particuliers.

Les procédures conduites au titre de la simplification et de la qualité du droit suscitent les mêmes critiques. Aucun cap n'est clairement défini : plus de dix circulaires ont été publiées sur ces sujets en dix ans. Les exigences changent au fil des textes soit sur le fond, soit dans la manière de les mettre en œuvre. Faute d'indication claire sur leur articulation et sur le terme assigné à certaines démarches, ces textes ont tendance à se sédimentier. La multiplication des réflexions conduites en parallèle, sans être vraiment coordonnées et sans que les suites en soient connues, finit par alimenter un certain attentisme.

Enfin les mesures prises ne sont pas articulées entre elles. Les programmes de simplification généraux et sectoriels se chevauchent et aboutissent à des textes différents. Au total, ces nombreuses initiatives, quoique souvent bienvenues, ne s'inscrivent pas dans une logique d'ensemble ».

3. – Pour démontrer que le mal gît dans cette démultiplication des auteurs de normes, il suffirait de dresser la liste des émetteurs de normes. C'est ce que fit le Conseil d'État en 2006. Les causes de la dégradation de la loi, se demande le conseiller du Prince ? L'essor des conventions internationales, le caractère « foisonnant » du droit communautaire, l'éclatement des compétences normatives, la confusion des genres et la multiplication des négociateurs et des acteurs, des sources externes et internes du droit. À ce titre, dans une étude parue en 2000 et consacrée à la norme internationale en droit français², le Conseil d'État rappelait déjà que « les évolutions du cadre constitutionnel et de la jurisprudence, ainsi que l'adoption de normes internationales et communautaires dans des domaines de plus en plus divers, ont produit au cours des dix dernières années des ruptures majeures dans la place que le droit français fait au droit d'origine externe ». Il faudrait ajouter la décentralisation, les « lois du pays » de certaines collectivités d'outre-mer ou les règles des collectivités territoriales dans l'exercice de leur compétence.

Dans cette approche, la loi, c'est l'auberge espagnole, l'arche de Noé. Aujourd'hui tout le monde veut faire la loi et se prétend légitime à la faire. Dans cette fresque, il faut insister sur cette explosion des pôles de création du droit qui caractérise notre temps. Le Conseil d'État regarde à juste titre au-dessus de notre État, pour y voir se manifester les prétentions supra-nationales. Mais, regardons aussi vers le bas, c'est le grouillement permanent. Autorités administratives indépendantes, agences, fédérations et syndicats, comités en tous genres, partenaires sociaux, entreprises privées, etc., les créateurs de droit ne sont plus des pouvoirs institués, dotés d'une légitimité démocratique qui les autorise à élaborer des normes de conduite. Ce sont des professionnels du secteur, car le droit doit être sectorisé, ce sont des mécanos, des spécialistes en mode d'emploi, des chefs de service, des syndicalistes. On les préfère, parce qu'ils sont censés comprendre le milieu concerné, devenu trop complexe et technique pour qu'un élu de la Nation, formé à Sciences Po et à l'ENA, puisse s'y aventurer. Ils comprennent eux, car ils y baignent. Les énergies, le numérique, l'audiovisuel, la lutte

contre le réchauffement climatique et les contraintes environnementales, les produits bancaires, la bioéthique, les algorithmes, qui comprend quoi et qui peut prétendre élaborer des règles générales et permanentes ? L'auto-régulation est une démission imposée des pouvoirs institués, une défiance envers des élus que l'on ne croit pas compétents. À ces derniers, on préfère désormais des législateurs d'occasions, experts supposés plus proches des nécessités et des contraintes du « secteur ». Des hommes de terrain parlent à des hommes de terrain, et leur langage résonne bien mieux que celui d'une technocratie qui a perdu son crédit. Dans cet ensemble, si l'entreprise peut à son tour devenir un mini-parlement, c'est parce qu'elle tire sa légitimité de ses propres besoins. Va-t-on finir par demander à chaque salarié d'élaborer son propre Code du travail ? On réussira alors aussi à défigurer le contrat.

4. – Mais on a oublié de supprimer le Parlement. On lui a tant reproché qu'on l'a contourné, dévoyé, dépossédé. Les parlementaires, pourtant, sont toujours là. Mieux, on leur demande de ne pas cumuler les mandats, de pleinement s'adonner à leur mission. La révision constitutionnelle de 2008, censée permettre la rationalisation du travail parlementaire, a multiplié les effets pervers. Dans le même temps, les textes qui leur sont soumis proviennent très majoritairement du pouvoir exécutif. Le résultat ?

Le volume des lois explose au Parlement. La loi du 23 février 2005 sur le développement des territoires ruraux semble à ce titre détenir un record puisque le projet de loi qui comptait 76 articles a terminé le parcours législatif à 240 articles ! De même, la loi dite Grenelle II du 12 juillet 2010 comporte *in fine* 257 articles, soit 153 articles de plus que le texte initial. La loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové compte 177 articles, alors que le projet de loi ne dépassait guère les 85 articles. D'un projet de loi de 154 pages, on finit avec un texte de 257 pages³. De même, sous l'effet des amendements, la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte est passée de 64 à 215 articles, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de

2. Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000, p. 7.

3. J.-M. Sauvé, intervention au colloque « Mieux légiférer », *JCP G*, 2015, supp. au n° 14, p. 11.

santé de 57 à 227 articles ou la loi dite « Sapin 2 » (relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) de 57 à 168 articles. En une lecture, le projet de loi de programmation relatif à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique est passé de 15 à 116 articles ! Le multiplicateur est en moyenne désormais de 3,5. Pour l'immense majorité, ces articles ne sont issus ni d'amendements du Gouvernement, ni d'amendements de parlementaires suscités par le Gouvernement.

Au cours de la XIV^e législature (juin 2012-juin 2017), plus de 260 000 amendements ont été déposés à l'Assemblée nationale et au Sénat ! Près de 60 000 ont été adoptés ! Seuls 12 % de ces amendements étaient d'origine gouvernementale. Ces amendements échappent au Conseil d'État comme ils se jouent des études d'impact.

Ce volume croissant des lois a une conséquence directe sur les textes réglementaires d'application. Les lois promulguées entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 juin 2016 appellent envi-

ron 1 000 mesures réglementaires d'application ! Sur le fond, il multiplie les risques de dénaturation des textes, qui perdent leur unité et leur cohérence⁴.

Cette situation appelle la réforme. Le droit d'amendement doit être encadré. Il en ira ainsi tant pour le Gouvernement que pour le Parlement. Le Conseil d'État doit pouvoir donner son avis sur les amendements les plus importants⁵. Le chef de l'État, quant à lui, a promis une « rénovation du fonctionnement parlementaire en limitant le nombre de mois pendant lesquels le Parlement légifère et en réservant plus de temps à l'évaluation et au contrôle de l'action du gouvernement ».

On doit procéder de toute urgence à une rénovation du processus de vote de la loi. On doit surtout changer la culture de l'action publique. Celle-ci ne peut pas se confondre avec l'action législative. Agir ce n'est pas légiférer. Il faut bâtir un programme de remise en ordre des prérogatives et des compétences qui composent notre système juridique. Il faut redéfinir qui fait la loi pour cesser de l'offrir à toutes les convoitises.

4. Pour une application paroxystique, v. Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, dans laquelle, s'agissant du respect de la procédure législative, le Conseil constitutionnel a censuré 36 articles qui avaient été introduits par amendement en première lecture sans présenter de lien, même indirect, avec le projet de loi initial (« cavaliers ») : sept étaient contestés à ce titre par les requérants (articles 64, 80 et 91, paragraphe XIV de l'article 117 et articles 191, 192 et 222) et vingt-neuf ont été soulevés d'office par le Conseil (articles 11, 13, 14, 15, 16, 31, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 69, 110, 112, 119, 126, 145, 163, 169, 203, 204, 209, 210 et 220). Le Conseil a également censuré sept dispositions introduites en nouvelle lecture en violation de la règle dite de l'« entonnoir », toutes contestées à ce titre par les requérants : le paragraphe I de l'article 67, le paragraphe II de l'article 100, le paragraphe III de l'article 104, le paragraphe II de l'article 121, le 1^o du paragraphe I de l'article 122, l'article 128 et les paragraphes V à VII de l'article 152.

5. V. les propositions formulées in H. de Castries et N. Molfessis (dir.), *Sécurité juridique et initiative économique, Rapport du Club des juristes*, Mare & Martin, 2015, n° 55 s. : restreindre la discussion des amendements déjà discutés lors des Commissions, exclure en principe les amendements d'origine gouvernementale pour les projets de loi, imposer un délai de dépôt des amendements d'origine gouvernementale et modifier le délai de dépôt pour l'ensemble des amendements, organiser une procédure permettant de contrôler l'usage gouvernemental du droit d'amendement. À quoi s'ajoute la soumission des amendements substantiels aux études d'impact (*ibid.*, n° 36).

Petit deux du Grand A :

réseau, lobbies et conflits d'intérêts

Réseau, lobbies et conflits d'intérêts D'une société de défiance à une société de confiance

Mustapha Mekki

Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité
Directeur de l'IRDA

De la société de défiance à la société de confiance. « [...] Une nation ne peut se maintenir que si, entre l'État et les particuliers, s'intercale toute une série de groupes secondaires qui soient assez proches des individus pour les attirer fortement dans leur sphère d'action et les entraîner ainsi dans le torrent de la vie sociale »¹. Visionnaire, Émile Durkheim avait saisi l'importance des échanges qui doivent exister entre les individus, les groupements intermédiaires et l'État. C'est dans cette approche dialectique des intérêts individuel, collectif et général² qu'il convient de réintégrer un triptyque, pour ne pas dire une trinité, qui résume à elle seule les problématiques du moment liées au lobbying : *réseau, lobbies et conflits d'intérêts*. Cette dialectique renvoie à la notion de « séparation des pouvoirs » au sens « faible », c'est-à-dire aux liens qui peuvent exister, notamment, entre pou-

voirs publics et pouvoirs privés. Si les acteurs publics, agissant au nom de et dans l'intérêt général, profitent de l'éclairage de groupements appartenant à la société civile, cet échange peut être à l'origine d'un conflit d'intérêts. Ce conflit d'intérêts contribue à créer une société de défiance³, les élus, les décideurs juridiques et les acteurs détenteurs de charges publiques n'ayant plus la confiance des citoyens. Alors, quelles mesures faut-il mettre en œuvre pour encadrer les groupes d'intérêts, prévenir ce conflit d'intérêts et restaurer une « société de confiance » ?

Pour pouvoir répondre à cette interrogation, il convient de revenir sur les termes de l'équation : réseau, lobbies, conflits d'intérêts.

I. Les notions clefs

La notion de réseau. Au sens le plus neutre, un réseau est un univers désordonné et enchevêtré.

1. É. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, spéc. p. 32 et 33.

2. Sur ces notions, v. not. M. Mekki, V° « Intérêt commun », « Intérêt collectif », « Intérêt général », in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

3. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, 2006.

Le monde du réseau est celui de la relativité et du pluralisme, de l'horizontal et du réflexif, de l'immanence et du possible⁴. Le réseau est « "une trame" ou "une structure" composée d' "éléments" ou de "points", souvent qualifiés de "nœuds" ou de "sommets", reliés entre eux par des "liens" ou "liaisons", assurant leur "interconnexion" ou leur "interaction" et dont les variations obéissent à certaines "règles de fonctionnement" »⁵. De manière plus suspecte, le réseau renvoie également à une « organisation clandestine formée par des personnes obéissant aux mêmes directives »⁶. On parle ainsi de réseau d'espionnage, de résistance. Le réseau renvoie principalement à deux idées. Sous un angle technique, le réseau désigne un jeu de relations, d'échanges, d'influences plus ou moins transparent. Dans une approche plus systémique, le réseau renvoie à une nouvelle organisation politique, sociale, économique et juridique des sociétés occidentales. Traditionnellement, l'État et la société sont représentés au moyen du paradigme de la pyramide. Il s'agit d'une organisation verticale, unilatérale, linéaire, impérative, moniste, hiérarchique et transcendante⁷. Cette organisation est symbolisée par le Léviathan de Thomas Hobbes et l'État ainsi que le législateur régnent en maîtres absolus⁸. Le paradigme du réseau est la traduction d'une société civile où les maîtres-mots sont les suivants : relations horizontales,

proximité, circularité, réflexivité, dialectique, collaboration, pluralisme et immanence⁹. Dans ce contexte, l'État apparaît dans nombre de ses fonctions comme un acteur social parmi d'autres¹⁰. La décentralisation et l'essor des autorités administratives indépendantes entraînent une fragmentation de l'intérêt général qui se compose d'un ensemble d'intérêts publics qu'il faut concilier entre eux¹¹. L'intérêt général se présente de plus en plus souvent comme un arbitrage équitable entre les intérêts publics et/ou privés¹². La démocratie représentative coexiste avec une démocratie participative en essor constant¹³. En définitive, le réseau est, en science politique, à mi-chemin entre le pluralisme libéral qui caractérise les États-Unis d'Amérique et les néo-corporatismes que l'on peut rencontrer dans certains systèmes juridiques européens¹⁴. Le réseau désigne un ensemble d'acteurs, publics et privés, qui échangent, négocient, dialoguent, sont liés les uns aux autres. Ce contexte explique pourquoi les acteurs publics (élus et agents publics) et les acteurs juridiques (législateur, juges...) ne sont pas hors du temps et déconnectés de la réalité qui les entoure. On comprend mieux le lien logique qui existe entre réseau et lobbies, deuxième terme de l'équation.

La notion de « lobbies ». Le terme de « lobbies » a été préféré à celui, plus neutre, de

4. Sur la polysémie du concept de réseau, v. Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 23 et s. Adde H. Bakis, *Les réseaux et leurs enjeux sociaux*, PUF, 1993 ; D. Parrochia, *Philosophie des réseaux*, P.U.F., 1993.

5. Fr. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, op. cit., p. 24.

6. *Le Petit Robert*, V^o « Réseau ».

7. V. not. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004, spéc. n^o 8 et s.

8. Th. Hobbes, *Léviathan* (1659), trad. F. Tricaud, Sirey, 1971.

9. V. not. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008.

10. V. not. Ch.-A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, Coll. Droit et Société, T. 26, 1999.

11. En ce sens, G. Pellissier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse Paris I, microfiche, 1995.

12. G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis Droit public, 12^e éd., 1992, spéc. p. 517 : « [...] l'intérêt public n'est pas par essence distinct de l'intérêt des personnes ou des groupes ; il est un arbitrage entre les divers intérêts particuliers ». Adde F. Ewald, *L'État providence*, Grasset, 1986, spéc. p. 464 et 465 : « Dès lors que la société est conçue comme divisée en groupes, que la possibilité d'une identité d'intérêt entre intérêts particuliers s'est évanouie dans le fait d'une solidarité polémique, l'intérêt général prend la forme d'intérêts collectifs. L'intérêt général ne peut alors exister comme principe de totalisation, mais seulement de composition d'intérêts particuliers au regard les uns des autres, quoique tous également porteurs de l'intérêt général. [...] On entre dans une logique des intérêts qui n'est plus celle de la subsumption ou de la subordination du particulier sous le général, mais de la balance, de l'équilibre et donc de l'arbitrage ».

13. V. not., M. Hervé, A. d'Iribarne et E. Bourguinat, *De la pyramide aux réseaux : récits d'une expérience de démocratie participative*, préf. S. Royal, éd. Autrement, 2007. Pour une approche plus critique, J.-P. Gaudin, *La démocratie participative*, Armand-Colin, 2007 ; M. Crépon et B. Stiegler, *De la démocratie participative : fondements et limites*, éd. Mille et une nuits, 2007.

14. E. Grossman et S. Saurugger, *Les groupes d'intérêt : Action collective et stratégies de représentation*, Armand Colin, Coll. U, 2006, spéc. p. 71 et 72 : « approche [qui] semble avoir permis de dépasser l'opposition entre le néo-corporatisme et le pluralisme [...]. Dans un environnement complexe, les réseaux sont le résultat de la coopération plus ou moins stable entre des organisations qui se connaissent et se reconnaissent, négocient, échangent des ressources et partagent des normes et des intérêts. Un réseau comprend un groupe d'acteurs qui dépendent les uns des autres pour les ressources telles que l'information, l'expertise, l'accès à la prise de décision et la légitimation ». Adde D. Marsh, *Comparing Policy Networks*, Buckingham, Open University Press, 1998.

groupes d'intérêt ou de représentants d'intérêt¹⁵. Le lobbying est né en Grande-Bretagne et le lobby se définit à l'origine de manière architecturale. Il constitue « une allée couverte dans un monastère ». Il devient un « couloir » puis un « hall ouvert au public dans le lieu d'une assemblée législative », plus spécialement les couloirs de la Chambre des Communes britannique. Dès 1830, le lobbyiste désigne celui qui fréquente les couloirs des assemblées législatives afin d'influencer leurs membres¹⁶. Le mot a, en France, un sens péjoratif amenant à user de préférence des termes de *publics affairs*, de relations, de communication¹⁷... À partir de 1960, le lobbying renvoie à la pression exercée par certains groupes d'intérêt. Progressivement, les lobbyistes ne désignent pas seulement des groupes de pression mais une « organisation commerciale qui sert aux groupes de pression comme moyen d'action »¹⁸. Dans ce dernier sens, ils sont amenés à défendre les intérêts de leurs clients. Il convient d'adopter une conception élargie des lobbies et du lobbying. Le terme renvoie alors à l'ensemble des actions menées par les groupes d'intérêt afin d'influencer l'élaboration, l'application ou l'interprétation des normes juridiques ou des décisions publiques. Les lobbies peuvent ainsi être assimilés à la catégorie plus neutre de groupes d'intérêt c'est-à-dire toute « entité qui cherche à représenter les intérêts d'une section spécifique de la société dans l'espace public » ; « acteur(s) qui cherche(nt) à influencer non seulement les pouvoirs politiques, mais également d'autres groupes ou l'opinion publique plus générale »¹⁹. Finalement, la loi a pris le relais et l'article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013 modifié par la loi Sapin II du 9 décembre 2016 définit les représentants d'intérêts comme « les personnes morales de droit privé, les établissements publics ou groupements publics exerçant une activité industrielle et commerciale, les organismes mentionnés au chapitre 1^{er} du titre I^{er} du

livre VII du code de commerce et au titre II du code de l'artisanat, dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire en entrant en communication [...] » avec une liste d'acteurs publics désignés par la loi (art. 18-2 1^o à 7^o). La loi ajoute « [...] les personnes physiques qui ne sont pas employées par une personne morale mentionnée au premier alinéa du présent article et qui exercent à titre individuel une activité professionnelle répondant aux conditions fixées au même premier alinéa ».

Au sein d'une société dite globalisée et face à une démocratie de plus en plus participative, ces groupes ont un rôle fondamental à jouer auprès des acteurs publics. Se pose alors avec acuité la question du conflit d'intérêts, troisième et dernier terme de l'équation.

La notion de conflit d'intérêts. La notion de conflit d'intérêts n'est pas proprement politique. Elle innerve, notamment, l'ensemble du droit privé²⁰. Elle prend cependant une coloration singulière lorsqu'elle concerne les acteurs publics. L'organisation en réseau et l'influence des lobbies accentuent le risque de conflits d'intérêts. Comment profiter de l'expertise et de l'éclairage des groupes d'intérêt et renforcer la légitimité et l'efficacité des décisions publiques en luttant contre les conflits d'intérêts sources d'une défiance et d'une méfiance des citoyens ? Une définition claire et précise de ce que recouvre le conflit d'intérêts constitue une première étape déterminante et délicate. Les différents groupes de travail ont, en ce sens, tenté de proposer une définition « souple et pragmatique ». Ainsi la *Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique*, présidée par le vice-président au Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, chargée de prévenir les conflits d'intérêts au sein du pouvoir exécutif, avait remis son rapport le 26 janvier 2011 au sein duquel figurait

15. V. dernièrement paru, P. Dupeyrat et G. Houillon, *Lobbying : du déni au défi*, Éditions littéraires, 2017.

16. « Ce n'est qu'au XIX^e siècle qu'on commence à parler de "lobby" en ce sens précis. Le mot a d'abord été affecté d'un coefficient assez négatif. Le lobby désignant alors toute une compagnie un peu interlope constituée de spéculateurs qui gravitent dans les sphères parlementaires et s'efforcent de spéculer sur les lois à leur avantage ou au bénéfice de leurs clients », <http://www.lobbying-europe.com>.

17. M. Clamen, *Le lobbying et ses secrets*, Dunod, 2000, 3^e éd., p. 198.

18. M. Duverger, *Sociologie politique*, PUF, 1966, p. 448.

19. Sur toutes ces définitions, v. E. Grossman et S. Saurugger, *op. cit.*, p. 11.

20. Ex. art. 1161 nouv. C. civ. Pour une vue d'ensemble de la question, v. not. J. Moret-Bailly, « Définir les conflits d'intérêts », *D.*, 2011, p. 1100 et s. Adde M. Mekki, « Introduction à la notion de conflits d'intérêts », in *Les conflits d'intérêts*, Journées nationales H. Capitant, Dalloz, 2013, p. 3 et s. ; M. Mekki, « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », in *Les conflits d'intérêts*, Revue Pouvoirs, Seuil, n^o 147, 2013, p. 17 et s.

la définition suivante : « un conflit d'intérêts est une situation d'interférence entre une mission de service public et l'intérêt privé d'une personne qui concourt à l'exercice de cette mission, lorsque cet intérêt, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme étant de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ». Les rapporteurs avaient fait le choix de ne pas étendre la définition aux « conflits d'intérêts publics », entre intérêts nationaux et intérêts locaux par exemple²¹. En outre, un groupe de travail avait été constitué le 6 octobre 2010, sous la présidence du Président de l'Assemblée nationale, M. Bernard Accoyer, qui proposait de manière discrète une définition du conflit d'intérêts assez proche de celle de la Commission Sauvé²². Surtout, un rapport avait été réalisé et rendu public le 26 mai 2011 par la Commission des lois du Sénat dont le groupe de travail était présidé par Jean-Jacques Hyest. Le Sénat avait opté pour une définition plus stricte applicable aux élus des deux assemblées : « Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un parlementaire détient des intérêts privés qui peuvent induire un biais sur la façon dont il s'acquitte des missions liées à son mandat, et le conduire ainsi à privilégier son intérêt particulier face à l'intérêt général. Ne peuvent être regardés comme de nature à susciter des conflits d'intérêts, les intérêts en cause dans les décisions de portée générale ainsi que les intérêts qui se rattachent à une vaste catégorie de personnes » (proposition n° 1). Les réformes qui découleront de ces différents rapports adopteront une conception large du conflit d'intérêts pour y intégrer un maximum d'acteurs publics. C'est ainsi que la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et aux obligations des fonctionnaires²³ reprend finalement la définition du conflit d'intérêts qui figurait dans la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique : « Constitue un conflit d'intérêts toute situation

d'interférence entre un intérêt public, d'une part, et des intérêts publics ou privés d'autre part, et qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». La loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 et la loi ordinaire n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique ont achevé le processus et reprennent l'essentiel des propositions formulées par la HATVP dans son rapport de 2015²⁴. Quelle que soit la définition retenue, il est clair que l'élimination des lobbies ou des conflits d'intérêts n'est pas une voie envisageable. La solution réside plutôt dans un encadrement de l'action des groupes d'intérêt et dans une clarification des sources et une plus grande transparence des cas de conflits d'intérêts. Il convient alors de rechercher une formule permettant de combiner de manière équilibrée l'action des acteurs publics, limitée par et fondée sur l'intérêt général, et la nécessité de s'ouvrir sur un monde complexe en satisfaisant des membres de la société civile qui veulent être plus actifs dans la définition des grandes orientations politiques.

Prévenir plus que guérir. Le remède aujourd'hui privilégié est de prévenir, beaucoup, et de guérir, un peu. Au sein des travaux publiés par la Commission « Sauvé », à la lumière des mesures prises par l'Assemblée nationale, à la lecture du rapport publié par la Commission des lois du Sénat et des textes les plus récents (loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, loi n° 2016-1691, loi Sapin II, du 9 décembre 2016, loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique...), il est avant tout question de prévention²⁵. Cette prévention ne peut se faire par un recours exclusif à la technique juridique. En effet, la question des conflits d'intérêts est souvent aux interstices du droit, aux confins du droit et du non-droit. Le conflit d'intérêts est, en ce sens, affaire de culture²⁶. Il ne s'agit pas

21. V. crit., J.-B. Aubry, « Conflits d'intérêts et droit administratif », *Droit Administratif*, n° 12, Déc. 2010, ét. 24. Ce conflit entre intérêts publics n'est cependant pas totalement ignoré comme en témoigne la remarque incidente faite par les rapporteurs sur les incompatibilités parlementaires où la question du non-cumul entre mandat parlementaire et mandat électif local a été suggéré sans être davantage discuté (p. 85).

22. L'article 4 al. 1^{er} de la décision du 6 avril 2011 : « une situation d'interférence entre les devoirs du député et un intérêt privé qui, par sa nature et son intensité, peut raisonnablement être regardé comme pouvant influencer ou paraître influencer l'exercice de ses fonctions parlementaires ».

23. L. n° 2016-483 du 20 avr. 2016, *JCP A*, 2016, 2172 à 2177.

24. J.-L. Nadal, *Renouer la confiance publique. Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics*, HATVP, 2015.

25. Pour une vue d'ensemble, M. Mekki, *Les conflits d'intérêts : prévenir et guérir, Aperçu rapide*, *JCP G*, 2011, n° 24, 669.

26. Les rapporteurs du Sénat entendent ainsi instaurer une véritable « culture de la prévention des conflits d'intérêts » (p. 56).

uniquement de réguler mais aussi d'informer et d'éduquer, voire de rééduquer. Cette prévention suppose de revenir sur les causes du conflit d'intérêts. Si les causes endogènes, au sein même des institutions et axées sur les acteurs publics eux-mêmes, sont nombreuses et mériteraient d'être étudiées plus longuement, nous nous limiterons aux causes exogènes des conflits d'intérêts qui se rapportent plus directement à la problématique des groupes d'intérêts. Si ces groupes d'intérêts sont utiles (II) ils doivent cependant être encadrés (III).

II. L'utilité des groupes d'intérêt

Les groupes d'intérêts et les conflits d'intérêts : un mal nécessaire. Le rôle et la place des groupes d'intérêts comme force d'appoint des acteurs publics ne sont plus à démontrer²⁷. L'État agit souvent comme un arbitre et moins en qualité de décideur²⁸. La loi n'est plus pourvue d'une autorité naturelle. La prosopopée des lois est révolue. Celle-ci s'est rationalisée. Le législateur doit désormais rendre des comptes et l'efficacité devient le critère d'évaluation des lois²⁹. Les études d'impact intégrées à la Constitution en sont l'illustration la plus topique³⁰. La globalisation a donné naissance à un droit déterritorialisé³¹. Les décisions appartiennent moins aux États qu'à certaines grandes multinationales. La complexité croissante de la société donne naissance à des problèmes à mi-chemin entre droit, morale, éthique, religion et science³². L'intérêt général lui-même se présente moins de manière transcendante comme un intérêt supérieur s'imposant aux intérêts particuliers. Il devient un

intérêt immanent qui s'appuie sur les intérêts particuliers. Il devient plus consensuel³³. L'imbrication de la sphère publique et de la sphère privée, y compris comme motif de nomination en qualité de membre du gouvernement dont beaucoup sont issus de la société civile, rend les frontières plus poreuses et fait du conflit d'intérêts une réalité insurmontable. Le conflit d'intérêts est devenu un mal nécessaire. Le supprimer est une utopie. L'encadrer est une nécessité. Toutes ces raisons rendent également nécessaire la présence de ces groupes comme force d'appui. Le véritable enjeu est de savoir comment faire en sorte que cette influence des groupes d'intérêts sur les acteurs publics reste loyale et équitable ? Comment faire en sorte que cette force vive ne devienne pas une force subversive³⁴ ?

III. L'encadrement des groupes d'intérêts

Un registre commun. Il serait erroné de croire qu'il existe en la matière un vide juridique. L'encadrement de l'influence exercée par les groupes d'intérêts sur les acteurs publics existe même s'il doit être amélioré. Afin que l'influence des groupes d'intérêts, spécialement sur les élus, soit légitime, une plus grande transparence a été instaurée. Le Parlement européen³⁵, le Sénat et l'Assemblée nationale ont opté pour un registre obligatoire. Cette inscription sur le registre conditionne l'accès aux lieux de délibération. L'inscription sur ces registres s'accompagne nécessairement d'une adhésion à un Code de déontologie. Cette inscription obligatoire a été unifiée et élargie par la loi Sapin II du 9 décembre 2016. Au

27. V. M. Mekki (dir.), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Gazette du Palais, Lextenso éditions, 2011, spéc. p. 31 et s.

28. *L'intérêt général, Rapport du Conseil d'État*, La documentation française, 1999, spéc. p. 356 : « [...] la conception de l'État ordonnant de l'extérieur la société civile laisse place à une représentation nouvelle qui arbitre entre les intérêts. Il en résulte une multiplication de procédures diversifiées, relevant, selon les cas, de la décentralisation, de la consultation, de la contractualisation ou de la régulation par des autorités indépendantes ». V. déjà, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, n° 46 : « voici maintenant le paradoxe : les représentants, mandataires de leurs électeurs sont en même temps des juges chargés d'arbitrer entre les forces qu'ils sont chargés de faire triompher ».

29. M. Mekki, « Le modèle de la loi au sein du Code civil », in *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, p. 5, spéc. n° 44, p. 41 et 42.

30. Loi organique du 15 avril 2009, prise en application de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, X. Vandriessche, « Une revalorisation parlementaire à principes constitutionnels constants », *JCP G*, 2008, n° 31, I, 174. Ces études, annexées aux projets de lois depuis le 1^{er} septembre 2009, comprennent notamment des analyses sur les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales ainsi que sur les coûts et bénéfices financiers attendus.

31. J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, Coll. Clefs politiques, 2003, spéc. p. 25.

32. Pour une illustration, v. M. Mekki, « La force du droit dans la gouvernance de la santé », in *Gouvernance et santé*, colloque organisé à l'Université de Sherbrooke (Québec) en avril 2011, éditions de l'Université de Sherbrooke, 2011, à paraître.

33. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th. préc., spéc. n° 1049 et s.

34. M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? », *JCP G*, 2009, n° 43, 370 et n° 44, 392.

35. Art. 9.4 du règlement du Parlement européen.

fondement du nouvel article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013, il est mis en place un répertoire numérique commun des représentants d'intérêts auprès des pouvoirs publics, comprenant le gouvernement, les assemblées parlementaires et les collectivités territoriales³⁶. Les modalités de ce registre tenu par la HATVP sont précisées par le décret n° 2017-867 du 9 mai 2017. Cependant, même si la loi procède à une définition des représentants d'intérêts et élargit la liste des cibles, l'ensemble demeure insuffisant.

L'identification des représentants d'intérêts : peut mieux faire... La catégorie des représentants d'intérêts est désormais définie. Il s'agit « des personnes morales de droit privé [...] dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire [...] ». Il faut ajouter « [...] les personnes physiques qui ne sont pas employées par une personne morale mentionnée au premier alinéa du présent article et qui exercent à titre individuel une activité professionnelle répondant aux conditions fixées au même premier alinéa ». Cette définition comporte de nombreux défauts. On peut regretter que les élus locaux, dans l'exercice de leur mandat, les partis politiques, les associations représentatives des élus, les organisations syndicales, les organisations professionnelles d'employeurs et les associations à objet cultuel dans leurs relations avec le ministre et les services ministériels chargés des cultes, les associations représentatives des élus, aient été finalement exclus (18-2 dernier al. a) à e)). Pour les partenaires sociaux, le dialogue social mis en avant ne suffit pas à justifier l'exclusion. Pourquoi ne pas en avoir fait autant avec les acteurs du dialogue environnemental par exemple ? Quant aux associations à objet cultuel, leur éviction de la catégorie des représentants d'intérêts est insuffisamment justi-

fiée. À quoi fait-on référence lorsqu'on évoque les « associations à objet cultuel » ? Intègre-t-on les « sectes » ? Les associations officiellement représentatives sur le plan national d'une religion sont-elles les seules concernées ? On sait le rôle déterminant que certaines associations de ce type peuvent avoir sur des questions de société : l'adoption par des couples homosexuels, les maternités de substitution, le port de signes religieux, l'euthanasie, la PMA. Au surplus, si l'avocat lobbyiste est également concerné³⁷, ce qui relève de son activité de lobbyiste doit être clairement distingué de son activité d'auxiliaire de justice pour délimiter précisément les frontières du secret professionnel. On peut encore regretter que seules les personnes qui ont pour « activité principale ou régulière » d'influer sur la décision publique soient concernées quand on sait qu'une action de lobbying peut parfois partir d'une initiative individuelle et être ponctuelle, notamment grâce aux réseaux sociaux et à cette « caisse de résonance » qu'est Internet. En outre, à partir de quand l'activité est-elle « régulière » ? Enfin, il est regrettable que seule la loi ou un acte réglementaire soit visé car les décisions de justice, des juges ordinaires ou extraordinaires, auraient mérité plus d'attention.

L'instauration d'obligations déontologiques. Les obligations déontologiques des représentants d'intérêt ont été renforcées par la loi Sapin II du 9 décembre 2016 qui impose aux représentants, à l'article 18-5 de la loi du 11 octobre 2013, « probité et intégrité », impératifs qui pourront être précisés par un « code de déontologie des représentants d'intérêts défini par décret en Conseil d'État, pris après un avis public de la haute autorité pour la transparence de la vie publique ». Les représentants d'intérêts doivent respecter sept obligations de ne pas faire dont on peut douter de l'efficacité³⁸. Spécialement concernant les parlementaires, la loi Sapin II

36. Nouvel article 18-2 de la loi du 11 octobre 2013.

37. V. déjà art. 6.3.4 et 6.4 RIN.

38. « S'abstenir de proposer ou de remettre à ces personnes des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative » (2°); « s'abstenir de toute incitation à l'égard de ces personnes à enfreindre les règles déontologiques qui leur sont applicables » (3°); « s'abstenir de toute démarche auprès de ces personnes en vue d'obtenir des informations ou des décisions par des moyens frauduleux » (4°); « s'abstenir d'obtenir ou d'essayer d'obtenir des informations ou décisions en communiquant délibérément à ces personnes des informations erronées ou en recourant à des manœuvres destinées à les tromper » (5°); « s'abstenir d'organiser des colloques, manifestations ou réunions, dans lesquels les modalités de prise de parole (des responsables publics autres que les parlementaires) sont liées au versement d'une rémunération sous quelque forme que ce soit » (6°); « s'abstenir d'utiliser, à des fins commerciales ou publicitaires, les informations obtenues auprès des responsables publics » (7°); « s'abstenir de vendre à des tiers des copies de documents provenant du Gouvernement, d'une autorité administrative ou publique indépendante ou d'utiliser du papier à en-tête ainsi que le logo de ces autorités publiques et de ces organes administratifs » (8°). L'ensemble de ces obligations concerne les relations entre les représentants d'intérêts et les responsables publics non parlementaires, mais aussi avec leur « entourage direct » (art. 18-5, 9°).

a préféré renvoyer au Déontologue de l'Assemblée nationale et au Comité de déontologie parlementaire du Sénat le soin d'assurer le respect des règles applicables aux représentants d'intérêts entrant en communication avec les parlementaires, leurs collaborateurs et les agents des services parlementaires. En cas de manquement, ce sont ces organes qui saisissent les présidents de l'Assemblée concernée après avis du Bureau qui adresse une mise en demeure aux représentants d'intérêts. La présence d'un déontologue est généralisée dans toutes les administrations notamment depuis la loi du 20 avril 2016.

La détermination des cibles. La liste des cibles a ensuite été complétée par la loi Sapin II du 9 décembre 2016. Sont ainsi concernés les ministres et leurs collaborateurs (1°), les collaborateurs du Président de la République (3°), les parlementaires, leurs collaborateurs et les fonctionnaires parlementaires (2°), les membres des autorités administratives indépendantes et les directeurs de leurs services (4°), les hauts fonctionnaires titulaires d'un emploi pourvu en Conseil des ministres (5°), les principaux élus locaux (6°) et certains fonctionnaires de l'État ou territoriaux (7°). Cependant, les inscriptions au Sénat et à l'Assemblée nationale restent timides. Depuis le 2 juillet 2017, jour de la mise en œuvre du registre commun, et jusqu'au 20 septembre 2017, 145 entités se sont inscrites à l'Assemblée nationale et 97 groupes se sont inscrits au registre tenu par le Sénat. Cela confirme que les rencontres se font surtout en dehors des lieux des assemblées et plutôt au sein de certains ministères. En outre, l'encadrement fait défaut auprès d'institutions telles que la Cour de justice de l'Union européenne où les stratégies d'influence sont très fréquentes et très efficaces³⁹. Aucune disposition ne concerne les juges ordinaires et extraordinaires. La polémique récente sur la « porte étroite » du Conseil constitutionnel⁴⁰ qui s'étend au Conseil d'État⁴¹, pourrait relancer le débat. Enfin, la notion de conflit d'intérêts doit être abordée de manière plus large. Tous les lieux de rencontres entre la sphère

publique et la sphère privée sont exposés au risque d'un conflit d'intérêts. Une illustration topique est offerte par la place des experts dans le système de santé. L'affaire du sang contaminé hier, celle du Mediator aujourd'hui et celle de l'électromagnétisme demain, sont autant de conséquences dramatiques dues à une décision prise sans garantie de transparence et d'impartialité.

IV. Épilogue : pour aller plus loin...

Afin que les représentants puissent pleinement jouer leur rôle de forces vives et afin que le conflit d'intérêts inhérent à nos « sociétés privatisées » puisse être encadré, plusieurs propositions peuvent être formulées et alimenter le débat pour l'instauration d'une société de confiance :

- À l'arsenal existant, pourrait être ajoutée la dispense d'un cours de déontologie aux différents acteurs publics afin de les sensibiliser aux questions du lobbying et à ses dangers. Une même formation devrait être prévue pour les représentants d'intérêts.
- Il faudrait également, lorsqu'on demande aux représentants d'intérêts de divulguer l'identité des personnes pour lesquelles ils agissent, s'interroger davantage sur le cas particulier des avocats lobbyistes et la délimitation des frontières du secret professionnel.
- On peut regretter que les règles déontologiques soient exclusivement composées d'obligations d'abstention. Aucune obligation positive n'est prévue dans ces dispositions. Tout ce qui n'est pas interdit est donc *a priori* permis, ce qui n'est pas un bon moyen de réguler les comportements. Il conviendrait peut-être d'enrichir le contenu de leur obligation de déclaration (notamment sur le plan financier, v. *infra*).
- Surtout, le système mis en place est trop proche du système américain qui part du principe que la société est pluraliste et qu'y règne la loi du plus fort. Une fois que le principe est posé que tout représentant d'intérêts peut, en toute transparence, exercer son jeu d'in-

39. Pour une vue d'ensemble, R. Dehousse, *La Cour de justice des communautés européennes*, Montchrestien, 1997.

40. D. de Béchillon, « Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2017, n° 9, 225; M. Mathieu, « Enquête sur les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies », *Médiapart*, 12 oct. 2015.

41. E. Sagalovitch, « De la porte étroite devant le Conseil d'État, Libres propos », *JCP G*, n° 14, 3 avril 2017, 363, problème posé par les lettres d'observations envoyées aux sections administratives du CE. Adde Th. Perroud, « Pour la publication des portes étroites devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *D.*, 2015, p. 2511.

fluence sur les décideurs publics, rien n'est mis en place pour garantir une influence respectant les principes du contradictoire et d'égalité des armes. Aussi les plus puissants et les plus fortunés sont-ils le plus souvent entendus, ceux qui obtiennent le plus de rendez-vous, ou dont les rendez-vous durent le plus longtemps... Pour y remédier, le législateur français doit conserver sa singularité et préserver le rôle de l'État arbitre. Pour ce faire, il convient de mettre en place un dispositif, notamment en modulant la plateforme numérique en ce sens, afin de garantir que tous les intérêts catégoriels ont été entendus, qu'ils l'ont été de manière égalitaire avec la possibilité de faire jouer le contradictoire.

- En lien avec la dernière proposition, plusieurs mesures sont possibles pour instaurer une procédure équitable et pas seulement transparente :
 - Veiller à instaurer un même temps de parole.
 - Rendre obligatoire le principe selon lequel un membre du gouvernement ne peut s'adresser qu'aux seuls représentants d'intérêts figurant sur la liste. À défaut, on maintient le système du clientélisme antérieur (on consulte toujours les mêmes personnes, le *frozen pluralism* anglo-saxons : ce sont toujours les mêmes qui sont entendus). Les ministères ont des *mailing list* non actualisées et alimentent cette consultation des mêmes personnes au détriment d'une « expression de la pluralité des intérêts présents dans la société », objectif de la réforme exposé dans l'étude d'impact.
 - Veiller à rendre public les visites, les temps de parole, les thèmes abordés, les arguments invoqués et les suites données à ces échanges dans le projet final. Il s'agit de mettre en place ce que le Rapport Nadal avait appelé une empreinte législative, une forme de traçabilité normative.
 - Il faudrait mettre en place un guide commun du lobbying : sorte de procédure type afin

d'éviter les dérives (actuellement certains ministères ont des guides officieux de consultation tel est le cas du ministère de l'environnement ; tel est encore le cas de Bercy : v. guide « Consulter pour mieux réglementer » élaboré par la direction générale des entreprises). Il faut relier l'encadrement des représentants d'intérêts et l'organisation des procédures de consultation.

- Il faut également veiller à ce que les représentants d'intérêts fassent une déclaration plus détaillée que leur identité ou de celle des personnes au nom desquelles ils interviennent. Des détails de ce type figurent au sein du décret du 9 mai 2017. Cependant, il n'existe pas de guide pour harmoniser les informations communiquées. Pour que l'information sur le budget consacré au sein d'une entreprise au lobbying en général ou le budget consacré à une opération en particulier soit pertinente, il faut imposer un guide permettant de faire en sorte que les calculs opérés par les représentants d'intérêt reposent sur les mêmes méthodes. À défaut, les résultats seront faussés.
- Une plateforme perfectionnée, comme auprès de la commission européenne, qui indique l'ensemble des consultations en cours. On peut allonger par exemple la durée de la consultation pour les représentants les moins riches qui ont parfois besoin de plus de temps pour rendre leur rapport.

Manifestement la présence des groupes d'intérêts auprès des acteurs publics est utile et l'encadrement de ce jeu d'influence est nécessaire même si, pour l'instant, il reste insuffisant. Cet encadrement des groupes d'intérêts est un moyen de lutter contre les causes exogènes des conflits d'intérêts. Cependant, l'efficacité du système suppose de lutter également contre les causes endogènes, à l'intérieur des institutions en renforçant l'arsenal existant (codes de déontologie, infractions pénales, incompatibilités...). Mais c'est une toute autre question⁴².

42. Sur cet aspect de la question, v. not. les lois organique et ordinaire du 15 septembre 2017 ; sur ces lois, S. Braconnier et M. Cornille, « Confiance et renouveau de la vie politique », *JCP G*, 2017, n° 42, 1103.

Petit trois du Grand A :

les usages

Les usages

Stéphane Gerry-Vernières

Professeur à l'Université Grenoble Alpes

1. – S'intéresser aux usages dans le cadre d'un dossier intitulé *Qui fait la loi ?* pourrait bien, au premier abord, paraître curieux. Le tournant de la codification, au pays du légicentrisme, n'a-t-il pas rejeté hors du droit ces phénomènes archaïques sources de désordre dans l'Ancien droit ? D'ailleurs, dans sa version datant de 1804, les dispositions du Titre préliminaire réunies sous le titre *De la publication, des effets et de l'application des lois en général* s'ordonnent autour de la loi, source reine issue de la conjonction de l'esprit des lumières et du souffle de la Révolution tandis que l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII abrogeait massivement les coutumes générales comme les coutumes locales dans les domaines particuliers régis par le Code civil. Une telle analyse serait assurément excessive. Dans la mesure où le Titre préliminaire n'a pas eu pour ambition d'être un traité des sources du droit¹, son silence sur le rôle de la coutume ne saurait, bien évidemment, être analysé comme une négation de son rôle². Il n'en reste pas moins que, dans ce contexte, la doctrine s'est moins interrogée sur le point de savoir *si l'usage pour-*

rait faire la loi que sur celui de savoir si *l'usage fait le droit*, autrement dit, s'il peut prétendre au titre de source du droit. Il faut dire que la difficulté est sérieuse : comment le fait pourrait-il se transformer en droit ? Sans adhérer aux thèses réalistes les plus extrêmes, la doctrine admet généralement l'hypothèse du pluralisme juridique, auquel les noms de Santi Romano et de Gurvitch demeureront attachés³, au terme duquel il existe un droit non étatique qui provient du groupe social ou de groupements particuliers. Le droit peut naître de la pratique, qu'elle émane d'acteurs privés de tous ordres comme plus spécifiquement des professionnels du droit ou d'acteurs étatiques, l'on songe ici notamment à la pratique des administrations⁴. C'est ainsi que Pascale Deumier, dans le sillage de Roberto Ago notamment, a identifié aux côtés du droit délibéré dont la source emblématique est la loi, un droit spontané qui se manifesterait par les usages et la coutume⁵. Les tenants d'un pluralisme juridique ont démontré que chacun de ces droits a sa logique propre et qu'il ne faut, en aucun cas,

-
1. Rappelons que les rédacteurs du Code civil durent renoncer à l'ambitieux *Livre préliminaire*, réalisé à l'image du *Traité des lois* de Domat, en raison de la réticence de certaines cours d'appel devant un texte qu'elles jugeaient trop doctrinal : Corps législatif, présentation et exposé des motifs par M. Portalis, 3 frimaire an X – 24 novembre 1801, t. VI, p. 42-43, reproduit in *Naissance du Code civil, Travaux préparatoires du Code civil*, Flammarion, 2004, p. 98.
 2. Souvenons-nous des mots bien connus de Portalis postulant la collaboration des sources : « De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine [...] qui a été constamment regardé comme le vrai supplément de la législation », *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement*, 1^{er} pluviôse an IX, t. I, p. 463 à 523 reproduit in *Naissance du Code civil, Travaux préparatoires du Code civil*, préc., p. 35-90.
 3. V. F. Ost, M. van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988.
 4. V. N. Molfessis, « Introduction », in *Les pratiques juridiques, source du droit des affaires*, LPA, 27 novembre 2003, n° 237, p. 5.
 5. P. Deumier, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, Economica, 2002, p. 180 et s., n° 200 et s. ; V. également V° *Coutume et Usages*, *Répertoire de droit civil*.

prétendre transposer les prismes d'analyse de l'un à l'autre.

2. – Pourtant si l'identification des spécificités de ces différents modes de création du droit est le préalable nécessaire d'une réflexion sur les sources, ce sont leurs points de rencontre qui suscitent l'intérêt. Dans les manuels d'introduction du droit, la présentation de la coutume et des usages s'opère traditionnellement selon le triptyque, coutume *praeter legem*, coutume *secundum legem* et coutume *contra legem*. Cette manière d'évoquer la coutume au travers de la loi traduit, d'une certaine manière, le pré-supposé idéologique sur lequel repose le droit français, la suprématie de la loi. C'est cependant à un autre regard que convie le dossier *Qui fait la loi ?* puisqu'il conduit à se demander si la loi n'est pas écrite par de nouveaux acteurs, ici des acteurs privés, au travers des usages.

Disons-le d'emblée, l'absence de définition unitaire de l'usage rend l'analyse particulièrement délicate. Que faut-il entendre exactement par usage ? Sous l'Ancien Droit, la coutume et les usages renvoyaient tous deux à l'idée d'un droit spontané et leur distinction venait de la rédaction des premières et de l'absence de rédaction des secondes. Merlin précisait ainsi : « *Aujourd'hui nous appelons coutumes, les règles qui se sont introduites par les mœurs du peuple, et que l'autorité législative a fait rédiger par écrit; et le nom d'Usage est resté à celles dont il n'existe point de rédaction ordonnée ou approuvée par le souverain* »⁶. Au tournant du ^{xx}e siècle, Gény introduira une distinction de nature entre l'usage et la coutume. Selon lui, l'usage est un fait, c'est l'élément matériel de la coutume. Il doit toutefois, pour se transformer en coutume, faire naître un élément subjectif, la fameuse *opinio juris*⁷. Dans la lignée, plusieurs auteurs considèrent que l'usage, contrairement, à la coutume, n'est pas une règle de droit tandis que d'autres renouent avec le rapprochement

historique opéré entre coutume et usage tout en intégrant une différence de degrés entre la coutume, qui serait générale, et l'usage, qui serait spécial⁸. Ainsi s'explique, à grands traits, l'existence d'une pluralité de définitions de l'usage tantôt assimilé à la simple pratique d'un groupe, tantôt à la coutume et, ce faisant, à une règle juridique obligatoire.

Aux raisons historiques expliquant la difficulté d'une définition de l'usage, s'ajoutent d'autres facteurs rendant délicate une conception unitaire de la notion. D'abord, des conventions de langage faisant obstacle à l'unité, la doctrine commercialiste préférant évoquer les usages tandis que la doctrine de droit international public faisant davantage allusion à la coutume. Ensuite, la démarche consistant à introduire des sous-catégories comme la distinction entre les usages de droit et les usages conventionnels sans qu'un critère fixe ne vienne servir cette proposition ou la création, en droit social, de la catégorie des usages d'entreprise⁹.

Enfin, la tendance à grossir la catégorie des usages, ou celle des coutumes, pour accueillir un nombre toujours plus important de phénomènes qui s'éloignent pourtant d'une création spontanée du droit. Ainsi, dans sa forme contemporaine, l'usage est sollicité pour rassembler des pratiques formalisées dans des contrats-types, des codes de bonnes conduites, des codes déontologiques ou pour désigner le phénomène de la *lex mercatoria*¹⁰. D'une certaine manière, l'on retrouve dans cette conception l'idée d'une coutume d'origine savante défendue en son temps par le doyen Carbonnier¹¹.

3. – Dans ce contexte, l'étude des rapports entre l'usage et la fabrique de la loi paraît devoir être menée en deux étapes. Si dans un premier temps, il semble logique de décrire l'influence que l'usage peut avoir sur la loi (I), il est nécessaire, dans un second temps, de se demander comment se fait l'usage (II).

6. Merlin, Répertoire de jurisprudence, v° Usage.

7. F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources du droit privé positif*, LGDJ, 2016, p. 361.

8. V. sur ce point, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Manuel, 2017, 4^e éd., p. 359, n° 413 soulignant la faiblesse théorique du critère de l'*opinio juris*.

9. Contrairement à l'usage local ou professionnel, l'usage d'entreprise ne bénéficie qu'aux salariés d'une entreprise donnée. V. p. ex. pour un « avantage consenti par la maison à titre de coutume ou d'habitude », Soc., 8 déc. 1965, *Bull.* n° 888.

10. Sur ce constat, B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *APD*, t. 9, 1964, p. 177.

11. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, Quadrige, Vol. 1, 2004, p. 250, n° 137.

I. L'influence de l'usage sur la loi

4. – Si l'on met de côté l'hypothèse dans laquelle le pluralisme juridique atteint son degré le plus fort puisqu'il y a un véritable droit coutumier qui se superpose au droit étatique et qui peut aller jusqu'à régir le statut personnel¹², le phénomène d'influence de l'usage sur la loi le plus emblématique est certainement celui dans lequel l'usage fait, au sens littéral, la loi. L'hypothèse est bien connue : tout débute généralement par l'existence d'une coutume *praeter legem* que le législateur finit par consacrer.

Parmi les illustrations les plus classiques en droit civil¹³, figure l'acte de notoriété né d'une pratique établie par les notaires dans leurs relations avec les établissements de crédit et désormais consacré aux articles 730 et suivants du Code civil par la loi du 3 décembre 2001. L'on peut encore citer la réception de l'usage de l'ancienne France selon lequel la femme prenait le nom du mari par l'article 264 du Code civil qui dispose qu'à la suite du divorce, les époux perdent l'usage du nom du conjoint. Quant à la matière commerciale, un auteur a souligné que le Code de commerce de 1807 reproduisait dans une large mesure « les solutions élaborées dans la vie courante »¹⁴. Plus spécialement, les usages souvent invoqués sont ceux prévus à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce qui fait référence aux « usages du commerce » pour apprécier la régularité du délai de préavis de rupture des relations commerciales ou encore l'article 1511 al. 2 du Code de procédure civile selon lequel le tribunal tient compte dans tous les cas des « usages du commerce ». Certaines matières sont particulièrement propices à la réception des

usages comme le droit de l'internet ou le droit de la propriété intellectuelle¹⁵. La réception de l'usage par la loi ne se réalise toutefois pas toujours sans heurts. Elle peut être l'issue d'un combat juridique, la jurisprudence ayant censuré la pratique avant que la loi ne la consacre¹⁶. Tel est le cas de la clause commerciale qui permet l'attribution du fonds de commerce à l'époux survivant. Cette clause insérée par la pratique notariale dans les contrats de mariage des commerçants, a d'abord été jugée nulle au motif qu'elle constituerait un pacte sur succession future prohibé¹⁷, puis finalement reconnue par le législateur à l'article 1390 du Code civil. C'est ici l'usage, jugé *contra legem* par la jurisprudence, qui finit par faire la loi¹⁸. Que faut-il penser, dès lors, de ce phénomène de réception de l'usage par la loi ? Sans doute a-t-il le mérite de montrer de la manière la plus nette l'influence de l'usage. Ne nous y trompons toutefois pas : avant même la consécration de la loi, l'usage avait valeur de source ; après la consécration de la loi, l'usage se fige et perd ses qualités d'adaptation qui faisaient sa force ce qui peut, au demeurant, donner naissance à un nouvel usage.

5. – Aussi bien, l'influence de l'usage la plus riche tient-elle dans sa capacité à agir sur l'application de la loi. On la retrouve à chaque fois que la texture de la loi est ouverte sur le fait notamment grâce au recours à la technique du standard juridique. C'est ainsi que le doyen Cornu voyait dans l'allusion à l'« ordre public », au « bon père de famille » ou aux « bonnes mœurs » un renvoi à la coutume ou aux usages¹⁹. Mais c'est surtout le renvoi exprès aux usages, technique classiquement désignée sous l'expression de coutume *secundum legem*, qui constitue le

12. V. not. art. 7 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie énonçant que les personnes dont le statut personnel est le statut civil coutumier kanak sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes. Pour une illustration, Cass. avis, 16 déc. 2005, n° 05-00026, *RTD civ.*, 2006, p. 516, obs. P. Deumier.

13. V. not. sur le rôle de la pratique notariale, A. Souriou, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit », *Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées suisses de 1983*, t. XXXIV, Economica, 1985, p. 85 et s. ; S. Torricelli-Chrifi, *La pratique notariale, source du droit*, préf. B. Beignier, Defrénois, 2015.

14. M. Pédamon, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.*, 1959, p. 335.

15. Soulignons d'ailleurs que la première législation sur le droit d'auteur, le Statute of Anne de 1709, est la consécration des usages des libraires londoniens, Ch. Caron, « Rapport de synthèse : l'efficacité des usages en droit de la propriété intellectuelle », Dossier « Les usages et pratiques professionnelles en droit de la propriété intellectuelle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Juillet 2008, p. 41.

16. V. au contraire, l'usage bancaire qui réduit l'année à 360 jours ne prévaut pas sur les textes exigeant que le taux annuel de l'intérêt soit déterminé par la durée de l'année civile, soit 365 ou 366 jours, Com., 18 mars 1997, n° 94-22.216, non publié, CCC, 1997, n° 124, note G. Raymond.

17. Civ., 11 janvier 1933, *D.*, 1933, 1, 10.

18. Un tel revirement du droit positif a même conduit le doyen Carbonnier à s'interroger sur le point de savoir si lorsque « la Cour de cassation est saisie, pour la première fois, de la validité d'une pratique qui s'est développée en fait depuis de nombreuses années, n'agirait-elle pas sagement, quel que soit son avis de *lege lata* en prenant en compte cette pratique ? » (J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, le couple*, préc., p. 256, n° 138).

19. G. Cornu, *Droit civil, Introduction*, Domat Montchrestien, 2007, 13^e éd., p. 53.

phénomène le plus marquant. Dans ces hypothèses, le recours aux usages, orchestré par le législateur, a pour immense vertu de « donner une nouvelle dimension à la règle »²⁰ qui n'a alors qu'une valeur supplétive. Les illustrations sont nombreuses en droit positif et les renvois sont d'un degré différent. Le législateur peut ainsi faire le choix d'un renvoi à l'« usage », de manière générale²¹ ou, de manière plus circonscrite, à l'usage « constant » ou « immémorial ». L'usage visé dans les textes est toutefois, le plus souvent, local ou professionnel même s'il ne faut pas exclure l'existence d'un usage professionnel local²².

6. – Au titre des usages locaux, l'on peut recenser les « usages des lieux », les « usages du pays » ou encore les « usages locaux, loyaux et constants » que l'on trouve dans le Code civil principalement à l'occasion de la réglementation des servitudes²³, des baux²⁴ et des contrats²⁵. L'usage, que la doctrine a parfois qualifié d'« usage réglementaire »²⁶, permet alors à la loi de s'adapter au territoire sans perdre son caractère général. C'est ainsi que la jurisprudence a pu considérer que dans la banlieue parisienne, il est d'usage en raison de l'exiguïté des terrains sur lesquels sont bâtis les maisons individuelles de planter les haies à moins de cinquante centimètres de la limite des jardins²⁷ ou encore, toujours dans la région parisienne, qu'en l'absence d'un écrit, le congé doit être donné trois mois à l'avance pour les appartements, délai qu'il convient de ramener à six semaines pour les petits logements, en l'espèce une remise²⁸, tandis que dans les Charentes, un usage constant et notoire conduit à considérer qu'il y a une impossibilité morale à exiger un écrit pour les ventes

d'eaux-de-vie²⁹. L'on peut encore citer l'article 521-1 du Code pénal qui sanctionne les sévices graves ou les actes de cruauté envers les animaux tout en prévoyant une immunité pénale en présence d'une « tradition locale ininterrompue » en matière de courses de taureaux ou de combats de coqs. La carte de France prend alors une coloration particulière.

7. – Au titre des usages professionnels, les textes renvoient aussi bien aux « usages de la profession », qu'aux « usages en vigueur pour la catégorie professionnelle » ou encore aux « usages normaux du commerce » que l'on peut rapprocher en matière commerciale de la référence aux « usages commerciaux », aux « usages du commerce » ou encore aux « usages commerciaux et bancaires »³⁰. L'ouverture vers les usages, l'on évoque parfois les « usages conventionnels », s'est aussi réalisée par des textes plus généraux et notamment par l'ancien article 1135 du Code civil (devenu article 1194 du Code civil) qui prévoit que les suites du contrat sont déterminées par l'usage. Dans un arrêt bien connu, la jurisprudence a ainsi relevé de manière générale que « selon un usage constant entre commerçants, les prix s'entendent hors taxes sauf convention contraire »³¹. À titre d'illustrations, le contentieux étant dense, la Cour de cassation a pu relever de manière plus précise, l'existence d'un usage de la profession relatif au préavis à respecter à l'occasion de la rupture du contrat liant une clinique et un médecin³² ou l'existence d'un usage autorisant l'utilisation d'une photographie achetée pour l'illustration de la couverture d'un magazine dans des affiches de promotion du même magazine³³.

20. P. Deumier, *Le droit spontané*, préc., p. 400, n° 400.

21. V. p. ex. le nouvel article 1148 du Code civil retenant que toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales.

22. V. p. ex. à propos d'un supplément saisonnier attribué à des salariés de la restauration de la côte basque sur le fondement d'un « usage pratiqué dans la localité et dans la profession », Soc., 27 janv. 1999, n° 96-44.036, *RJS*, 1999, n° 454.

23. V. not. C. civ., art. 590, 591, 593, 608, 663, 671 et 674.

24. V. not. C. civ., art. 1736, 1745, 1748, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759 et 1761.

25. V. not. C. civ., art. 1587 et 1648.

26. Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 2017, 17^e éd., p. 176, n° 195.

27. Civ. 3^e, 14 fév. 1984, n° 82-16 092 ; publié au bulletin.

28. CA Paris, 16^e ch. sect. B, 21 mars 2003, n° 2002/10211, *AJDI*, 2003 p. 752.

29. CA Poitiers, 25 nov. 1992, *D.*, 1993, IR, 117.

30. V. P. Mousseron, « Les usages sont-ils encore une source du droit commercial ? », *Revue de jurisprudence commerciale*, mars-avril 2014, n° 2, p. 1.

31. Com., 9 janv. 2001, n° 97-22.212, publié au bulletin, *Gaz. Pal.*, 2001, somm. 1328, D. Guével ; CCC, 2001, n° 70, note L. Leveneur ; *RTD civ.*, 2001, p. 870, obs. J. Mestre et B. Fages.

32. Civ. 1^{re}, 17 janv. 1997, n° 95-14.162, publié au bulletin, *D.*, 1997, p. 604, note G. Mémenteau.

33. Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, n° 99-21.090, publié au bulletin ; *JCP E*, 2002, 1121, Ch. Caron.

8. – Au travers de ces quelques illustrations, l'on mesure tout l'avantage que peut tirer le législateur de ces références à l'usage. Elles permettent, sans rompre le principe d'égalité, une application à géométrie variable de la règle légale sur le territoire français. Il reste alors à s'interroger sur les conditions de la fabrique des usages.

II. La fabrique de l'usage

9. – Si l'on admet que l'usage influence la loi, il paraît légitime dans le cadre d'un dossier intitulé *Qui fait la loi ? d'essayer de déterminer Qui fait l'usage*. L'usage étant l'archétype du droit spontané, on enseigne qu'il naît d'un fait isolé original qui se transforme en pratique acceptée et partagée par un groupe³⁴. Mais, à partir de quand un fait isolé opère-t-il cette mue ? Comment identifier et circonscrire l'usage local ? Quant à l'usage professionnel ou commercial, comment déterminer le domaine exact de son application³⁵ ? Le doyen Cornu avait parfaitement illustré la difficulté en soulignant que le juge est, d'une certaine façon, « l'oracle » de la coutume³⁶. Ne devrait-on pas, alors, faire un pas de plus et considérer que c'est le juge qui fait l'usage ? Une telle approche doit être tempérée par le fait que la preuve de l'usage se fait, au plan contentieux, à l'aide de parères ou de certificats de coutumes, de la production de contrats-types contenant des clauses habituelles ou encore par le témoignage. De manière plus générale, il est important de souligner qu'une bonne maîtrise des usages passe par une meilleure connaissance des usages par les juges³⁷. À

cet égard, il faut relever l'intérêt de la constitution de recueil d'usages au sein des juridictions ou encore la création de bibliothèques des usages³⁸.

10. – Sur cette voie de la diffusion des usages, il n'est naturellement pas étonnant qu'un certain nombre d'institutions publiques ou privées ou d'organismes plus ou moins informels soient intervenus dans la codification des usages. Ainsi l'article L. 511-3 du Code rural et de la pêche prévoit que les chambres départementales d'agriculture « sont appelées par l'autorité administrative à grouper, coordonner, codifier les coutumes et usages locaux à caractère agricole qui servent ordinairement de base aux décisions judiciaires ». Il reste que cette codification est parfois accompagnée d'une phase d'élaboration ou de délimitation des usages communs à un milieu économique à l'occasion de laquelle la distinction entre consécration et création de l'usage s'estompe. L'on peut ainsi évoquer, le rôle des chambres syndicales de commerçants qui sont à l'origine de la rédaction de « clauses générales » ou de « contrats-types » qui ont vocation à se transformer en usage ou de « codes d'usages », sortes de codification privée des usages les plus répandus dans un secteur d'activité³⁹. Le rôle des organisations professionnelles, qu'elles soient⁴⁰ ou non⁴¹ constituées en ordre, apparaît aussi déterminant dans la fabrique des usages au travers de l'édition des différents codes de déontologie et même d'un certain nombre d'avis, de recommandations ou de codes de bonne conduite qui peuvent se fonder sur des usages⁴². L'on peut encore relever le rôle des normes techniques élaborées par des associations profession-

34. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, préc., p. 345, n° 391.

35. P. ex. la jurisprudence considère qu'en vertu de l'existence d'un « usage ancien et constant en Bordelais » selon lequel l'établissement et l'envoi, par le courtier au vendeur et à l'acheteur d'une « lettre de confirmation » sans qu'il y ait de leur part un accord formel équivalait à une vente parfaite (Com., 13 mai 2003, n° 00-21.555, publié au bulletin, *D.*, 2004, p. 414, note Bahans et Menjucq; *CCC*, 2003, n° 124, note L. Leveigneur; *JCP E*, 2004, 384, n° 4, obs. Masquéfa; *RTD Civ.*, 2003, p. 727, obs. P.-Y. Gautier) tandis que cet usage ne saurait s'imposer à une société civile immobilière s'agissant de la signature du bail avec un producteur de champagne au motif que la société civile immobilière n'est pas un professionnel concerné par cet usage (Civ. 3^e, 15 oct. 2014, n° 12-28.767, publié au bulletin). V. sur les difficultés relatives à l'adhésion ou non à l'usage, p. ex. Com. 19 fév. 2002, n° 97-21.604, inédit, *CCC*, 2002, n° 91, note L. Leveigneur; Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, n° 13-17.007, publié au bulletin, *JCP G*, 2014, n° 922, note J. François; *RDC*, 2014, p. 618, obs. R. Libchaber; *ibid.*, p. 750, note P. Berlioz; Com., 16 déc. 1997, n° 95-18.586, publié au bulletin.

36. G. Cornu, *Droit civil, Introduction*, préc., p. 226.

37. V. en ce sens, *La prudence et l'autorité, L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapport de l'IHEJ, 2013, p. 179.

38. V. ainsi l'initiative de l'Institut des usages de la Faculté de droit de Montpellier : <http://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com>.

39. V. Mohamed Salah M. Mahmoud, *V^o Usages commerciaux, Répertoire de droit commercial*.

40. V. p. ex. le Code de déontologie médicale désormais rédigé par le Conseil de l'ordre des médecins.

41. V. p. ex. le Code de déontologie de la Fédération française de la franchise ou le Code de la Chambre de commerce internationale sur les pratiques de publicité et de communication commerciale.

42. F. Osman, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. Réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.*, 1995, p. 509; G. Farjat, « Réflexions sur les codes de conduite privée », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 47.

nelles qui peuvent se présenter, sous certains aspects, comme une codification écrite des règles de l'art ou des usages de la profession⁴³, les règles et usances uniformes (RUU) ou les *incoterms* de la Chambre de commerce internationale⁴⁴ et même la *lex mercatoria*⁴⁵.

11. – Dans ce rôle entremêlé des acteurs qui joint dans un même processus la création, la consécration, la modification et l'application des usages, il est particulièrement délicat de déterminer qui fait l'usage. Sans doute n'y a-t-il pas de difficulté excessive lorsqu'il y a une simple compilation des usages existants. Mais que retenir dans les hypothèses, en pratique les plus nombreuses, où la codification des usages est l'occasion d'une refonte, d'une reformulation ou d'une modification au demeurant même mineure⁴⁶ ? Comment analyser encore les révisions des usages qui sont faites périodiquement pour éviter le risque de fixité de l'usage ? Dirait-on que l'usage est le fruit de la pratique spontanée et commune des membres du groupe ou qu'il est le produit d'une réflexion d'un groupe restreint ? L'usage ne perd-il pas sa spontanéité qui était pourtant sa marque originelle ? L'interrogation n'est pas anodine à l'heure du dévelop-

pement du phénomène consistant pour les pouvoirs publics ou les autorités publiques indépendantes à revêtir des marques de la puissance publique des sources élaborées au sein d'instances privées. L'on songe ici aux hypothèses dans lesquelles une source privée – code de conduite, règles de bonnes pratiques, etc. – fait l'objet d'une homologation, d'un agrément, d'une approbation ou même d'une constatation par une autorité de l'État qui lui confère alors par le biais de l'estampille étatique une valeur juridique accrue⁴⁷. Il reste que ce mélange des genres entre les sources privées délibérées et les sources privées spontanées est sans doute l'avenir de l'usage, à tout le moins des usages professionnels et commerciaux. Il n'y a là, au fond, qu'une manifestation supplémentaire de l'expression des pouvoirs privés économiques qui trouvent dans l'usage un point d'appui légitime et effectif⁴⁸. L'on mesure alors toute la nécessité de bien comprendre ce que recouvre l'usage. On l'aura compris, si l'usage peut faire la loi, il est décisif à l'heure où la notion d'usage est utilisée pour désigner toutes sortes de phénomènes d'origine privée de bien identifier comment est fait l'usage à défaut de pouvoir déterminer qui fait l'usage.

43. V. not. A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, 1989 ; L. Boy, « La valeur juridique de la normalisation », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 183.

44. V. not. J. Stoufflet, « L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale », in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, préc., p. 361.

45. V. not. B. Goldman, « Frontières du droit et "lex mercatoria" », préc.

46. V. p. ex. CE, 30 avril 1997, n° 173044 : « il ressort de la comparaison du texte adopté par le Conseil national de l'Ordre des médecins le 12 février 1993 à celui du décret attaqué que les auteurs de ce dernier n'ont pas apporté au projet qui leur était proposé des adjonctions ou des modifications d'une nature ou d'une ampleur telle que le code de déontologie médicale ne pourrait plus être regardé comme ayant été "préparé" par le Conseil national de l'Ordre des médecins ».

47. V. p. ex. à propos de l'Autorité de contrôle prudentiel, C. mon. fin., art. L. 612-1, II, 3°.

48. Sur lesquels, v. G. Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, 2000, p. 613.

Petit quatre du Grand A : la loi, en quelques maux

La loi, en quelques maux

Hervé Moysan

Docteur en droit, directeur de la Rédaction législation
LexisNexis

L'essentiel. – L'appréhension de la loi est rendue de plus en plus difficile, y compris par le Parlement et l'Administration, en raison des écueils grandissants auxquels elle se heurte : inflation, instabilité et technicisme normatifs.

À l'instar de son prédécesseur qui dénonçait « une dégradation de la qualité de la loi »¹, Jean-Louis Debré, ancien président du Conseil constitutionnel, a très souvent critiqué « la médiocre qualité de la loi », déplorant l'inflation et l'instabilité qui l'affectent et, par voie de conséquence, le déclin de la sécurité juridique².

Le constat est très largement partagé par les différents acteurs de la production législative et réglementaire. Nombre de rapports parlementaires en témoignent³. Le Conseil d'État lui-même est revenu sur « cette question lancinante », justifiant cet exceptionnel retour par la

nécessité de « s'interroger sur les raisons pour lesquelles les remèdes qu'il a préconisés n'ont pas suffi »⁴.

Quelques auteurs font entendre une voix discordante, rappelant que la critique des maux de la loi est de toute époque⁵. Ils mettent aussi en avant la difficulté de mesurer objectivement l'inflation législative ou la dégradation de sa qualité⁶. Il reste que la doctrine est quasi unanime pour dénoncer « la crise de la loi »⁷.

Comme tous les sujets vastes, l'analyse critique de la législation se heurte spécialement à deux écueils : à s'en tenir à des généralités, on

1. P. Mazeaud, « La loi ne doit pas être un rite incantatoire », *JCP A*, 2005, étude 1035 (dans un discours au président de la République).
2. J.-L. Debré, « Propos conclusifs », Actes du colloque « Mieux légiférer » de l'hôtel de Lassay, 28 nov. 2014, *JCP G*, 2015, suppl. au n° 14, p. 30 (appuyant sa démonstration sur les exemples concrets du dispositif de crédit d'impôt en faveur du développement durable et sur le régime d'imposition des plus-values immobilières).
3. Pour s'en tenir aux plus récents, on pourra citer : C. Belot, *Les normes applicables aux collectivités territoriales*, Rapport d'information au Sénat n° 317, 16 févr. 2011 (dit « Rapport sur la maladie des normes »); D. Dubois, *Les normes en matière agricole*, Rapport d'information au Sénat n° 733, 29 juin 2016; A. Lambert et J.-C. Boulard, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 26 mars 2013; A. de Montgolfier, *Le prélèvement à la source : un choc de complexité*, Rapport d'information au Sénat n° 98, 2 nov. 2016. V. aussi N. Molfessis et H. de Castries, *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare & Marin, 2015 (Rapport de la commission éponyme du Club des juristes).
4. Conseil d'État, *Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016, p. 26.
5. « Car nous avons en France plus de lois que tout le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épique... Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers et à y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines ». Montaigne, *Essais*, livre III, chapitre 13, 1580-1588.
6. Par ex. E. Grass, « L'inflation législative a-t-elle un sens ? », *RDP*, 2003, p. 139; R. Vanneville, « Le chiffre au service du droit ou le droit au service du chiffre ? », *Mots. Les langages du politique*, n° 100, 2012, p. 123; A. Flückiger, « Qu'est-ce que mieux légiférer ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Schulthess, 2008, p. 11; E. Matutano, « L'inflation normative en question », *Rev. adm.*, 2007, p. 617.
7. V. spécialement venant d'un universitaire qui fut aussi parlementaire : P. Albertini, *La crise de la loi*, LexisNexis, 2015. V. aussi parmi une littérature prolifique : D. Martin, « L'hypertrophie normative est-elle un mal incurable ? État de la question, du diagnostic aux remèdes », *Revue Droit et Affaires*, 2014, p. 32; N. Molfessis, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, Études et documents, n° 57, 2006, p. 391.

reste trop abstraits ; à ne voir que des cas particuliers, on s'interdit de généraliser.

Pour les surmonter et embrasser autant qu'il est possible le phénomène dans sa globalité, l'expérience de la consolidation éditoriale se révèle particulièrement utile. Selon les définitions qui en sont données, la consolidation « éditoriale » dite aussi « informative » (pratiquée en France), consiste à mettre à jour un texte « des modifications de toute nature (remplacements, ajouts, abrogations, annulations, rectificatifs...) qui lui ont été apportées »⁸, « en ayant procédé au préalable à une analyse critique du texte »⁹ ; elle peut nécessiter un « travail d'interprétation » et « n'est pas à l'abri d'erreurs »¹⁰.

La doctrine s'intéresse peu à cette technique¹¹, de nature à la fois documentaire et scientifique, sauf pour souligner ponctuellement un type de difficulté ou de malfaçon¹² ou pour s'émouvoir de tel cas particulier d'erreur¹³. Développer la recherche en la matière s'impose pourtant. D'abord, la consolidation, en tant qu'elle permet d'établir la lettre même de la loi applicable, constitue la condition préalable élémentaire à son accessibilité et à son intelligibilité, objectif de valeur constitutionnelle¹⁴. Ensuite, les définitions qui en sont données – faisant une part à l'« analyse critique », au « travail d'interprétation », à l'éventualité d'« erreurs » ou à la variété des éléments qui la composent (qui peuvent être de nature jurisprudentielle, factuelle, méthodologique et non pas seulement légale) – laissent entrevoir que ce procédé documentaire ne se réduit pas à une pure opération mécanique ou à une simple technique de présentation. Enfin et surtout, sous son angle technique

– rédactionnel et formel –, la consolidation permet de procéder à de nombreuses observations sur l'état de la législation comme de la réglementation et sur la manière dont elles sont élaborées. Elle complète opportunément les approches classiques qui appréhendent la confection de la loi selon une approche politique et qui peuvent, elles, rendre compte par exemple des effets des rapports de pouvoirs sur la qualité de la loi¹⁵.

Sous cet angle technique ou légistique (ici étayé par la pratique de l'éditeur), il apparaît que la législation et la réglementation sont de plus en plus difficilement accessibles et intelligibles y compris pour les acteurs de la confection de la loi (II) en raison des pathologies dont elles sont affectées (inflation, instabilité et technicisme formel), qui vont en s'aggravant (I).

I. Des pathologies de la loi qui s'aggravent

La loi contemporaine souffre spécialement de deux maux sans cesse grandissants : d'une part, une inflation et une instabilité et, d'autre part, un excès de technicisme (ici étudié dans sa dimension formelle).

A. L'inflation et l'instabilité normatives

L'inflation législative est abondamment mesurée : nombre de lois par année ou session, nombre moyen d'articles par loi, nombre de pages ou caractères annuellement publiés au *Journal officiel*... Si le Conseil d'État reconnaît que « les écarts entre les chiffres disponibles sont anormalement importants »¹⁶, le constat d'une

8. Préface à *Codes et lois – droit public et droit privé*.

9. Services de l'Union européenne, sur le site de l'Union européenne.

10. Site Légifrance, rubrique « à propos de l'ordre juridique français », point 5.2.

11. V. parmi les rares travaux qui lui sont consacrés : T.-X. Girardot, « Accéder au droit : importance et défis de la consolidation », *Documentaliste-Sciences de l'Information*, vol. 51, 2014, p. 30 ; E. Matutano, « Un acteur méconnu de l'accessibilité du droit écrit : l'éditeur juridique », in J.-L. Piotraut et S. Evrard (dir.), *Le droit et l'édition. Regards français et étrangers sur les mutations engagées*, L'Harmattan, 2016, p. 87-108 ; H. Moysan, « La consolidation des codes, lois et règlements : devoir de l'État ou "positions doctrinales des éditeurs" », *LPA*, 29 sept. 2005, p. 11 ; *JCP G*, 2006, étude 196.

12. H. Moysan, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : un [des] objectif[s] à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 2001, p. 428 (à propos des dispositions balaï) ; O. Pluen, « L'abrogation implicite des actes et dispositions réglementaires ou législatives périmées (analyse d'une dérive en voie d'institutionnalisation...) », *RDP*, 2016, p. 1809.

13. H. Groutel, « Perdu sur le web », *RCA*, 2001, n° 1, p. 1 ; H. Moysan, « Les incertitudes de l'établissement de la loi applicable : l'exemple d'une abrogation "indirecte" », *JCP G*, 2004, act. 556 ; E. Matutano, « Entre Juridoc et Légifrance : des océans et quelques perturbations », *JCP S*, 2008, act. 353 ; M. Poumarède, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux VIC et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : d'une bonne loi à une grande loi », *JCP N*, 2017, étude 1242, § 1 à 3 ; J. Waline, « Le grand bazar juridique », *AJDA*, 2010, p. 177.

14. V. Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC.

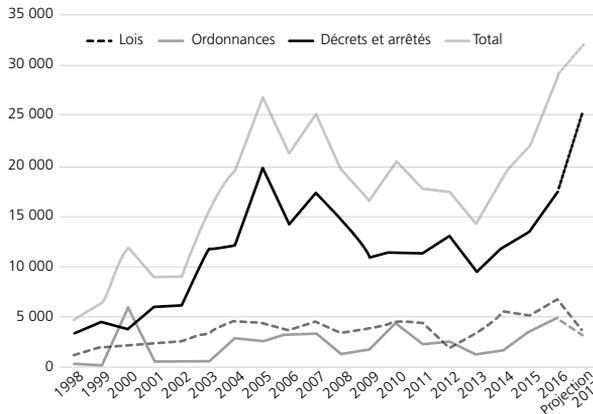
15. Sur la complexité de la loi due à ces rapports, V. notamment V. Aubelle, « L'élaboration d'une loi sur la décentralisation », in *L'écriture de la loi*, Actes de colloque n° 3, 31 juill. 2014 (illustrant les effets sur la rédaction des normes des compromis nécessaires pour dégager une majorité parlementaire afin d'adopter une loi) ; S. Lasvigne, « Le Secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi », in *L'écriture de la loi*, Actes de colloque n° 3, 31 juill. 2014 (sur la volonté de l'Administration de garder la maîtrise technique de la loi).

16. Conseil d'État, *Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016, p. 45.

inflation et d'une instabilité normative exponentielle est lui-même peu discuté.

Quelques données issues de la pratique éditoriale de la consolidation permettent de mesurer cette évolution. Les statistiques concernant le corpus contenu dans *Codes et lois – droit public et droit privé* (tous les codes non fiscaux et

32 000 textes non codifiés) en offrent un aperçu significatif. En effet, si ce corpus connaissait de l'ordre d'un peu plus de 5 000 modifications annuelles dans les dernières années de la décennie 1990, il en connut près de 10 000 en 2000, plus de 26 000 en 2005 et, après une période de relatif reflux, près de 30 000 en 2016¹⁷.



Nota : pour 2017, la projection est faite sur la base des textes parus au Journal officiel de janvier à mai.

La mesure de l'inflation normative peut être illustrée à travers des cas particuliers. Ainsi, composée de 177 articles (contre 84 dans le projet de loi initial), la loi dite ALUR¹⁸ a entraîné plus de 850 modifications dans le corpus législatif en vigueur, affectant 23 codes, 26 lois ou ordonnances, outre la ratification de 10 d'entre elles. De même, composée de 308 articles (contre 106 dans le projet de loi initial), la loi dite Macron¹⁹ a entraîné 848 modifications, affectant 30 codes et 55 lois ou ordonnances, outre la ratification de trois d'entre elles.

L'inflation et l'instabilité normative ne sont pas les seuls maux qui rongent la législation. Celle-ci est également affectée par un technicisme rédactionnel qui s'accroît.

B. Le technicisme formel

Dans leur grande majorité, les lois adoptées et règlements pris actuellement modifient d'autres textes déjà existants plus qu'ils n'en créent de nouveaux, et cette tendance a été renforcée par la codification. Une caractéristique majeure s'ob-

serve dans la manière dont les textes formant le « flux » modifient ceux formant le « stock » : la modification des dispositions existantes par la législation ou la réglementation nouvelle recouvre fréquemment des modalités d'un formalisme et d'un pointillisme excessifs dans les techniques employées.

Parmi d'autres, le seul paragraphe I de l'article 26 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 remplace ou abroge des dispositions ou des références sur un mode microchirurgical, au long de ses deux pages et demi de *Journal officiel*, de son a) jusqu'à un z *quindecies*), ainsi respectivement rédigés : « À la seconde phrase du treizième alinéa du h du 1° du I de l'article 31, au dernier alinéa ainsi du D du I de l'article 199 novovicies et au 3 du II de l'article 239 nonies, les mots : "ou ayant fait l'objet d'un agrément ministériel" sont supprimés » et « au deuxième alinéa du II de l'article 1395 H, la référence : "ou au I de l'article 1395 D" est supprimée ». De même, le décret n° 2017-671 du 28 avril 2017 poursuivant, à la suite de l'ordonnance du

17. Une étude du Secrétariat général du Gouvernement mesurait de manière concordante l'instabilité normative jusqu'en 2010, l'étude n'ayant pas été réactualisée ultérieurement. Secrétariat général du Gouvernement, *Lois et règlements en vigueur. Approche statistique*, janv. 2011.

18. Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

19. Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

13 octobre 2016, le travail de modernisation et de clarification du Code des juridictions financières, opère méticuleusement plus de 410 dénumérations d'articles (ou parfois de chapitres, sous-sections, alinéas...) au long de ses 184 articles et 63 pages de *Journal officiel* électronique. Enfin, raffinement byzantin oblige, un arrêté ministériel a agréé la décision n° 2016-DC-0569 de l'Autorité de sûreté nucléaire du 29 septembre 2016, qui remplace dans une précédente décision les mots : « radioactives ou dangereuses » par les mots : « dangereuses ou radioactives » (article 4) et produit quelques dispositions n'ayant d'autre objet que de corriger des fautes de syntaxe ou d'orthographe (articles 2, 2°, 13, 5° ou 22, 2°)²⁰.

En dépit de son caractère méthodique et quasi mathématique, appliqué à des milliers ou dizaines de milliers de dispositions chaque année, ce technicisme formel conduit logiquement à multiplier les erreurs de plume ou les omissions. Inséré dans une production normative inflationniste, il s'accompagne d'une persistance et même d'un accroissement des malfaçons de tous ordres dans la manière de produire les textes, spécialement ces dernières années : prescriptions (abrogations, entrées en vigueur...) formulées hors du dispositif des textes normatifs; entrées en vigueur introduites dans le dispositif des textes mais à un emplacement incompréhensible; modifications contradictoires; modifications redondantes; modifications de dispositions annulées ou abrogées; abrogations par mégarde; modifications de l'ordre de l'absurde; erreurs de référence²¹...

Les textes récents, même les plus emblématiques, n'échappent pas à ces écueils. Ainsi, l'article 14 de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 abroge sans délai la sous-section du Code du travail consacrée au congé

de mobilité tandis que ses articles 10 (III) et 40 (X) créent la sous-section qui s'y substitue à la date de publication des décrets d'application nécessaires et au plus tard le 1^{er} janvier 2018, créant dans l'intervalle un vide juridique. De même, l'article 40 (X) de cette ordonnance prévoit une entrée en vigueur des dispositions nécessitant des mesures d'application « à la date de publication des décrets d'application, et au plus tard le 1^{er} janvier 2018 » sans plus de précision. Un énoncé aussi générique n'est pas sans créer d'incertitudes. En effet, on sait la part de discrétion qui intervient dans la détermination des dispositions nécessitant effectivement des mesures d'application en matière d'entrée en vigueur²². En outre, à de nombreuses reprises, les cinq ordonnances du 22 septembre 2017 réformant le droit du travail opèrent simultanément des modifications qui s'enchevêtrent et se contredisent. Ainsi, les 37° et 59° de l'article 4 et le I de l'article 9 de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 prescrivent le remplacement à l'article L. 2232-21 du Code du travail de mots qui ne s'y trouvent plus du fait du remplacement concomitant de cet article par l'article 8 de l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017. Enfin, le § III de l'article 5 de l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 prescrit, littéralement, que le chapitre III du titre VI du livre I^{er} de la quatrième partie du Code du travail continue à s'appliquer dans sa rédaction antérieure jusqu'au 31 décembre 2018 tandis que son § II fait entrer en vigueur une partie de ce chapitre III, dans sa nouvelle rédaction, au 1^{er} janvier 2018...

L'importance croissante prise par ces différents maux n'est pas sans conséquence : tous éprouvent des difficultés pour connaître la loi, jusqu'aux acteurs directs de sa confection.

20. Pour d'autres exemples, V. M. Dobkine, « Nul n'est censé ignorer que la loi est... abrogée », *D.*, 2002, p. 1225; H. Croze, « Le Styliste du Gouvernement », *Procédure*, 2014, repère n° 6; « Ceci n'est pas une loi », *JCP G*, 2014, act. 1327; « Loi Macron : grosse ou grande loi », *JCP G*, 2015, suppl. n° 44, p. 4 et H. Moysan, « Choc de simplification et poids de la pratique (quand la complexité croissante du droit est nourrie par le technicisme formel de son écriture) », *JCP G*, 2014, act. 470; *JCP A*, 2014, act. 372.

21. V. H. Moysan, « Choc de simplification et poids de la pratique (quand la complexité croissante du droit est nourrie par le technicisme formel de son écriture) », *JCP G*, 2014, act. 470; *JCP A*, 2014, act. 372.

22. « Pour résumer l'ensemble des hypothèses, il convient de distinguer, selon la typologie du guide de légistique de Légifrance (fiche 2.2.8) : les mesures d'application énumérées par la loi elle-même; les mesures qui sont nécessaires à l'application de la loi, sans que celle-ci y ait explicitement fait référence; les renvois opérés par la loi qui ne justifient pas l'intervention d'un décret compte tenu de la précision suffisante des dispositions législatives; les renvois opérés par la loi qui ne justifient pas l'intervention d'un nouveau décret compte tenu de l'état réglementaire en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la loi; les mesures réglementaires "éventuelles" (celles dont l'intervention reste une simple option ouverte par loi) ». O. Dutheillet de Lamothé, « Les règles d'entrée en vigueur des lois », *JCP G*, 2017, act. 492.

II. Des difficultés d'accessibilité et d'intelligibilité qui augmentent

La conjonction d'une inflation normative exponentielle et d'un technicisme rédactionnel byzantin fait peu de cas du besoin des destinataires de la loi de pouvoir en prendre connaissance.

D'abord, l'appréhension du droit par la voie de la source officielle authentique, le *Journal officiel* (qui fait pourtant seul foi, dans sa version électronique authentifiée) est rendue très malaisée. Il y a un paradoxe français : ce qui fait foi (le *Journal officiel*) n'est pas accessible ou intelligible ; ce qui est accessible ou intelligible (les bases documentaires de législation consolidée, celle de Légifrance comprise) ne fait pas foi^{23 24}.

Surtout, la conjonction de ces deux phénomènes fragilise grandement l'établissement du droit applicable, spécialement par la voie de la consolidation. Des juristes très aguerris peuvent même se méprendre sur la façon dont le droit s'établit. Ainsi certaines des dispositions du Code du travail ont été présentées dans une version consolidée erronée par les services du Conseil constitutionnel sur le site officiel de celui-ci²⁵.

Dans ces conditions, il est très difficile pour les simples justiciables de connaître la loi. Mais les professionnels du droit se heurtent aussi à cette difficulté. Exemple parmi bien d'autres, une réforme de simplification telle que celle du « silence vaut acceptation », instaurée par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013, a conduit à la publication de guides pratiques²⁶ que les avocats ou les fonctionnaires doivent consulter pour ne pas se perdre dans le labyrinthe des exceptions au principe ou même se tromper sur le champ d'application de la réforme.

De manière plus surprenante, même les acteurs les plus proches du processus de confec-

tion de la loi se méprennent fréquemment sur l'état de la législation, qu'il s'agisse des acteurs de la diffusion du droit (A) ou des acteurs de sa confection (B).

A. Les acteurs de la diffusion du droit

Ceux-là même qui sont chargés de présenter le droit ou d'en permettre l'accès à l'issue de son adoption ne sont pas épargnés par les problèmes relevés plus haut. En effet, les services de la Direction de l'information légale et administrative (DILA) – qui effectuent la mise à jour de la base documentaire de législation consolidée accessible sur Légifrance – comme les éditeurs privés se heurtent à de nombreuses difficultés dans le cadre de leur activité éditoriale de sélection et de consolidation des textes normatifs. À ce titre, quelques problèmes posés dans l'établissement de la lettre même de la loi applicable ont fait l'objet d'étude. Ainsi, Olivier Pluen s'est interrogé sur le traitement arbitraire sur Légifrance de plus de 3 200 textes et de près de 1 500 articles du Code général des impôts et du Livre des procédures fiscales, qualifiés de « périmés » : l'auteur constate que dans la mesure où aucun acte normatif n'est intervenu pour abroger formellement ces dispositions, c'est par une décision d'autorité que celles-ci sont, sous cette qualification, établies comme obsolètes ou désuètes²⁷. On complétera le propos de cet auteur en notant que plus nombreux encore sont les textes pourtant implicitement ou même expressément abrogés qui reçoivent la qualification « en vigueur » sur ce même site. Ainsi de la dizaine d'articles de la Constitution de la Seconde République (4 novembre 1848) ou de la loi du 14 avril 1924 portant réforme du régime des pensions civiles et des pensions militaires (abrogée depuis l'intervention des lois n° 48-1450 du

23. Relativement au statut respectif des textes publiés au *Journal officiel* et des textes consolidés consultables sur le site Légifrance, le Conseil d'État a jugé que le moyen selon lequel « la version consolidée [d'un] code [...] présentée sur le site "Légifrance" ne comportait pas les dispositions [d'un] article [...] sur lesquelles s'est fondé [un] tribunal [...] est inopérant dès lors que [...] ces dispositions [...] ont été régulièrement publiées au *Journal officiel* de la République française [...] et [...] sont donc opposables en vertu des dispositions de l'article 1^{er} du Code civil », CE, 22 juin 2015, M. G. ..., n° 387515 (consid. n° 7) [disponible uniquement dans la base ArianeWeb sur le site du Conseil d'État, vraisemblablement pour des raisons techniques].

C'est une nouvelle fois l'occasion de déplorer que le service public regimbe à faire état du statut de l'information qu'il diffuse. Un avertissement classique figure sur la plupart des sites publics, tel que celui présent sur le site du Conseil constitutionnel : « S'agissant des textes normatifs reproduits sur le site, seule la version publiée au *Journal officiel* de la République française fait foi ».

24. Pour une illustration du problème, V. J. Waline, « Le grand bazar juridique », *AJDA*, 2010, p. 177.

25. V. H. Moysan, « De la mise en application de la loi à la qualité de sa rédaction », *JCP G*, 2010, act. 208. Pour se représenter les difficultés de consolidation, V. P. Sablière, « Mais où est donc passé le 6^e alinéa ? », *AJDA*, 2010, p. 1793.

26. V. notamment S. Roux, *Le silence de l'Administration*, Préf. V. Lasserre, Anne Rideau Éditions, 2016 (définissant une méthode d'analyse intégrant également les cas non explicitement couverts par la réforme...).

27. O. Pluen, « L'abrogation implicite des actes et dispositions réglementaires ou législatives périmées (analyse d'une dérive en voie d'institutionnalisation...) », *RDP*, 2016, p. 1809.

20 septembre 1948 et n° 58-346 du 3 avril 1958) ou encore des articles 7 et 8 du décret n° 55-1595 du 7 décembre 1955, pourtant abrogés par l'article 5 (I, 26°) du décret n° 2005-1007 du 2 août 2005.

De même, a également été analysé, dans les fonds éditoriaux de législation consolidée, le caractère souvent hasardeux du traitement – parfois mécanique et toujours incomplet – des dispositions-balais, lesquelles affectent des dispositions qui se comptent vraisemblablement en dizaines de milliers²⁸.

Plus souvent, de nombreux cas d'erreur de consolidation ont été relevés : suppression fortuite d'une partie d'un article du Code civil du fait d'une ambiguïté de la rédaction d'une disposition modificative²⁹; traitement incertain de l'abrogation d'une disposition modificative³⁰; absence de modification d'un texte à l'occasion de la prise d'un autre le remplaçant en partie³¹; absence de prise en compte d'une abrogation à effet différé réalisée par une codification³² 33.

On peut comprendre que les acteurs de la diffusion du droit se heurtent à des difficultés dans la mesure où ils ne sont pas maîtres de la production législative et réglementaire qu'il leur faut intégrer. Il faut aussi constater que ceux-là mêmes qui sont à la source de ce flux normatif connaissent des problèmes pour l'appréhender.

B. Les acteurs de la confection de la loi

En conséquence de l'inflation et de l'instabilité législatives ainsi que du technicisme formel accru des textes, les acteurs qui contribuent à la confection des normes rencontrent eux aussi plus de difficultés que l'on imagine pour

connaître la loi. Il arrive ainsi périodiquement qu'un parlementaire ou un ministre soit raillé dans la presse générale pour avoir proposé d'introduire de nouvelles dispositions dans la loi, en ignorant qu'elles existaient déjà. Ainsi Jean-Vincent Placé, alors sénateur, avait proposé de légiférer pour sanctionner les injures et les diffamations diffusées sur internet ou les réseaux sociaux, sans savoir que la loi de 1881 sur la liberté de la presse couvrait ces hypothèses³⁴. D'autres cas de méconnaissance de la loi par les parlementaires ont pu être relevés. Ainsi, Hervé Lecuyer s'est interrogé sur ce « dialogue surréaliste » par voie de questions/réponses ministérielles entre deux parlementaires et la Chancellerie s'accordant sur la nécessité d'abroger des dispositions... qui l'étaient déjà depuis six mois³⁵.

La méconnaissance de la législation applicable se traduit également dans « la loi qui s'écrit ». Ainsi la modification de l'article 313-9 du Code pénal a pu involontairement supprimer la faculté pour le juge pénal de prononcer dans une instance en cours la dissolution d'une branche de l'église de scientologie constituée en association³⁶. De même, la modification non maîtrisée de l'article 11-4 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 a involontairement permis au Front National d'éviter une condamnation pour financement illégal³⁷. Bien d'autres cas se sont produits. Parmi ceux ayant été commentés dans les revues juridiques, on peut relever celui de la suppression involontaire du seuil en deçà duquel les indemnités pour rupture du contrat de travail ne sont pas soumises aux cotisations sociales par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2016³⁸

28. H. Moysan, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : un [des] objectif[s] à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA*, 2001, p. 428.

29. H. Groutel, « Perdu sur le web », *RCA*, 2001, n° 1, p. 1.

30. H. Moysan, « Les incertitudes de l'établissement de la loi applicable : l'exemple d'une abrogation "indirecte" », *JCP G*, 2004, act. 556; D. Chauvaux, « L'abrogation d'un texte qui en avait abrogé un autre fait-elle revivre le texte initial ? (à propos de l'avis du CE, 10 janvier 2008) », *RDP*, 2009, p. 1299.

31. E. Matutano, « Entre Juridoc et Légifrance : des océans et quelques perturbations », *JCP S*, 2008, act. 353.

32. M. Poumarède, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux VIC et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : d'une bonne loi à une grande loi », *JCP N*, 2017, étude 1242, § 1 à 3.

33. On trouvera de nombreux autres exemples dans E. Matutano, « Un acteur méconnu de l'accessibilité du droit écrit : l'éditeur juridique », in J.-L. Piotraut et S. Evrard (dir.), *Le droit et l'édition. Regards français et étrangers sur les mutations engagées*, L'Harmattan, 2016, p. 87-108.

34. S. Laurent, « Injures sur le web : Jean-Vincent Placé ignore la loi », *Le Monde*, 12 mai 2014.

35. H. Lecuyer, « Nul n'est censé ignorer la loi... sauf celui qui la fait », *Dr Famille*, 2003, repère 4.

36. V. N. Molfessis, « Recherche auteur de loi, désespérément », *LJA*, n° 943, 28 sept. 2009, p. 1 ou M. Veron, « Où en est-on ? », *Dr pén.*, 2009, comm. 92.

37. V. successivement B. Lacourieux, « L'incroyable bourde dans la loi sur la transparence de la vie publique », *Blogs - L'Express* [en ligne], 5 juin 2015, <http://blogs.lexpress.fr/cuisines-assemblee/2015/06/05/lincroyable-bourde-dans-la-loi-sur-la-transparence-de-la-vie-publique/>, puis W. Roumier, « Pénalisation du financement d'un parti politique par une personne morale », *Dr pén.* 2015, alerte 55.

38. V. « Abaissement du seuil d'assujettissement aux charges sociales dès le premier euro pour les indemnités de cessation forcée du mandat social », *D.O Actualités*, n° 50, 11 déc. 2015, n° 3, puis « Rétablissement du seuil d'assujettissement à cotisations sociales dès le premier euro des indemnités de rupture du contrat de travail dépassant 10 PASS », *D.O Actualités*, n° 50, 12 déc. 2016, n° 4.

ou encore la suppression par mégarde d'une aide à la création ou à la reprise d'entreprise par la loi Macron du 6 août 2015³⁹. Plus pathétique – mais somme toute assez drôle en tant qu'illustration de la figure de l'arroseur arrosé –, il est arrivé également que des députés proposent des modifications qui ont déjà été adoptées en première lecture quelques mois plus tôt par leur assemblée⁴⁰.

Les facteurs qui rendent la loi plus difficile à appréhender, dans sa lettre ou sa substance, se sont multipliés. Jean-Éric Schoettl a dressé une liste des multiples facteurs cumulatifs qui conduisent à une « loi équivoque » : la maladresse du rédacteur, le caractère modificatif et la technicité chirurgicale de la loi contemporaine, le fait que la loi soit issue d'une négociation, la tendance à évoquer un objectif idéal sans vouloir ou pouvoir en cerner les voies et moyens, la poursuite simultanée de buts inconciliables, le caractère paradoxalement compliqué des règles qui entendent mettre en œuvre des mesures simples⁴¹. Jean-Marc Sauvé insistait plus spécifiquement sur « un problème qui va en s'aggravant : les délais mis à voter les projets de loi font que des dispositions très proches de codes sont modifiées en parallèle dans des sens incompatibles, sans que les ministères – ou le Parlement –, compte tenu de l'extrême spécialisation des travaux préparatoires, n'en soient toujours conscients »⁴².

On l'aura perçu à la lecture des développements précédents : la difficulté pour les acteurs qui contribuent à la confection de la loi à connaître l'état exact de la législation applicable tient aussi aux malfaçons ou aux choix interprétatifs réalisés dans le cadre de la consolidation par les services de la DILA ou les éditeurs privés. Ainsi, en constatant que Légifrance tient pour en

vigueur, et modifiée en 2000 et 2006, la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, Matthieu Poumarède observe : « Il convient [...] de fortement regretter que par un "effet boomerang", ce type d'erreur se répercute en boucle : si l'ordonnance du 10 février 2016 a modifié l'article 9 de la loi du 3 janvier 1967, texte pourtant abrogé il y a 34 ans, c'est, précisément, parce que ses rédacteurs se fondent sur un contenu éditorial erroné. Autrement dit, que Légifrance.fr commette des erreurs passe encore. Que le législateur légifère en considération de ces erreurs est de nature à émouvoir »⁴³.

Ces hypothèses dans lesquelles les erreurs de consolidation entraînent des erreurs du pouvoir normatif ne sont pas isolées⁴⁴. Ainsi l'article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 modifie des sanctions, dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence, qui avaient déjà, précédemment, fait l'objet de modifications, lesquelles n'avaient pas été intégrées dans la base documentaire de Légifrance. L'étude d'impact de la loi justifiait ainsi les modifications redondantes de 2015 : « Les sanctions pénales pour les violations des dispositions de la loi relative à l'état d'urgence sont directement issues de la loi initiale. Le *quantum* de peine n'a pas été révisé. Ainsi, la peine d'emprisonnement est-elle définie de huit jours à deux mois, tandis que l'amende est de 11 euros à 3 750 euros »⁴⁵. Ces dispositions⁴⁶ avaient pourtant bien été déjà modifiées en vertu de diverses dispositions de revalorisation des amendes pécuniaires en matière pénale et de celles procédant à la suppression des *minima* (articles 322 et 372 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992). De même, la loi du 14 avril 1924, pourtant abrogée, a été modifiée par le

39. V. « Rétablissement du bénéfice de l'ACCRE pour les jeunes créateurs ou repreneurs d'entreprise », *D.O Actualités*, n° 50, 11 déc. 2015, n° 10. V. aussi N. Molfessis, « Deux figures législatives en vogue : l'abrogation par mégarde et la résurrection fortuite », *RTD civ.*, 2001, p. 688.

40. V. H. Moysan, « L'humour n'est pas exclusif du sérieux (quand la confection de la loi se passe d'un examen préalable approfondi de l'état du droit) », *JCP A*, 2010, act. 570.

41. J.-E. Schoettl, « La loi équivoque » in *L'écriture de la loi*, Actes de colloque n° 3, 31 juill. 2014, p. 130-131 ; v. encore sur les causalités enchevêtrées du désordre normatif, p. 136 et s. et le schéma p. 146.

42. Intervention de J.-M. Sauvé devant le groupe de travail de l'Assemblée nationale sur la qualité de la loi, Sénat, 6 mai 2010, consultable sur le site www.conseil-etat.fr, rubrique « discours et interventions ».

43. M. Poumarède, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux VIC et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : d'une bonne loi à une grande loi », *JCP N*, 2017, étude 1242, § 3.

44. Matthieu Poumarède précise en ce sens : « l'instabilité et la complexité croissante de notre droit [...] se répercutent inévitablement sur les fonds éditoriaux au sein desquels les erreurs "mécaniques", semble-t-il, pourraient être nombreuses ». M. Poumarède, « L'évolution de la loi de 1967 relative aux VIC et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction : d'une bonne loi à une grande loi », *JCP N*, 2017, étude 1242, § 3.

45. Étude d'impact p. 18.

46. L'amende pécuniaire était initialement fixée à : 5.000 à 200.000 (anciens) francs.

décret n° 2012-985 du 23 août 2012 en raison d'une consolidation erronée de cette loi par les services de la DILA sur Légifrance. Enfin, toujours en raison d'une erreur du service public, l'ordonnance de Colbert d'août 1681 a été abrogée sans restriction par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la recodification du droit domanial alors même que n'ont été codifiées dans le Code général de la propriété des personnes publiques que ses seules dispositions concernant la délimitation du domaine public maritime; plusieurs dispositions de la vénérable ordonnance demeurant en vigueur ont de ce fait malencontreusement disparu de l'ordre juridique, telles que celles relatives à la légalisation des actes par les consuls à l'étranger et celles déterminant le régime de certains biens ayant fait l'objet d'actes de piraterie.

Doit-on être fataliste ? Beaucoup le sont, à l'instar d'Alain Lambert, qui déplore les effets délétères de l'inflation normative sur la démocratie représentative⁴⁷ ou de Jean-Marie Pontier, qui désespère de la possibilité même d'un retour à la raison : « Qui arrêtera le législateur (Parlement et Gouvernement) dans sa course folle ? [...] Rien n'y fait [...] Tous ceux qui sont responsables d'une manière ou d'une autre de l'élaboration des textes semblent emportés dans une spirale infernale dont personne n'arrive à se dégager : toujours plus de normes, toujours plus de lois, avec leurs volte-face, la multiplication des malfa-

çons et des contradictions, et la création régulière de nouveaux monstres juridiques »⁴⁸.

L'interrogation paraît légitime. On observe en effet une fuite en avant de l'Administration. Celle-ci se manifeste notamment dans une politique systématique, jusqu'à la déraison, de prise des mesures d'application des lois adoptées⁴⁹, contribuant à nourrir une inflation réglementaire exponentielle⁵⁰. Ne manque pas également d'interroger la volonté de maintenir un technicisme formel dans la manière de rédiger les textes⁵¹. Peut encore faire douter la réaffirmation par le Conseil d'État, dans son étude annuelle 2016, de la « nécessité de maintenir le cap », concernant des aspects controversés de la politique normative conduite depuis trente ans, notamment la poursuite de l'entreprise de codification (propositions n° 12 et 18 : s'appuyer davantage sur la codification et progresser en matière de codification à droit constant) ou le maintien, peu compatible avec l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, des « techniques françaises de modification des textes » (à l'exception notable de celles qui concernent l'outre-mer [proposition n° 17 : clarifier la rédaction des dispositions d'application outre-mer])⁵².

Pourtant, les préconisations pour remédier aux maux de la loi se sont multipliées ces dernières années. En témoignent les nombreux rapports formulant des propositions concrètes⁵³. De même, les plus hautes autorités de l'État ont montré l'importance qu'elles attachaient à la lutte contre l'inflation normative et à la simplifi-

47. « La prolifération des normes a tué la démocratie. Les administrations règnent, comme au temps des monarchies », entretien avec A. Lambert, *l'Opinion*, 1^{er} janv. 2017.

48. J.-M. Pontier, « Délire et dérive du législateur », *A/DA*, 2015, p. 2001.

49. Le secrétaire général du Gouvernement précisait à cet égard : « La prise de ces mesures réglementaires est un enjeu essentiel [...]. L'action résolue engagée pour la sortie des mesures réglementaires d'application porte aujourd'hui ses fruits : le taux d'application des lois promulguées depuis plus de six mois devrait atteindre 94 % ou 95 % en mai 2017. Près de 2.800 mesures d'application devaient être prises. Plus de 2.500 l'ont d'ores et déjà été et environ 150 le seront en avril et au début du mois de mai ». M. Guillaume, « L'application des lois », *La lettre de la DAJ*, n° 230, 21 avril 2017.

50. La fin du précédent quinquennat aura spécialement été marquée par cette obsession : V. Rédaction législation, « Un choc d'inflation normative : les journaux officiels des 10 et 11 mai 2017 », *Lexis360* [en ligne], 17 mai 2017; *Tendance droit* [en ligne], 17 mai 2017, <http://www.tendancedroit.fr/un-choc-dinflation-normative-les-journaux-officiels-des-10-et-11-mai-2017/>.

51. Le secrétaire général du Gouvernement écrivait ainsi : « Il nous faut faire la part du politique dans l'écriture de la loi. D'où des exposés des motifs qui se répandent parfois dans le texte de la loi, ces intertitres qui sont des manifestes politiques, cette intrusion du discursif dans le normatif. L'article 1^{er} du projet de loi en cours d'examen sur l'agriculture commence ainsi par insérer dans le code rural un Livre préliminaire énumérant les objectifs de la politique en faveur de l'agriculture : telle est la part du politique. Puis, vient l'article 2 qui modifie un alinéa du code rural : fini de rire, la technique reprend la main. Or les articles préliminaires ne sont pas codifiés et disparaissent dans Légifrance : on en débat, puis on ne les revoit plus... ». S. Lasvignes, « Le Secrétariat général du Gouvernement et l'écriture de la loi », in *L'écriture de la loi*, Actes de colloque n° 3, 31 juill. 2014, p. 20. La conception sous-jacente du statut ou de la fonction de la représentation politique dans une démocratie parlementaire, emportée par cette analyse, ne manque pas d'interroger.

52. Conseil d'État, *Étude annuelle 2016. Simplification et qualité du droit*, La Documentation française, 2016, spéc. p. 108-109.

53. Outre ceux cités plus haut (*supra*, note 3), on peut mentionner pour s'en tenir également aux plus récents : E. Doligné, *La simplification des normes applicables aux collectivités territoriales*, Rapport au président de la République, juin 2011; R. Juanico et L. de la Raudière, *Mieux légiférer, mieux évaluer – 15 propositions pour améliorer la fabrique de la loi*, Rapport d'information à l'Assemblée Nationale n° 2268, oct. 2014; T. Mandon, *Criance et simplifier – « La simplification collaborative »*, La Documentation française, juill. 2013; J.-L. Warsmann, *La simplification au service de la croissance et de l'emploi*, La Documentation française, juill. 2011.

cation du droit. Le président de la République lui-même y a consacré de longs développements dans son discours du 3 juillet 2017⁵⁴. Le Premier ministre a aussi donné des directives de lutte contre l'inflation réglementaire dans une circulaire du 26 juillet 2017⁵⁵. Enfin le président de l'Assemblée nationale a présenté le calendrier et la méthode d'une réforme de l'Assemblée nationale, comprenant un volet sur l'efficacité de la procédure parlementaire⁵⁶.

Précédemment, le Conseil d'État a exposé un programme de 27 propositions et de 6 engagements dans son étude annuelle 2016 sur la qualité et la simplification du droit. Parmi de très nombreuses préconisations – dont il est difficile de rendre compte ici⁵⁷ –, il a, en particulier, longuement étayé celles sur le développement des évaluations *ex ante* et *ex post* (propositions n° 13 à 16). Il s'est aussi engagé à être beaucoup plus exigeant sur la qualité des textes qui lui sont présentés dans le cadre de la procédure d'examen des projets qui lui sont soumis et à faire explicitement part de ses « remontrances » dans ses avis rendus désormais publics (engagements n° 1 et 2), exigence qu'il a déjà manifestée à l'égard des projets de lois pour la confiance dans la vie politique⁵⁸.

Pour parvenir à une réelle amélioration de la qualité de la loi, le Conseil d'État a surtout vivement insisté sur la nécessité d'une volonté politique déterminée et de l'instauration d'une nouvelle culture normative⁵⁹. Sur ce dernier point, l'actualité récente fournit des éléments d'appréciation contrastée et maintient l'observateur

dans l'expectative. D'un côté, le flux global de textes réglementaires est beaucoup moins dense depuis la nomination du gouvernement Philippe jusqu'à ce jour et le Premier ministre a manifesté sa volonté de maîtriser le flux normatif par sa circulaire du 26 juillet dernier. En revanche, tant l'inexpérience et les difficultés de la nouvelle commission des lois et de la nouvelle majorité parlementaire⁶⁰ que les premiers textes de la XV^e législature paraissent manifester une nouvelle dégradation qualitative, qu'attestent les avis sévères du Conseil d'État sur les projets de loi pour la confiance dans la vie politique et les ordonnances du 22 septembre 2017, dont quelques malfaçons ont été relevées plus haut.

Il reste donc à espérer que la conclusion de Bernard Teysié, dans son commentaire de la récente réforme du droit du travail, ne pourra être généralisée à la politique normative qui sera menée sous l'actuelle mandature : « une cathédrale de papier occupant [...] plus de 90 pages du *Journal officiel* s'imposait sans doute dans l'esprit de ses promoteurs, pour des raisons tenant à l'art de la communication politique. Il fallait que la masse fût suffisante pour donner une assise au discours sur la *transformation* du droit du travail. La réalité est beaucoup plus modeste. Quelques dizaines d'articles auraient suffi à donner traduction aux quelques apports réels des ordonnances [...] L'art de la légistique comporte aussi un devoir de vérité... »⁶¹.

Nota : les exemples de lois et règlements cités sont à jour des textes parus au *Journal officiel* du 20 octobre 2017.

54. E. Macron, « Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès », 3 juillet 2017.

55. V. « Trois questions à Jean-Pierre Camby sur la circulaire concernant la maîtrise des flux réglementaires », *Le club des juristes* [en ligne], 4 août 2017, <http://www.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-jean-pierre-camby-circulaire-concernant-maitrise-flux-textes-reglementaires/>; J.-M. Pontier, « Deux pour une ? », *AJDA*, 2017, p. 1689.

56. Communiqué de François de Rugy, « Pour une nouvelle assemblée nationale : les rendez-vous des réformes 2017-2022 et les premières décisions », du 2 août 2017, consultable en ligne : <http://presidence.assemblee-nationale.fr/communiques-de-presse/communiquede-francois-de-rugy-pour-nouvelle-assemblee-nationale-les-rendez-vous-des-reformes-2017-2022-et-les-premieres-decisions>; M. Rescan, « Le président de l'Assemblée nationale François de Rugy lance sa réforme », *Le Monde*, 20 sept. 2017.

57. Entre autres V. l'engagement n° 5 (Signaler à l'autorité compétente les difficultés, identifiées au contentieux, appelant une modification législative ou réglementaire propre à clarifier ou simplifier le droit [p. 119]) ou la proposition n° 10 (Faire de la programmation du travail gouvernemental un outil pour limiter le flux normatif et, le cas échéant, s'engager à n'intervenir qu'une fois par législature dans une matière donnée à l'exemple des Pays-Bas pour favoriser une stabilité minimale de la norme [p. 100-101]).

58. V. les avis du Conseil d'État dans le dossier législatif des deux lois sur Légifrance et P. Villeneuve, « Moralisation de la vie publique : les mots pour le dire », *JCP A*, 2017, act. 493.

59. V. M. de Saint-Pulgent et P. Gérard, « C'est une nouvelle culture politique qu'il faut installer sans laquelle les réformes comme c'est le cas pour les études d'impact, resteront sans grand effet », *JCP G*, 2016, 1032; *Cahier législatif*, n° 272, oct. 2016, p. 3.

60. Dont même la presse générale s'est faite l'écho. Parmi bien d'autres, V. M. Rescan, « Les débuts difficiles des élus LRM à la commission des lois », *Le Monde*, 23-24 juill. 2017, p. 7; « Des députés de la majorité rejettent par erreur un article de la loi de moralisation », *Le Monde*, 27 juill. 2017; M. de Boni, « Assemblée nationale : les cafouillages de la majorité virent au chaos parlementaire », *Le Figaro*, 28 juill. 2017; A. Mercante, « Des cafouillages répétés sapent la domination de LREM à l'Assemblée », *Les Échos*, 28 juill. 2017.

61. B. Teysié, « Les ordonnances du 22 septembre 2017 ou la tentation des cathédrales », *JCP S*, 2017, étude 1294; *JCP G*, 2017, étude 1068, § 21.

Petit cinq du Grand A : la fabrique mafieuse de la loi

La fabrique mafieuse de la loi¹

Diana Villegas

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

La production normative est loin d'être une affaire purement étatique, bien que l'État aspire – pour le moins, en théorie –, à un tel monopole normatif². Les groupements sociaux prennent également le rôle de faiseurs de lois à leur échelle³.

Les groupements violents, illégaux et antidémocratiques, au même titre que l'État, participent aussi à la création normative des sociétés où ils s'insèrent. Traditionnellement aux antipodes de la légalité étatique, ces groupements⁴ trouvent une place dans l'univers normatif et se

partagent l'élaboration des règles avec l'État et d'autres groupes légaux. Ils légifèrent pour gouverner à l'intérieur des champs sociaux semi-autonomes⁵. Parmi eux, les organisations mafieuses s'érigent en véritables centres de création normative.

À l'heure où les mafieux profitent d'une grande visibilité au sein de la culture populaire⁶, il est donc possible de se saisir de cet exemple pour poser la question de la fabrication de la loi sous l'empire d'une organisation mafieuse.

1. Cet article s'appuie sur les résultats obtenus lors de ma recherche doctorale. Pour un développement plus en détail de ces idées, v. D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses (à paraître).
2. La prétention d'un monopole de l'État est avancée par les théories monistes. Aujourd'hui, ce paradigme est fortement réévalué à cause de la perte de qualité de l'ordre étatique et l'émergence des systèmes de régulation. Sur ce sujet, v. entre autres, J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGD/Lextenso, Coll. Droit et société, 3^e éd., 2003, Vol. 35 ; J.-G. Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », in *Sociologie et sociétés*, 1986, Vol. 18, n° 1, p. 11 ; F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.
3. Sur la production normative au sein des groupements sociaux, v. notamment, G. Gurvitch, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*, Librairie de Recueil Sirey, 1931 ; G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier/Montaigne, 1940 ; E. Ehrlich, *Fundamental Principles of Sociology of Law*, trad. W. Moll, Transaction publishers, 4^e éd., 2009.
4. En sociologie et en théorie du droit, ces groupements peuvent être élevés à la catégorie des ordres ou d'ordonnements, selon la théorie des ordres adoptée, v. à titre d'exemple, S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, préf. P. Mayer et intro. Ph. Franceskakis, Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2^e éd., 2002 ; S. Macaulay, « Private Government », in L. Lipson et S. Wheeler (dir.), *Law and Social Sciences*, Russell Sage Foundation, 1986, p. 445 ; G. Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », in *Les cahiers de droit*, 1988, Vol. 29, n° 1, p. 91 ; G. Teubner, « The Two Faces of Janus : Rethinking Legal Pluralism », in Z. Bankowski, K. Tuori et J. Uusitalo (dir.), *Law and Power : Critical and Socio-Legal Essays*, Deborah Charles Publications, 1997, p. 119.
5. Sally Falk Moore développe le concept de champ social semi-autonome. Il se définit comme un espace de confluence et de production des pratiques et des discours où agit un groupe social, cf. S.F. Moore, « Law and Social Change : The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study », *Law and Society Review*, 1973, Vol. 7, n° 4, p. 719.
6. Les mafieux sont aujourd'hui à l'origine des nouvelles références et représentations sociales présentes dans la culture populaire. Le cinéma, la musique et la littérature n'hésitent pas à les idéaliser en dépit de la représentation de la justice étatique. Il suffit de regarder les séries télévisées pour constater que le substantif « narco » est mélioratif. Pour un regard critique, v. notamment S. Macaulay, « Images of Law in Everyday Life : The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports », *Law and Society Review*, 1987, Vol. 21, n° 2 ; D. Gambetta, *La pègre déchiffrée. Signes et stratégies de la communication criminelle*, trad. P. Hersant, Markus Haller, 2014 ; G. Nicolau et D. Villegas, « Droit et cinéma : deux lectures critiques complémentaires », *Jurisprudence Revue Critique* (à paraître) ; D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, op. cit.

Il peut paraître insidieux de soulever une telle question alors que cette organisation criminelle est connue pour la production et la commercialisation de biens et de services illégaux (drogues, sécurité privée, stockage de déchets chimiques, trafic d'êtres humains), mais jamais pour sa production normative. Cependant, la mafia, au sens large du terme⁷, en tant qu'organisation sociale, élabore, malgré elle, ses propres normes afin de garantir la cohésion entre ses membres et d'assurer la permanence dans le territoire où elle opère. Elle est donc à elle seule une véritable usine de lois, voire même une *fabrique du droit* – pour emprunter ici la notion de Bruno Latour⁸ –, afin de réguler les relations sociales tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'organisation.

L'illustration de l'organisation mafieuse du trafic de drogue de la Colombie des années 1980 et 1990 est riche d'enseignements. Elle s'érige, sans doute possible, en tant qu'ordre, – normatif pour certains, juridique pour d'autres⁹. Loin d'un tel débat doctrinal, la réalité atteste de la force de la mafia pour secréter des normes. En effet, cette organisation illégale fabrique ses propres lois (I), et elle participe, paradoxalement, à l'élaboration de la loi étatique (II).

I. La fabrique de la loi mafieuse

L'organisation mafieuse est à l'origine d'un socle normatif qui régule les activités et les membres qui y adhèrent. Elle est bel et bien source de normes¹⁰. Elle a également la capacité d'avoir une étendue normative exogène à son organisation.

La mafia est donc une véritable fabrique de lois, de lois mafieuses et illégales. Pour démêler

les rouages de cette « machine législative », il est nécessaire de regarder en profondeur pour déterrer les pratiques porteuses de cette normativité. La réalité sociale atteste de l'existence des règles mafieuses (A), des règles d'une qualité inouïe que n'importe quelle autre règle sociale envierait (B).

A. Des lois et des mafieux

« Argent ou plomb » (« *Plata o plomo* »). Cette maxime, si succincte qu'elle puisse paraître, est la base du système normatif de l'organisation mafieuse colombienne. Ces deux mots résument à eux seuls ses deux principales composantes normatives : la loi de l'argent et la loi de la gâchette.

D'une part, la loi de l'argent prescrit que tout a un prix. Cette loi, clairement inspirée de la vision capitaliste de l'économie mafieuse, a un double objectif : elle assure le contrôle social de la population et régule le système de corruption. D'autre part, la loi de la gâchette, aussi appelée « loi du plomb », est une loi répressive qui édicte les mécanismes extrajudiciaires de résolution des conflits institués par la mafia. En effet, elle s'applique suite à la violation de la loi du silence ou de la parole donnée¹¹. Elle trouve également application lorsqu'un règlement de compte, dont l'exécution est effectuée par des tueurs à gages, a lieu. La loi de la gâchette est donc une loi conditionnée par l'inobservance d'une règle première. Elle évoque la sanction à la violation d'une loi mafieuse sans tenir compte du principe de proportionnalité et du contradictoire, mais, paradoxalement, elle se garde d'être l'*ultima ratio*¹².

Ces deux lois sont complétées par la classique loi du silence, appelée aussi *Omertà* pour le cas

7. Le terme « mafia », pris dans un sens large, fait référence à toute une série d'organisations criminelles de type mafieux sans se limiter à la condition géographique ou à la stabilité de l'organisation. Cependant, il n'est pas inutile de souligner que le mot « mafia » éprouve des difficultés pour sa délimitation terminologique, cf. notamment, M.-L. Cesoni, *Criminalité organisée des représentations sociales aux définitions juridiques*, LGDJ/George éditions/Bruylant, 2005 ; T. Cretin, « Qu'est-ce qu'une mafia ? Essai de définition des mafias », *RSC*, 1995, n° 2, avril-juin ; G. Falcone, « Qu'est-ce que la Mafia ? », *Revue Esprit*, 1992, octobre, p. 111 ; D. Puccio-Den, « Catégorisation juridique et économies morales en Italie (1980-2010) », *Diogenes*, 2012, Vol. 3, n° 239.

8. B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La découverte, Coll. Poche/Sciences humaines et sociales, 2004.

9. Sur la juridicité d'un ordre mafieux, v. D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, op. cit.

10. Un juge colombien, en parlant de la structure interne de l'organisation, explique la composition normative en ces termes : « Comme toute organisation [les membres] ont leurs propres règles et commandements internes. Ils les respectent et ils doivent être respectés au bénéfice de l'organisation. Il est donc évident qu'ils ont leurs propres normes et leurs propres contrats et qu'ils sont observés. L'une d'entre elles est le silence absolu et le respect inconditionnel des différents capos ou des leaders des différentes organisations. Bien sûr, leurs règles sont les mêmes que pour n'importe quelles organisations délictuelles : loyauté, silence absolu, sacrifice de la vie pour les intérêts de l'organisation et bien évidemment, les sanctions pour celui qui ne les observe pas ne peuvent être que la mort ».

11. V. *infra*.

12. Le juge Giovanni Falcone explique que l'« on doit en déduire une autre règle : la violence ou la cruauté ne sont jamais gratuites dans l'organisation. Elles sont toujours l'*ultima ratio*, le dernier recours, lorsque toutes les formes d'intimidation ont échoué ou que le crime est si grave qu'il ne peut mériter que la mort » (G. Falcone et M. Padovani, *Cosa Nostra*, La Contre Allée, 2012, 1^{re} éd., p. 31).

de la mafia italienne¹³. Présente dans toutes les organisations mafieuses ainsi que dans une grande partie des organisations criminelles¹⁴, cette loi est un véritable mythe fondateur du système normatif mafieux. Elle prescrit le principe de « garder le silence » sur l'organisation – qu'il s'agisse de ses activités ou de ses membres. Cette loi a la fonction de garantir l'impunité des mafieux et d'instaurer la cohésion¹⁵, ce qui explique que la délation est un crime de haute trahison puni de mort.

Il ne faut pas oublier que la loi du silence a un champ d'application étendu. La population qui vit sous le régime de l'organisation est également soumise à cette loi qui, par ailleurs, est garantie par l'intimidation, la corruption et parfois même par le consensus social.

La loi de la parole donnée intègre aussi le système normatif de l'organisation mafieuse. En réalité, il s'agit de la *règle d'or* présente dans toute relation contractuelle¹⁶ et dont la commercialisation de la drogue ne fait pas exception¹⁷. Au contraire, elle s'avère plus que nécessaire. Étant donné les conditions d'illégalité, la régulation des activités économiques à travers cette règle stricte et non officielle renforce les règles « professionnelles ». L'activité commerciale a donc besoin d'être fortement encadrée par des normes extracontractuelles pour la conclusion et l'exécution des « contrats ». En cas de manquement, il faut réparer le dommage causé (restitution de la marchandise, paiement de dommages et intérêts) sous peine de subir des sanctions plus lourdes telles que la spoliation de ses biens, un enlèvement ou un homicide. Par conséquent, la loi de la parole garantit l'accomplissement et la stabilité des activités commerciales. Elle régit les

relations de confiance entre les parties en même temps qu'elle renforce les normes ancestrales de la société locale où tout contrat était conclu par un accord verbal.

Le cas colombien rappelle également l'existence d'autres règles spécifiques au maintien de l'organisation. D'une part, la loi de la route fait son apparition dans le contexte local et international. « La Fany », « La Malaga » ou « La route des transformateurs » étaient des routes commerciales pour le commerce de la drogue qui étaient précieusement protégées par les chefs mafieux¹⁸ à travers des règles transfrontalières¹⁹. La loi de la route constitue en réalité un pacte de non-agression ou de non-concurrence selon lequel les organisations se partagent les zones d'influence du trafic de drogue²⁰. Elle régule les différentes voies de circulation des biens et des services de l'organisation mafieuse et garantit le bon fonctionnement de l'activité économique en réglementant la concurrence entre les différentes organisations. Cette loi a ainsi trois fonctions : elle contrôle, tout d'abord, la distribution du territoire et la traçabilité des routes destinées à l'usage de l'organisation. Ensuite, elle établit le « droit de passage » des personnes et des biens qui circulent entre les différentes routes. Enfin, elle permet la résolution de conflits au sein de l'espace territorial qui couvre plusieurs routes. Les routes pouvant également être l'objet d'un contrat de vente ou de location entre les chefs, la loi de la route devient aussi une loi foncière.

D'autre part, il existe la loi contributive. Elle consacre un impôt paraétatique qui ne prévoit aucun type d'amnistie, car en cas de refus ou d'oubli l'organisation se permet d'appliquer la sanction de la peine de mort conjuguée à une

13. Dans les mafias italiennes classiques, cette loi est connue sous le terme *Omertà*. Pour une illustration plus détaillée de l'*omertà* italienne, cf. S. Lupo, *Histoire de la mafia des origines à nos jours*, Flammarion, 2009 ; L. Pepino, *V° Omertà*, in L. Pepino et M. Mareso (dir.), *Nuovo dizionario di mafia e antimafia*, EGA Editore, 2008, p. 386.

14. Pour des illustrations de la loi du silence dans les différentes organisations criminelles, v. D. Gambetta, *La pègre déchiffrée. Signes et stratégies de la communication criminelle*, op. cit.

15. R. Catanzaro, « La mafia et les recherches sur la mafia en Italie », in *Déviante et Société*, 1995, Vol. 19, n° 2, p. 209.

16. En matière commerciale on trouve les *gentlemen's agreements* : B. Oppetit, « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, p. 108.

17. Amartya Sen explique l'influence des codes moraux dans la réussite économique. Cet auteur met en exergue l'exemple des mafias : A. Sen, « Codes moraux et réussite économique », *Actes de la recherche en Sciences sociales*, 1993, Vol. 100, décembre, p. 61.

18. Procès-verbal d'interrogatoire d'un témoin assisté, Dossier « Cartel de Medellín », p. 3 et 195 ; Information membre du cartel de Medellín, Dossier « Cartel de Medellín », p. 10 et 14.

19. Ceci est expliqué par un journaliste : « Les narcotrafiquants tiennent plus que tout au respect de la loi de la route. Chacun sa route et si l'on croise un concurrent en chemin, il est tué. C'est l'une de leurs lois. Ils disent : "Cette route est mienne". Beaucoup de morts de chefs ont commencé à cause d'une circulation sur la route d'un autre. Violier la loi de la route signe ton arrêt de mort ».

20. G. Falcone, « Qu'est-ce que la Mafia ? », art. préc., p. 111.

expropriation des biens²¹. Cette loi existe également dans l'ancienne mafia napolitaine comme a pu le constater Max Weber : « Un fabricant napolitain me répondit, il y a une vingtaine d'années, comme je l'interrogeais sur l'incidence de la Camorra sur la sécurité des entreprises : "Monsieur, la *Camorra* me prend X lires par mois et elle me garantit de sa protection; l'État me prend dix fois plus et ne garantit rien du tout" »²². Ce prélèvement discontinu est opéré par les organisations mafieuses afin de financer ses activités²³ et a une portée générale, car elle trouve son application au sein de ses membres sous la forme de cotisations « volontaires » – sorte de droit d'entrée et de participation à l'organisation²⁴ –, ainsi qu'au sein de la population sous la forme classique de rackette²⁵ : « Les *gangs* de sicaires²⁶ ont donc commencé à mettre "un vaccin"²⁷. C'est-à-dire que tous les petits vendeurs du coin ou tous les coiffeurs doivent payer deux mille pesos journaliers [...] En plus de cela, le transport public est lui aussi taxé avec ces vaccins [...] C'est leur loi. Là, tu vois la manière dont ils font une sorte de loi contributive à leur façon. Si l'établissement est petit alors, il paie moins, mais s'ils ne paient pas... En fin de compte, ils finissent par payer une double taxe : une à l'État et une deuxième aux bandes. Tu te rends compte que là il y a une loi parallèle ».²⁸

Certaines lois sont moins explicites et il faut aller les chercher dans les pratiques quotidiennes.

Un exemple de ceci est le système normatif d'obligations dérivées des relations entre la mafia et les particuliers. Il s'agit d'un système de faveurs et de prêts où les particuliers recourent à l'organisation mafieuse afin de résoudre un problème (économique, règlement de comptes, etc.). Il s'agit de la conclusion de véritables contrats de prêts dont les taux d'intérêt sont très élevés et variables. En retour, le débiteur devient redevable envers l'organisation et pour se libérer de l'obligation, il doit rembourser la totalité du prêt ou se rendre disponible pour rendre un service en retour (surveillance, coursier, obtention d'informations, etc.) sous peine de se voir appliquer des sanctions pour le non-paiement de l'obligation allant jusqu'à la peine de mort. Le système de faveurs voit ainsi le jour. Il se fonde sur l'échange d'argent et « petits-services » constituant une chaîne : « ils disent : "vous me devez beaucoup d'argent, mais je peux effacer la dette en échange d'un petit service..." ». Alors, ils demandent où travaille votre mari, et, s'il est vigile dans un bâtiment où habite un ennemi, s'il peut leur donner les coordonnées de cette personne ? [...] Ils disent "pouvez-vous me payer avec un petit service ? Vous pouvez être mes yeux" »²⁹. Ce système garantit la fidélité à l'organisation à tel point qu'il devient le socle de la corruption et facilite la pénétration de la mafia dans la société³⁰.

21. Le dossier judiciaire du « Cartel de Medellín » fait état de la question lorsque deux membres de l'organisation décident d'arrêter leurs contributions financières (Décision de 1^{re} instance rendue par le juge pénal n° 2 du circuit spécialisé de Medellín, 21 juillet 2000 à Medellín, Dossier « Cartel de Medellín »).

22. Dans le texte original : « *Signore, la Camorra mi prende X lire al mese, ma garantisce la sicurezza; lo Stato me ne prende dieci volte tanto e garantisce niente.* » (M. Weber, *Économie et société. Les catégories de la sociologie*, trad. J. Freund, P. Kamnitzer, P. Bertrand, É. de Dampierre, J. Maillard et J. Chavy, Pocket, Coll. Agora les classiques, 1995, Vol. 1, p. 271).

23. Max Weber qualifie ce type de prélèvement de « "discontinu" parce qu'[il] se fonde sur des pratiques "illégalles" ; en réalité, elles prennent souvent le caractère d'un "abonnement", en échange duquel l'association offre quelques contreparties, en premier lieu de sécurité. » (M. Weber, *ibid.*).

24. Pour le cas du cartel de Medellín, les apports mensuels s'élevaient à des milliers de dollars en temps de paix, mais ils pouvaient atteindre un million de dollars en temps de guerre, cf. Décision de 1^{re} instance rendue par le juge pénal n° 2 du circuit spécialisé de Medellín, 21 juillet 2000 à Medellín, Dossier « Cartel de Medellín », p. 10 et Ordonnance de mise en accusation du procureur délégué devant la juridiction régionale, le 12 décembre 1995, Dossier « Cartel de Medellín », p. 55, 56, 64, 73 et 97.

25. Pablo Escobar et ses hommes ferment une autoroute à proximité de la ville de Medellín afin de demander obligatoirement la participation économique des hommes riches et des entrepreneurs : « El hombre del retén », *Revista Semana*, Semana Ediciones, n° 555, le 18 janvier 1993. Les procès judiciaires font également référence à ce fait : Ordonnance de mise en accusation du procureur délégué devant la juridiction régionale, le 12 décembre 1995, Dossier « Cartel de Medellín », p. 55 et 56.

26. Le mot *sicario* a ses racines dans l'italien *sica*, qui signifie poignard. Cicéron et Homère évoquent la figure de l'homme-poignard lors de ses écrits qui témoignent de la violence issue des assassinats politiques à l'époque de Sylla (Cicéron, « Plaidoyer pour Sextus Roscius D'Amérie. Discours deuxième, § XXI, 45 », in *Discours*, Les belles lettres, Coll. des Universités de France, 1960) lorsque la pratique était condamnée (L.C. Sylla, « Lex cornelia de veneficii et sicarii », 81 av. J.C.). Aujourd'hui, les mafias se servent des sicaires, jeunes hommes tueurs à gages âgés de douze à vingt ans. Ils formaient, à l'époque, l'armée de l'organisation colombienne qui comptait plus de deux mille hommes.

27. Il s'agit d'une taxe illégale. En espagnol, « *vacuna* ».

28. Traduction d'un extrait d'entretien avec un journaliste.

29. Traduction d'un extrait d'entretien avec un directeur d'une Organisation Non Gouvernementale locale.

30. Ce système est beaucoup plus évident dans les organisations mafieuses et paramilitaires urbaines d'aujourd'hui : M.L. Avendaño, « Los dueños del "paga diario" », *El Espectador*, le 21 juin 2009; J. Grajales, *Gouverner dans la violence. Le paramilitarisme en Colombie*, Karthala, Coll. Recherches internationales, 2016.

Sans prétention d'exhaustivité, ces lois représentent un aperçu de l'engrenage normatif de l'organisation mafieuse³¹. Il s'agit d'un véritable système normatif où le chef mafieux s'érige en faiseur de lois et ses membres en « juges d'application des peines », reléguant au second plan les possibilités du recours à la justice étatique. Pour comprendre cette force normative³², il est essentiel de porter un regard sur la qualité normative de la loi mafieuse.

B. Mafia lex, sed lex

L'organisation mafieuse formule ses normes en tant qu'adages ou règles courtes, quand elles ne sont pas immanentes aux pratiques et aux usages³³. De plus, elles ont un mode d'expression et de transmission essentiellement oral³⁴. Cette formulation de la loi mafieuse laisse penser, au premier regard, qu'il s'agit d'une norme artisanale, précaire³⁵, qui se range derrière des énoncés courts sans prétendre à des techniques légistiques modernes³⁶. Cette simplicité de façade cache en réalité un véritable ordre normatif complexe, mais surtout hautement efficace.

La complexité de la loi mafieuse est désamorçée par une typologie sociologique³⁷. Elle permet d'identifier les caractères des différentes lois mafieuses : formulé-implicite (comme les obligations et les lois mafieuses), inférentiel-explicite (décisions mafieuses), inféré-implicite (comme les concepts et valeurs mafieux tels que l'honneur, la sécurité, la protection et le respect des biens et de la famille, etc.) et formulé-explicite où la rédaction d'une norme intègre un comporte-

ment et une sanction de manière assez simple et claire³⁸.

Ces caractères confirment que les lois mafieuses possèdent une structure diffuse et une rationalité modérée. La mafia manifeste rarement ses règles à travers des communiqués, des ordres et des lois. Très peu de normes ont un caractère explicite et en général, lorsqu'elles l'ont, elles sont légèrement formalisées. Il s'agit donc de normes avec une structure diffuse, car elles sont implicites dans les actes et dans les signes. Cela n'empêche pourtant pas de connaître les faiseurs de loi³⁹. Le caractère implicite-inférentiel trouve son expression majeure dans la loi du silence. Celle-ci est une véritable rhétorique du non-dit imposé par l'organisation mafieuse. En développant un code et un langage pour exprimer ces actes les plus subtils, la mafia atteste de son pouvoir. La loi du silence indique que les choses se passent ailleurs ou dans un autre registre. Pour la mafia, la communication normative a lieu dans les « coulisses ». Elle crée un langage corporel pour déterminer ceux qui appartiennent au groupe, pour attirer les alliés et différencier les membres externes (police, membres d'un autre groupe mafieux, ennemis de l'organisation)⁴⁰. Elle n'a nul besoin d'exprimer haut et fort ses décisions et ses règles pour être entendue. Un simple regard, un geste, un mot suffisent. Toute une construction symbolique du langage a lieu, car elle transmet bien plus que des informations, elle communique la norme.

À côté des normes implicites-inférentielles, des normes légèrement explicitées sont trans-

31. Cf. également, D. Villegas, « Le pouvoir de la mafia colombienne des années 1980 et 1990 », *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2010, Vol. 132, janvier, p. 83.

32. Sur la notion de force normative, v. C. Thibierge et alii, *La force normative*, LGDJ/Bruylant, 2009.

33. V. *supra*.

34. L. Paoli, *Fratelli di mafia Cosa Nostra e N'drangheta*, Il mulino, Coll. Studi e ricerche, 2000, p. 142.

35. L'écriture est considérée comme l'élément indicateur de l'évolution ou du stade d'un système juridique : H.L.A. Hart, *Le concept du droit*, trad. M. Van de Kerchove, Faculté Universitaires Saint-Louis, 2^e éd., 2005.

36. L. Usunier, « Les habitudes techniques du législateur », in N. Dissaux et Y. Guenzoui (dir.), *Les habitudes du droit*, Dalloz, Coll. thèmes et commentaires, 2015, p. 29.

37. Cette typologie a la vertu de se concentrer seulement sur le caractère sociologique des normes : R. Macdonald, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et "inférentielle" », *Sociologie et sociétés*, 1986, Vol. 18, n° 1.

38. Par exemple, « l'ordre était "vous devez bien vous comporter et si vous commencez à mal vous comporter et si vous dérangez les autres, vous connaissez déjà les conséquences, soit vous fuyez soit nous vous tuons" » (Traduction d'un extrait d'entretien avec un leader communautaire du quartier « Antioquia »).

39. Le magnicide ou les « excellents murders » ont généralement un but exemplaire, ils passent un message de pouvoir et de force de l'organisation : A. Balsamo, « Organized Crime Today : The Evolution of the Sicilian Mafia », collaboration présentée dans Cambridge International Symposium on Economic Crime, Jesus College, Cambridge, le 6 septembre 2005.

40. Sur ce langage corporel mis en place par les réseaux criminels, v. notamment S. Macaulay, « Private Government », *op. cit.* et D. Gambetta, *La pègre déchiffrée. Signes et stratégies de la communication criminelle*, *op. cit.*

mises par les ragots ou les commérages⁴¹. Ils accomplissent la fonction classique de contrôle social, en appliquant des sanctions : l'expulsion ou l'exclusion. Ils servent de moyen de transmission d'informations ; mais encore plus importants, ils peuvent agir comme moyen de légitimation à travers la construction et la reproduction d'une perception particulière de la mafia et de ses membres.

La structure diffuse se constate également à travers son contenu variable. En général, les normes mafieuses véhiculent des valeurs inhérentes au maintien de l'organisation mafieuse telles que la loyauté, l'honneur, la cohésion du groupe, la protection de la famille et la préservation des biens matériels. De ces valeurs, elles tiennent leur validité matérielle tandis que la validité formelle dérive de l'auteur légitime de la norme : le chef mafieux.

Le contenu de la norme, notamment la sanction, peut toutefois changer en fonction des intérêts de celui qui crée et de celui qui exécute la norme. Elle peut aussi être remaniée en fonction de nouvelles circonstances. Mais les règles jouissant de la même légitimité que le chef de l'organisation, les destinataires se soumettent à elles sans tenir compte des valeurs contenues en elles, jusqu'au jour où cela les atteint. En conséquence, le système s'avère instable et peu cohérent à cause de la variabilité imposée par celui qui dicte la norme et de sa non-publicité, basculant ainsi dans l'insécurité normative et dans la tyrannie. La règle ayant pour origine l'autorité légitime, le destinataire est moins tenté de désobéir et son caractère obligatoire est difficilement contesté. En tout cas, il serait extrêmement difficile pour les destinataires de se libérer de son application à moindre coût.

Cette structure diffuse de la norme s'appuie cependant sur une rationalisation modérée. L'organisation mafieuse secrète des normes de façon

spontanée, mais un effort de rationalisation se constate dans le corpus de normes que forme le code mafieux⁴². Sorte de code de conduite privé, le code normatif mafieux est le résultat d'une évolution historique de l'organisation⁴³ qui intègre les lois générales et qui est complété par des consignes faisant référence aux droits des membres et des mécanismes d'adhésion au groupe (la solidarité envers les autres membres, l'honneur et la réputation), ainsi que les règles relatives aux contrats, la façon de les honorer et la protection de la propriété privée des autres membres.

En somme, les lois mafieuses ne possèdent pas une haute densité normative⁴⁴. Malgré cela, le contenu de l'obligation de la norme est connu par les destinataires et appliqué par les chefs. Sans avoir une structure normative solide, même si elles peuvent avoir un contenu prescriptif – prohibitif ou permissif – assez clair, les lois mafieuses jouissent d'une grande efficacité. Ce succès est dû en partie au fait qu'elles possèdent un pouvoir coercitif assez élevé.

La violence, la contrainte efficace, est la marque de fabrique de la normativité mafieuse. Le degré d'observance de la norme réside dans cette force, cette dernière entendue comme la capacité de s'imposer par des moyens coercitifs à travers la violence symbolique et réelle. Pour l'organisation mafieuse, tout moyen était valable pour imposer la norme et son observance. Une juge témoigne de cela : « Ce qui est sûr, c'est que leurs règles existaient et qu'elles existent toujours. Elles sont indiscutables et drastiques. Elles sont mortelles. Celui qui ne se soumet pas aux règles établies est un homme mort. Cela inclut les fonctionnaires de justice. Soit vous acceptez, soit vous acceptez »⁴⁵. Ainsi, la violence des organisations mafieuses trouve son application soit à l'intérieur de l'organisation (actes de violence contre ses membres pour

41. Cf. S.E. Merry, « Rethinking Gossip and Scandal », in D. Black (dir.), *Toward a General Theory of Social Control*, Academic Press Inc., 1984. Pour le lien entre ragots, commérage et mafia, cf. D. Puccio-Den, « Catégorisation juridique et économies morales en Italie (1980-2010) » ; D. Puccio-Den, « Mafia : État de violence ou violence d'État ? L'affaire Impastato et la requalification concomitante des groupes subversifs et de l'État en Italie (1978-2002) ».

42. P. Bourdieu, « Habitus, code et codification », in *Actes de la recherche en Sciences sociales*, 1986, Vol. 64, n° septembre, p. 40-44.

43. Cf. L. Paoli, *Fratelli di mafia Cosa Nostra e N'drangheta*, op. cit.

44. Les normes mafieuses ne possèdent pas une haute densité normative. Sur le sujet de la densité normative, Cf. C. Thibierge et alli, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013.

45. Traduction d'un extrait d'entretien avec un juge.

garantir la cohésion et l'unité de l'organisation)⁴⁶ soit à l'extérieur (contre les fonctionnaires et l'État, et contre les dirigeants et organisations populaires).

Ces organisations possèdent une pluralité de méthodes violentes : politique, économique ou démonstrative⁴⁷. Mais, si ces méthodes sont multiples et peuvent aboutir à des situations extrêmes, la contrainte ne se matérialise pas uniquement dans l'homicide⁴⁸; la violence n'est pas toujours utile pour l'organisation. Contrairement aux idées reçues, les organisations mafieuses privilégient des méthodes de corruption, de pression ou de persuasion avant d'arriver aux méthodes violentes⁴⁹. Très souvent même, il leur arrive d'anticiper cette violence en s'introduisant dans d'autres sphères de production normative. La violence ne représente donc qu'une des multiples possibilités du façonnage normatif de l'organisation.

II. La fabrique mafieuse de la loi étatique

La mafia élabore sa propre loi en filigrane et en marge de l'État, mais il lui arrive, assez souvent, de s'emparer du champ juridique étatique⁵⁰ pour transformer et contrôler la production du droit officiel, au lieu de s'exposer frontalement à l'État et à ses institutions. Dans ce contexte, le législa-

teur se voit concurrencé et courtisé par un groupe extraétatique qui essaie d'imposer son pouvoir au sein de l'élaboration de la norme étatique. Il est donc possible de voir l'organisation mafieuse se constituer en véritable groupe de pression capable de porter un projet législatif mafieux qui influence la création étatique de la loi (A) et qui la dépasse (B).

A. L'influence mafieuse dans l'élaboration de la loi

Dans les coulisses de certains parlements, la mafia hante la loi de l'État. Elle se présente comme son alliée la plus obscure, mais aussi la plus présente. En général, la participation directe de l'organisation mafieuse dans le débat législatif est résiduelle. Il est donc rare que la mafia prétende à une subjectivité politique⁵¹ afin de construire son propre parti⁵² pour être représentée. Les mafieux n'éprouvent cependant pas un total désintérêt pour l'élaboration de la loi étatique. Loin de là. Ils tachent d'avoir un œil vigilant sur une production normative étatique qui pourrait leur rapporter plus de profits économiques et judiciaires.

L'organisation mafieuse a cependant tout intérêt à concentrer ses forces dans ses activités économiques licites et illicites sans avoir à s'occuper du fardeau du processus législatif. Il ne faut pas oublier que les mafieux sont avant tout des

46. Selon Giovanni Falcone, « la violence interne à l'organisation est la plus difficile à comprendre. On a généralement du mal à imaginer que la mafia obéit à une logique, à comprendre que lorsqu'elle se trompe, elle n'a pas d'autre moyen que de tuer pour rétablir l'ordre interne et réparer son erreur : quand elle recrute un menteur ou un lâche, en somme quand elle est trompée sur la marchandise. » (G. Falcone et M. Padovani, *Cosa Nostra*, op. cit., p. 40).

47. Sur les types de violence de l'organisation mafieuse, v. U. Santino, *Dalla mafia alle mafie. Scienze sociali e crimine organizzato*, op. cit., p. 271.

48. V. supra.

49. C. Ducouloux-Favard, « Deux types de criminalité organisée : mafia et corruption, leurs points de rencontre », *D.*, 2008, p. 1097; G. Mutti, « Mafias et trafics de drogue : le cas exemplaire de Cosa Nostra sicilienne », p. 161.

50. La notion de champ social en sociologie est reliée à Pierre Bourdieu. Pour son application à la sphère juridique, cf. P. Bourdieu, « La force du droit », in *Actes de la recherche en Sciences sociales*, 1986, Vol. 64, septembre, p. 3.

51. La subjectivité politique est associée à l'idée de la mafia comme sujet politique, cf. M. Weber, *Économie et société. Les catégories de la sociologie*, op. cit., p. 88 et s. et p. 271; U. Santino, *Dalla mafia alle mafie. Scienze sociali e crimine organizzato*, op. cit., p. 276 et s. Cette subjectivité politique peut atteindre la prétention politique d'avoir une représentation en politique en tant que « partie invisible » ou bien très visible, cf. P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'inferno*, Gruppo editoriale il Saggiatore S.p.A., 2007; C.G. Rossetti, *L'attacco allo Stato di diritto. Le associazioni segrete e la Costituzione*, Liguori Editore, 2001. Stewart Macaulay qualifie cette situation de gouvernement privé, mais il est possible d'affirmer, à l'instar de Carlo Giuseppe Rossetti, que dans le cas colombien il s'agit bien d'un gouvernement invisible, cf. S. Macaulay, « Private Government »; C.G. Rossetti, *L'attacco allo Stato di diritto. Le associazioni segrete e la Costituzione*, op. cit.

52. La représentation politique mafieuse est rarement faite de façon directe. Elle a cependant été utilisée par Carlos Ledher, un grand narcotrafiquant allié de Pablo Escobar. Il créa un groupe politique nommé « *Quindío libre* ». L'organisation mafieuse préfère se servir des partis existants tel que l'a fait Pablo Escobar. En effet, le chef du cartel de Medellín a intégré les listes politiques du parti politique « Nouveau libéralisme », duquel il fut expulsé suite à des accusations de narcotrafic. Il sera accueilli par le parti libéral, un des deux partis politiques traditionnels de la Colombie, dans l'une de ses listes de suppléants. La réussite de sa liste l'amènera à siéger quelques jours au Sénat colombien lui permettant de participer directement à l'élaboration normative : C. López Hernández, « "La refundación de la patria", de la teoría a la evidencia », in C. López Hernández (dir.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, Corporación Nuevo Arcoiris/Congreso visible/Dejusticia/Grupo Método/MOE, 2010, p. 29 et s., p. 31. Severo Escobar Ortega, un des premiers extradés aux États-Unis, illustre un autre exemple de cette représentation mafieuse, cette fois-ci au sein de l'assemblée départementale de Cundinamarca en tant que député. Il fut également secrétaire au ministère de l'Agriculture de ce même département dont le chef-lieu est Bogotá : Comisión andina de juristas, *Sistema judicial y Derechos Humanos en Colombia*, p. 139.

hommes d'affaires et au lieu de supporter les longs et soporifiques débats législatifs⁵³, ils préfèrent tirer profit de la division du travail social et laisser la production normative entre les mains des professionnels de la loi. Ils choisissent ainsi de passer par l'intermédiaire d'institutions et d'acteurs déjà installés sur la scène juridique et politique. À l'aide des mécanismes de capture et de cooptation – tels que la corruption, les menaces ou même de simples accords⁵⁴ –, nul besoin de consolider une représentation directe.

L'ordre mafieux se sert ainsi des meilleurs professionnels du droit et de la politique pour réformer le droit positif et influencer les politiques publiques⁵⁵. Il s'agit ici d'un *lobbying* mafieux⁵⁶ influençant l'ordre juridico-étatique, ayant pour but la mise en place de son projet politico-juridique, mais surtout économique. Le *lobbying* mafieux cherche l'obtention de bénéfices économiques et juridiques notamment en matière de dépenalisation de la commercialisation de stupéfiants et les conditions d'extradition.

Le *lobbying* mafieux sur le pouvoir législatif n'est pas aussi facilement identifiable⁵⁷, car les

mafieux ne se consolident pas comme un groupe d'intérêt visible, et la pression est généralement faite de façon indirecte et clandestine. Pour le cas colombien, il existe cependant un seul exemple où les narcotrafiquants se consolident en un véritable groupe de pression : le groupe des « Extradables »⁵⁸. Ce groupe se forme comme une forme de coalition de narcotrafiquants susceptibles d'être extradés pour exercer une pression sur les pouvoirs publics. Ils font usage des mêmes méthodes que n'importe quel groupe de pression légal⁵⁹ et durant les années 1980-1990, ce groupe mène une véritable campagne politique et juridique pour réformer la politique d'extradition sans avoir constitué, bien évidemment, de parti politique. Ses membres ne bénéficieront pas non plus de la qualification de délinquants politiques, mais leur pouvoir économique et militaire leur permettra de s'asseoir à la table des négociations avec des représentants du gouvernement comme n'importe quel groupe politique. Sa capacité de mobilisation politique sera démontrée avec « la réunion de Panama »⁶⁰ où l'ex-président colombien Lopez Michelsen⁶¹

53. L'image d'un Pablo Escobar en train de dormir lors de débats parlementaires fera la une des journaux.

54. Ces mécanismes de capture ou cooptation de l'État se constatent dès que le narcotrafic commence à participer à la vie politique des communautés à travers son influence au sein des élections de maires et d'élus. Cette pratique initiée par les organisations mafieuses des années 1980 et 1990 sera perfectionnée et systématisée par les organisations mafieuses et paramilitaires des années 2000 : A.F. Ávila Martínez, « Injerencia política de los grupos armados ilegales », in C. López (dir.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, Corporación Nuevo Arcoiris/Congreso visible/Dejusticia/Grupo Método/MOE, 2010, p. 145 et J. Grajales, *Gouverner dans la violence. Le paramilitarisme en Colombie*, op. cit., 2016.

55. Quel meilleur exemple que celui dévoilé par le procès dit « 8000 ». Les investigations issues de ce procès judiciaire ont permis d'établir le lien direct entre le *cartel* de Cali, les campagnes politiques de plusieurs députés et du président Ernesto Samper (1994-1998). Sur ce sujet, cf. C. López Hernández, « "La refundación de la patria", de la teoría a la evidencia », op. cit.

56. Le terme générique est celui de « groupes d'intérêt », mais ici le choix d'utiliser le terme « *lobbying* » correspond aux effets nocifs d'un groupe de pression aux ordres d'un groupe de type mafieux. Par ailleurs, il ne se présente pas comme un groupe d'intérêt visible : M. Mekki, « La force et l'influence normative des groupes d'intérêt : identification, utilité et encadrement », in M. Mekki (dir.), *Les groupes d'intérêt*, Gazette du Palais, Hors collection, 2010 ; M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Identification (1^{re} partie) », *JCP G*, 19 oct. 2009, ét. 370 ; M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Encadrement (2^{de} partie) », *JCP G*, 26 oct. 2009, ét. 392.

57. Sur la difficile identification des groupes d'intérêt au sens général, cf. M. Mekki, « La force et l'influence normative des groupes d'intérêt : identification, utilité et encadrement », op. cit. En ce qui concerne le cas colombien, l'identification de ces groupes d'intérêt illégaux est plus facile à partir de la deuxième moitié des années 1990 à cause de la consolidation politique du projet narcoparamilitaire : A.F. Ávila Martínez, « Injerencia política de los grupos armados ilegales », op. cit. ; J. Grajales, *Gouverner dans la violence. Le paramilitarisme en Colombie*, op. cit. ; C. López Hernández, « "La refundación de la patria", de la teoría a la evidencia », op. cit.

58. Ce groupe devient public le 3 février 1991 avec un communiqué intitulé « Les Extradables. Nous préférons un tombeau en Colombie qu'une cellule aux États-Unis ». Le communiqué détaille ses objectifs : l'opposition à l'extradition, la proposition de l'élection démocratique des procureurs, l'abolition de la justice spéciale militaire, la création de centres de réclusion sous la vigilance du bureau du procureur, le refus des accusations sur la pression qu'ils exerçaient sur l'Assemblée nationale constituante, l'exigence de la libération de cent membres, l'annonce d'une trêve unilatérale et la libération des otages.

59. Le critère procédural démontre que le groupe des « Extradables » fait usage des mêmes méthodes que n'importe quel groupe de pression légale. Pour les critères des groupes d'intérêt, cf. M. Mekki, « La force et l'influence normative des groupes d'intérêt : identification, utilité et encadrement », op. cit. ; M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Identification (1^{re} partie) », op. cit. ; M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? Encadrement (2^{de} Partie) », op. cit.

60. La *réunion de Panama* a lieu dans l'Hotel Marriot de la ville de Panama le 4 mai 1984.

61. Alfonso López Michelsen a été président de la Colombie de 1974 à 1978.

et le procureur général⁶² se retrouveront face à Pablo Escobar, les frères Ochoa et d'autres chefs du narcotrafic afin de faciliter un accord juridique pour l'extradition et négocier une sortie de la guerre contre la drogue. Cette réunion donnera naissance au « Mémoire de Panama », document unilatéral produit par les représentants du narcotrafic afin de matérialiser leurs exigences⁶³.

Les mécanismes de ce groupe ne se limiteront nullement aux négociations politiques. Ils exerceront une pression très importante sur les décisions du gouvernement, car il émettait les demandes d'extradition administrative⁶⁴ et légiférait par voie de décrets d'état d'exception⁶⁵.

En matière d'extradition, le pouvoir des « Extradables » s'imposera devant la Constitution. Ils participeront indirectement à la réforme constitutionnelle de 1991, en proposant un amendement pour la non-extradition des nationaux⁶⁶. Les rapporteurs argumentaient que la constitutionnalisation de l'interdiction d'extradition des Colombiens permettait de limiter les prérogatives présidentielles sur le sujet⁶⁷, évitait

les difficultés de procédure d'extradition, garantissait le droit au procès équitable et imposait un contrôle sur la politisation des critères pour l'extradition des nationaux. Finalement, l'article 35 de la nouvelle Constitution intégrera les demandes formulées en faveur de la non-extradition de Colombiens⁶⁸.

Dans un cadre plus classique, le groupe des « Extradables » dirigera également des actions vers le pouvoir législatif notamment par des demandes de réformes au Sénat. En particulier, le 23 octobre de 1989 le groupe des « Extradables » enverra une lettre au président du Sénat pour lui proposer la création d'une commission pour l'étude d'une sortie pacifique de la guerre contre le narcotrafic qui traiterai également de l'abrogation de l'extradition. La Commission sera créée deux jours après, même si les hostilités des narcotrafiquants continueront à avoir lieu.

Ce groupe utilisera donc des stratégies de pression et de communication toujours accompagnées de violence pour exercer une pression sur les décideurs publics lorsque les négociations politiques n'iront pas dans leur sens ; ou plus

62. Un procès devant le Sénat de la République est ouvert à son encontre ainsi qu'un procès disciplinaire devant le Tribunal disciplinaire. Sa ligne de défense se fonde sur le fait que la réunion a eu lieu à la demande du président de l'époque, cf. « Yo acuso », *Revista Semana*, Semana Ediciones, le 1^{er} octobre 1984 ; « Me reuni con Pablo Escobar por petición de Belisario : ex procurador Jiménez Gómez », *Caracol Radio* 2010, disponible sur <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/me-reuni-con-pablo-escobar-por-peticion-de-belisario-ex-procurador-jimenez-gomez/20100910/nota/1356152.aspx>.

63. Le « mémorandum du Panama » était une déclaration unilatérale de huit pages envoyée par le groupe des « Extradables » au président de la République le 29 mai 1984. Le document contenait l'explication de l'origine et la signification du narcotrafic en Colombie ainsi que l'offre proposée par le groupe de narcotrafiquants pour arrêter les activités et pour se rendre aux autorités compétentes. Le « mémorandum de la mafia », réceptionné par le procureur à Bogotá, contenait également les accords de la réunion qui a eu lieu à Panama : Lettre adressée au Président Belisario Betancourt le 29 mai 1984, Procès de soumission à la justice de Pablo Escobar, p. 1 ; lettre du Procureur général sur la réunion à Panama adressée au juge n° 23 d'instruction criminelle, le 21 août 1984, Procès de soumission à la justice de Pablo Escobar, p. 2.

64. La Colombie a admis le mécanisme d'extradition administrative depuis le traité multilatéral de 1888. Par la suite, le Code pénal de 1936 introduit un mécanisme mixte où la chambre criminelle de la Cour suprême de justice devait rendre un avis favorable aux demandes d'extradition, cf. Traité d'extradition entre la République de Colombie et les États-Unis d'Amérique, signé le 14 septembre 1979 à Washington, ratifié par la loi n° 27 du 3 novembre 1980, J.O. n° 35 643 du 14 novembre 1980 et la loi n° 68 du 14 décembre 1986, J.O. n° 377 333 du 14 décembre 1986.

65. Il faut se rappeler que la Colombie a vécu dix-sept ans dans un « état d'anormalité constitutionnelle permanente » entre les années 1970 et 1991. Pour les différentes périodes d'état d'exception et une analyse de la législation pénale : M. García Villegas, « Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia : 1957-1997 », in *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, dir. B. d. S. Santos et M. García Villegas, Santafé de Bogotá, Colciencias/Ediciones Uniandes/Facultad de Derecho/Centro de Estudios Sociales/Instituto Colombiano de Antropología e Historia/Universidad Nacional de Colombia/Siglo del Hombre Editores, 2004, p. 318 et 328 ; M. García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, Bogotá, Debate/EPRI-Universidad Nacional de Colombia, 2014, 2^e éd., p. 140 et s. ; M. Iturralde, *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes/Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, Coll. Nuevo Pensamiento Jurídico, 2010.

66. Six projets de réforme constitutionnelle au sujet de l'extradition de citoyens colombiens ont été présentés devant l'Assemblée constituante. L'un d'entre eux proposait de faire un référendum sur l'extradition, mais cette initiative n'a pas eu de succès, car les autres congressistes ont pensé que cela équivaldrait à « amener la mafia au Congrès ». D. Uribe Vargas, « Informe de delegatario sobre la extradición de nacionales », 1991, n° 22, abril ; J.S. Salgado Vásquez, « Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia : Extradición de colombianos », 1990, n° 18, 5 marzo ; Senado de la República de Colombia, « Actas de comisión », 1990, n° 31, 8 junio et Registraduría nacional del estado civil, « El camino hacia una nueva Constitución Nacional de Colombia », *Revista Electrónica Mensual*, 2011, n° 53, disponible sur http://www.registraduria.gov.co/rev_electro/2011/rev_elec_julio_revista_julio2011.html#07.

67. Le sujet de l'extradition était jusqu'à l'époque traité par voie administrative à travers des décrets législatifs issus de l'état d'urgence tout en méconnaissant les principes des traités publics et le pouvoir législatif du Congrès en la matière.

68. L'extradition de nationaux sort du champ constitutionnel par l'acte législatif n° 01 du 16 décembre 1997 modifiant l'article 35 de la Constitution de 1991. Cf., Article 35 de la Constitution colombienne du 4 juillet 1991 ; Acte législatif n° 01 du 16 décembre 1997 modifiant l'article 35 de la Constitution colombienne du 4 juillet 1991, J.O. n° 43 195 du 17 décembre 1997.

précisément chaque fois qu'une extradition sera en jeu⁶⁹.

Les mafieux abordent ainsi le processus législatif avec la même vision capitaliste, ce qui leur permettra de se positionner sur le marché de leurs trafics : il faut que cela aille vite et que ça marche, surtout pour leurs affaires. Ils feront de même dans les autres sphères du pouvoir public.

B. L'étendue de l'influence mafieuse

L'influence des mafieux ne s'arrête pas aux arènes de la loi, elle s'invite aussi dans le prétoire. Le *lobbying* judiciaire est nécessaire pour l'organisation mafieuse, car il lui permet de profiter d'une application plus indulgente de la sanction étatique⁷⁰.

Face au *lobbying* sur le pouvoir judiciaire⁷¹, les magistrats peuvent cependant adopter diverses attitudes⁷² qui illustrent la complexité de la rencontre de la mafia avec le monde judiciaire : les juges peuvent interpréter les textes conformément à la volonté du législateur ; ils peuvent, aussi, refuser de servir à une volonté législative considérée comme trop influencée par l'intérêt particulier ; ou ils peuvent opter pour une attitude plus confortable en adaptant leur décision selon les circonstances⁷³.

Tout d'abord, la première attitude évoque une interprétation exégétique d'une loi hautement influencée. Les magistrats, notamment les juges du fond, se plient à la lettre d'une loi favorable aux intérêts particuliers d'autant plus qu'elle est assez souvent couplée aux pressions et aux menaces des acteurs illégaux⁷⁴. Néanmoins, les pressions ne viennent pas toujours de l'extérieur. Elles peuvent aussi venir de l'intérieur de l'organe judiciaire, voire de sa propre hiérarchie. Un juge explique le contexte auquel il devait faire face à cette époque : « Moi, je leur ai dit tout ce que je savais, tout ce que je pouvais prouver. Ce que je ne pouvais pas prouver, je ne l'ai pas dit, car dans ce pays lorsque l'on raconte à son supérieur dans quel état est le dossier on risque la mort... ou alors ils vous retirent le dossier »⁷⁵. En conséquence, l'attitude d'application stricte de la loi permet aux juges d'assurer leur intégrité physique, la permanence dans l'exercice de leurs fonctions en même temps qu'ils garantissent la stabilité formelle du système juridique.

Ensuite, la réaction de résistance montre des juges courageux et assez souvent solitaires qui résistent aux pressions des acteurs légaux et illégaux ainsi qu'au système de corruption de la justice qui met en péril les principes d'indépendance et d'autonomie de la justice. Ils s'évertuent à rendre des « décisions de résistance »

69. Afin de faire pression, des attentats ont lieu à des moments stratégiques des négociations ou lorsque celles-ci se trouvent en péril. Ils disposent même de *commandos* qui revendiquent par la suite certaines actions ; comme le *commando* « Hernan Botero Moreno », nom du premier Colombien extradé, qui revendique l'attentat contre Enrique Parejo, ambassadeur colombien en Hongrie le 13 janvier 1987 : G. Bonilla Pardo et A. Valencia Villa, *Justicia para la Justicia. Violencia contra jueces y abogados en Colombia : 1979-1991*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas-Comisión Internacional de Juristas, 1992, p. 24.

70. Des cas de corruption administrative et judiciaire en favorisant pénalement certains membres du groupe, notamment dans la juridiction des douanes, sont dénoncés par un rapport de la Commission Andine des juristes, cf. Comisión andina de juristas, *Sistema judicial y Derechos Humanos en Colombia*, op. cit., p. 163.

71. En général, la relation entre juge et groupe de pression est très peu explorée par les analystes du phénomène des groupes d'intérêt, notamment à cause des difficultés pour la détecter, cf. J. Lapousterle, « Le juge et les groupes de pression », in M. Mekki (dir.), *Les groupes d'intérêt*, op. cit. ; cf. M. García Villegas et J.E. Revelo Rebolledo, « Procesos de captura y resistencia en la rama judicial », in C. López Hernández (dir.), *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*, Corporación Nuevo Arcoiris/Congreso visible/Dejusticia/Grupo Método/ MOE, 2010, p. 482 et 487.

72. J. Lapousterle, « Le juge et les groupes de pression », op. cit., p. 101.

73. M. García Villegas et J.E. Revelo Rebolledo, « Procesos de captura y resistencia en la rama judicial », op. cit., p. 482 et 487.

74. Quelques exemples des pressions et menaces subis par les juges de l'époque : la juge Mariela Espinosa subit des menaces à cause de l'instruction d'un procès sur une saisie de 39 kilos de cocaïne. Elle sera objet de multiples menaces de mort et d'attentats à partir de l'année 1976. Les intéressés du procès ont même réussi à mettre le feu à son cabinet et à assassiner des témoins clés. La magistrate sera assassinée le 1^{er} novembre 1989, malgré son abandon du dossier, et le juge qui lui succéda optera finalement pour sa fermeture. Le Tribunal supérieur de Medellín refuse d'instruire la déclaration de Jorge Luis Ochoa le 30 mai 1988. Le Magistrat du Tribunal supérieur de Bogotá, Carlos Valencia, responsable de l'instruction de l'assassinat du directeur du journal *El Espectador*, est lui-même assassiné quelques minutes après le dépôt du mandat d'arrêt contre Pablo Escobar et Gonzalo Rodríguez Gacha, le 16 août 1989. La seconde juge de la justice de l'ordre public, María Gonzalez, qui fut responsable du procès contre Pablo Escobar et Fidel Castaño pour le massacre de dix-sept personnes dans les haciendas « La negra » et « Honduras » le 4 mars 1988 fut contrainte de demander l'exil et son père, l'ex-représentant du département de Boyacá est assassiné le 22 mai 1989. La troisième juge de la justice de l'ordre public, María Helena Díaz, prend la suite du procès et est assassinée le 1^{er} août 1989. Ces menaces et ces attentats contre les fonctionnaires publics prendront une autre tournure lorsque le groupe des « Extradables » émet le 24 août 1989 un communiqué dans lequel il déclare la guerre au gouvernement et menace d'assassiner dix juges pour chacun des extradés : G. Bonilla Pardo et A. Valencia Villa, *Justicia para la Justicia. Violencia contra jueces y abogados en Colombia : 1979-1991*, op. cit., p. 30-31.

75. Traduction d'un extrait d'entretien avec un juge.

dépasant la simple provocation⁷⁶. Les juges peuvent utiliser des techniques d'interprétation stricte du champ d'application d'une loi dans le but de contourner la norme qui a été votée sous la pression d'un groupe, recourir à des contrôles de la norme à la lumière de la hiérarchie des normes (contrôle de conventionnalité ou de constitutionnalité) et rechercher un lien avec des principes généraux de droit ou des valeurs telles que l'intérêt général et l'ordre public⁷⁷. Avec ces techniques de motivation, les juges cherchent à réduire ou à anéantir les effets d'une « norme trop ouvertement influencée »⁷⁸. En outre, ils peuvent résister en toute légalité en mettant en place des sanctions pénales dirigées contre des fonctionnaires corrompus et le démantèlement des organisations criminelles⁷⁹, car parfois la simple action judiciaire s'avère être un acte de résistance.

À l'époque du *cartel*, cette attitude de résistance se trouvait également au sein des Hautes Cours à travers les combats doctrinaux sur des sujets juridiques sensibles. Par exemple, la Cour

suprême de justice colombienne a dû prendre position sur l'extradition des nationaux et les décrets d'état d'urgence⁸⁰. Les mafieux, ne méconnaissant pas la force que les acteurs publics peuvent avoir sur les juges, se servent aussi de l'exécutif ou du législatif pour faire pression sur les juges de façon indirecte. En revanche, la Cour suprême de justice, faisant preuve d'indépendance et d'une attitude de résistance, a pu prendre des mesures bénéficiant paradoxalement aux intérêts du groupe illégal⁸¹.

Finalement, c'est l'adaptation qui est peut-être l'attitude la plus commune des juges à l'égard de la force des groupes de pression illégaux. Par peur⁸², par dépit ou par choix véritable, les juges s'adaptent aux pressions exercées sur eux et modulent leurs décisions. Ces décisions « à mi-chemin » sont une forme d'autocensure judiciaire. Sans se plier véritablement aux exigences des groupes de pression et sans assumer complètement une attitude de résistance, les juges choisissent de modérer leur décision en fonction des menaces, avec de lourdes consé-

76. Sur les décisions de provocation : « En définitive, tant que ces questions demeurent sans réponse, les décisions se référant à l'influence des groupes de pression doivent, semble-t-il, être rapprochées de la figure de l'arrêt de provocation, lequel se propose de jouer la politique jurisprudentielle du pire pour inciter le législateur, ou le constituant, à se saisir d'une question. Le juge provocateur se laisse entraîner dans des motivations outrancières et sort de son rôle. Mais au-delà de la méthode employée, la provocation porte en elle une aspiration au changement et signe un certain idéalisme judiciaire : "une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi. Mais elle doit être loi parce qu'elle est juste" (J. Lapousterle, « Le juge et les groupes de pression », *op. cit.*, p. 114).

77. Parfois, le travail d'interprétation concerne les travaux préparatoires pour essayer de faire émerger l'influence d'un groupe de pression dans cette étape de la préparation de la loi, *cf. ibid.*, p. 112.

78. *Ibid.*, p. 101.

79. M. García Villegas et J.E. Revelo Rebolledo, « Procesos de captura y resistencia en la rama judicial », *op. cit.*, p. 487.

80. L'exécutif pour mener sa politique d'extradition devait obtenir l'aval de la chambre criminelle de la Cour, mais suite à un revirement de jurisprudence en 1986, le mécanisme devient difficile à appliquer. L'exécutif, qui ne souhaitait pas avoir la responsabilité totale en prenant seul les décisions d'extradition, entre dans un conflit doctrinal contre la haute juridiction : pour sa part, l'exécutif faisait une interprétation stricte de différents codes de procédure pénale qui, les uns après les autres, continuaient à établir une procédure facultative d'extradition mixte ; tandis que la haute juridiction, pour sa part – à l'appui d'une interprétation stricte de l'article 17 du Code pénal de 1980, fatigué de porter le fardeau de ces décisions d'extradition et au vu des violences que subissaient ses magistrats –, refusait de continuer à donner des avis favorables aux extraditions et renverra la procédure d'extradition aux traités de 1888 et 1975 où celle-ci était exclusivement administrative. Le président de la République réussit à maintenir les avis de la Cour suprême à travers un décret d'exception qui permettait d'anéantir toute législation ordinaire jusqu'à la réforme constitutionnelle de 1991. Cour suprême de justice, Assemblée plénière, 12 décembre 1986, arrêt n° 11, dossier n° 5 R, sur l'inconstitutionnalité pour vice de forme de la loi n° 27 du 3 novembre 1980 qui ratifie le traité d'extradition entre la République de Colombie et les États-Unis d'Amérique, signé le 14 septembre 1979 à Washington, Magistrat Jairo E. Duque ; décret-loi n° 1860 du 18 août 1989 relatif aux mesures pour le rétablissement de l'ordre public, J.O. n° 38 945 du 18 août 1989. Pour ce débat et les conséquences, v. D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, *op. cit.*, p. 366 et s.

81. La décision de l'inconstitutionnalité pour vices de forme de la loi n° 68 de 1986, qui ratifie le traité d'extradition entre la République de Colombie et les États-Unis d'Amérique, rend définitivement caduc le traité et classe sans suite plus de soixante-dix dossiers d'extradition, parmi eux, celui de Pablo Escobar. Un conflit entre la Cour suprême de justice et l'exécutif similaire à celle des années du Cartel voit à nouveau le jour, cette fois-ci pour les extraditions des membres de groupes paramilitaires. La Cour suprême de justice présente à nouveau une véritable résistance cette fois-ci afin de protéger le droit des victimes : la Cour suprême a accédé initialement à de nombreuses demandes d'extradition, puis elle opère un revirement de jurisprudence, car elle s'oppose à donner un avis favorable lorsque le gouvernement ne s'engage pas à développer des mécanismes de coopération avec la justice américaine afin de garantir les droits des victimes des paramilitaires. En niant l'extradition des paramilitaires sans le compromis du gouvernement, la Cour permet de donner réparation aux victimes même si cela implique d'accéder, de façon indirecte, aux intérêts de non-extradition de paramilitaires : M. García Villegas et J.E. Revelo Rebolledo, « Procesos de captura y resistencia en la rama judicial », *op. cit.*, p. 477-479.

82. Mauricio García et Javier Revelo expliquent que la corruption par peur fait référence aux inefficiences, omissions ou actions des juges en conséquence des menaces des acteurs armés. Ils expliquent que les juges, notamment ceux qui se trouvent dans des zones de conflit, ont tendance à donner la priorité à leur sécurité physique en dépit de l'application du droit. En ce sens, les auteurs expliquent que les juges sacrifient l'institution judiciaire, au lieu de prendre des mesures juridiques ou disciplinaires comme la dénonciation, l'incrimination ou la demande d'une mutation de poste. Cette corruption par peur n'est ni plus ni moins qu'un type de corruption judiciaire (*ibid.*, p. 461).

quences sur leur carrière⁸³, leur vie et le système judiciaire en lui-même. Ces décisions, nocives pour le système judiciaire, sont le résultat d'une pondération des enjeux extrajudiciaires, du risque politique de la décision et du contexte dans lequel les magistrats doivent rendre leurs arrêts.

Les différentes attitudes des juges face aux groupes de pression violents et illégaux montrent, d'une part, à quel point la mafia peut arriver à compromettre l'application de la loi étatique. D'autre part, face à un processus législatif influencé par le *lobbying* mafieux et un pouvoir judiciaire mis sous pression, les attitudes des

juges mettent en exergue le rôle essentiel de ces acteurs dans le contrôle de la loi étatique.

Finalement, l'incursion des mafias dans l'arène législative et judiciaire à travers les pratiques d'un *lobbying* mafieux atteste des effets néfastes de la coexistence de la mafia et de l'État sur le même champ social⁸⁴. L'organisation mafieuse avec ses pratiques transforme à jamais la façon de légiférer et de rendre justice. Toute une culture juridique se voit altérée par cette interaction⁸⁵, voire même l'interdépendance, entre deux fabriques normatives apparemment concurrentes.

83. Le cas des menaces envers un procureur afin d'éviter que le fonctionnaire interjette appel sur un cas de narcotrafic est très illustratif. Ces menaces ont eu pour effet que le procureur demande d'abord sa mutation pour des raisons de sécurité ; mais il sera finalement relevé de ses fonctions faute de ne pas avoir interjeté appel : G. Bonillo Pardo et A. Valencia Villa, *Justicia para la Justicia. Violencia contra jueces y abogados en Colombia : 1979-1991*, op. cit., p. 23.

84. P. Bourdieu, « La force du droit », in *Actes de la recherche en Sciences sociales*, op. cit.

85. Pour une illustration des altérations de la culture juridique ainsi que dans la conscience juridique, v. D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux*, op. cit.

Petit six du Grand A :

l'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats

Le procès en illégitimité : retour sur le processus d'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations

François Ancel
Magistrat

Au-delà de ses apports formels et substantiels, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations, se singularise par son processus d'adoption. Fruit de nombreuses réflexions et de travaux qui se sont échelonnés entre l'année 2004, marquée par la célébration du bicentenaire du Code civil, et l'année 2016, celle de son entrée en vigueur, cette réforme a, plus que d'autres, suscité des débats quant à la voie et la méthode choisies par le Gouvernement pour la faire aboutir. Son objet, le Titre III du Livre III du Code civil,

cœur du droit commun des contrats et des obligations qui n'avait été pratiquement pas été modifié depuis 1804, mais aussi son ampleur, puisque de manière inédite, plus de 300 articles du Code civil sont ainsi écrits (ou réécrits) par ordonnance, expliquent sans doute l'intérêt ainsi porté à ce processus d'adoption. Le débat a essentiellement concerné deux points : le principe du recours à l'ordonnance d'une part, et le rôle du ministère de la Justice d'autre part ; chacun de ces points ayant été, dans une certaine mesure, le vecteur de deux procès différents : un procès en illégitimité démocratique et un procès

en illégitimité technique. Vingt mois après l'adoption de ce texte¹, il est temps de revenir sur ces débats afin, au-delà de l'appréciation de leur pertinence, de tenter de dégager des enseignements sur l'élaboration de la loi aujourd'hui.

I. Retour sur le procès en illégitimité démocratique à l'encontre de l'ordonnance

Après avoir rappelé les termes du débat (A) et apprécié leur pertinence juridique (B), il conviendra d'en évaluer la portée symbolique afin de voir s'il n'est pas le signe d'une nécessaire réflexion à mener sur les conditions d'élaboration de la loi (C).

A. Les termes du procès en illégitimité

La décision prise par le Gouvernement en 2013 de recourir à la voie de l'ordonnance, autorisée par l'article 38 de la Constitution², pour réformer le droit commun des contrats et des obligations a suscité un vif débat, tant au sein de la doctrine que devant le Parlement, entre les opposants et les partisans du recours à l'ordonnance.

1. Les critiques à l'encontre du recours à l'ordonnance

Les critiques émanant de la doctrine. Une partie de la doctrine a vivement protesté contre le recours à l'ordonnance estimant que la question était d'une haute importance pour « la cohésion sociale et l'économie française » faisant valoir notamment que « le juriste éprouve le sentiment qu'il est absolument anormal et gravement préjudiciable qu'une réforme aussi fondamentale et d'une telle envergure puisse être opérée par voie d'ordonnance, autrement dit à la sauvette et sans aucun débat contradictoire »³.

Ces mêmes opposants ont ainsi fait valoir que la procédure de l'ordonnance serait « détournée de sa finalité normale », les ordonnances étant « les héritières des anciens décrets-lois de la III^e République qui avaient été rendus nécessaires, notamment par le risque de blocage du Parlement », ce risque de navette éternelle ayant disparu avec la V^e République puisque l'Assemblée nationale a désormais le dernier mot.

Ils considèrent ainsi que l'ordonnance ne peut être utilisée qu'à « titre exceptionnel, pour libérer le Parlement de questions purement techniques et secondaires qui n'ont pas d'incidence politique directe » et que ce n'est pas le cas « en présence de questions, certes qui touchent à la technique du droit au plus haut niveau et même à la culture juridique, mais qui correspondent aussi à des choix politiques, à des choix de société primordiaux destinés à engager pour plusieurs siècles la vie des contrats ».

Le débat parlementaire présenterait ainsi selon ces auteurs « non seulement l'avantage d'offrir un exposé des arguments et des intérêts en présence, mais encore de fournir ensuite au juge chargé de trancher un litige des travaux préparatoires qui lui permettent de connaître l'intention du législateur et d'interpréter les textes nouveaux »⁴.

Réforme menée « à la sauvette », de manière « non contradictoire », dont les travaux resteraient secrets ; au fond, c'est principalement le déficit démocratique dont serait porteur la voie de l'ordonnance, qui au surplus sortirait de son lit constitutionnel initial (qui cantonnerait l'ordonnance à des mesures techniques et secondaires), qui est mis en avant. Il est perçu comme « anormal » de confier le pouvoir législatif à des techniciens qui n'ont pas la légitimité que procure aux parlementaires leur élection⁵.

1. Cet article a été rédigé en octobre 2017.

2. L'article 38 de la Constitution dispose que « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

3. J.-L. Harouel, G. Teboul, O. Tournafond, « Le droit des contrats réformé par ordonnance ? », *D.*, 2014, p. 1099. Nous n'insisterons pas sur le parallèle douteux effectué par ces auteurs avec la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : « Si l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe imposait un vaste débat, qui a bien eu lieu, il en va de même a fortiori de la réforme du droit des contrats. Bien que moins emblématique que la précédente, cette dernière a en effet un impact direct sur la vie quotidienne de millions de personnes et d'entreprises... Combien de mariages homosexuels conclus chaque année ? Combien de contrats ? Poser la question, c'est y répondre ».

4. J.-L. Harouel, G. Teboul, O. Tournafond, « Le droit des contrats réformé par ordonnance ? », *préc.* Avec l'inquiétude de l'appréhension de ces nouveaux textes par les magistrats : « Le juge, pour éclairer le sens des textes, en sera-t-il réduit à solliciter les services de la Chancellerie ? Curieuse conception de la séparation des pouvoirs ! ».

5. V. les propos de L. Leveneur, « Le recours aux ordonnances en droit privé », débat avec Yves Robineau, *RDA*, n° 12, février 2016, p. 9 et s.

Les critiques émanant du Parlement. Le débat a été vif au Parlement en raison de l'opposition au recours à l'ordonnance du Sénat devant lequel le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit a été déposé et présenté en premier. La commission des lois du Sénat, par principe hostile au recours aux ordonnances pour réformer le droit civil, a considéré que « la réforme du droit des obligations et des contrats, réforme majeure du code civil, était trop importante pour être conduite par ordonnance » et a supprimé l'habilitation demandée par le Gouvernement à l'article 3 du projet de loi, suggérant à ce dernier d'inscrire « très rapidement à l'ordre du jour le projet de réforme correspondant, afin qu'il fasse l'objet du débat public qu'il mérite »⁶.

De même en séance publique le 21 janvier 2014, le président de la commission des lois au Sénat, Jean-Pierre Sueur, pour justifier l'impérieux besoin d'un travail parlementaire pour que le Code civil conserve son statut de « Constitution civile de la France », a rappelé les propos de Portalis⁷, qui lors de son Discours préliminaire, se rassurait en se prévalant de l'existence à venir d'une discussion solennelle et éclairée pour réparer les éventuelles erreurs commises par les rédacteurs : « ce qui nous console, c'est que nos erreurs ne sont point irréparables ; une discussion solennelle, une discussion éclairée les réparera ».

Reprenant en outre les propos de Guy Carcassonne selon lequel les ordonnances « sont généralement des textes défectueux », que « pour faire de bonnes lois on n'avait pas inventé mieux

que le Parlement » et rappelant les vertus intrinsèques du « tamis parlementaire », le président de la Commission des Lois dénonçait « cette législation de chefs de bureau que sont les ordonnances » qui ne peuvent être utilisées qu'avec modération et certainement pas « lorsque de grands sujets du Code civil que sont le droit des contrats et le régime des obligations sont en cause », le travail du Parlement étant « irremplaçable ». Selon Jean-Pierre Sueur la « République a voulu que la loi fût écrite non pas par des juristes, si brillants et si compétents soient-ils, mais par les représentants de la nation »⁸.

Fort de ces arguments, le Sénat a refusé d'adopter l'article d'habilitation en le rejetant à l'unanimité moins une voix en première lecture le 23 janvier 2014 (347 votes exprimés ; 346 contre ; 1 pour).

Cette habilitation ayant été rétablie par l'Assemblée nationale dans sa séance du 16 avril 2014, la commission mixte paritaire, réunie le mardi 13 mai 2014 pour trancher les désaccords dans le cadre de la procédure accélérée mise en place pour l'examen de ce texte, a « constaté ne pouvoir parvenir à élaborer un texte commun sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » en raison précisément de l'opposition du Sénat sur cette habilitation et ce malgré le soutien de la députée Colette Capdevielle⁹.

-
6. Un Sénateur (Monsieur Jacques Mézard) a notamment indiqué qu'il était « extrêmement choquant et même inacceptable, de modifier par ordonnances des dispositions fondamentales du droit des contrats et des obligations ». Un autre (Monsieur Jean-Pierre Michel) a précisé que « certaines des dispositions envisagées [par le Gouvernement] ne me conviennent pas, notamment l'introduction du juge dans les contrats, alors que je suis attaché à la liberté contractuelle, ou encore la suppression de la notion de la cause des contrats ». Voir M. Baboneau, « Réforme du droit des obligations et des contrats : les parlementaires en désaccord », *Dalloz actualités*, 19 mai 2014 ; ou encore L. Dargent, « Réforme du droit des contrats : le Sénat refuse la voie de l'ordonnance », *Dalloz actualités*, 27 janvier 2017 : « Reste que si le principe d'une réforme du droit des contrats fait consensus, l'argument de l'extrême urgence, s'agissant d'une réforme attendue depuis le début du xx^e siècle, est, il est vrai tout relatif, et ne justifie en aucun cas, aux yeux des sénateurs, que l'on fasse l'économie d'un débat public s'agissant de rien de moins que la réforme de la "Constitution civile de la France" ».
7. Extrait du Discours préliminaire : « Le plan que nous avons tracé de ces institutions remplira-t-il le but que nous nous sommes proposé ? Nous demandons quelque indulgence pour nos faibles travaux, en faveur du zèle qui les a soutenus et encouragés. Nous resterons au-dessous, sans doute, des espérances honorables que l'on avait conçues [du résultat] de notre mission : mais ce qui nous console, c'est que nos erreurs ne sont point irréparables ; une discussion solennelle, une discussion éclairée les réparera ».
8. Débats au Sénat, séance du 21 janvier 2014, propos du président de la commission des lois au Sénat, Monsieur Jean-Pierre Sueur.
9. M. Baboneau, « Réforme du droit des obligations et des contrats : les parlementaires en désaccord », *Dalloz actualités*, 19 mai 2014 : Madame Colette Capdevielle : « Nous nous opposons sur la méthode employée : le Gouvernement veut procéder par voie d'ordonnance alors que le Sénat souhaite mener un véritable travail législatif. Vous avez adopté une position de principe : vous entendez que la réforme passe par une loi. Après réflexion, l'Assemblée nationale s'en est remise au principe de réalité ; nous voici au milieu d'un quinquennat, avec une très lourde charge de travail : le temps nous manque pour examiner un tel texte [...]. Voulons-nous que ce texte rejoigne le grand cimetière des réformes non menées alors que nous le savons urgent et indispensable, notamment pour les particuliers et les entreprises ? ».

Le projet de loi devait alors être soumis à une nouvelle lecture des deux chambres¹⁰, donnant raison sur ce point – de manière quelque peu potestative – à l'un des arguments des opposants à la réforme par ordonnance, à savoir celui de l'absence de bénéfice réel en termes de gain de temps pour faire aboutir la réforme.

2. Les arguments en faveur du recours à l'ordonnance

Les arguments en faveur de l'ordonnance émanant de la doctrine. Même si l'enthousiasme pour la voie de l'ordonnance n'a jamais été débordant, des arguments ont été avancés en doctrine pour soutenir cette option¹¹. D'abord, la nécessité de réformer cette matière qui pour l'essentiel était issue du Code civil de 1804 a été mise en avant : « il est plus que temps de codifier la matière pour enfin sceller la réconciliation de notre droit des contrats avec le Code civil »¹². Il a été observé que bien que cette réforme fût qualifiée de « la plus haute importance pour la cohésion sociale et l'économie française », l'empressement pour la réformer a été faible de telle sorte que « la procédure choisie par le Gouvernement se justifie donc par la passivité de la représentation nationale ».

À l'argument selon lequel il s'agirait d'une réforme « à la sauvette et sans aucun débat contradictoire », il a été opposé que l'ordonnance est le fruit de nombreux travaux (plusieurs avant-projets de réformes) et des longues

réflexions communes qu'ils ont suscitées sur plus d'une décennie¹³. Ainsi, il a pu être dit que « contrairement à ce qui est insinué, ce projet n'a pas été préparé en catimini. Ses auteurs ne sont pas restés cloîtrés dans leurs bureaux du ministère, ils se sont inspirés des travaux déjà réalisés et n'ont jamais refusé de descendre dans les arènes universitaires pour débattre... »¹⁴.

Les arguments en faveur du recours à l'ordonnance devant le Parlement. Madame Christiane Taubira, alors Garde des Sceaux, tout en comprenant les réticences des parlementaires¹⁵, a plaidé avec vigueur pour le recours aux ordonnances en rappelant qu'il était nécessaire pour rénover le droit français des contrats et qu'il ne s'agissait nullement d'un acte d'expropriation des parlementaires dès lors que la délégation ainsi consentie était provisoire, le Parlement pouvant la modifier à l'occasion de la loi de ratification¹⁶.

Si le Sénat n'a pas cédé, l'Assemblée nationale s'est rangée à ces arguments et, après réflexion, a choisi de faire prévaloir l'intérêt de la réforme sur le risque d'enlèvement¹⁷ en réintroduisant l'article portant habilitation du Gouvernement à réformer la matière dans sa séance du 16 avril 2014.

Cette Assemblée ayant le dernier mot, l'habilitation a finalement été définitivement adoptée en deuxième lecture et insérée à l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et

10. Bien que bénéficiant de la procédure dite accélérée, le projet de loi a nécessité, faute d'accord de la commission mixte paritaire, trois nouvelles lectures : à l'Assemblée nationale le 30 octobre 2014, au Sénat le 22 janvier 2015 et enfin une dernière lecture au terme de laquelle le texte a été adopté définitivement à l'Assemblée nationale le 28 janvier 2015.

11. V. not. O. Deshayes « Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères ? », *RDC*, 2014, n° 2, p. 157 ; J.-B. Seube, « La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance ! », *Journ. Sociétés*, avr. 2014, p. 8.

12. F. Rome, « Droit des contrats : la réforme maudite ? », *D.*, 2014, p. 1033.

13. Si on choisit de se cantonner aux travaux conduits après les célébrations du bicentenaire du Code civil.

14. F. Rome, « Droit des contrats : la réforme maudite ? », *préc.*

15. Madame Christiane Taubira a rappelé combien elle comprenait cette réticence qu'elle avait vis-à-vis des ordonnances lorsqu'elle était députée : « Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux : l'ancienne députée que je suis [...] connaît les réticences intrinsèques, structurelles, absolues et définitives des parlementaires vis-à-vis des projets de loi d'habilitation », Sénat, séance du 21 janvier 2014.

16. Sénat, séance du 21 janvier 2014 : « Face aux parlementaires responsables que vous êtes, je le dis clairement : l'ambition du Gouvernement est aujourd'hui plus grande. Ce texte de loi vise à répondre à l'engagement du Président de la République de simplifier le droit à chaque fois que c'est nécessaire, de le clarifier, de le moderniser, afin de rendre nos administrations et nos institutions plus efficaces, et de faciliter la vie des citoyens en les rapprochant de services publics qui doivent, effectivement, rester à leur service. Par conséquent, il ne s'agit pas là d'un acte d'expropriation du Parlement. Je parle bien entendu d'expropriation au sens de "responsabilité" et non de "propriété". Indiscutablement, les débats parlementaires sont extrêmement utiles pour enrichir les textes. L'ancienne parlementaire que je suis sait à quel point la navette entre les deux chambres sert à les améliorer, à en préciser l'écriture, à les éclaircir. Je ne sous-estime donc pas le travail parlementaire. Je rappelle que légiférer par ordonnances est un acte provisoire : les ordonnances conservent leur caractère réglementaire tant qu'un projet de loi de ratification n'a pas été soumis au Parlement. Or, le Parlement peut ne pas se contenter de ratifier : il a parfaitement le droit de retoucher l'écriture des ordonnances, et il y a des précédents ! Vous aurez donc toute liberté de modifier le texte de ces ordonnances si vous estimez que c'est nécessaire ».

17. Madame Colette Capdevielle, rapporteure : « [...] Je vous l'avoue, Madame la Garde des Sceaux : c'est après avoir beaucoup réfléchi et débattu entre nous que nous avons fini par comprendre ce que vous nous demandiez. Nous avons décidé de prendre nos responsabilités car si nous adoptions la même attitude que le Sénat, il est évident que cette réforme ne se ferait pas pendant cette législature et serait renvoyée *sine die* » Ass. nat., séance du 16 avril 2014.

des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures¹⁸.

B. Pertinence juridique du procès en illégitimité démocratique ?

Si l'on se place, non plus sous la référence symbolique à la « Constitution civile de la France », mais sous le fondement juridique de la Constitution de la V^e République, le procès en illégitimité démocratique perd de sa force. Le recours à l'ordonnance, dont il convient de rappeler qu'elle est un acte du Président de la République (Const. 1958, art. 13, al. 1^{er}) et qu'il bénéficie ainsi à minima de la légitimité de ce dernier¹⁹, repose en effet sur de solides bases juridiques au regard non seulement de la lettre de l'article 38 de la Constitution mais aussi de l'esprit de la V^e République.

La lettre de l'article 38 de la Constitution.

L'article 38 de la Constitution n'exclut nullement le recours à l'ordonnance pour réformer le Code civil quelle que soit la valeur symbolique de ce Code. Ne sont exclus que les seuls domaines réservés aux lois organiques, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale. Plusieurs fois, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de confirmer la possibilité pour le Gouvernement d'être habilité à réformer par voie d'ordonnance toutes les matières qui relèvent du domaine de la loi en application de l'article 34 de la Constitution. À cet égard, si l'article 38 de la Constitution précise que le recours à l'ordonnance doit permettre au Gouvernement « l'exécution de son programme »,

cette expression ne renvoie pas à la notion de programme visée à l'article 49 et ne suppose pas nécessairement que la réforme envisagée ait été mentionnée expressément dans le programme présenté par le Premier ministre lorsqu'il engage la responsabilité du Gouvernement à l'occasion de son discours devant l'Assemblée nationale. Telle qu'elle a été interprétée par le Conseil constitutionnel, cette mention impose uniquement au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnance et leur domaine d'intervention²⁰. Tous les domaines relevant de l'article 34 peuvent ainsi faire l'objet d'une habilitation « quelle que soit leur importance et quelle que soit l'éminence des principes en cause »²¹. Ce faisant, est invalidée l'interprétation selon laquelle l'article 38 n'a vocation à être cantonné qu'aux seules mesures « techniques » ou « secondaires ».

En outre, le processus est sérieusement encadré. La délégation qui émane du Parlement lui-même (loi d'habilitation) n'est autorisée que pour une durée limitée et peut être déferée au Conseil constitutionnel²². Un tel recours a été formé à l'initiative des sénateurs à l'encontre de la loi dont l'article 8 habitait le Gouvernement à réformer par ordonnance le droit civil des contrats et des obligations. Sans grande surprise, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 12 février 2015, a réitéré sa jurisprudence et rejeté ce recours en déclarant cet article conforme à la Constitution après avoir considéré que l'habilitation « est précisément définie dans son domaine et dans ses finalités ; que, par suite,

18. L. n° 2015-177, 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JO 17 févr. 2015, p. 2961.

19. D'autant plus forte depuis que le Président de la République est élu au suffrage universel direct.

20. Interprétation de l'article 38 qui a été affirmée dès 1977 dans la décision Cons. const. 12 janv. 1977, n° 76-72 DC, aux termes de laquelle le Conseil considère que « s'il est, de la sorte, spécifié à l'alinéa premier de l'article 38 précité de la Constitution, que c'est pour l'exécution de son programme que le Gouvernement se voit attribuer la possibilité de demander au Parlement l'autorisation de légiférer, par voie d'ordonnances, pendant un délai limité, ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre ; [...] qu'il y a donc lieu d'exclure toute autre interprétation et notamment celle qui serait tirée d'un rapprochement avec les énonciations de l'alinéa premier de l'article 49 de la Constitution ; que celle-ci, en effet, qui tend à conférer une acceptation analogue au terme "programme" et à l'expression "déclaration de politique générale", d'une part, ne ferait aucune place, pour une éventuelle justification de recours aux dispositions de l'article 38, aux notions de circonstances imprévues ou de situation requérant des mesures d'urgence et, d'autre part, en raison de sa généralité, aurait pour résultat d'étendre, sans limites définies, le champ d'application de la procédure d'habilitation prévue audit article 38, au détriment du respect des prérogatives du Parlement [...] ». V. aussi Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, cons. 12, AJDA, 2000, p. 31, note J.-E. Schoettl ; D., 2000, p. 425, obs. D. Ribes ; RTD civ., 2000, p. 186, obs. N. Molfessis ; Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC, cons. 4 à 7, AJDA, 2004, p. 2365 ; RTD civ., 2005, p. 93, obs. P. Deumier.

21. Cf. Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 15, à propos de la décision Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

22. Pour la première fois dans sa décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017 sur la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, le Conseil constitutionnel a censuré une habilitation, en réponse aux requérants, au motif qu'elle ne comportait pas une précision suffisante.

cette habilitation ne méconnaît pas les exigences qui résultent de l'article 38 de la Constitution »²³.

Ensuite, le projet d'ordonnance doit être soumis pour avis au Conseil d'État²⁴, puis faire l'objet d'un projet de loi de ratification par le Parlement. Depuis la révision constitutionnelle intervenue en 2008²⁵, la pratique des ratifications implicites²⁶ est prohibée, renforçant ainsi le contrôle effectif possible du Parlement, cette loi de ratification étant elle-même susceptible d'être déférée au Conseil constitutionnel.

L'esprit de la V^e République. Le recours à l'ordonnance s'inscrit aussi dans l'esprit de la V^e République, laquelle a laissé une place prépondérante au pouvoir exécutif, non seulement en lui reconnaissant un pouvoir réglementaire illimité contrairement à celui attribué à la loi²⁷, mais également en lui conférant une maîtrise du processus d'élaboration de la loi par le Parlement, à commencer par celle de l'ordre du jour qui dans la version initiale de 1958 était complet (cf. Const. art. 48).

Il peut en outre être rappelé que s'agissant des obligations civiles et commerciales, le recours à la loi est exigé, non pour déterminer les règles régissant la matière, mais pour en « déterminer les principes fondamentaux ». Le droit des obligations ne relève donc pas « pour le tout » de la loi, la Constitution renvoyant au décret « pour le

détail ». C'est donc sans doute, comme le reconnaissait Jean Carbonnier, « la crainte révérencielle devant le monument » qui a fait que « la pratique des ministères a évité de toucher au Code civil par décret »²⁸. On connaît le sort des craintes révérencielles dans le Code civil ; elles ne sont pas éternelles²⁹ et ce d'autant qu'il y a sans doute dans le droit des contrats issu de l'ordonnance des dispositions dont on pourrait s'interroger sur leur véritable valeur législative³⁰ et qui dans une lecture stricte de la Constitution pourraient relever du domaine réglementaire. Cela relativise singulièrement la critique du recours à l'ordonnance. Il y a donc quelque paradoxe³¹ à contester le recours à l'ordonnance alors que, ce faisant, cette matière est préservée d'une emprise réglementaire plus vaste et demeure ainsi toujours revêtue de l'attribut de la loi car, même non ratifiée, l'ordonnance ne peut être modifiée que par une disposition législative, autrement dit par le Parlement.

C. Pertinence symbolique du débat : l'occasion de repenser le processus d'élaboration de la loi ?

L'opposition au recours à l'ordonnance pour réformer le Code civil relève ainsi essentiellement de l'ordre du symbole et plus précisément de la réaction contre ce qui est vécu comme une

23. Cons. const., 12 févr. 2015, n° 2015-710 DC, loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieure, JO 17 févr. 2015, p. 2969; AIDA, 2015, p. 312; D. *avocats*, 2015, p. 57, obs. L. Dargent; *Constitution*, 2015, p. 207, chron. P. Bachschmidt.

24. Mais aussi à certains organismes pour lesquels une consultation obligatoire a été prévue selon les matières concernées par l'ordonnance.

25. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République dont l'article 14 a ajouté la phrase suivante au deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution : « Elles [les ordonnances] ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ».

26. La ratification implicite d'une ordonnance pouvait résulter avant 2008 de la modification par le Parlement d'un article contenu dans l'ordonnance, ce qui avait été dénoncé comme constituant des ratifications fictives.

27. Cf. article 37 de la Constitution : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

28. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002, 27^e éd., p. 218.

29. Voir la disparition de la référence à « la crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant » figurant à l'ancien article 1114 du Code civil (pour dire qu'elle ne suffit pas à annuler le contrat) après la réforme de 2016.

30. Qu'en est-il notamment des articles qui évoquent l'office du juge (1305-1 ; 1348-1), fixent les règles relatives à la date et le lieu de formation du contrat (1121), à la mise en demeure (1344 et s.), le contenu des restitutions (1352-3) ou encore les règles relatives à la preuve (*quid* de l'article 1355 sur l'autorité de chose jugée ? *Quid* des dispositions sur le serment ?).

31. Sans reprendre l'autre paradoxe relevé par le Doyen Beigner : « Au demeurant, révoquer le Code civil en usant du même procédé que ceux qui en furent les pères lointains, Colbert, Daguesseau, ou les rédacteurs, Portalis, Tronchet, à savoir les ordonnances royales ou les lois consulaires votées par un Corps législatif muet, est-ce vraiment une hérésie ? », *Dr fam.*, mai 2005, p. 3 ; cette argumentation « historique » avait été aussi évoquée par Madame Christiane Taubira en séance publique devant le Sénat en janvier 2014 : « Le Discours préliminaire de Portalis s'était déroulé devant le Conseil d'État, et non devant une assemblée élue à un moment où coexistaient quatre assemblées – le Conseil d'État, le Tribunal, le Corps législatif et le Sénat – et où le Corps législatif, constitué de 300 membres, adoptait les lois du Consulat sans les discuter. En réalité, vos références sont les ordonnances royales et du Consulat » et en ajoutant : « Il y a quelque paradoxe, pour une assemblée législative élue au suffrage universel – indirect pour la vôtre et direct pour l'autre chambre –, à faire référence au discours précité, aux lois consulaires issues du coup d'État des 18 et 19 brumaire an VIII, c'est-à-dire des 9 et 10 novembre 1799, aux trois consuls qui détenaient le pouvoir exécutif jusqu'en 1802, avant que Napoléon Bonaparte ne devienne consul à vie. Telles sont vos références de principe pour vous opposer [...]. Je veux bien que vos références démocratiques soient les ordonnances royales et les lois prises sous le Consulat, alors qu'une assemblée était complètement bâillonnée, mais cette position me laisse un peu perplexe ! Par ailleurs, oui, il y a des principes directeurs politiques, mais ils sont établis dans notre droit positif. Par exemple, concernant le droit des contrats et le régime des obligations, c'est la bonne foi. Lorsque vous refusez que le Gouvernement légifère par ordonnances, vous vous privez de la possibilité de peser sur les orientations du Gouvernement, c'est-à-dire que vous vous en remettez à la jurisprudence... ».

atteinte à un double symbole : celui d'un « monument », la Constitution civile de la France, et celui de la Loi, conçue comme l'expression de la volonté générale et dont l'élaboration confine à la divinité³², si bien que toute atteinte quelle qu'elle soit au processus d'élaboration de celle-ci par le Parlement, seul représentant la volonté générale, ne peut qu'être intolérable.

Plus près de nous, Jean Carbonnier rappelait aussi que légiférer, c'était aller au-delà du simple commandement, « l'ordre sans visage, qui se veut universel et éternel, [...] l'ordre lancé dans l'espace et dans le temps, à la rencontre d'une foule anonyme et d'indivisibles générations »³³.

Certes, la réforme du droit des contrats n'a pas inauguré le recours à l'ordonnance sous la V^e République. Depuis 1999, le recours à l'ordonnance pour légiférer s'est nettement amplifié, cette modalité ayant été considérée comme le moyen le plus adéquat et même indispensable pour permettre dans des délais raisonnables l'adaptation du droit en Outre-mer, la transposition de directives européennes dans les délais ou encore la codification administrative entreprise par la Commission supérieure de codification que le processus classique d'élaboration de la loi ne pouvait absorber au regard du calendrier parlementaire³⁴.

Le Code civil, lui-même, n'a pas été à l'abri du recours à l'ordonnance. Outre la modification de son article 1^{er} et ainsi de son célèbre Titre préliminaire par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004³⁵, de celle de l'article 1648 du Code civil par l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005³⁶, la voie de l'ordonnance a été aussi utilisée pour mener des réformes plus vastes : le droit de la filiation d'une part, par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme

de la filiation, et le droit des sûretés d'autre part, par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés³⁷, non sans susciter déjà des protestations³⁸, ou pour d'autres, le constat de ce que pour l'élaboration de la loi, nous étions entrés dans une nouvelle République : « après la République des avocats du XIX^e, celle des professeurs, nous sommes désormais entrés dans celle des énarques »³⁹.

Toutefois, on ne peut nier qu'un pas supplémentaire a été franchi avec l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations qui, si elle s'inscrit dans ce mouvement, s'en distingue par son ampleur puisque ce sont plus de 300 articles du Code civil qui sont ainsi réécrits. Cette ordonnance marque donc une étape nouvelle dans le processus d'élaboration de la loi.

C'est pourquoi, aux réserves symboliques émises contre le recours à l'ordonnance, il n'est pas complètement satisfaisant d'opposer la conformité juridique du recours à l'ordonnance, quand bien même elle serait fondée sur un principe de réalité (celui de l'incapacité matérielle pour le Parlement de consacrer le temps nécessaire à cette réforme), car il reste toujours quelque chose de l'atteinte à un symbole : elle traduit aussi la fragilité d'un système, le symbole ayant perdu de sa force. Elle oblige donc à s'interroger sur l'avenir et à envisager les moyens de restaurer le symbole, même si cette restauration doit passer par une approche plus réaliste du rôle du Parlement dans l'élaboration de la loi. Comme l'a écrit un autre auteur, « l'élaboration de la loi, loin d'être le domaine exclusif du Parlement que l'on veut parfois présenter, repose sur une combinaison du pouvoir exécutif et du pouvoir légis-

32. J.-J. Rousseau : « il faudrait des Dieux pour donner des lois aux hommes ».

33. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 1995, 2^e éd.

34. Voir notamment la loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes ayant permis une vaste opération de codification « à droit constant » (Code rural, Code de l'éducation, Code de la santé publique, Code du commerce...), seul moyen de sortir d'une impasse liée à l'impossibilité pour le Parlement d'examiner dans des délais raisonnables les projets de loi de codification élaborés par la Commission supérieure de codification, dont le travail devenait très vite obsolète en raison de la modification constante du droit. Voir sur ce point notamment J.-E. Schoettl, « Loi habilitant le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes » *AJDA*, 2000, p. 31 ; N. Molfessis « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique », *RTD civ.*, 2000, p. 186.

35. Autorisée par la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 pour modifier notamment les règles relatives aux conditions d'entrée en vigueur des lois et actes administratifs.

36. Autorisée par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 ayant eu pour effet notamment de substituer un délai de deux ans à l'ancien « bref délai » exigé antérieurement en matière d'action en garantie des vices cachés.

37. Pour la filiation : cf. article 4 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit ; pour les sûretés, cf. art. 24 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie.

38. V not. D. R. Martin, « Le code civil à saute-mouton », *D.*, 2005, p. 1577 à propos de la réforme des sûretés.

39. F. Terré, in F. Ancel, L. Grynbaum et F. Terré, « Experts et législation : loi des élus ou loi des experts ? », *RDA*, n° 6, oct. 2012, p. 101 et s., spéc. p. 110.

latif. Dans cet équilibre complexe, une forme donne une part particulièrement importante (plus importante encore) à l'exécutif, celle du recours à l'ordonnance »⁴⁰.

Le débat qui s'est noué autour du processus d'élaboration de cette réforme devrait donc servir à poser un diagnostic plus général sur l'élaboration de la loi au XIX^e siècle et envisager les moyens d'en améliorer pour l'avenir le processus dans le respect des pouvoirs législatif et exécutif. Qu'il s'agisse d'une nouvelle étape ou d'une ère nouvelle, ce constat devrait conduire à renouveler le regard sur le processus d'élaboration de la loi.

Outre une nécessaire réflexion sur l'adéquation de la procédure parlementaire pour l'élaboration de la loi en général qui doit être menée par le Parlement afin d'éviter un recours « par défaut » à l'ordonnance (incapacité du Parlement compte tenu de l'agenda pour consacrer un temps suffisant à certaines réformes) et qui semble être en cours⁴¹, le regard du Parlement sur l'article 38 de la Constitution doit aussi évoluer afin d'en privilégier une lecture permettant d'en faire un instrument au service du pouvoir législatif et non à son détriment.

L'ordonnance peut devenir l'instrument d'une véritable « coproduction » législative avec pour seul objectif celui de l'intérêt de faire aboutir une réforme nécessaire pour renforcer et moderniser la législation afin d'éviter d'avoir à choisir entre une « compétence technique » et « une démocratie fatiguée »⁴².

Loin de « tuer la loi », les ordonnances seraient, comme cela a été préconisé, non « les adversaires de la loi mais son nécessaire complément » et donc un moyen de la sauver pour permettre notamment les « réformes importantes de règles juridiques souvent désuètes dont la technicité avait repoussé l'examen parlementaire »⁴³.

Comme l'a écrit François Terré, « Le recours à des ordonnances [...] ne doit pas être considéré comme un abandon parlementaire. Au contraire, il s'agit d'une démarche parlementaire et démocratique car il suppose divers processus de contrôle »⁴⁴.

Selon cette conception, le Parlement est invité à concevoir le recours à l'ordonnance non comme un acte de déposition mais bien comme un acte de délégation assumé, dont il conserve sur l'essentiel la maîtrise. D'abord en se prononçant sur le domaine et la finalité de chaque point envisagé de la réforme (entend-il consacrer la liberté contractuelle, la bonne foi ? Entend-il consacrer le contrat d'adhésion dans le Code civil ? Ou encore la résiliation par notification unilatérale ?...), voire même être force de proposition pour amener le Gouvernement à modifier l'habilitation pour la préciser, la restreindre, l'encadrer, ou la refuser pour lui substituer des modifications directes du droit en vigueur⁴⁵. Ensuite, en validant le processus lors de la nécessaire ratification de la loi, laquelle, sauf à ce que l'ordonnance ait méconnu les termes de l'habilitation, ne devrait pas être l'oc-

40. P. Deumier, « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.*, 2014, p. 597.

41. Cf. les travaux annoncés par voie de presse le 30 juillet 2017 par Monsieur François de Rugy, Président de l'Assemblée nationale, qui souhaite mettre en place sept groupes de travail dont l'un sera consacré à la réforme de la procédure législative (d'autres concerneront les moyens de contrôle et d'enquête des députés, la question du statut des collaborateurs, la mise en œuvre du développement durable à l'Assemblée ou la démocratie numérique).

42. Pour reprendre le dilemme rapporté par F. Rome de F. Terré, F. Rome, « Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi ! », *D.*, 2011, p. 1961 : « mieux vaut une compétence technique qu'une démocratie fatiguée ».

43. M. Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, selon lequel « La législation sort renforcée et modernisée de cette phase d'ordonnances. Celle-ci pourrait s'avérer être l'une des modalités ayant permis à la loi de retrouver sa place première ».

44. *Le Petit Juriste*, avr. 2014, p. 5.

45. Avec cette précision que selon la décision Cons. const., 31 juillet 2014, n° 2014-700 DC (cons. 6 à 9), le Conseil a considéré, s'agissant d'une habilitation visant à favoriser la parité dans les autorités administratives indépendantes, que « si la commission mixte paritaire pouvait élaborer un texte réduisant le champ ou la portée de l'habilitation, elle ne pouvait, à l'inverse, étendre le champ de cette habilitation restant en discussion sans méconnaître les exigences du premier alinéa de l'article 38 de la Constitution ». Il faut en déduire qu'un amendement parlementaire peut préciser ou restreindre une habilitation, mais pas l'étendre. Le commentaire de la décision publié par le Conseil indique d'ailleurs qu'il « n'est pas interdit à des parlementaires d'amender une disposition d'habilitation proposée par le Gouvernement, notamment pour en préciser les termes ou la portée », mais qu'une modification « étendant le champ de l'habilitation au-delà de ce qui était demandé par le Gouvernement [...] n'était pas possible ».

casion de réécrire le texte⁴⁶ mais, le cas échéant, d'y apporter les ajustements nécessaires⁴⁷.

Dans le cas de l'ordonnance du 10 février 2016, force est de constater que le Parlement n'a pas pleinement exercé ses prérogatives à l'occasion de l'examen de la loi comportant l'habilitation du Gouvernement à réformer le droit des contrats. Alors qu'ils en avaient le pouvoir, les députés et sénateurs n'ont à aucun moment souhaité modifier voire réduire le champ de l'habilitation relative à la réforme du droit des contrats. De ce point de vue, l'histoire de la réforme du droit des contrats montre, comme l'avait rappelé Madame Christiane Taubira lors de débats au Parlement, que le recours à l'ordonnance n'a pas été un « acte d'expropriation », le Parlement ayant de lui-même préféré débattre du seul principe plutôt que d'exercer pleinement ses prérogatives sur le contenu de l'habilitation.

Au-delà de l'exercice de ces prérogatives, de bonnes pratiques peuvent être mises en œuvre pour favoriser une meilleure coopération entre le Gouvernement et le Parlement dans le respect mutuel de leurs attributions. Tel est le cas de la transmission dès l'examen du projet de loi d'habilitation d'un avant-projet d'ordonnance aux assemblées afin de leur permettre de prendre connaissance de son contenu et le cas échéant d'exercer leur droit de veto sur le champ de l'habilitation. C'est ce qui a été fait pour la réforme du droit des contrats même si juridiquement, il n'incombe pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordon-

nances qu'il prendra en vertu de cette habilitation⁴⁸.

Ainsi, le recours à l'ordonnance n'est pas exclusif d'échanges avec les assemblées et du travail en commission avec leurs administrateurs, généralement extrêmement fructueux. À ceux qui regrettent l'absence de débats parlementaires, les consultations et discussions qui précèdent l'adoption du projet de loi d'habilitation, à supposer qu'elles ne se cantonnent pas à un débat sur le principe même du recours à l'ordonnance, peuvent être de nature à apporter de sérieux enseignements sur l'intention du législateur.

Il y a donc un espace réservé au Parlement qui doit lui permettre de définir les grandes lignes de la réforme et ainsi d'en fixer les principes fondamentaux, conformément au pouvoir qui lui est dévolu par l'article 34 de la Constitution en matière d'obligations civiles et commerciales. Au regard des exigences posées par le Conseil constitutionnel, en termes de précision, de domaine d'intervention et de finalités, le Parlement dispose d'un réel pouvoir de maîtrise de la délégation qu'il s'apprête à consentir en précisant les grandes lignes de la réforme par la détermination de son cadre général et des principes fondamentaux que le Parlement entend voir ou non consacrer⁴⁹.

En outre, l'ordonnance est accompagnée d'un rapport au Président de la République. S'il n'a pas de force juridique propre en ce sens que le rapport présenté au Président de la République a pour objet d'éclairer sur les raisons pour les-

46. V. en ce sens à propos de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, N. Molfessis, « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats », *JCP G*, 2017, p. 1045.

47. Le Conseil constitutionnel a fixé certaines limites dans sa décision du 12 février 2015 en rappelant, s'appuyant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution », que, « si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit, c'est à la condition de poursuivre un but d'intérêt général suffisant et de respecter tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions; que, d'autre part, le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ». Il en conclut que le législateur, « lorsqu'il modifie, notamment à l'occasion de sa ratification, les dispositions d'une ordonnance entrées en vigueur, [...] est tenu au respect de ces exigences ». Ainsi, le Conseil rappelle que les exigences constitutionnelles qui encadrent le pouvoir du législateur en matière de rétroactivité de la loi, ainsi que celles qui protègent le droit au maintien des conventions légalement conclues s'imposent également lors de la ratification d'une ordonnance.

48. Cf. Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC : « Considérant, en premier lieu, que, si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation » ; une solution inverse serait paradoxale : il ne peut être interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions.

49. L'habilitation sollicitée par le Gouvernement pour réformer le droit des contrats s'inscrivait dans ces exigences puisque l'article 8 de la loi du 16 février 2015 déterminait ainsi non seulement les principes fondamentaux à consacrer (liberté contractuelle, bonne foi, consensualisme...) mais aussi les principales innovations souhaitées (consécration du devoir d'information, introduction des clauses abusives dans le Code civil, lutte contre l'abus de faiblesse (violence économique); reconnaissance et interprétation du contrat d'adhésion, consécration de la théorie de l'imprévision; possibilité d'introduire la résolution unilatérale).

quelles le texte est proposé et sur son contenu⁵⁰, il serait excessif de lui dénier toute portée alors qu'il répond aussi à une exigence légale posée par l'article L. 221-9 du Code des relations entre le public et l'administration. Même s'il n'a pas vocation à se substituer aux débats parlementaires, il accompagne l'ordonnance aussi pour expliquer « les raisons qui ont conduit à modifier la réglementation en vigueur et l'économie des dispositions prises en ce sens » et présenter « la teneur des articles essentiels du projet »⁵¹. Il a donc vocation, le cas échéant en l'étoffant⁵², à donner des indications précieuses aux praticiens sur les intentions des rédacteurs. Tel est ce qui a été fait pour l'ordonnance du 10 février 2016, nonobstant les critiques dont il a pu faire l'objet (*cf. infra*).

Enfin, s'il est vrai que pour éviter la caducité d'une ordonnance il suffit que soit déposé un projet de loi de ratification, une proposition de réforme pourrait être de contraindre le Gouvernement à inscrire ce projet de loi à l'ordre du jour, dans un délai déterminé⁵³, ce qui serait de nature à restaurer le rôle effectif du Parlement dans un délai raisonnable.

II. Retour sur le procès en illégitimité technique à l'encontre de l'ordonnance

La légitimité démocratique liée au suffrage universel dont sont issus les parlementaires constitue un argument suffisamment puissant et légitime⁵⁴ pour éluder la question des connaissances juridiques de ces derniers, ceux-ci n'étant pas tous juristes. Les rédacteurs de l'ordonnance n'étant pas revêtus de la légitimité conférée par le suffrage universel, ils doivent en revanche, naturellement, pouvoir justifier à tout le moins d'une légitimité technique.

Or parmi les experts, nombreux sont ceux qui, des magistrats, professeurs de droit, avocats, notaires, huissiers, juristes d'entreprise ou d'as-

sociation, peuvent revendiquer une telle compétence pour élaborer cette réforme.

Le choix d'avoir confié au ministère de la Justice, et plus particulièrement à la Direction des affaires civiles et du sceau, le soin de conduire cette réforme, n'allait donc pas de soi. Il a pu susciter des réserves (A). Il est le fruit de l'histoire et du contexte de la réforme du droit des contrats et peut se prévaloir d'une assise institutionnelle même si ce choix n'est pas sans incidence sur la place et le rôle du ministère de la Justice au sein de l'État (B).

A. Les réserves suscitées par la conduite de la réforme par le ministère de la justice

Plusieurs réserves ont été émises, plus ou moins ouvertement, au pilotage de la réforme par le ministère de la justice.

Législation de « chef de bureau » et risque inflationniste. C'est d'abord la crainte d'une législation « de chef de bureau », clairement évoquée lors des débats au Parlement (*cf. supra*) qui s'est exprimée et avec elle, le risque de voir émerger un droit « bureaucratique » dont il est traditionnellement reproché une inclinaison à faire prévaloir les préoccupations du bureau sur celle du ministre, une hyper-spécialisation de la règle et une tendance « inflationniste », chaque bureau étant enclin à vouloir légiférer « sur les problèmes de sa spécialité sans les intégrer à une vision d'ensemble du système juridique »⁵⁵.

La question se présente avec une acuité d'autant plus forte que le domaine couvert par la réforme est celui du droit des contrats et des obligations et qu'au-delà du débat sur le contenu de la réforme, pouvait se poser aussi la question de la nécessité de légiférer en la matière. Quelle est l'utilité réelle d'une telle entreprise alors que les lois et codes spéciaux se sont multipliés et paraissent apporter des réponses sinon adaptées du moins précises selon les types de contrats, la qualité des parties (particuliers, commerçants, consommateurs, professionnels) et la nature de

50. Le Conseil d'État en tire comme conséquence que le rapport n'est pas une décision susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir : CE Sect., 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail et autres*, n° 283471.

51. *Cf. Le Guide de légistique élaboré par le Secrétariat général du Gouvernement*, n° 3.1.2, accessible sur le site Internet de Légifrance.

52. En ce sens les propositions de P. Deumier, « Le code civil, la loi et l'ordonnance », *préc.* ; O. Deshayes, « Le droit des obligations est-il une chose trop grave pour être confiée à des ministères », *préc.*

53. Ce délai devrait être le plus court possible afin de ne pas revenir sur ce que chacun croyait acquis souvent après de longs débats.

54. Voir *supra* les propos de Monsieur Jean-Pierre Sueur : « La République a voulu que la loi fût écrite non pas par des juristes, si brillants et si compétents soient-ils, mais par les représentants de la nation ».

55. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 31.

leurs relations contractuelles (privées, commerciales ou professionnelles) ? Au-delà même des lois spéciales, le constat est que le droit s'élabore désormais selon des circuits divers, dont certains échappent au contrôle des États : la régulation, le droit souple, les guides et bonnes pratiques sont le fait d'acteurs transnationaux toujours plus nombreux (entreprises, organismes professionnels, ONG, experts, parties prenantes...). Les acteurs économiques ont rédigé des contrats complexes, suivant des modèles émanant d'associations professionnelles ou de grandes multinationales. Ainsi, à l'heure où les contrats et clauses contractuelles types sont les principaux instruments juridiques des grandes entreprises, ne pourrait-on recourir au contrat plutôt qu'à la loi ou à la jurisprudence pour créer la norme ? Il y a plus de trente ans, Jean Carbonnier à propos de la réforme du droit interne des contrats avait pu mettre en doute l'utilité de règles supplétives de volonté des parties : « C'est dans les règles supplétives de volonté que se glissera la pratique majoritairement observée chez les contractants ; or il n'est pas sûr que cette catégorie de règles ait autant de raison d'être qu'en 1804. À cette date, le Code civil s'édifiait sur une table rase, tous usages abolis, toutes jurisprudences condamnées à l'oubli ; il fallait faire intervenir la loi pour suppléer aux silences des parties. Mais aujourd'hui, les juges ont libre accès aux pratiques et aux précédents. Qu'ont-ils besoin de l'échelon intermédiaire d'une loi interprétative ? [...] Si le législateur n'était pas effrayé par une solution radicale, il pourrait, dans le droit des contrats, faire systématiquement l'économie des dispositions supplétives de volonté »⁵⁶.

Acte d'expropriation de la doctrine ? C'est ensuite le « *hold up* » du Gouvernement sur la doctrine qui a suscité des réserves. Les critiques formulées par une partie de la doctrine sur le

recours à l'ordonnance traduisent aussi sans doute une certaine amertume résidant dans le fait de ne pas avoir reçu mission par le Gouvernement de conduire la réforme, à l'instar des réformes menées en droit de la famille à partir des années 1960 sous l'égide du doyen Carbonnier, dont l'entreprise a eu le succès que l'on connaît. Au regard de la compétence de l'Université, cette amertume est bien compréhensible et ce d'autant que si cette réforme a pu être relancée en 2004 à l'occasion des célébrations du bicentenaire du Code civil, c'est bien grâce à la doctrine et en premier lieu à l'aboutissement du travail de cette « poignée d'universitaires » civilistes qui, autour du professeur Catala et sous la plume unificatrice du professeur Cornu, ont élaboré un avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis au garde des Sceaux, Monsieur Pascal Clément, en septembre 2005, devenu, comme l'a souligné le professeur Jacques Ghestin, une « référence incontournable »⁵⁷. Le fait d'avoir eu le sentiment de perdre cette « bataille » a peut-être contribué à amplifier les critiques qui ont émané de la doctrine à l'encontre du Rapport au Président de la République qui a accompagné l'ordonnance publiée au journal officiel et notamment les précisions que la doctrine a pris un soin particulier à rappeler sur sa valeur juridique, le plus souvent d'ailleurs pour ne lui en reconnaître aucune⁵⁸ et parfois même pour en contester le contenu lui faisant le reproche de ne pas hésiter « à formuler des consignes d'interprétation, glissant subrepticement d'un énoncé déclaratif à une analyse prospective du sens de la norme »⁵⁹. Si l'on prenait le temps de s'y arrêter pour en comprendre les ressorts, et sans qu'il ne soit bien entendu question de remettre en cause le droit légitime (et nécessaire) de la doctrine de contester le contenu de ce Rapport, il n'y aurait qu'un

56. J. Carbonnier, *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R. Savatier, 1985, p. 25.

57. J. Ghestin et al., *Traité de droit civil – la formation du contrat*, LGDJ, 2013, n° 28, p. 21. Cet investissement de la doctrine s'est poursuivi grâce à un autre groupe de travail, cette fois conduit par le professeur François Terré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, composé d'universitaires mais aussi de représentants des professions du droit et de juristes issus des milieux économiques, qui a notamment publié un ouvrage : F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.

58. Cf. L. Leveneur, « Présentation générale de la réforme du droit des contrats... », CCC, mai 2016, Dossier 2, n° 11 ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n° 34 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, p. 13. D'autres auteurs accordent au rapport une faible « force normative » (M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 2016, p. 494), l'équivalent d'une circulaire interprétative (F. Chénéde, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n° 62.11) ou le considèrent comme un « élément d'interprétation parmi d'autres » dont « l'autorité, déjà relative, déclinera comme celle de tout outil exégétique, au fil du temps » (C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016, 454). Sur l'ensemble de la question, voir P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances », *RTD civ.*, 2017, p. 84.

59. P. Puig, *préc.*

pas pour y voir la marque d'une réaction contre ce qui a peut-être été ressenti comme un empiètement du Gouvernement (l'empiètement de trop ?) sur le rôle dévolu traditionnellement à la doctrine : celui de livrer l'interprétation scientifique de la norme⁶⁰.

Ministère de la Justice et/ou autres ministères ? C'est enfin le pilotage de la réforme par le ministère de la Justice au sein du Gouvernement qui pouvait interroger. Il serait erroné de soutenir que la question s'est posée de savoir quel ministère au sein du Gouvernement serait porteur de la réforme du droit des contrats et des obligations. Traditionnellement, les réformes qui touchent au Code civil sont portées par le ministère de la Justice et en son sein, par la Direction des affaires civiles et du sceau. Cependant, ce droit constitue aussi le socle du droit économique et d'autres ministères, comme celui de l'Économie notamment, pouvaient aussi revendiquer en cette matière une compétence certaine. Au demeurant, des voix se sont faites entendre par le passé pour critiquer cette ingérence du ministère de la Justice dans l'élaboration du droit économique, celui-ci vu comme un « gardien du temple » (le Code civil), étant jugé trop conservateur et comme un frein aux évolutions souhaitées par la société. Un ancien secrétaire d'État chargé des PME avait ainsi déclaré en 2012 dans un article publié dans *La Tribune* qu'« il faut bien reconnaître que la chancellerie met plus de sable que d'huile dans les rouages de l'économie. Les juristes sont trop éloignés du monde de la réalité économique pour avoir une bonne compréhension des attentes des chefs d'entreprises » et cette personne de conclure en ces termes : « Pour la chancellerie, le Code civil est un dogme qui ne peut souffrir la moindre entaille »⁶¹. Dans ce même article, un ancien directeur de cabinet du ministère de l'Économie et des Finances avait

souhaité la suppression des compétences de ce ministère en matière économique⁶².

B. Légitimité et rôle du ministère de la Justice dans la conduite de la réforme du droit des contrats et des obligations

Il y a cependant des raisons qui expliquent le rôle joué par le ministère de la Justice dans l'aboutissement de cette réforme. Elles trouvent leur source dans l'histoire de la réforme mais aussi dans la mission institutionnelle dévolue à ce ministère qui lui confère une place particulière.

L'histoire de la réforme. Le rôle central pris par le ministère de la Justice dans le processus d'élaboration de la réforme s'explique par la genèse de cette réforme et les difficultés qui ont été rencontrées pour la faire aboutir.

On le sait, la nécessité d'une réforme du droit français des contrats n'est pas née ces dix dernières années. Sans remonter aux débats qui ont eu lieu lors des célébrations du centenaire ou encore aux travaux avortés de la Commission de réforme du Code civil présidée par le professeur Julliot de la Morandière au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, il aura fallu attendre l'approche des célébrations du bicentenaire du Code civil en 2004 pour que le mouvement de réforme du droit commun des obligations soit remis en marche⁶³. Ces célébrations ont en effet été l'occasion de donner une forte impulsion politique à ce chantier, émanant de la plus haute autorité de l'État, le Président de la République, Monsieur Jacques Chirac, qui lors de ces célébrations lança le 11 mars 2004 ce défi à la communauté des juristes de réécrire « en 5 ans le droit des contrats et celui des sûretés »⁶⁴. Toutefois, malgré cette forte impulsion politique, il a fallu attendre douze années supplémentaires pour que soit publiée l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime

60. Faut-il regretter comme Carbonnier un office de l'interprète de la loi différent selon les temps ? À l'époque où arrive le contentieux, qui envahit la loi, l'interprétation se présente comme « une fourniture d'armes aux belligérants, voire comme une offre d'armes aux belliqueux ». Il y a pourtant pour Carbonnier une période plus sereine avant, où interpréter consiste à « éclairer dans l'entrée de route » si bien que l'interprète ne doit pas être obligé de penser la règle juridique en termes de conflit (J. Carbonnier, *Essais sur les lois, op. cit.*).

61. Article publié en janvier 2012 dans *La Tribune*.

62. Il y avait eu, lors du quinquennat 2007-2012, des discussions intenses entre les ministères sur l'instauration de l'hypothèque rechargeable et pour l'élaboration de la loi sur l'EIRL qui posait la question de savoir s'il fallait autoriser un entrepreneur individuel à avoir un seul ou bien plusieurs patrimoines « professionnels », séparés de son patrimoine personnel.

63. Si un vaste mouvement de refonte s'est ensuite engagé, il a concerné le droit des personnes et de la famille sous l'impulsion de Jean Carbonnier à partir de 1964 : loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle, loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux, loi du 3 janvier 1968 sur les incapables majeurs, loi du 3 juillet 1971 sur l'adoption, loi du 3 janvier 1972 sur la filiation, loi du 11 juillet 1975 sur le divorce.

64. Pour en savoir davantage sur ce processus et les liens avec le droit européen, voir F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017.

général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016⁶⁵. Au cours de cette dernière période, le processus d'élaboration de la réforme s'est déroulé en trois temps.

Les années 2005-2009. Cette première phase commence avec l'aboutissement du travail mené sous l'égide du professeur Catala pour un avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, remis au garde des Sceaux, Monsieur Pascal Clément, en septembre 2005. Dès cette date, l'implication du ministère de la Justice a été réelle. Cet avant-projet a été largement diffusé par le ministère sur son site Internet ainsi que par la voie de la Documentation française. Durant cette première phase, un autre groupe de travail, cette fois conduit par le professeur François Terré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, composé d'universitaires mais aussi de représentants des professions du droit et de juristes issus des milieux économiques, et auquel le bureau du droit des obligations de la Direction des affaires civiles et du sceau (DACS) a participé en qualité de tiers observateur, a publié en 2008 un autre projet « Pour une réforme du droit des contrats » contenant des propositions de textes se distinguant sur plusieurs points de l'Avant-projet Catala de 2005. C'est sous le bénéfice de ce double regard sur une possible réforme du droit des contrats, et après avoir pris connaissance des observations et réactions que ces projets avaient suscitées, que le ministère de la Justice a élaboré un premier avant-projet qui a été diffusé en 2008, tentant une synthèse entre ces diverses propositions, à partir d'une approche comparatiste et européenne.

Les années 2010-2011. Une deuxième phase s'est ouverte en 2010 jusqu'en 2011, marquée par une reprise « politique » du projet de réforme. Elle correspond à la période durant laquelle, à la demande de Madame Michèle Alliot-Marie, alors Garde des Sceaux, deux groupes de travail ont été mis en place pour élaborer un projet de réforme. Un groupe de travail dit « technique » fut créé, composé de représentants des milieux économiques et de juristes (MEDEF, CCIP, FBF, CSN, UFC Que Choisir, le

professeur Jean-Sébastien Borghetti) ainsi qu'un groupe de travail dit « ministre », composé de parlementaires (Mme Karamanli, MM Béteille, Anziani et Blanc), d'un professeur de droit (Philippe Rémy) et de l'équipe de la chancellerie. Le groupe de travail technique avait pour mission de proposer, sur la base du projet élaboré par la Chancellerie, un projet de texte au groupe présidé par la ministre de la Justice et de lui soumettre les différents points qui nécessitaient un arbitrage ou un départage. Le groupe ministre s'est réuni périodiquement entre juillet 2010 et octobre 2010 à raison d'une réunion toutes les semaines, avec une forte implication de Madame Michèle Alliot-Marie, présente à chaque réunion du groupe, et toujours très soucieuse de l'intelligibilité des textes. À l'issue de ces réunions, un nouveau projet de réforme a été rédigé par le ministère de la Justice.

Les années 2012-2016. La troisième et dernière phase correspond aux années 2012 à 2016. À compter du mois de mai 2012, à la suite de l'élection à la Présidence de la République de Monsieur François Hollande et d'une nouvelle majorité, la question de la poursuite de cette réforme s'est posée. Fort du travail précédemment accompli, ayant mobilisé tous les acteurs principaux, le ministère de la justice a résolument opté pour la persévérance et a plaidé pour la mise en œuvre de cette réforme auprès de la nouvelle majorité politique. Cependant, malgré les différents avant-projets élaborés, l'implication des milieux universitaires, des professions du droit, des partenaires sociaux, aucun projet de loi n'avait pu être déposé sur les bureaux des assemblées et le calendrier parlementaire laissait peu d'espoir de voir aboutir une telle réforme.

L'histoire de cette réforme a ainsi été émaillée de nombreux échecs pour la faire aboutir. La voie parlementaire « classique » ayant échoué, le recours à l'ordonnance est alors apparu comme la seule issue possible. Il fournit l'une des principales raisons pour lesquelles il n'a pas été fait le choix en 2012 de créer un nouveau (et énième) groupe de travail ou encore de confier la rédaction de l'ordonnance à un professeur de droit comme cela a été fait dans les années 1960 : les travaux des universitaires et les consultations des

65. Le souhait du Président de la République a cependant été exaucé en partie puisque la réforme du droit des sûretés a été publiée dès le 23 mars 2006 aux termes de l'ordonnance du même jour n° 2006-346 et l'un des volets de la réforme du droit des obligations, la réforme du droit de la prescription a été adoptée par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

divers partenaires économiques et sociaux étaient déjà trop avancés ; le spectre de l'enlèvement, trop fort.

Le risque réel était aussi celui d'un démantèlement progressif du droit commun des contrats et des obligations⁶⁶ qui, faute de rénovation d'ensemble, serait inévitablement livré aux initiatives diverses de ministères et des parlementaires, prompts à porter des réformes au coup par coup, sur des points spécifiques⁶⁷, souvent conduites en urgence en fonction des aléas de l'actualité économique et sociale sans nécessairement de vision d'ensemble⁶⁸.

C'est pourquoi la Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la Justice a suggéré que cette réforme puisse être menée par voie d'ordonnance. Madame Christiane Taubira, alors Garde des Sceaux, convaincue de la nécessité de faire aboutir cette réforme et de l'impossibilité d'y parvenir autrement que par cette voie, a accepté de la porter et d'insérer un article d'habilitation aux fins d'autoriser le Gouvernement à légiférer par la voie de l'ordonnance dans le projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures déposé au Sénat le 27 novembre 2013 (article 3 de ce projet).

L'histoire de cette réforme permet ainsi de mieux cerner le rôle du ministère de la Justice qui a choisi de maintenir toujours en veille « la petite musique » de la réforme auprès des décideurs politiques, mais aussi d'être le relais de la doctrine (dont les travaux ont alimenté la réforme) et celui des préoccupations des acteurs économiques et sociaux et enfin d'être un modérateur, voire un médiateur, afin de tenter de faire émerger des solutions équilibrées et si possible consensuelles. Ni plus, ni moins.

Si cette « petite » histoire du processus d'élaboration de la réforme explique la place centrale

prise par le ministère de la Justice dans la conduite de la réforme, cette place est confortée aussi par sa légitimité institutionnelle.

Légitimité institutionnelle du ministère de la justice. L'implication du ministère de la Justice, et en son sein plus particulièrement de la Direction des affaires civiles et du sceau (DACs), découle des textes qui fondent l'organisation du ministère de la justice.

Ainsi, aux termes de l'article 4 du décret n° 2008-689 du 9 juillet 2008 relatif à l'organisation du ministère de la justice, la Direction des affaires civiles et du sceau « élabore les projets de loi et de règlement en toutes les matières qui n'entrent pas dans la compétence spéciale d'une autre direction » et « remplit le rôle de conseil en droit privé des autres administrations publiques ».

Est ainsi consacré le rôle de « producteur de normes » de cette Direction. Cette mission institutionnelle la différencie, au même titre que le ministère de la Justice, du rôle dévolu à la doctrine, dont la fonction naturelle n'est pas de conduire une réforme, une « doctrine législatrice » (même collective) étant porteuse d'une confusion entre « savoir juridique et pouvoir politique »⁶⁹.

Cette assise réglementaire rend compte aussi de la place particulière du ministère de la Justice au sein de l'État, dont il est le conseil en droit privé, et ce faisant le garant d'une certaine cohérence du droit commun. C'est pourquoi, la Direction des affaires civiles et du sceau de ce ministère n'est pas l'exact équivalent d'une autre direction des affaires juridiques, comme il peut en exister au sein d'autres ministères. Elle porte en elle une mission, particulière, qui doit la conduire à veiller à assurer la cohérence de la législation au regard du droit commun (notamment le respect des principes généraux du droit civil) et à conseiller le Gouvernement en ce sens. Pour le droit civil, ce rôle est particulièrement

66. Sans parler des difficultés pour expliquer le droit interne français des obligations devant les instances européennes, la seule lecture du Code civil n'en donnant plus une lecture fidèle et suffisante. Sur ces questions, v. F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, J. Gest, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, op. cit.

67. D'autant plus qu'ils disposaient grâce aux divers travaux préparatoires de la doctrine d'une vaste offre de textes « cléf en mains » pour répondre à leur demande.

68. Ce risque n'était pas hypothétique. Voir notamment la proposition n° 3563, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 22 juin 2011, « visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution », qualifiée par un auteur « de réforme au coup par coup, règle par règle, une réforme pointilliste, privée de toute vision d'ensemble et, par conséquent, de cohérence et d'homogénéité » (F. Rome, « Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi ! », *préc.*).

69. Expression empruntée à P. Deumier, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTD civ.*, 2006, p. 63, avec cette précision que ce reproche était essentiellement formulé à l'encontre de la doctrine européenne. Les mêmes critiques peuvent cependant s'appliquer au rôle qu'une partie de la doctrine a entendu jouer dans le processus d'élaboration de la réforme du droit des contrats.

confié à la Sous-direction du droit civil dont le bureau du droit des obligations a eu la charge de suivre et de porter la réforme du droit des contrats et des obligations. C'est une réponse à la crainte exprimée de l'hyper-spécialisation d'une législation ministérielle dont le risque n'était pas hypothétique si la réforme avait été confiée à plusieurs ministères, des directions différentes et/ou à une multitude de bureaux en fonction des sujets abordés et selon leur spécialité.

À cet égard, si cette réforme montre que l'État entend garder la main sur le droit commun des contrats pour freiner, sinon encadrer, le phénomène de privatisation des normes et forger un modèle, même supplétif, elle conforte aussi le ministère de la Justice dans sa mission unificatrice au sein de l'appareil de l'État. De même que l'ordonnance rénove un droit commun des contrats et des obligations vieillissant, dont les codes et lois spéciaux s'étaient largement émancipés, cette réforme place le ministère de la Justice au centre de l'élaboration du droit des contrats dont l'ordonnance détermine désormais les principes généraux et auxquels chaque loi nouvelle spéciale devra en principe, si ce n'est s'y soumettre, au moins s'y référer et, si elle entend y déroger, en exposer sérieusement les raisons.

Cette légitimité institutionnelle lui confère aussi une certaine légitimité technique dans l'élaboration de la norme (la légistique). Le doyen Carbonnier, s'il ne manifestait pas de tendresse particulière pour le droit « fabriqué » par les ministères⁷⁰, lui reconnaissait tout de même « des mérites techniques indéniables » en ce que ce droit « repose sur une connaissance approfondie des dossiers et il est manié par des plumes habituées à la rédaction législative »⁷¹, même s'il

faut bien admettre, comme l'a écrit un autre auteur, que « ni le Parlement, ni le Gouvernement n'ont le monopole du beau droit »⁷².

Une œuvre collective. La légitimité et l'implication du ministère de la Justice n'en font cependant pas « l'Auteur » de la réforme. Si la Direction des affaires civiles et du sceau a effectivement conduit cette réforme et tenu « la plume » de l'ordonnance du 10 février 2016, la plupart des articles qu'elle contient sont directement issus soit de la jurisprudence de la Cour de cassation, soit des multiples travaux et réflexions universitaires (eux-mêmes s'appuyant sur l'analyse approfondie de la jurisprudence), soit des discussions menées avec les acteurs juridiques, économiques et sociaux et le fruit de la vaste consultation qui a été menée à partir de 2015 sur la base d'un Avant-projet d'ordonnance largement diffusé. Ce constat permet de réfuter le qualificatif de droit « bureaucratique ». Il permet aussi d'inscrire le processus d'élaboration de cette réforme dans le sillage des propos de Pierre Catala qui avait rappelé dans sa présentation générale de l'avant-projet de 2005 que « l'acte législatif n'est pas un acte unilatéral mais collectif ».

Il n'y aurait donc qu'un petit pas à faire pour qualifier cette réforme « d'œuvre collective » au sens où l'entend le Code de la propriété intellectuelle : une œuvre « créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé »⁷³.

70. Ce droit avait selon Carbonnier « l'indépendance des hauts fonctionnaires, ni plus ni moins ».

71. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, op. cit., p. 31.

72. J.-B. Seube, « La réforme du droit des contrats vaut bien une ordonnance ! », *préc.*, p. 8 et s.

73. Article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Petit sept du Grand A :

de l'accord à la loi : les oscillations du droit du travail

De l'accord à la loi : les oscillations du droit du travail

Bernard Teyssié

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
Président honoraire de l'Université

1. Légitimité. À qui appartient-il de forger le corpus normatif appelé à régir les relations de travail subordonnées ? Qui a la légitimité et l'autorité requises ? Est-ce l'appareil d'État, donc le Gouvernement, porteur de projets de loi, et le Parlement, à qui revient constitutionnellement la tâche de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail ? Mais les rédacteurs des projets – fonctionnaires et membres des cabinets ministériels – et les parlementaires appelés à en connaître, s'ils ont l'autorité, ont-ils, en cette matière, la légitimité nécessaire alors qu'ils n'ont souvent qu'une connaissance lointaine de l'entreprise, des rapports qui s'y nouent, des contraintes qui s'y exercent ? Ne serait-il pas plus judicieux de confier aux partenaires sociaux le soin de définir, au niveau national, par le jeu d'accords interprofessionnels, les dispositions qui ont vocation à gouverner les relations de travail, le législateur n'intervenant qu'en un second temps afin de donner traduction législative aux accords conclus – ce qui leur vaut un surcroît de vigueur et assure leur application au-delà du cercle des entreprises membres des organisations

patronales signataires – mais aussi, le cas échéant, d'abroger ou de modifier les normes légales antérieures incompatibles avec celles arrêtées par voie conventionnelle ? Même si la plupart des négociateurs des accords nationaux interprofessionnels, singulièrement du côté salarial, n'ont plus franchi depuis longtemps les portes d'une entreprise, sinon pour participer à une réunion ou appuyer quelque revendication, leur connaissance des relations qui s'y établissent est forte car ils sont en permanence destinataires d'informations en provenance du « terrain » qui contribuent à la définition des directives données aux fédérations ou unions syndicales, voire directement aux syndicats locaux, ainsi que des actions éventuellement conduites. À la légitimité qui naît du savoir, les pouvoirs publics, peut-être sans en mesurer les ultimes conséquences, ont, avec la loi du 20 août 2008, ajouté celle qu'emporte l'onction du vote en subordonnant l'octroi du label de représentativité aux syndicats, fédérations syndicales ou confédérations syndicales de salariés à l'obtention d'un certain score à l'issue des élections organisées dans les entreprises

en vue d'élire les représentants du personnel. Sans doute l'onction ne résulte-t-elle pas du suffrage universel puisqu'elle ne vient ici que de celui des salariés ; mais ne sont-ils pas, avec leurs employeurs, les principaux, sinon les seuls destinataires des règles qui composent le droit du travail ?

2. Bruxelles. À une forme de dialogue législatif noué par les partenaires sociaux avec les pouvoirs publics, la voie fut ouverte dans le cadre européen avec l'Accord sur la politique sociale joint, en 1992, au traité de Maastricht, d'où sont issus les actuels articles 154 et 155 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : le premier offre aux organisations patronales et salariales consultées par la Commission sur un projet de règlement ou de directive en matière sociale la faculté de s'emparer du thème visé pour en faire un objet de négociation, bloquant du même coup, pendant neuf mois, le processus d'élaboration du texte projeté ; le second fixe les modalités de mise en œuvre des accords conclus, dont celle consistant en leur métamorphose en directive. Cette ouverture donnée au contrat collectif de niveau communautaire comme instrument d'élaboration de la législation sociale européenne a alimenté bien des frictions entre la Commission et les partenaires sociaux européens. Ces derniers peuvent-ils librement ouvrir une négociation sur tout thème qu'ils souhaitent aborder, à un moment choisi par eux, ou ne peuvent-ils négocier que sur les thèmes sur lesquels leur avis a été sollicité en application de l'article 154 du traité de Rome ? Cette dernière analyse, plaçant l'ouverture des négociations et leur objet sous le contrôle de la Commission, était privilégiée par celle-ci alors que l'opinion inverse – juridiquement mieux fondée que la précédente, l'article 155 du traité de Rome, lorsqu'il traite de la conclusion des accords, ne faisant nulle référence à l'article 154 – était évidemment soutenue par les partenaires sociaux. Si, par-delà les arguments échangés, la Commission a fini par renoncer à la thèse qu'elle avait initialement défendue afin de préserver les rapports entretenus avec les organisations professionnelles constituées au niveau européen, ce ne fut

pas sans réticences. De même en alla-t-il lorsque se posa, une fois un accord conclu, la question de sa mise en œuvre. Celle-ci peut être opérée par voie conventionnelle, les signataires de l'accord collectif de niveau communautaire, à commencer, côté patronal, par Business Europe et, côté salarial, par la Confédération européenne des syndicats, lorsque fut négocié un accord interprofessionnel, demandant à leurs membres nationaux de procéder, État par État, à la transposition, par le jeu d'accords locaux, de celui signé à Bruxelles. Mais les signataires d'un accord collectif de niveau communautaire, singulièrement lorsque la voie précédente leur apparaît incertaine, peut-être parce que certains de leurs membres nationaux ne paraissent que modérément séduits par les termes de l'accord européen, ont aussi la faculté de solliciter une mise en œuvre par voie de directive, donc de demander à la Commission d'élaborer une proposition en ce sens, ultérieurement transmise au Conseil pour adoption. Cette voie fut, notamment au début, fréquemment empruntée, avec une question à la clé : la Commission est-elle tenue de reprendre scrupuleusement, dans sa proposition de directive, les termes de l'accord conclu ou peut-elle s'en écarter ? La querelle, pour être feutrée, n'en fut pas moins vive, les partenaires sociaux tenants à ce que les termes de leur accord soient fidèlement repris tandis que la Commission estimait que, dans sa fonction « pré-législative », elle était libre de s'en écarter. La « vérité juridique » était, en l'occurrence, dans le camp de la Commission. Celle-ci, afin, une fois encore, de préserver les rapports noués avec les partenaires sociaux européens, renonça néanmoins à procéder à une quelconque réécriture, ce qui la conduisit à proposer au Conseil, qui avalisa cette formule, des directives réduites à quelques articles, renvoyant pour le surplus à l'accord collectif qui y était annexé¹. Une fois vérifié que l'objet de l'accord relevait du cercle des matières entrant dans la compétence des institutions européennes et que ses signataires justifiaient de la « représentativité cumulée suffisante » exigée par le tribunal de première instance dans un arrêt en date du 17 juin 1998², la Commission était

1. Cf. not. Dir. n° 96/34/CE, 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le congé parental (JOCE, n° L. 145, 19 juin 1996, p. 4). – Dir. n° 97/81/CE, 15 déc. 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel (JOCE, n° L. 14, 20 janv. 1998, p. 9). – Dir. n° 1999/70/CE, 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée (JOCE, n° L. 175, 10 juill. 1999, p. 43).

2. TPI, 17 juin 1998, aff. T. 135/96 : *Dr social*, 1999, p. 60, obs. M.-A. Moreau.

donc cantonnée à un rôle de greffier... dont elle n'allait pas se satisfaire très longtemps. Mais en attendant la graine européenne allait germer à Paris.

3. Paris. Par une loi du 31 janvier 2007 placée sous le signe de la « modernisation du dialogue social » fut introduit dans le droit français le dispositif aujourd'hui inscrit à l'article L. 1 du Code du travail aux termes duquel « tout projet de réforme » envisagé par le Gouvernement portant sur les relations individuelles ou collectives de travail, l'emploi ou la formation professionnelle et relevant du champ de la négociation collective nationale et interprofessionnelle doit « faire l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ». Pendant près de dix ans, la règle posée, pour l'essentiel, fut respectée. Elle permit l'éclosion d'accords sur la modernisation du marché du travail, la formation professionnelle, le contrat de génération, la sécurisation de l'emploi ainsi que l'adoption de la « position commune » du 9 avril 2008 notamment consacrée à la réforme des règles relatives à la délivrance du label de représentativité aux organisations syndicales. Des normes ainsi arrêtées par les partenaires sociaux les termes contribuèrent à nourrir autant de lois qui, dans l'ensemble, en reprirent assez fidèlement les termes... à quelques exceptions près, le Parlement n'entendant pas être réduit à la seule transposition dans le marbre de la loi des stipulations des accords conclus. Toutefois, confier aux partenaires sociaux, au nom de la promotion du dialogue social mais aussi de la double volonté d'éviter la construction de dispositifs légaux inapplicables ou lourds d'effets pervers faute d'avoir été nourris des enseignements de la pratique et de faciliter l'acceptation de la loi par ses destinataires, donc d'en assurer une meilleure application, était porteur d'un risque de conflit entre pouvoirs concurrents. Les organes de l'État peuvent-ils accepter de se placer, fut-ce en matière sociale, dans un rapport de dépendance vis-à-vis des organisations professionnelles, donc de personnes morales de droit privé ? Avoir

ouvert la voie à l'établissement d'un tel rapport de dépendance n'était-il pas une erreur ? L'autorité des détenteurs du pouvoir législatif ne risque-t-elle, à terme, d'être gravement affaiblie ? Posées sur les bords de la Seine, ces questions ont également jailli à Bruxelles.

4. Lézards bruxellois. L'édifice construit en des temps où étaient célébrés les mérites, en matière sociale, de l'élaboration conventionnelle de la loi, qu'elle se déploie dans l'ordre européen ou dans le seul cadre national, commence-t-il à se lézarder sous l'effet de la volonté des pouvoirs publics de retrouver le rôle premier ? N'est-ce point déjà le cas à Bruxelles ? D'une volonté de « reprise en main » de la production législative un signe fut fourni à la suite de la signature, le 26 avril 2012, d'un accord collectif de niveau communautaire dans le secteur de la coiffure sur le thème de la santé et de la sécurité³. Ses signataires souhaitant que la mise en œuvre en fût assurée par voie de directive adressèrent une demande en ce sens à la Commission. Or, bien que celle-ci, une fois effectuées les vérifications requises relatives à l'objet de l'accord et à la représentativité des signataires de ce dernier, soit en principe tenue de déférer à pareille demande en préparant une proposition de directive à transmettre au Conseil, elle n'y répondit pas en raison de son désaccord avec le contenu du contrat collectif. Pour manifester sa volonté de revenir sur la renonciation à contrôler le contenu de l'accord à laquelle elle avait naguère consenti, elle avait choisi une circonstance particulièrement propice : celle offerte par la signature d'un contrat collectif qui n'était pas à caractère interprofessionnel, donc n'était pas signé par Business Europe et la Confédération européenne des syndicats, mais un accord sectoriel, concernant de surcroît un secteur d'activité dont le poids économique et social est loin d'être identique à celui du bâtiment, de la chimie ou de la métallurgie. Déterminée à reprendre le pouvoir auquel, un peu plus de quinze ans auparavant, elle avait renoncé, elle persista dans son refus d'élaborer la proposition de directive demandée, en dépit des protestations – mais qui n'ont jamais atteint un degré suffisant pour la faire céder – de Business Europe et de la CES⁴, jusqu'à ce que les organisa-

3. *Liaisons sociales Europe*, 2012, n° 303, p. 7.

4. Cf. *Liaisons sociales Europe*, 2015, n° 385, p. 2. – Rapp. *Liaisons sociales Europe*, 2016, n° 409, p. 4, à propos de la position prise par les partenaires sociaux de la métallurgie sur la relance du dialogue social.

tions professionnelles constituées dans le secteur de la coiffure négocient un nouvel accord, signé le 23 juin 2016, conforme à ses *desiderata*⁵. Et pour que nul ne puisse croire que cette attitude était uniquement liée à des circonstances particulières, elle a adopté la même à propos d'un autre accord sectoriel, conclu dans le domaine de la navigation fluviale, et, au-delà, exprimé sa volonté de procéder à un contrôle systématique de la pertinence des accords dont les signataires souhaitent la mise en œuvre par décision du Conseil⁶.

Aux partenaires sociaux européens qui veulent éviter d'avoir à se soumettre aux vœux de la Commission, dès lors que les stipulations ou certaines des stipulations de leur accord ne lui conviennent pas, reste à emprunter l'autre voie proposée par l'article 155 du traité de Rome pour que trouvent application les accords conclus au niveau communautaire : obtenir que leurs membres nationaux en assurent la transposition, État par État, à coup d'accords collectifs locaux⁷. Mais emprunter cette voie suppose de disposer dans chaque État de relais aptes à négocier et signer les accords souhaités dans des conditions de nature à en assurer la régularité et sur lesquels les organisations signataires exercent une autorité suffisante pour obtenir qu'ils s'engagent effectivement dans les négociations requises et demeurent fidèles au texte conclu au niveau européen... sans compter que si la transposition conventionnelle de l'accord intervenu à ce niveau suppose, au préalable, pour être juridiquement possible, la modification de certaines dispositions de la législation localement en vigueur, rien n'oblige l'État à procéder à cette modification⁸.

L'addition du tout peut avoir pour résultat un étiolement progressif de la négociation collective conçue comme l'outil d'une primo-élaboration de la législation sociale européenne. La « coproduction » inscrite dans l'Accord sur la politique sociale joint au traité de Maastricht, peu à peu, prendrait fin, renvoyant les partenaires sociaux au seul rôle, en amont, d'émetteurs d'avis et, en aval, une fois la norme adoptée, de sujets de celle-ci. La parenthèse ouverte en 1992 serait, à

terme, refermée... Une évolution similaire est, au demeurant, perceptible en France. Aux hommes de pouvoir, partager ce dernier est rapidement insupportable...

5. Lézardes parisiennes. Au fil des transpositions législatives des accords collectifs conclus après mise en œuvre de la procédure inscrite à l'article L. 1 du Code du travail, avait pu être notée la montée en puissance des protestations ou réserves émanant de parlementaires refusant d'être réduits au rang de scribes uniquement appelés à donner un surcroît de force à la volonté des partenaires sociaux, n'hésitant pas, dans certains cas, sur des points qui n'étaient pas nécessairement d'importance négligeable, à rompre avec le texte initialement arrêté.

Mais n'est-ce point aujourd'hui le principe même de l'application de l'article précédent qui est remis en cause ? La question avait déjà pu être posée à la fin de l'année 2015 lorsque fut ouvert le processus qui allait conduire à l'adoption de la loi du 8 août 2016. Sans doute soucieux d'éviter les délais, donc, de son point de vue, les retards, qu'induit toute négociation, le Gouvernement ne se montra guère soucieux de respecter l'article L. 1 du Code du travail... avec pour résultat des mois de manifestations, de vives difficultés à l'Assemblée nationale et, finalement, une adoption du texte obtenue en recourant par trois fois à « l'arme du 49-3 ».

De la mise à l'écart des dispositions de l'article L. 1 du Code du travail, l'année 2017 a offert une nouvelle illustration puisque, soucieux d'obtenir une modification rapide de diverses dispositions du Code du travail, le Gouvernement issu des élections du printemps décida de procéder par voie d'ordonnances. L'opinion selon laquelle les discussions conduites avec les organisations professionnelles au cours de la période d'élaboration des ordonnances vaudraient application de l'article L. 1 du Code du travail n'est guère recevable : discuter avec les confédérations patronales et salariales, généralement dans le cadre de simples rencontres bilatérales, ne vaut pas concertation en vue de l'éventuel engage-

5. Cf. *Liaisons sociales Europe*, 2016, n° 405, p. 4; n° 412, p. 6.

6. Cf. *Liaisons sociales Europe*, 2015, n° 373, p. 5.

7. Pour une illustration, cf. Accord du 8 mars 2017 sur le vieillissement et une approche intergénérationnelle : *Liaisons sociales Europe*, 2017, n° 420, p. 4.

8. Pour une illustration de certaines des difficultés relevées, cf. « L'application hétérogène de l'accord volontaire sur le harcèlement et la violence au travail », *Liaisons sociales Europe*, 2016, n° 412, p. 5.

ment d'une négociation nationale et interprofessionnelle. Jamais la moindre place ne fut laissée à l'ouverture d'une telle négociation⁹.

Au Gouvernement qui entend évincer, non point de manière dissimulée mais en assumant pleinement sa décision, la procédure prévue en ouverture du Code du travail, une voie est cependant offerte : l'invocation de l'urgence, l'article L. 1, en son quatrième alinéa, disposant qu'il « n'est pas applicable en cas d'urgence », laquelle peut être économique, sociale ou politique¹⁰. Encore faut-il parvenir à démontrer que gagner quelques mois – ce qui, de toute façon, n'est jamais acquis à l'avance – en mettant à l'écart la procédure de concertation préalable est économiquement, socialement ou politiquement indispensable. Sans doute n'est-ce pas inconcevable, quitte à forcer quelque peu la réalité. Mais cette éviction ne sera-t-elle pas lourde de conséquences particulièrement fâcheuses ? Le texte adopté dans ces conditions ne nourrira-t-il pas tensions sociales et contentieux, les organisations syndicales n'hésitant pas à contester jusqu'à la licéité des dispositions adoptées – une fois celles-ci ratifiées lorsqu'elles naquirent d'ordonnances – par le jeu de questions prioritaires de constitutionnalité ?

Si, après la séquence 2015-2017, la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1 du Code du travail, éventuellement au prix de quelque argutie, devait perdurer, sans doute serait-il préférable qu'il soit abrogé. Mais il faudrait alors que soit clairement affirmée la volonté de mettre fin à l'expérimentation ouverte en 2007, et ce au nom d'un principe qui, au demeurant, est parfaitement recevable : le pouvoir législatif ne se partage pas.

6. A posteriori. Si les pouvoirs publics semblent être à nouveau animés de la volonté d'être seuls maîtres de l'élaboration de la loi, ils n'hésitent pas, en revanche, à admettre qu'à celle-ci, au temps de son application, des dérogations soient apportées par voie conventionnelle, dans le respect des conditions et limites qu'ils déterminent. Le « législateur européen » y

a consenti dans le domaine stratégique du temps de travail avec la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 : aux règles formulées des dérogations peuvent être souvent apportées par voie de conventions ou accords collectifs, y compris, dans certains cas, de conventions ou accords d'entreprise¹¹. À cette réduction de la loi au rang de norme supplétive, qui avait déjà connu certaines applications dans le champ clos français, ouverture a été largement donnée par la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 à propos du temps de travail et de repos ainsi que du compte épargne-temps, ce qui, en la forme, s'est traduit par une reconstruction des dispositions du Code du travail consacrées à ces questions autour du triptyque « ordre public », « champ de la négociation collective », « dispositions supplétives ». À ce schéma de nouveaux territoires ont été offerts par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 en ce qui concerne les consultations et informations récurrentes ou ponctuelles du comité social et économique qui a succédé aux délégués du personnel, au comité d'entreprise et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹². Permettant d'adapter aux particularités de l'entreprise la norme générale forgée par le législateur, cette ouverture ne manque assurément pas d'intérêt. Elle marque, dans les rapports de la loi et des conventions et accords collectifs, une étape dans la voie du ralliement, au moins partiel, du droit du travail aux principes qui gouvernent ordinairement les rapports de la loi et du contrat.

Autoriser les partenaires sociaux à s'écarter, sur des points précis, du chemin tracé par le législateur n'a cependant rien de comparable, dans l'ordre de l'exercice du pouvoir législatif, à leur association étroite au processus conduisant à l'adoption de la norme légale. Il est assurément plus facile aux États, comme à l'Union européenne, d'inciter les chefs d'entreprise à partager l'exercice du pouvoir avec les organisations syndicales, via la négociation de conventions et d'accords collectifs, voire de le leur imposer en passant de l'incitation à l'obligation, que de consentir eux-mêmes à un tel partage...

9. Cf. L. Dauxerre, « Sur l'érosion de l'article L. 1 du Code du travail », *JCP S*, 2017, 1275.

10. Cf. B. Teyssié, « La réforme, l'urgence et l'oubli », *JCP S*, 2017, act. 170.

11. Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, art. 17 et s.

12. C. trav., art. L. 2312-17 et s. ; art. L. 2312-37 et s.

Petit huit du Grand A :

l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi

Laure Milano

Professeur à l'Université de Montpellier, IDEDH (EA 3976)

Le thème de l'influence de la Convention européenne, et donc de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, sur la loi, qui serait apparu comme provocateur il y a quelques décennies¹, fait désormais partie des données que tout juriste qui étudie le droit interne doit intégrer. À la faveur d'une conjonction de facteurs tels que la pénétration toujours plus importante du droit européen, celui de la Convention mais également celui de l'Union européenne, dans le droit interne, l'ouverture des cours suprêmes nationales au(x) droit(s) européen(s) et le changement de perspective quant à la conception de notre ordre juridique, conçu non plus seulement sous une forme pyramidale, mais plus aujourd'hui dans une perspective d'articulation avec d'autres ordres juridiques², l'influence de la Convention européenne sur les règles de notre droit national est désormais une réalité qui ne peut être ignorée.

Cette influence est intrinsèquement liée à la question de l'exécution des arrêts de la Cour européenne ou celle voisine de l'effectivité de ses arrêts, problématiques consubstantielles à celle de l'effectivité même de la Convention européenne. En effet, quelle serait l'autorité de la Convention si les arrêts de la Cour européenne étaient privés d'effet en raison de leur inexécution par les États membres ?

L'analyse des outils et méthodes d'interprétation que la Cour européenne a développés pour assurer l'effectivité de ses arrêts³, de même que celle de la réception par les juges nationaux de la jurisprudence européenne et des techniques interprétatives déployées pour assurer ou contourner l'exécution de ces arrêts sont essentielles à la compréhension des interactions qui se nouent entre ordre juridique national et Convention européenne des droits de l'homme. Toute-

-
1. V. les propos du Doyen Carbonnier qui parlant du droit européen évoquait un « droit venu d'ailleurs », *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, spéc. p. 36. V. E. Decaux, « Le désordre international qui fait bouger les lignes... Jean Carbonnier et le droit international », in R. Verdier (dir.), *Jean Carbonnier, l'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris-Nanterre, 2012, p. 571.
 2. F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002 ; V. B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, 2017.
 3. V. not. E. Lambert Abdelgawad, *Les effets des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1999.

fois nous souhaiterions ici élargir l'analyse et nous centrer, non pas seulement sur la réception de la jurisprudence européenne par le juge national, mais sur le rôle que jouent les arrêts de la Cour européenne sur l'élaboration de la loi. Les deux thématiques sont connexes tant il semble artificiel de détacher la question de l'élaboration de la loi de celle de sa mise en œuvre et donc de son interprétation par le juge national. Traiter de l'une amène donc nécessairement à traiter de l'autre, néanmoins, au-delà du dialogue des juges, l'objectif ici est de tenter de systématiser, sans prétendre à l'exhaustivité, comment les arrêts de la Cour peuvent influencer sur la loi, c'est-à-dire sur la norme de portée générale, au stade de sa conception comme de son application. En effet, tout comme le contrôle de constitutionnalité de la loi, la conventionnalité d'une norme doit être évaluée tant au moment de son élaboration qu'à celui de sa mise en œuvre, l'inconventionnalité de la norme étant souvent décelée lors de son application. L'influence de la Convention est donc diffuse et se manifeste tout au long de la « vie » de la norme. Il faut à ce sujet préciser que par le terme de « loi », nous ne retiendrons pas une approche formelle, nous n'entendons donc pas ce terme au sens du droit français. Nous retiendrons, comme le fait la Cour, une acception plus souple, incluant les textes de rang infra-législatif mais ayant une portée normative⁴.

L'étude de l'influence de la jurisprudence européenne sur les normes de portée générale nécessite au préalable de lever un certain nombre d'obstacles théoriques⁵. Les arrêts de la Cour européenne, conformément à l'article 41 de la Convention, n'ont qu'un caractère déclaratoire. La Cour ne peut que constater la violation sans avoir le pouvoir d'annuler ou de modifier la norme nationale à la source de la violation, ni le pouvoir d'enjoindre à l'auteur de l'acte de le modifier. Néanmoins, la portée seulement déclaratoire de l'arrêt se conjugue avec son caractère obligatoire (art. 46 de la Convention), l'État

ayant l'obligation de remédier à la violation. De plus, les traités internationaux et la jurisprudence afférente ayant, dans notre ordre juridique, une autorité supérieure à la loi, un constat de violation de la Convention doit être pris en compte par les autorités nationales. Le Président de la République française, en visite à la Cour européenne des droits de l'homme il y a quelques semaines, a d'ailleurs réaffirmé « l'importance pour la France de l'obligation d'exécution inconditionnelle des arrêts de la Cour »⁶. L'objectif est d'éviter des condamnations à répétition mais, plus fondamentalement, il s'agit de mettre en œuvre le principe de « loyauté conventionnelle »⁷ issu de l'article 1^{er} de la Convention selon lequel « les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible » avec la Convention. Rappelons à ce titre que « le droit de la Convention EDH est le droit de la Convention telle qu'elle est interprétée et appliquée par la Cour EDH, la jurisprudence de la Cour fait corps avec la Convention », il s'agit donc pour les États parties « de réaliser la mise en compatibilité de leur droit interne avec la règle commune énoncée par le juge européen »⁸. La modification de la règle de portée générale pour satisfaire aux obligations conventionnelles devrait toutefois, en principe, rester exceptionnelle dans la mesure où l'office du juge européen est de statuer « sur le cas concret de l'application [d'une norme nationale] à l'égard du requérant [...] »⁹ et qu'il doit « se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisi »¹⁰. La question serait « moins celle de juger la conformité des règles de droit interne à la Convention que de savoir si une mesure appliquée *in casu* au requérant est compatible ou non avec les droits qu'elle garantit. La validité juridique de la mesure contestée ou de la norme nationale lui ayant servi de fondement n'est pas remise en cause »¹¹. D'ailleurs, l'arrêt de la Cour, conformément aux termes de l'article 46 § 1, dispose d'une autorité strictement relative de chose jugée.

4. En ce sens Cour EDH, 26 avr. 1991, *Ezelin c/ France* (à propos d'un décret).

5. V. J.-P. Marguénaud, « L'effectivité des arrêts de la Cour EDH en France », in Union des avocats européens, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant, 2001, p. 140.

6. Discours d'Emmanuel Macron devant la Cour EDH, le 31 octobre 2017, disponible sur le site de la Cour EDH.

7. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2016, 13^e éd., spéc. p. 395.

8. F. Sudre, « L'effectivité des arrêts de la Cour EDH », *RTDH*, 2008, p. 937.

9. Cour EDH, 27 mars 1962, *De Becker c/ Belgique*, § 14.

10. Par ex. Cour EDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède*, § 54.

11. M. Afrouk, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour EDH », *RDP*, 2015, p. 1357.

On constate pourtant, depuis plusieurs années déjà, une évolution de l'office du juge européen tendant vers une objectivation de son contrôle. Ainsi que l'a très justement souligné M. Afrouk « traditionnellement juge des droits, la Cour manifeste une propension accrue à se comporter comme juge du droit¹² ». Plusieurs facteurs expliquent cette mutation, nous en retiendrons deux principaux. D'une part, la volonté de la Cour de prévenir les violations de la Convention, notamment dans un souci de désengorgement de son prétoire, ce qui l'a conduite à modifier la teneur de son contrôle et à mettre en place différents outils destinés à assurer une meilleure exécution de ses arrêts, favorisant ainsi l'objectivation de son contrôle. D'autre part, la volonté de la Cour, dans certains domaines, de construire un droit commun, la conduisant à aller au-delà d'un standard commun, ce que doit, en principe, être la Convention. L'édification de ce droit commun modifie le contrôle du juge, celui-ci s'orientant vers une logique beaucoup plus unificatrice, débordant le cas d'espèce, et substituant à une démarche ascendante, conforme au principe de subsidiarité, une démarche descendante. Ceci est particulièrement visible dans le domaine des droits procéduraux¹³, la Cour ayant construit un modèle commun de procès équitable¹⁴. De plus, l'élaboration de ce droit commun procédural n'est pas cantonnée à l'article 6 de la Convention, il irradie l'ensemble des droits garantis, la Cour ayant transféré un certain nombre de garanties procédurales issues du procès équitable dans le champ des droits substantiels afin d'en assurer l'effectivité, phénomène connu sous le terme de procéduralisation des droits substantiels¹⁵.

Les garanties procédurales constituent par ailleurs un terrain d'élection du contrôle abstrait car, au-delà de l'issue de la procédure interne pour le requérant, c'est la conduite de cette procédure qui sera jugée par la Cour européenne. Or les règles qui gouvernent la procédure nationale sont des règles générales dont, certes, l'application au cas d'espèce peut générer un constat

concret d'inconventionnalité, mais c'est parfois la règle en elle-même qui est source d'inconventionnalité. Ce domaine nous paraît donc particulièrement intéressant pour démontrer l'influence que peut exercer la Cour sur les règles nationales, tant sont nombreuses les réformes qui ont été conduites pour satisfaire aux exigences européennes. Dès lors, si le champ de l'étude ne se limitera pas aux seuls droits procéduraux, ceux-ci constitueront néanmoins son terrain d'analyse privilégié.

En pratique, on peut considérer qu'il existe deux voies de pénétration du droit de la Convention dans les normes internes. La première est directe, immédiate et est liée à l'autorité du constat de violation de la Convention. L'arrêt de la Cour étant revêtu de l'autorité de la chose jugée, les autorités nationales doivent tirer les conséquences de l'arrêt, ce qui peut nécessiter une modification de l'état du droit. À cette influence directe (I), s'ajoute une influence médiate, indirecte (II) liée à l'autorité des arrêts de la Cour et, bien que celle-ci puisse encore susciter quelques réticences, à l'autorité de la chose interprétée par la Cour, celle-ci impliquant que les États ne doivent pas attendre d'être attaqués devant elle pour mettre leur droit interne en conformité avec la Convention.

I. L'influence directe

S'il est vrai que les arrêts de la Cour n'ont qu'une autorité relative de chose jugée et une portée seulement déclaratoire (art. 41 CEDH), laissant à l'État le libre choix des moyens pour s'y conformer, celui-ci doit néanmoins prendre les mesures propres à mettre fin à la violation constatée (art. 46 CEDH). Sa seule obligation juridique au titre de la Convention est de prendre les mesures individuelles nécessaires pour corriger la violation auprès de la victime. Toutefois, si l'inconventionnalité réside dans le contenu même de la règle nationale, le risque de condamnations à répétition, avec les conséquences morales et financières de telles condamnations pour l'État, ainsi

12. *Ibidem*, p. 1359.

13. V. notre contribution, « Un droit commun processuel », in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention EDH*, Némésis-Anthémis, 2014, p. 209 et s.

14. D'autres domaines sont également concernés, v. A. Gouttenoire, « Les règles communes relatives à la famille », in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention EDH*, op. cit., p. 187 et s.

15. V. la thèse de N. Le Bonnic, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour EDH. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2017.

que l'obligation de loyauté conventionnelle (cf. *supra*) le conduisent dans la très grande majorité des cas à modifier la norme. L'objectivation ainsi induite des implications de l'arrêt de la Cour (B) a conduit à une objectivation du contrôle opéré par la Cour (A).

A. L'objectivation du contrôle

L'objectivation du contrôle de la Cour a pour conséquence d'accroître l'influence de la jurisprudence européenne sur la norme générale. Cette influence va, en pratique, se manifester à deux stades, celui de l'arrêt de la Cour, celle-ci étant parfois amenée à contrôler directement la conventionnalité de la norme de portée générale (1), et celui du contrôle de l'exécution de l'arrêt de la Cour (2).

1. Le contrôle de la conventionnalité de la norme de portée générale

Au fil du raisonnement que la Cour mène dans les motifs de l'arrêt, elle est en réalité souvent amenée à porter une appréciation sur les dispositions du droit interne. Ce contrôle abstrait peut être plus ou moins direct.

Il peut parfois se déduire de la terminologie employée dans l'arrêt. Par exemple, dans le contentieux pénal, l'obligation de mise en état qui était prévue par l'article 583 du Code de procédure pénale (CPP) et qui obligeait le demandeur à se constituer prisonnier la veille de l'audience de la Chambre criminelle sous peine de déchéance du pourvoi en cassation a fait l'objet de différents arrêts de condamnation de la Cour européenne¹⁶. Dans ces arrêts, la Cour a estimé que cette obligation portait atteinte au droit d'accès à un tribunal et à la présomption d'innocence. Toutefois, elle n'utilise pas son vocabulaire habituel et n'emploie pas les termes « [d'] atteinte à la substance du droit de recours » ou de « mesure disproportionnée » qui traduisent une interprétation contextualisée, *in casu*; au contraire le raisonnement de la Cour est abstrait. Ceci s'explique par le fait que, dans ces affaires, au-delà de la situation individuelle des requérants, c'est la législation elle-même qui était en cause et d'ailleurs le législateur abrogera l'article 583 CPP dans la loi du 15 juin 2000 relative

au renforcement de la présomption d'innocence et à la protection des victimes.

Il arrive également que la Cour concède être obligée d'opérer un contrôle abstrait au travers du contrôle de la situation du requérant. Ainsi, dans l'arrêt *Kruslin*¹⁷ relatif à la compatibilité de la législation française en matière d'écoutes téléphoniques avec le droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH), bien que le gouvernement ait fait valoir que la Cour devait se garder « de juger dans l'abstrait de la conformité de la législation française à la Convention » (§ 31), elle estimera au contraire « [qu']amenée à rechercher si l'ingérence incriminée se trouvait "prévues par la loi", il lui faut inévitablement apprécier, au regard des impératifs du principe fondamental de la prééminence du droit, la "loi" française en vigueur à l'époque dans le domaine considéré. Pareil examen implique par la force des choses un certain degré d'abstraction. Il n'en porte pas moins sur la "qualité" des normes juridiques nationales applicables à M. Kruslin en l'espèce » (§ 32). Elle conclura à une violation de l'article 8 de la Convention, le droit français n'indiquant pas « avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » (§ 36), constat qui a nécessité une modification législative intervenue par la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie de télécommunications.

Enfin, il arrive, désormais beaucoup plus fréquemment, que la Cour européenne identifie précisément la norme nationale qui est la source directe du motif d'inconventionnalité. Par exemple, dans l'arrêt *Ravon contre France*¹⁸ concernant les visites domiciliaires effectuées par l'administration fiscale, la Cour fait le constat suivant lequel « Il ressort de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales que les ordonnances autorisant les visites domiciliaires ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation » et estime que ce recours ne constitue pas un recours effectif au sens de l'article 6 § 1 de la Convention dans la mesure où il ne permet pas un contrôle en fait et en droit de l'autorisation de perquisition. Elle opérera un constat identique s'agissant

16. V. par ex. Cour EDH, 14 déc. 1999, *Khalifaoui c/ France*; Cour EDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c/ France*; Cour EDH, 25 juill. 2002, *Papon c/ France* (procédure devant une cour d'assises).

17. Cour EDH, 24 avr. 1990, *Kruslin c/ France*, GACEDH n° 4; dans le même sens Cour EDH, 24 avr. 1990, *Huvig c/ France*.

18. Cour EDH, 21 fév. 2008, *Ravon c/ France*, § 29.

de l'article L. 450-4 du Code de commerce autorisant des visites domiciliaires effectuées par l'administration de la concurrence¹⁹. Le législateur²⁰ et le pouvoir exécutif²¹ ont tiré les conséquences de ces condamnations en modifiant l'état du droit et en prévoyant la possibilité de contester l'ordonnance autorisant les visites par la voie de l'appel.

Beaucoup d'autres exemples, y compris dans d'autres domaines que celui des garanties procédurales, pourraient encore illustrer cette tendance à l'objectivation du contrôle dans les motifs de l'arrêt. Cette objectivation est également visible au stade du contrôle de l'exécution de l'arrêt.

2. Le contrôle de l'exécution de l'arrêt

L'influence européenne sur la norme de portée générale peut aussi se manifester au stade de l'exécution de l'arrêt de la Cour²².

D'une part, dans le souci d'assurer une correcte exécution de ses propres arrêts, il est fréquent que la Cour indique aux États les mesures générales à adopter pour se mettre en conformité avec la Convention. Ces indications peuvent intervenir dans le cadre de la procédure de l'arrêt pilote²³, procédure déclenchée en cas de défaillance structurelle ou systémique de la législation ou de la pratique d'un État entraînant des violations répétitives de la Convention ; dans ce cas la Cour gèle les affaires clones dans l'attente d'une modification de la législation ou de la pratique nationale en cause, modifications qui devront être conformes aux mesures qu'elle aura elle-même indiquées²⁴. Cette procédure, codifiée par le Protocole 14, bien qu'elle tende à se banaliser, n'a jamais été mise en œuvre à l'encontre de la France. L'indication de mesures de portée gé-

rale destinées à mettre le droit national en conformité avec la Convention peut également intervenir en dehors de toute mise en œuvre de la procédure de l'arrêt pilote. Certes, un constat de violation fondé sur une méconnaissance par le droit national du droit de la Convention a toujours eu pour implication la modification de l'état du droit et l'on peut trouver en ce sens des exemples anciens. Toutefois, ce qui était exceptionnel autrefois est désormais devenu très courant ; de plus, alors que par le passé, elle estimait qu'un arrêt de violation pouvait rendre souhaitable ou nécessaire une réforme législative sans autre précision, désormais elle précise les moyens envisageables pour remédier à la violation constatée²⁵. Ainsi, à partir des années 2000, la Cour a formalisé l'obligation pour l'État d'adopter des mesures générales pour respecter la force obligatoire de ses arrêts en estimant que les articles 46 et 41, ainsi que l'article 1^{er} de la Convention font obligation à l'État de choisir les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée et d'en effacer les conséquences²⁶. Le Conseil d'État français partage d'ailleurs cette analyse puisqu'il a estimé dans l'arrêt *Baumet*²⁷ que « l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour implique en conséquence » que l'État adopte « les mesures générales pour mettre un terme à la violation constatée ».

D'autre part, au stade de la surveillance de l'exécution de l'arrêt, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe vérifie si l'État a réellement pris les mesures individuelles et/ou générales redressant la violation constatée. Par exemple, à la suite de la condamnation de la France dans l'arrêt *Kress*²⁸ concernant la participation de feu

19. Cour EDH, 5 mai 2011, *Société métallurgique Liotard Frères c/ France*.

20. Loi du 4 août 2008, n° 2004-776, Loi de modernisation de l'économie qui modifie l'article 16-B du Livre des procédures fiscales.

21. Ordonnance du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence qui modifie l'art. 450-4 du Code de commerce.

22. V. notre article « Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme de l'exécution de ses arrêts », *Annuaire de droit européen*, 2007, vol. 5, p. 779 ; E. Lambert-Abdelgawad, « L'obligation de moyens dans l'exécution des arrêts », in F. Sudre, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 141 et s. ; M. Afrouk, K. Blay-Grabarczyk, A. Schahmanche, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme. Aspects européens : acteurs politiques et acteurs juridictionnels », *RFDA*, 2014, p. 935.

23. V. Cour EDH, Gd. Ch., 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, *GACEDH* n° 74.

24. Par ex. Cour EDH, 11 sept. 2007, L. *c/ Lituanie* : délai de 3 mois pour que l'État adopte une législation reconnaissant le droit des transsexuels de changer de sexe dans leur état civil ; Cour EDH, Gd. Ch., 16 juill. 2014, *Alisic c/ Serbie, Slovaquie et autres* : obligation pour la Serbie et la Slovaquie d'adopter des recours internes effectifs pour lutter contre l'inexécution des décisions de justice.

25. Par ex. récemment Cour EDH, 7 nov. 2017, *Cherednichenko et a. c/ Russie*, concernant le point de départ du délai d'appel dans la procédure civile, la Cour indique que les autorités doivent créer des règles uniformes permettant de fixer de manière objective la date à laquelle le texte intégral de la décision pour les parties aux litiges est disponible, cette date déclenchant le délai d'appel.

26. V. en particulier à partir de l'arrêt Cour EDH, Gd. Ch., 17 février 2004, *Maestri c/ Italie*.

27. CE, 4 oct. 2012, *Baumet* ; *RFDA*, 2013, p. 103, note F. Sudre.

28. Cour EDH, Gd. Ch., 7 juin 2001, *Kress c/ France* ; *RFDA*, 2001, p. 991, note B. Genevois ; *RFDA*, 2001, p. 1 000, note J.-L. Autin et F. Sudre.

le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État au délibéré, les autorités françaises ont cru pouvoir se fonder sur l'ambiguïté des formulations utilisées dans l'arrêt, la Cour européenne employant tantôt le terme « assister » tantôt le terme « participer », pour conclure que seule la participation et non la présence du commissaire du gouvernement au délibéré était proscrite par l'arrêt *Kress*. Un premier décret a donc été adopté le 19 décembre 2005 permettant la présence du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'État sans qu'il y participe. Après que le Conseil de l'Europe a fait savoir que les mesures adoptées pour exécuter l'arrêt *Kress* étaient insuffisantes et à la suite d'une nouvelle condamnation de la France²⁹, le gouvernement a adopté le décret du 1^{er} août 2006 qui prévoit que sauf demande contraire des parties, le commissaire du gouvernement assiste au délibéré du Conseil d'État mais n'y participe pas³⁰. Le Comité des ministres, après examen des mesures adoptées, a estimé dans une résolution du 20 avril 2007 que l'arrêt *Kress* avait été correctement exécuté³¹.

Enfin, bien qu'il n'y ait pas, là non plus, d'exemple français, la Cour s'autorise parfois à contrôler elle-même l'exécution de ses arrêts en vérifiant que la réouverture d'une procédure au niveau interne en vue d'exécuter l'un de ses arrêts n'a pas donné lieu à une nouvelle violation de la Convention³². Tout ceci atteste d'une objectivisation du contrôle opéré par la Cour européenne, objectivation qui est liée à celle des implications de l'arrêt.

B. L'objectivation des implications de l'arrêt

Au-delà des mesures de portée générale que la Cour peut indiquer aux États pour exécuter un arrêt de condamnation, plus fondamentalement, en particulier en matière de garanties procédurales, la Cour a été amenée à « construire » une véritable jurisprudence c'est-à-dire « des solu-

tions abstraites et générales données à des questions de droit » et possédant une « virtualité d'extension à tous les cas similaires »³³. La jurisprudence européenne délivre alors aux États une interprétation de ces garanties. Cette interprétation peut notamment avoir pour objectif d'encadrer l'intervention du législateur (1) ou d'encadrer le contenu de la norme nationale destinée à mettre en œuvre ces garanties (2).

1. L'encadrement de l'intervention du législateur

Tout constat de violation de la Convention liée à l'inconventionnalité de la norme nationale a pour effet d'encadrer l'action et l'intervention du législateur. Toutefois, lorsque la Cour, au fil de ses arrêts, élabore une véritable jurisprudence, au sens de précédent jurisprudentiel, c'est-à-dire une solution stable³⁴, elle renforce l'autorité de ses arrêts et donc leurs implications sur les droits nationaux. Elle peut ainsi élaborer des grilles d'analyse destinées à encadrer l'action du législateur et l'appréciation du juge national, comme ce fut le cas en matière d'adoption des lois rétroactives. Ces lois sont susceptibles de porter atteinte à différentes garanties procédurales³⁵ mais également au droit de propriété. La jurisprudence de la Cour s'est construite au fil des arrêts³⁶, mais on peut considérer que sa position a été définitivement fixée à partir de l'arrêt *Zielinski contre France*³⁷. Elle admet l'application de lois rétroactives en cours de procédure à condition que cette ingérence du législateur dans le cours de la justice n'ait pas pour but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige, sauf si elle répond à un impérieux motif d'intérêt général. C'est le but poursuivi par le législateur qui est décisif pour établir la conventionnalité ou non de la loi rétroactive. Pour déterminer la finalité de l'intervention du législateur, la Cour utilise trois critères : l'effet produit par le contenu de la loi combiné avec la méthode et le moment de son adoption. L'action du législateur lorsqu'il sou-

29. Cour EDH, Gd. Ch., 12 avr. 2006, *Martinie c/ France*, § 53-54.

30. Les doutes sur la conventionnalité de ce dispositif ont été levés par la décision Cour EDH, 15 déc. 2009, *Y. Étienne c/ France*; *AJDA*, 2009, p. 2468, note S. El Boudouhi.

31. Résolution CM/ResDH (2007)44, disponible sur le site HUDOC.

32. Cour EDH, Gd. Ch., 30 juin 2009, *VGT c/ Suisse*; Cour EDH, Gd. Ch., 5 fév. 2015, *Bochan c/ Ukraine n° 2*; Cour EDH, Gd. Ch., 11 juill. 2017, *Moreira Ferreira c/ Portugal n° 2*.

33. M. Deguergue, « Jurisprudence », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 883.

34. V. F. Sudre, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », préc., spéc. p. 937 et s.

35. V. notre article, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, 2006, p. 447.

36. V. par ex. Cour EDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques c/ Grèce*; Cour EDH, 23 oct. 1997, *National & Provincial Building Society c/ Royaume-Uni*.

37. Cour EDH, 28 oct. 1999, *Zielinski c/ France*, *GACEDH* n° 29.

haite adopter de telles lois est donc strictement encadrée. À la suite de la condamnation de la France dans l'arrêt *Zielinski*, le juge judiciaire³⁸ comme le juge administratif³⁹ se sont ralliés fidèlement à la grille d'analyse du juge européen et au critère de l'impérieux motif d'intérêt général dès lors qu'il s'agit de contrôler les lois à portée rétroactive, qui sont bien souvent des lois de validation, sous l'angle de l'article 6 § 1⁴⁰. Le Conseil constitutionnel a également renforcé son contrôle⁴¹ puis a fini par adopter, à son tour, le critère de l'impérieux motif d'intérêt général⁴². Il existe donc désormais une convergence des solutions retenues par les autorités juridictionnelles quant à l'appréciation des lois rétroactives, convergence dont le sens a été fixé par le juge européen. Après de nombreuses condamnations de la France⁴³, il semble que le législateur ait également retenu la grille d'analyse du juge européen car on constate, ces dernières années, un tarissement du contentieux lié aux lois rétroactives.

Cet exemple illustre l'hypothèse d'un encadrement par le juge européen des modalités de l'intervention du législateur. Il peut également préciser les conditions qui doivent entourer la loi. Ceci renvoie aux exigences de clarté et d'accessibilité de la règle de droit. En effet, selon une jurisprudence bien établie⁴⁴, la loi, au sens large où l'entend la Cour, doit être accessible aux citoyens, précise et prévisible dans ses conséquences. Cela suppose qu'elle définisse avec une précision suffisante les conditions et modalités de la limitation au droit, afin de permettre au citoyen de régler sa conduite et de bénéficier d'une protection adéquate contre l'arbitraire. Ces exigences sont la traduction du principe de prééminence du droit, principe inhérent à l'ensemble des articles de la Convention. On retrouve

une application de ces exigences dans l'arrêt *Kruslin*⁴⁵, la Cour condamnant le défaut de qualité de la loi française en matière d'écoutes téléphoniques (cf. *supra*). Plus spécifiquement en matière procédurale, la Cour estime qu'un individu doit pouvoir bénéficier « d'une possibilité claire et concrète de contester un acte constituant une ingérence dans ses droits »⁴⁶ et utilise les principes de bonne administration de la justice et de sécurité juridique pour vérifier si les réglementations nationales respectent ces exigences de clarté et d'accessibilité. Elle contrôle dès lors si les modalités d'exercice d'un recours permettent de sauvegarder l'effectivité du droit d'accès à un tribunal et n'hésite pas à sanctionner la complexité du droit positif relative, par exemple, à la publicité des décisions et à la computation des délais qui en découle⁴⁷ ou liée à la pluralité des recours et aux limitations découlant de leur exercice simultanément⁴⁸. La Cour indique donc au législateur les qualités dont doit être assortie la loi et encadre, ainsi, les conditions de son intervention.

Quel que soit l'objectif poursuivi par l'encadrement de l'action du législateur, la Cour influe sur le fond du droit, mais de manière plus directe encore, elle peut influencer sur le contenu même de la norme.

2. L'encadrement du contenu de la norme

L'influence européenne sur le contenu de la norme est le plus souvent ponctuelle, liée au constat d'inconventionnalité de la norme⁴⁹, la modification ou l'abrogation de la norme dans le sens voulu par le juge européen règle la question de sa conformité à la Convention. Toutefois, la jurisprudence européenne en matière de garanties procédurales tend aussi parfois à imposer un certain modèle procédural, un droit commun du procès. L'influence est dans ce cas beaucoup plus

38. Ass. plén., 23 janv. 2004, *S.C.I. Le Bas Noyer c/ Castorama France*.

39. CE Ass., avis, 27 mai 2005, *Provin, Lebon p. 212*.

40. Reste une divergence d'analyse entre le juge européen et le juge administratif s'agissant de l'analyse de ces lois sous l'angle de l'article 1 Protocole 1 de la Convention. V. notre article, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *préc.*

41. Cons. const. 21 déc. 1999, déc. n° 99-422 et n° 99-425.

42. Cons. const., 14 fév. 2014, déc. n° 2013-366 QPC, *SELARL PJA*.

43. Par ex. Cour EDH, Gd. Ch., 6 oct. 2005, *Draon c/ France et Maurice c/ France*; Cour EDH, 14 fév. 2006, *Lecarpentier c/ France*; Cour EDH, 11 avr. 2006, *Cabourdin c/ France*; Cour EDH, 23 juill. 2009, *Joubert c/ France*; Cour EDH, 25 nov. 2010, *Lilly France c/ France n° 2*.

44. Cour EDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*; v. également Cour EDH, *Kruslin c/ France, préc.*

45. Cour EDH, 24 avr. 1990, *préc.*

46. Cour EDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*, § 36.

47. Cour EDH, 16 déc. 1992, *Geouffre de la Pradelle c/ France*.

48. Condamnation par la Cour du système d'indemnisation des hémophiles contaminés par le virus du sida en raison de son manque de clarté : Cour EDH, 4 déc. 1995, *préc.*; Cour EDH, 30 oct. 1998, *F.E. c/ France*; Cour EDH, 10 oct. 2000, *Lagrange c/ France*.

49. V. notamment les exemples cités dans le A.

structurante, la Cour donnant une orientation précise quant au contenu requis de la norme.

La jurisprudence relative au ministère public est, à ce titre, particulièrement illustrative, la Cour ayant imposé dans ce domaine une certaine conception de l'équité procédurale, centrée sur les intérêts du justiciable. Il s'agit d'une question connue qui a fait l'objet d'une littérature abondante⁵⁰, mais il faut rappeler que la Cour européenne a eu la volonté d'appliquer des principes identiques à l'ensemble des ministères publics, entendus au sens large⁵¹, et d'ainsi dessiner un régime commun à l'ensemble de ces acteurs, en dépit de leurs différences fonctionnelle ou statutaire. S'agissant de feu le commissaire du gouvernement, aujourd'hui rapporteur public, dans l'arrêt *Kress*⁵², la Cour, sans nier les spécificités du fonctionnement de la justice administrative et le caractère « *sui generis* » du rôle du rapporteur public, gomme pourtant en pratique ces différences en appliquant au rapporteur public les mêmes principes qu'à l'avocat général et en en tirant les mêmes conséquences. Cette volonté d'uniformisation est également très claire, par exemple, dans l'arrêt *Slimane-Kaïd 2*⁵³ dans lequel la Cour place sur un pied d'égalité, l'avocat général près la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, l'avocat général près la Cour de cassation belge, le procureur général près la Cour suprême portugaise et le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français. Ce régime commun repose sur « une analyse matérielle de l'intervention du ministère public »⁵⁴ qui conduit à l'apparenter à une partie, ce terme désignant plutôt le juge « qui propose sa vision du litige »⁵⁵, « l'intervenant d'influence »⁵⁶ et s'oppose ainsi au juge qui décide. Cette assimilation de l'avocat général et du rapporteur public à des parties a entraîné leur

soumission aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes au nom de la théorie des apparences, avec les conséquences que l'on connaît, exclusion du ministère public du délibéré, obligation de communiquer le sens des conclusions de ces derniers aux parties et faculté pour les parties d'y répondre, ce qui a entraîné de nombreuses modifications quant à l'organisation de la procédure devant les juridictions françaises, modifications qui ont été le fait de différents décrets s'agissant de la juridiction administrative⁵⁷ et d'un changement de pratique s'agissant des juridictions judiciaires. Si la Cour a manifestement renoncé dans la décision *Marc-Antoine contre France*⁵⁸ à assimiler le rapporteur public près le Conseil d'État à une partie et n'a pas été jusqu'à imposer, au nom de l'égalité des armes, une communication à l'identique entre le rapporteur public et les parties du rapport du rapporteur, tel n'est pas été le cas pour l'avocat général près la Cour de cassation⁵⁹ qui, privé de la communication de l'intégralité du rapport du rapporteur et de sa participation à la conférence préparatoire des audiences, a vu son rôle se marginaliser.

L'influence de la jurisprudence européenne sur les normes en matière procédurale est également visible s'agissant du développement de l'exigence de publicité des audiences⁶⁰ ou de celle de l'impartialité du « tribunal », au sens autonome que revêt ce terme dans la jurisprudence européenne, qui a entraîné de nombreuses modifications de la procédure devant les autorités administratives ou les juridictions spécialisées. Ce dernier exemple témoigne d'ailleurs du fait que l'influence européenne sur la norme nationale n'est pas toujours directement liée à un constat de violation de la Convention par le juge de Strasbourg, puisqu'en matière d'impar-

50. F. Sudre, « Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme », in I. Pingel et F. Sudre (dir.), *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruylant, 2003, p. 39 et s.

51. V. *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, *ibidem*.

52. Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, § 69, *RFDA*, 2001, p. 1 000, note J.-L. Autin et F. Sudre; *AJDA*, 2001, p. 675, note F. Rolin.

53. Cour EDH., 27 nov. 2003, *Slimane-Kaïd 2 c/ France*, § 20.

54. F. Sudre, « Les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme », *préc.*

55. S. Soler, note sous Cour EDH, 21 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France*, *JCP G*, 1999, II, 10074; M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, Thèse Paris II, 1988, Ronéo, p. 20.

56. F. Sudre, *préc.*

57. V. les différents décrets adoptés pour satisfaire aux exigences européennes : Décrets du 19 décembre 2005, du 1^{er} août 2006 et du 7 janvier 2009. Sur ces questions, v. P. Idoux, « Vers un redéploiement de la contradiction en droit administratif français », *AJDA*, 2009, p. 637. Pour une vision d'ensemble, v. Dossiers « Le nouveau procès administratif », *AJDA*, 2011, p. 596 et s. et « Les mutations de la justice administrative », *AJDA*, 2012, p. 1193 et s.

58. Cour EDH, déc., 4 juin 2013, *Marc-Antoine c/ France*, *RDP*, 2013, p. 1123, note L. Milano.

59. Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*.

60. V. par ex. devant les juridictions financières la loi du 28 oct. 2008, n° 2008-1091.

tialité les modifications du droit interne opérées ne l'ont pas toujours été sous l'effet direct d'une condamnation européenne concernant la France. Indépendamment d'un éventuel constat d'inconventionnalité de la norme, d'autres éléments peuvent donc justifier la prise en compte des exigences européennes, leur influence se révèle alors tout aussi réelle mais plus indirecte.

II. L'influence indirecte

Au-delà d'un arrêt de condamnation qui oblige l'État, en vertu de l'autorité de la chose jugée, à exécuter l'arrêt et si besoin à modifier l'état du droit, la Cour considère de longue date que ses arrêts sont dotés de l'autorité de la chose interprétée⁶¹. Elle estime ainsi que lorsqu'elle a déjà condamné un État partie dont une mesure de portée générale méconnaissait la Convention, les autres États parties sont tenus de respecter sa jurisprudence et de mettre leur droit interne en conformité avec la Convention sans attendre d'être attaqués devant elle⁶². On pourrait ici encore parler d'une forme de loyauté conventionnelle que se doivent d'appliquer les États membres, les conduisant à dépasser l'autorité *inter partes* de l'arrêt (A). L'influence européenne sur la loi passe également souvent par la médiation du juge national, juge de droit commun de la Convention, lorsqu'il délivre une interprétation de la norme destinée à la rendre conforme aux exigences européennes (B).

A. Le dépassement de l'autorité *inter partes* de l'arrêt

Ce dépassement de l'autorité *inter partes* va concrètement se réaliser soit par le jeu de la transposition en droit national de solutions valant pour d'autres États (1), soit par le jeu de l'extension de la solution européenne, traduisant alors une logique d'adhésion (2).

1. Une logique de transposition

Bien que suscitant de nombreuses réticences de la part des États parties et des juridictions nationales, en pratique, la prise en compte de la chose

jugée et interprétée à Strasbourg est attestée par les modifications du droit français opérées par transposition de la chose jugée à l'encontre d'un autre État partie mais concernant une législation nationale identique à celle condamnée à Strasbourg. Parmi les exemples les plus édifiants, on peut citer les implications sur notre droit interne de l'arrêt *Salduz contre Turquie*⁶³ du 27 novembre 2008 concernant le droit de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat dès le début de la garde à vue. Avant même qu'une condamnation de la législation française intervienne par l'arrêt *Brusco* du 14 octobre 2010⁶⁴, le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 30 juillet 2010⁶⁵ avait déclaré les dispositions en cause de la loi du 15 juin 2000 comme inconstitutionnelles, le dossier documentaire accompagnant la décision analyse la jurisprudence européenne sur cette question et notamment l'arrêt *Salduz*. Dès le prononcé de cet arrêt, les autorités savaient, en effet, qu'elles devraient modifier l'état du droit. De plus, l'autorité de la chose interprétée va trouver une illustration éclatante avec les arrêts d'assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011⁶⁶. Ceux-ci énoncent, au visa de l'article 46 de la Convention relatif à l'autorité des arrêts de la Cour européenne, que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ». La Haute juridiction y décide, en s'appuyant sur l'arrêt *Salduz*, d'appliquer immédiatement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en matière d'assistance d'un avocat sans attendre l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011 (n° 2011-392) modifiant le régime de la garde à vue.

Un autre exemple de cette logique de transposition peut être tiré de la question du champ d'application du principe *non bis in idem*, principe qui interdit le cumul de sanctions pénales. Le champ d'application de ce principe est régi par les notions autonomes « d'accusation en

61. Cour EDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, § 158. Sur cette question J. Andriantsimbazovina, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges », in Mélanges B. Genevois, *Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, p. 11.

62. V. not. Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c/ Chypre*, en référence à l'arrêt Cour EDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, GACEDH n° 43.

63. Cour EDH, Gd. Ch., 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, GACEDH n° 35.

64. Cour EDH, 14 oct. 2010, *Brusco c/ France, Dr pén.*, 2010, p. 29, obs. C. Mauro.

65. Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, *Daniel W et al.*, D., 2010, p. 2259, obs. J. Pradel.

66. Ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-30.313.

matière pénale » contenues à l'article 6 § 1 de la Convention. La France, lors de la ratification de l'article 4 du Protocole 7, a émis une réserve prévoyant que « seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale » sont concernées par l'application de cette disposition. Toutefois, l'invalidation de la réserve italienne dans l'arrêt *Grande Stevens*⁶⁷, réserve identique à la réserve française, a suscité les plus vives inquiétudes de la part des autorités françaises et a conduit le juge constitutionnel⁶⁸, saisi par la Cour de cassation, à préciser sa position en identifiant différents critères cumulatifs interdisant un tel cumul de sanctions. Il a, en application de ces nouveaux critères, censuré des dispositions législatives permettant des poursuites à la fois devant les juridictions pénales et devant l'AMF. Le législateur⁶⁹ et le gouvernement⁷⁰ sont donc intervenus pour articuler les poursuites pénales et administratives en matière d'abus de marché afin d'éviter le cumul de sanctions, alors même que la France n'a jamais fait l'objet de condamnation à ce sujet et, qu'à ce jour, la réserve française est toujours valide. Il faut également souligner qu'en matière de cumul de sanctions administratives et fiscales, le juge constitutionnel dans ses décisions récentes⁷¹ a justifié ce cumul par le critère de la complémentarité des procédures administrative et fiscale, critère qui est celui retenu par la Cour européenne pour admettre le cumul de sanctions pénales⁷².

Indépendamment de toute crainte d'une condamnation européenne, la réception de l'influence européenne peut aussi traduire une réelle logique d'adhésion.

2. Une logique d'adhésion

Certaines modifications du droit français ont été opérées par réception de la chose interprétée et traduisent une logique d'adhésion aux exigences

européennes, logique qui peut recouvrir plusieurs hypothèses.

L'influence européenne peut, tout d'abord, se manifester par une sorte d'effet de contagion, les autorités nationales étendant les exigences européennes à toutes les situations comparables. Par exemple, après la condamnation de la France dans des affaires concernant la composition de certaines juridictions ordinales⁷³, de nombreuses modifications de la composition des juridictions spécialisées, en particulier en matière sociale⁷⁴, ont, par un effet domino, été menées indépendamment de toute condamnation européenne concernant ces juridictions, mais par application de la conception européenne de l'indépendance du juge et de la théorie des apparences⁷⁵.

L'influence européenne peut également se manifester par un dépassement des exigences européennes. Ainsi, s'agissant de la motivation des arrêts de cours d'assises, la Cour a toujours considéré que « l'exigence de motivation doit aussi s'accommoder des particularités de la procédure, notamment devant les cours d'assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction »⁷⁶. Lorsque la Cour a prononcé des condamnations, en particulier dans l'arrêt *Taxquet*⁷⁷ concernant le système belge qui est proche du système français ou dans l'arrêt *Agnelet contre France*⁷⁸, c'est en raison de l'absence d'individualisation et de précision des questions posées au jury, seules susceptibles de « compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury » et de constituer « une garantie essentielle contre l'arbitraire ». Le principe de l'intime conviction des jurés d'assises n'a donc jamais été condamné en soi par la Cour, seules certaines applications de ce principe ont fait l'objet de constats de violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Le Conseil constitutionnel a, par ailleurs, reconnu la constitutionnalité du dispositif français⁷⁹. C'est donc en dehors de toute

67. Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c/ Italie*.

68. Cons. const., 18 mars 2015, déc. n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, *JCP G*, 2015, p. 368. note F. Sudre.

69. Loi du 21 juin 2016 n° 2016-819 réformant le système de répression des abus de marché.

70. Décret du 11 août 2016 n° 2016-1121.

71. V. Cons. const., 24 juin 2016, déc. n° 2016-545 et n° 2016-546 QPC ; Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC.

72. Cour EDH, 15 fév. 2015, *Boman c/ Finlande* ; Cour EDH, Gd. Ch., 15 nov. 2016, *A et B c/ Norvège*, *GACEDH* n° 26.

73. Par ex. Cour EDH, déc., 9 janv. 2001, *Ouendeno c/ France* (Ordre des médecins).

74. Par ex. loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 concernant la composition de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification des accidents du travail.

75. Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*.

76. Cour EDH, 15 nov. 2001, *Papon c/ France*.

77. Cour EDH, Gd. Ch., 16 nov. 2010, *Taxquet c/ Belgique*, § 90.

78. Cour EDH, 10 janv. 2013, *Agnelet c/ France*, *JCP G*, 2013, actu n° 116, L. Milano.

79. Cons. const., 1^{er} avr. 2011, déc. n° 2011-113 et n° 2011-115 QPC.

remise en cause de ce système que le législateur⁸⁰ a décidé d'aller au-delà des exigences européennes en insérant un nouvel article 365-1 dans le Code de procédure pénale prévoyant une « feuille de motivation » annexée à la feuille des questions. Selon cette disposition, en cas de condamnation, la motivation doit reprendre les éléments qui ont été exposés pendant les délibérations et qui ont convaincu la cour d'assises pour chacun des faits reprochés à l'accusé. Cette réforme a été approuvée par la Cour européenne qui a estimé qu'elle était « susceptible de renforcer significativement les garanties contre l'arbitraire et de favoriser la compréhension de la condamnation par l'accusé, conformément aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention »⁸¹.

Enfin, il existe un dernier cas de figure, proche du précédent, dans lequel le législateur répond à une incitation du juge européen et des organes du Conseil de l'Europe en dehors de toute obligation juridique. C'est le cas en matière de réouverture d'une procédure à la suite d'un arrêt de condamnation de la Cour européenne. Lorsqu'un État est condamné par la Cour de Strasbourg, pour exécuter l'arrêt, il doit opérer la *restitutio in integrum* et replacer la victime dans la situation qui était la sienne avant la violation. Il existe toutefois de nombreux cas où cette *restitutio in integrum* est, en pratique, impossible, ce qui conduit d'ailleurs la Cour à prononcer une satisfaction équitable (art. 41 CEDH). Toutefois, dans le but d'assurer la meilleure exécution possible des arrêts, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁸² et la Cour de Strasbourg incitent les États à prévoir des mécanismes de réexamen de l'affaire à la suite d'une condamnation européenne. Il ne s'agit que d'une incitation et en aucun cas d'une obligation juridique. La France a ainsi institué, par la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, une procédure de réexamen pour les décisions pénales définitives jugées contraires à la Convention par la

Cour de Strasbourg lorsque la violation constatée entraîne par sa nature et sa gravité « des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme » (art. 626-1 et s. CPP). Une procédure de réexamen d'une décision civile rendue en matière d'état des personnes, à la suite d'un arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg, vient également d'être créée par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^e siècle (art. 452-1 du Code de l'organisation judiciaire). Ces procédures témoignent d'une volonté de parfaite exécution des arrêts de la Cour. La question du réexamen en matière administrative a également été posée au Conseil d'État dans l'arrêt *Baumet*⁸³, mais celui-ci a considéré, qu'en l'absence de procédure organisée à cet effet, il ne pouvait permettre un tel réexamen, renvoyant donc le législateur à ses responsabilités. Il a, en revanche, prévu une procédure de relèvement en matière de décisions administratives et l'obligation pour l'administration de prendre en compte un arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg⁸⁴.

L'influence européenne sur les normes de portée générale ne se manifeste pas seulement au stade de l'élaboration de la norme, entendue au sens large comme incluant la modification de la norme, elle intervient aussi au stade de l'application de la règle par le juge national. Le juge interne, juge de la conventionnalité de la loi, joue le rôle de relais dans la réception de la logique européenne par le législateur ou le pouvoir exécutif.

B. L'interprétation conforme de la norme

Comme l'écrivait Henri Motulsky c'est dans la lutte judiciaire que s'éprouve « l'efficacité des droits voire leur nature profonde »⁸⁵, il est ainsi fréquent que l'inconventionnalité de la norme nationale apparaisse au stade de son application et donc lors de sa contestation devant le juge⁸⁶.

80. Loi du 10 août 2011, n° 2011-939.

81. Cour EDH, *Agnelet*, préc., § 72, dans cette affaire la réforme n'était pas encore en vigueur. La Cour a été appelée à se prononcer, pour la première fois, sur ce nouveau dispositif dans la décision Cour EDH, 6 oct. 2015, *Matis c/ France*, elle a conclu à l'absence de violation de la convention et a rejeté la requête comme mal fondée.

82. Recommandation R(2000) 2, 19 janv. 2000.

83. CE, 4 oct. 2012, *préc.*

84. CE Ass., 30 juill. 2014, *Vernes*, *JCP G*, 2014, p. 1089, note L. Milano. V. toutefois l'interprétation très stricte des conditions relatives à cette procédure, CE, 9 mars 2016, *Vernes*.

85. H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Archives et philosophie du droit*, « Le droit subjectif en question », T. IX, Sirey, 1964, p. 215.

86. V. X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la CEDH », *RDLF*, 2015, chron n° 8.

Ce dernier utilise toute une palette de techniques d'interprétation⁸⁷ pour apprécier la conventionnalité de la norme nationale et il faut constater qu'il existe désormais une convergence entre les solutions retenues par le juge interne, administratif comme judiciaire, et le juge européen⁸⁸. Cette convergence se matérialise par l'utilisation dominante de la technique de l'interprétation conforme qui vise à interpréter les dispositions nationales conformément aux solutions dégagées par le juge européen. Celle-ci peut conduire le juge à modifier l'interprétation de la norme (1) ou nécessiter l'intervention du législateur pour qu'il modifie le contenu de la norme (2).

1. La modification de l'interprétation de la norme

Nous laisserons de côté l'hypothèse, très controversée, dans laquelle le juge écarte l'application de la loi, alors même que sa conventionnalité n'est pas en cause, car, au regard des circonstances de l'espèce, son application conduit à un résultat incompatible avec les exigences conventionnelles⁸⁹. Ce contrôle concret mis en œuvre par le juge interne ne remet pas pour autant en cause la conventionnalité *in abstracto* de la loi, seule son application au cas d'espèce est écartée mais sans que cela n'ait d'incidence sur la loi elle-même.

Au contraire dans les hypothèses que nous visons, le juge modifie l'interprétation de la disposition normative et donc sa portée. Ceci peut renvoyer principalement à deux situations.

La première est celle où le juge national vient compléter la norme de portée générale par son interprétation afin de la rendre conforme aux exigences européennes. Ainsi, il est apparu que les huit de cas de récusation d'un magistrat visés par l'article 341 du Code de procédure civile étaient insuffisants pour appréhender la multiplicité des cas de violation du principe d'impartialité identifiés par le juge européen. La Cour de cassation a donc considéré que l'article 341 « n'épuise

pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction »⁹⁰ et cumule les hypothèses visées par la loi avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. La seconde situation est celle où le juge modifie, par son interprétation, la portée d'une norme pour la rendre conforme aux exigences conventionnelles. On peut citer l'exemple de la responsabilité de l'État pour le fonctionnement défectueux du service de la justice dans l'hypothèse d'une violation du délai raisonnable. S'agissant du droit civil, le régime de responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice est issu de la loi du 5 juillet 1972 et cette responsabilité peut être engagée pour faute lourde ou déni de justice. L'interprétation stricte de ces conditions par le juge judiciaire avait conduit la Cour européenne⁹¹ à considérer que ce régime de responsabilité ne pouvait être regardé comme une voie de recours interne utile à prendre en compte au titre de l'épuisement des voies de recours internes (art. 35 § 1 CEDH). Par ailleurs, dans un arrêt *Kudla contre Pologne*⁹², la Cour a estimé que les États avaient l'obligation de se doter de voies de recours internes effectives permettant de sanctionner ou de redresser la violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable. À la suite d'une évolution déjà amorcée par les juges du fond, l'arrêt *Kudla* est manifestement l'élément déclencheur de la confirmation de cette évolution par la Cour de cassation⁹³ qui va adopter, par un arrêt du 23 février 2001, une définition élargie de la faute lourde au sens de l'article L. 781-1 du Code de l'organisation judiciaire (aujourd'hui art. L. 141-1 COJ), assouplissant ainsi les conditions de mise en jeu de la responsabilité de l'État dans le sens voulu par la Cour européenne ; celle-ci prendra d'ailleurs acte de cette évolution en considérant que ce recours constitue un recours effectif qu'il convient d'épuiser⁹⁴.

Le juge peut certes assouplir, modifier l'interprétation d'une disposition législative, il peut

87. V. F. Sudre, « À propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », in *Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, Paris, 2004, p. 207 et s.

88. V. F. Sudre, « Du "dialogue des juges" à l'euro-compatibilité », in *Mélanges B. Genevois, Le dialogue des juges, préc.*, p. 1015 et s.

89. Par ex. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D., 2014, p. 179, note F. Chénéde; RTD. civ., 2014, p. 307, note J.-P. Marguenaud; CE Ass., 31 mai 2016, *Mme Gonzalez Gomez, AJDA*, 2016, p. 1398, chron. L. Duthillet de Lamothe et G. Odinet.

90. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, X. c/ Centre régional de transfusion sanguine de Bordeaux; Civ. 2^e, 27 mai 2004.

91. Cour EDH, 20 fév. 1991, *Vernillo c/ France*, § 27.

92. Cour EDH, Gd.Ch., 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne, GACEDH n° 39*.

93. Ass. plén., 23 fév. 2001, *Consorts Bolle-Laroche*.

94. Cour EDH, 12 juin 2001, *Guimmarra et Plouzeau c/ France*.

même en comblant les lacunes. L'intervention du législateur en complément de cette interprétation est néanmoins parfois nécessaire pour sécuriser l'état du droit et permettre, conformément aux exigences européennes, l'accessibilité et la clarté de la règle.

2. Une interprétation nécessitant la modification du contenu de la norme

L'interprétation conforme délivrée par le juge national peut conduire le législateur ou l'exécutif à modifier le droit positif afin de le rendre conforme aux exigences européennes. Ainsi, à la suite de nombreuses condamnations par la Cour européenne de l'impossibilité pour un prévenu absent d'être représenté par un avocat⁹⁵, la Cour de cassation, qui avait dans un premier temps refusé de se soumettre aux exigences européennes, va opérer un revirement de jurisprudence dans un arrêt d'assemblée plénière du 2 mars 2001⁹⁶ et à sa suite le législateur consacrera dans le Code de procédure pénale (art. 379-3 et 412 CPP) la possibilité pour l'avocat présent d'être entendu en l'absence de la personne poursuivie⁹⁷. Autre exemple tiré cette fois de la procédure administrative, à la suite des arrêts *Kress*⁹⁸ et *APBP*⁹⁹, dans lesquels la Cour européenne va préciser que la pratique consistant pour les parties à répondre aux conclusions du rapporteur public par une note en délibéré contribue au respect du contradictoire à condition notamment que l'existence de cette note soit expressément visée par la juridiction, le Conseil d'État¹⁰⁰ va généraliser l'usage de la note en délibéré et le gouvernement¹⁰¹ prendra le relais en codifiant ce qui n'était jusque-là qu'une pratique. S'agissant du régime de responsabilité de l'État pour fonctionnement défectueux du service de la justice devant le juge administratif, si pour satisfaire aux exigences européennes, le

Conseil d'État a dû substituer un régime pour faute lourde à un régime pour faute simple¹⁰², cette évolution n'a pas eu d'incidence directe sur la loi, le régime de la responsabilité de l'État devant le juge administratif étant d'origine prétorienne¹⁰³. On peut néanmoins souligner une incidente indirecte sur la norme de portée générale puisque, à la suite de l'arrêt *Magiera*, le gouvernement¹⁰⁴ a tiré les conséquences de cette évolution en modifiant l'article R. 311-1 du Code de justice administrative et en donnant compétence au Conseil d'État pour connaître en premier et dernier ressort « des actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative ». La prise en compte des exigences européennes par le biais de l'interprétation conforme peut ainsi conduire à combler les lacunes du droit interne ou à modifier l'état du droit.

Pour conclure sur ce rapide tour d'horizon de l'influence européenne sur la loi, il faut souligner que le rôle que peut avoir la Cour de Strasbourg sur la norme de portée générale ne doit pas inquiéter, il ne s'agit en aucun cas d'une remise en cause de notre souveraineté juridique. Au contraire, ce contrôle extérieur est le gage du respect et de l'approfondissement des valeurs sur lesquelles repose notre système juridique, « une garantie supplémentaire que les Droits de l'Homme sont préservés »¹⁰⁵. La future entrée en vigueur du Protocole 16¹⁰⁶, qui prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des États parties d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles, permettra de renforcer le dialogue et d'ainsi accroître la diffusion de la Convention dans le droit interne.

95. Par ex. Cour EDH, 23 nov. 1993, *Poitrimol c/ France*, GACEDH n° 36 ; Cour EDH, 23 mai 2000, *Van Pelt c/ France* ; Cour EDH, 13 fév. 2001, *Krombach c/ France*.

96. Ass. plén., 2 mars 2001, *Dentico, D.*, 2001, p. 1899, note J. Pradel.

97. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

98. Cour EDH, *Kress c/ France*, préc.

99. Cour EDH, 21 mars 2002, *APBP c/ France*, § 27.

100. CE, 12 juill. 2002, *Leniau, RFDA*, 2003, p. 307, concl. D. Piveteau.

101. Décret n° 2005-1586 du 19 déc. 2005, *RFDA*, 2006, p. 286, obs. F. Sudre.

102. CE, Ass., 28 juin 2002, *Magiera, RFDA*, 2002, p. 756, concl. F. Lamy.

103. CE Ass., 29 déc. 1978, *Darmont*.

104. Décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005.

105. Discours d'Emmanuel Macron devant la Cour EDH, préc.

106. La France a engagé le processus de ratification de ce Protocole.

Petit neuf du Grand A :

la loi du 9 juillet 1991

La loi du 9 juillet 1991

Philippe Théry

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

La préparation et le vote de la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution ont été une entreprise de longue haleine. La préparation parce que les travaux ont commencé au début de 1984, après que Robert Badinter, alors Garde des Sceaux, eut choisi Roger Perrot pour en diriger la réforme. Le vote parce qu'il s'est étalé sur deux années en raison d'une actualité politique qui reléguait le projet au second plan.

Le projet a été élaboré par une commission regroupant universitaires, magistrats – principalement des juges d'instance auxquels Roger Perrot a demandé ensuite que fussent adjoints des magistrats de cours d'appel –, huissiers de justice, avocats, avoués et, naturellement, des magistrats du bureau de la procédure civile de la Chancellerie que dirigeait Jean Buffet qui, par la suite, devint président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Il contribua ainsi à l'éducation de la loi après lui avoir donné naissance. Ce groupe de travail se réunit régulièrement jusqu'à l'élaboration complète d'un avant-projet. La seule défection fut celle d'un avocat qui – semblant découvrir que les procédures d'exécution avaient pour raison d'être le paiement du créancier – s'expliqua en disant « je croyais que nous étions là pour protéger les débiteurs », préoccupation que son départ ne fit cependant pas disparaître. Les deux lignes direc-

trices sur lesquelles la commission se mit d'accord étaient les suivantes : simplifier les procédures et les rendre plus efficaces sans remettre en cause la protection due au débiteur.

La méthode de travail était simple. Plusieurs auditions des professions intéressées, des syndicats et des associations de consommateurs furent organisées afin de recueillir des informations sur les changements qui s'imposaient mais aussi ceux qui ne s'imposaient pas¹. Ces rencontres permettaient aussi d'avoir leurs réactions sur les différentes idées qui pouvaient orienter la réforme.

Tous les quinze jours ou toutes les trois semaines se tenaient une commission plénière qui donnait d'abord son avis sur des textes qui lui avaient été envoyés puis fixait les grandes lignes des textes à rédiger. Un groupe plus restreint se réunissait une fois par semaine pour la rédaction, la télécopie assurant entre temps critiques et ajustements.

La première question qu'il fallait résoudre était celle du choix des procédures qui seraient réformées en priorité. Bien que la saisie immobilière fût à l'époque très critiquée, il se porta sur les saisies mobilières. Ce choix s'expliquait facilement : après l'élaboration du Nouveau code de procédure civile dans lequel une place avait été gardée pour les voies d'exécution², la suite des

1. C'est ainsi par exemple qu'il fut décidé de maintenir la compétence du tribunal d'instance pour la saisie des rémunérations, alors même que le contentieux de l'exécution était confié au juge de l'exécution, les syndicats ayant fait valoir que cette procédure fonctionnait de manière très satisfaisante.

2. Livre cinquième, à la suite des dispositions relatives à l'arbitrage international.

travaux commença par la préparation de la réforme de la saisie immobilière. Cette tentative de réforme s'enlisa en raison de l'opposition des avocats – qui étaient devenus « propriétaires » de la saisie immobilière lors de la disparition des avoués en 1971 – et des notaires qui la revendiquaient en se prévalant du bon fonctionnement de la saisie immobilière en Alsace-Moselle où elle était confiée aux notaires. Il était donc de meilleure politique de commencer par les saisies mobilières, qui ne provoquaient pas ces sursauts corporatistes. Une fois cette première tranche de travaux effectuée, on pouvait escompter que la réforme continuerait, pour ne pas rester au milieu du gué. Cela prit quand même quinze ans...

La commission fut néanmoins rattrapée par la saisie immobilière à la suite d'un rapport préparé par M. Euvrard, sous-gouverneur du Crédit foncier, rapport qui concluait que le marché immobilier ne pouvait être relancé que si trois réformes étaient accomplies : le refinancement des banques, qui se traduisit par la loi sur la titrisation du 23 décembre 1988, la modernisation de la publicité foncière et la réforme de la saisie immobilière. Le Ministère des finances décida de s'en occuper mais Roger Perrot fit valoir qu'il était peut-être préférable que la commission s'occupe de la saisie immobilière. Pendant quelques mois, la commission travailla donc sur cette question, en dégageant des grandes lignes qui simplifiaient assez radicalement la procédure. Tout d'un coup, l'urgence disparut et les travaux sur les saisies mobilières repriront.

Une fois les textes rédigés, il fallut se livrer à un exercice qui consistait à mettre d'un côté les dispositions qui relevaient du Parlement en application de l'article 34 de la Constitution et de l'autre les dispositions réglementaires³. Cette séparation effectuée, on avait d'un côté comme de l'autre une suite de dispositions qui ne constituaient pas un texte homogène. Il fallut donc introduire dans l'avant-projet de loi des textes réglementaires pour que l'ensemble se présente comme un texte cohérent.

Lors de l'examen du projet par la section de l'intérieur au Conseil d'État un incident se produisit qui aurait pu avoir des conséquences regrettables. Lorsqu'une saisie devait être faite au domicile du débiteur, l'autorisation préalable du juge n'était pas systématiquement requise. Un conseiller fit valoir que l'autorisation devait être systématiquement exigée et donna en exemple les perquisitions qui étaient faites en matière fiscale ou en matière de concurrence. Il expliqua ensuite que la porte de son appartement avait été forcée par un huissier qui s'était trompé d'étage... À petite cause, grands effets. Bien que la comparaison avec les perquisitions ne fût pas pertinente⁴, le Garde des sceaux décida de modifier le texte.

Le texte passa aussi devant l'assemblée générale du Conseil. À cette occasion, un conseiller critiqua certaines dispositions relatives aux saisies pratiquées auprès de banques, critiques qui furent écartées par le vice-président du Conseil, à l'époque M. Marceau Long, après les explications données par Roger Perrot, qui assistait à la séance en qualité de commissaire du Gouvernement⁵. On sut ensuite – mais tous les membres du Conseil le savaient sans doute – que le fils du conseiller qui avait critiqué le texte était un cadre important dans une banque...

Lors de la première lecture du texte à l'Assemblée nationale, la disposition introduite après le passage en section faillit entraîner le rejet du texte dans son ensemble. Certains parlementaires firent en effet valoir, à juste titre, que demander au juge de délivrer des autorisations dont on ne voyait pas pourquoi elles pourraient être refusées revenait à les surcharger d'un travail inutile en les transformant en préposés au maniement des tampons... Finalement, l'examen du texte se poursuivit après que le Garde des sceaux eut demandé un scrutin public⁶.

Il serait donc erroné de dire que le Parlement n'a pas joué son rôle dans l'élaboration du texte. Les travaux parlementaires ont été de bonne tenue et les dispositions ont été discutées pour

3. Dans lesquelles on trouvait aussi bien les textes procéduraux qui constituaient des règlements autonomes que les mesures d'application des textes législatifs.

4. Parce que ces perquisitions se font à partir de soupçons sur lesquels il est légitime que le juge ait un contrôle alors que la saisie suppose que le créancier ait un titre exécutoire.

5. Personnes chargées de défendre le texte.

6. Le texte étant examiné en séance de nuit...

des raisons que l'on pouvait ou non partager mais qui n'étaient pas médiocres.

Il y a un épilogue : Roger Perrot fut à nouveau sollicité, après la réforme, pour s'occuper de la saisie immobilière. Un petit groupe de travail fut à nouveau réuni mais ses travaux cessèrent rapi-

dement parce que le cabinet du ministre de la Justice fit savoir que le texte devait impérativement contenir certaines dispositions. Aussi suggéra-t-on à notre interlocuteur de s'occuper personnellement de la réforme. Le reste est une histoire à laquelle je suis resté étranger.

Contentieux administratif

Autour d'une discipline choisie à chaque numéro, cette rubrique « perspectives » a pour objectif d'en dessiner les contours, d'en tracer les évolutions récentes et les évolutions à venir, d'en dresser un bilan prospectif.

À cette fin la liberté de la plume est totale : les auteurs présentent un libre-propos sur la discipline en général, ou sur certains de ses aspects particuliers, sur ses évolutions récentes et futures, sur ce qu'elle pourrait devenir, sur d'éventuels souhaits pour son avenir.

Les « perspectives » de ce numéro sont consacrées au contentieux administratif.

Petit un du Grand B :

les perspectives du contentieux administratif : le droit, rien que le droit

Les perspectives du contentieux administratif Le droit, rien que le droit

Bertrand Seiller

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Il n'est guère douteux que l'avenir du contentieux administratif passera par une maîtrise de son développement et, notamment, par la réaffirmation de la nature strictement juridique de l'office du juge administratif.

Ce développement est d'abord quantitatif, avec une croissance continue des recours dont sont saisies les juridictions administratives : alors que 175 000 affaires étaient enregistrées par les tribunaux administratifs en 2010, 193 000 le furent en 2016, soit une augmentation de 10 % en 6 ans. Cette progression n'est pas seulement le reflet d'un phénomène général de juridictionnalisation des sociétés occidentales. Il est aussi probable que les individus, mieux informés de leurs droits, hésitent moins qu'auparavant à porter leurs différends avec les autorités publiques devant les juridictions administratives.

Mais ils y sont aussi encouragés par le développement également qualitatif du contentieux administratif.

Il est souvent le fruit d'initiatives prétoriennes. Pour ne citer que quelques exemples récents mais remarquables, la refonte du contentieux des contrats¹, l'ouverture du prétoire aux actes de droit souple² ou encore la mise en œuvre d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*³ contribueront à l'essor constant de ce contentieux. Ce n'est pourtant pas faute pour le juge administratif, et particulièrement le Conseil d'État, de poser des limites et des conditions aux évolutions qu'il décide. La vérification scrupuleuse de l'intérêt à agir contre les actes en cause ou l'obligation de ne faire valoir que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé sont autant d'illustrations de sa volonté de cantonner des avancées jurisprudentielles considérables.

À ces évolutions jurisprudentielles s'ajoutent des innovations textuelles destinées tout à la fois à faciliter certaines actions contentieuses et à en encadrer l'exercice. Le meilleur exemple en est assurément fourni par l'instauration, en conten-

1. V. encore récemment : CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445.

2. CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082 ; CE, 21 mars 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023.

3. CE, 31 mai 2016, *Mme C. A.*, n° 396848.

tieux administratif, des actions de groupe et en reconnaissance de droits⁴.

Le contentieux administratif est ainsi en progrès constant, offrant aux justiciables des possibilités toujours plus nombreuses et efficaces pour contester l'action des autorités administratives. Ces progrès ne sont cependant que le prolongement de changements plus anciens et profonds qui ont marqué une rupture déterminante.

On ne soulignera jamais assez l'importance considérable de la loi du 8 février 1995, laquelle a notamment donné au juge administratif un pouvoir d'injonction pour assurer l'exécution des décisions qu'il rend. Comme l'écrivit le regretté René Chapus, récemment disparu, « avec la loi du 8 février 1995, une page de l'histoire du régime contentieux administratif a été tournée »⁵. En permettant au requérant d'inviter le juge administratif à se préoccuper (enfin ?) des conséquences de ses propres décisions, le législateur a profondément changé la conception que ce juge se fait de son office.

Cette métamorphose, grâce à laquelle il accorde une attention accrue aux circonstances pour prononcer la décision la plus pertinente, a suscité – mais s'en est aussi nourrie – une autre réforme, tout aussi décisive, celle des procédures de référé par la loi du 30 juin 2000. Inspirée par une préoccupation similaire, celle de donner au juge administratif les moyens de prendre, au plus vite, toutes les décisions nécessaires à la résolution effective des litiges dont il est saisi, cette réforme a scellé la confiance des justiciables en l'efficacité de la justice administrative.

La possibilité d'obtenir du juge administratif une réponse rapide et adaptée aux errements de l'action administrative est principalement incarnée par le référé liberté fondamentale, ouvert à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Conçue pour mettre un terme aux saisines abusives du juge judiciaire des référés, sous cou-

vert d'une prétendue voie de fait commise par l'administration, et pour conférer au juge administratif des moyens similaires à ceux de son homologue, cette procédure de référé a montré son adaptation aux situations urgentes les plus délicates et sa pertinence pour donner une pleine et immédiate satisfaction aux individus atteints dans leurs libertés fondamentales.

Fréquemment mise en œuvre par des étrangers⁶, y compris des mineurs⁷, ou par des associations de soutien des étrangers⁸, ainsi que par des détenus ou des organisations de protection des détenus⁹, le référé liberté fondamentale est désormais utilisé dans les circonstances les plus diverses. À défaut d'être souvent couronnée de succès, la procédure offre au requérant la possibilité d'être rapidement fixé sur la justesse de ses prétentions. Elle est ainsi parfois le moyen de « crever l'abcès », y compris en montrant au demandeur qu'il ne saurait obtenir satisfaction. Comme l'avait jadis finement observé Jean Rivero au sujet des questions de laïcité, « le seuil du droit franchi, les disputes s'apaisent »¹⁰.

Encore faut-il que les disputes présentent de réels aspects juridiques sans lesquels l'exercice d'un recours juridictionnel n'est d'aucune utilité.

Or, après avoir été longtemps perçu comme exclusivement censeur des illégalités commises par les autorités administratives, le juge administratif apparaît désormais, à la suite des évolutions contemporaines ci-dessus évoquées, comme à même de se prononcer sur n'importe quelle contestation de l'action publique.

Certaines, qu'il aurait paru incongru, il y a encore 10 ou 20 ans, de prétendre porter devant un juge, tant elles semblent exagérément modestes, lui sont régulièrement soumises. Tel est le cas des menus de substitution dans les cantines scolaires¹¹, des tenues vestimentaires sur les plages¹² ou de l'installation de crèches dans des bâtiments publics¹³. Grâce à la réduction notable de la catégorie des mesures d'ordre

4. Par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, v. respectivement les articles L. 77-10-1 et s. et L. 77-12-1 et s. CJA.

5. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Précis Domat, 13^e éd., 2008, p. 974.

6. CE, 9 déc. 2014, *Mme A.*, n° 386029.

7. CE, 27 juill. 2016, *M. B.*, n° 400055.

8. CE, 23 nov. 2015, *Médecins du monde*, n° 394540.

9. CE, 28 juill. 2017, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 410677.

10. J. Rivero, « La notion juridique de laïcité », *D.*, 1949, p. 137.

11. TA Dijon, 28 août 2017, *Ligue de défense judiciaire des musulmans*, n° 1502100.

12. CE, 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres – Association de défense des droits de l'homme collectif contre l'islamophobie en France*, n° 402742 et n° 402777.

13. CE, 9 nov. 2016, *Fédération départementale des livres penseurs de Seine-et-Marne*, n° 395122.

intérieur, les décisions en cause sont aujourd'hui susceptibles de recours. Ils donnent lieu à des décisions soigneusement pesées et porteuses d'un certain équilibre sur des questions particulièrement sensibles dans la société contemporaine. Cela est possible car ces litiges s'insèrent évidemment dans un débat non seulement politique mais aussi juridique, au centre duquel se situe la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État. Aussi subtile soit son interprétation, celle-ci n'en reste pas moins dans l'office du juge.

Il en va de même dans des affaires autrement douloureuses qui confrontent le juge administratif à des questions qui lui étaient autrefois passablement étrangères, celles de la vie¹⁴ et de la mort¹⁵. En effet, des demandes tendant à l'arrêt des traitements dispensés à une personne ou à l'exportation de gamètes en vue d'une insémination *post mortem* peuvent être traitées par la mise en œuvre des dispositions du Code de la santé publique. Le juge, en dépit de la complexité des situations en cause, est bien susceptible d'en connaître et s'efforce, dans un contexte pénible, d'y répondre en restant sur le terrain du droit mais sans s'interdire certaines audaces destinées à en atténuer la rigueur.

C'est pour être en mesure de statuer dans les meilleures conditions sur ce type d'affaires difficiles que le législateur a récemment prévu qu'elles puissent être jugées par une formation composée de trois juges des référés¹⁶. Alors même qu'il était antérieurement possible au juge du référé de renvoyer l'examen d'une affaire à une formation collégiale, cette solution de moyen terme allie la souplesse et la rapidité de la procédure de référé aux garanties offertes par la collégialité, aussi modeste soit-elle.

Mais s'il est ainsi armé pour trancher rapidement et efficacement les litiges les plus délicats, le juge administratif ne saurait outrepasser les bornes de son office. Notamment, il ne saurait lui être demandé de se prononcer sur des questions qui excèdent le champ du débat juridique. Or, incités à cela par l'efficacité de son intervention, certains requérants n'hésitent plus à lui

soumettre des contestations dépourvues d'ancrage juridique.

Trois exemples, recueillis dans la jurisprudence du Conseil d'État depuis le début de l'année, donnent une idée de la dérive contre laquelle il s'efforce de lutter.

En matière médicale, et en dépit des espoirs que certaines de ses décisions antérieures peuvent faire naître auprès de personnes n'ayant plus d'autre issue, il ne saurait lui être demandé d'enjoindre aux médecins d'administrer un traitement plutôt qu'un autre à un patient¹⁷. Le droit n'encadrant – heureusement – pas les choix thérapeutiques, le juge ne saurait s'immiscer dans l'analyse des avantages et inconvénients des différents traitements susceptibles d'être prescrits pour, le cas échéant, corriger l'« erreur » commise par l'homme de l'art. Le droit exige seulement qu'une prise en charge thérapeutique soit effectivement assurée au malade et que ses médecins effectuent un bilan entre les risques encourus et les bénéfices escomptés des différents traitements possibles. Le reste, et notamment leur choix au terme de ce bilan, échappe à l'emprise du droit. Autant le patient a le droit de consentir au traitement, autant il ne dispose pas du droit de choisir celui-ci.

En matière pénitentiaire, le recours au juge du référé liberté fondamentale a certes permis à des détenus ou aux associations qui veillent à leurs conditions de détention d'obtenir le prononcé d'injonctions de mener à bien certains travaux d'urgence destinés à remédier à des situations intolérables, comme l'éradication des animaux nuisibles présents dans les locaux de centres pénitentiaires¹⁸. En revanche, les conditions d'intervention de ce juge impliquent qu'ils ne puissent exiger que des mesures de sauvegarde susceptibles d'être prises dans un délai de quarante-huit heures. Il en résulte qu'il ne saurait examiner des demandes portant sur des mesures d'ordre structurel. Mais ce n'est pas seulement parce que de telles mesures ne sauraient être prises et porter effet à très bref délai ; c'est aussi, pour certaines d'entre elles, parce que de telles mesures reposent « sur des choix de politique

14. CE Ass., 24 juin 2014, *M. Lambert*, n° 375081 ; CE Ass., 19 juill. 2017, *M. Lambert*, n° 402472.

15. CE Ass., 31 mai 2016, *Mme Gomez*, n° 396848.

16. Art. L. 511-2 CJA tel que modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016.

17. CE réf. form. collégiale, 26 juill. 2017, n° 412618.

18. CE ord. réf., 22 déc. 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 364584.

publique »¹⁹ et comme telles échappent évidemment à l'emprise du droit. Tel est le cas lorsqu'il est demandé que soient alloués aux services judiciaires et pénitentiaires des moyens financiers, humains et matériels supplémentaires et que soient prises des mesures de réorganisation des services ainsi qu'une circulaire de politique pénale. Le juge du référé liberté fondamentale, tout comme le juge du fond d'ailleurs, ne saurait se mêler des choix politiques dans le domaine pénitentiaire.

En matière d'événements « culturels » organisés par les collectivités publiques, le juge administratif ne saurait enfin, sous couvert de favoriser l'égalité entre les hommes et les femmes, enjoindre à une commune d'enlever des panneaux représentant des silhouettes féminines qu'elle avait installées en divers endroits de son territoire. Alors même que ces silhouettes « peuvent être perçues par certains comme véhiculant, pris dans leur ensemble, des stéréotypes dévalorisants pour les femmes [...], ou, pour quelques-uns d'entre eux, comme témoignant d'un goût douteux voire comme présentant un caractère suggestif inutilement provocateur »²⁰, de telles considérations, évidemment d'ordre moral ou esthétique, échappent à toute analyse

de légalité. Le droit ne saurait servir à définir le bon goût.

Dans toutes ces affaires récemment soumises au juge du référé liberté fondamentale, un rejet a été heureusement prononcé. Le Conseil d'État a, ce faisant, entendu clairement affirmer les limites de l'office de ce juge et, plus fondamentalement, celles de l'office de tout juge administratif.

Le développement considérable des pouvoirs du juge administratif, l'attention qu'il porte désormais à tous les éléments des affaires qui lui sont soumises et aux conséquences concrètes des décisions qu'il rend, ne sauraient conduire à remettre en cause le principe fondamental qui lui interdit de s'affranchir des limites du contrôle de la légalité de l'action administrative.

Apte à constater et sanctionner les illégalités commises par l'administration, il ne peut en revanche substituer sa propre appréciation de l'opportunité d'une décision à celle de l'autorité administrative. Il n'est pas le médecin choisissant le meilleur traitement pour son malade; il n'est pas une autorité politique élaborant son action en matière pénitentiaire; il n'est pas l'arbitre du bon goût.

Il est juge faisant respecter le droit, rien que le droit.

19. CE, 28 juill. 2017, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 410677.

20. CE réf. form. collégiale, 1^{er} sept. 2017, *Commune de Dannemarie c/ Association « Les Effronté-e-s »*, n° 413607.

Petit deux du Grand B :

les perspectives du contentieux administratif : libres-propos

Libres-propos

Patrick Frydman

Conseiller d'État,

Président de la Cour administrative d'appel de Paris

Propos recueillis par **Adrien Brochard**

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas

Adrien Brochard. – Pouvez-vous nous parler des évolutions récentes de la rédaction des décisions de justice ?

Patrick Frydman. – Je suis partisan, dans ce domaine, d'une évolution mesurée. Je ne fais pas partie de ceux qui sont hostiles à tout changement. Je pense que le mode de rédaction traditionnel des décisions rendues par la juridiction administrative doit évoluer. Celui-ci apparaît parfois comme suranné, ne serait-ce que dans les termes utilisés, et nos décisions sont trop souvent peu compréhensibles pour le public, ce dont on ne saurait se satisfaire. Je ne pense pas, cependant, qu'il soit nécessaire, ni même opportun, d'abandonner radicalement ce mode de rédaction. Ce dernier a été mûrement pensé par nos aînés et il conserve fondamentalement, aujourd'hui encore, ses mérites essentiels. Il faut donc certes évoluer, en la matière, mais veiller à ne le faire qu'avec prudence et modération.

Nous avons déjà adopté un nouveau mode de rédaction des visas, généralisé à toute la juridiction administrative en 2015, qui conduit notamment à regrouper l'analyse des mémoires de chaque partie et à mieux structurer l'énumération des différents moyens. C'était, à l'évidence, le volet de la réforme le plus facile à mettre en œuvre. Nous réfléchissons maintenant à l'évolution de la rédaction des motifs, ce qui est évi-

demment plus complexe et, surtout, beaucoup plus lourd d'enjeux. La Cour administrative d'appel de Paris, dont l'une des chambres participe à l'expérimentation de la réforme, contribue activement à cette réflexion. L'objectif général de l'évolution envisagée est de motiver davantage nos décisions, tant en fait qu'en droit. S'agissant de l'analyse des faits, le laconisme traditionnel du juge administratif à cet égard n'est sans doute plus aussi bien admis aujourd'hui qu'il pouvait l'être au XIX^e siècle, ou même il y a encore quelques décennies, et la comparaison avec la pratique des juridictions étrangères – notamment celle des juridictions anglo-saxonnes – fait apparaître un déficit de motivation criant, qui n'a pas de justification profonde réellement convaincante. Quant à la motivation en droit, il serait sans aucun doute bienvenu d'exposer davantage, de façon générale, le raisonnement juridique suivi. L'heure n'est plus où le juge administratif pouvait se borner, dans ce domaine, à procéder par simples affirmations, en usant de formules telles que « il résulte de ces dispositions que... ». L'indication, notamment, de la méthode d'interprétation des textes retenue (analyse littérale, interprétation téléologique, référence aux

travaux préparatoires, etc.) apparaît désormais souhaitable au regard des exigences du justiciable contemporain, qui attend du juge qu'il

s'explique sur la méthode suivie pour déterminer la solution du litige.

A.B. – Et ce, dans le but de traduire finalement un peu plus ce qui s'est passé lors du délibéré dans la décision ?

P.F. – Oui. Lors d'une rencontre entre le Conseil d'État et la Chambre des Lords, du temps où celle-ci jouait le rôle d'instance judiciaire suprême du Royaume-Uni, un Law Lord nous avait dit, en faisant allusion avec un humour tout britannique au laconisme de nos décisions, que « si le juge administratif français pense, il le cache bien ! ». Force est de reconnaître que, bien souvent, la

motivation de nos décisions ne reflète que très partiellement le travail d'analyse auquel s'est livré le juge pour statuer sur l'affaire et que ce n'est, notamment, qu'en prenant connaissance des conclusions du rapporteur public qu'un observateur extérieur pourra appréhender pleinement ce travail.

A.B. – Mais n'y a-t-il pas un risque que, dans les décisions ultérieures, les juges se sentent tenus par le raisonnement des juges précédents ? Le laconisme n'était-il pas un moyen de laisser les juges futurs libres ?

P.F. – Sur ce plan, le renforcement de la motivation des décisions ne changera rien, à mon sens, à la pratique actuelle. Le juge administratif accorde de toute façon une importance primor-

diale, depuis toujours et à juste titre – car c'est une exigence fondamentale pour assurer l'égalité des justiciables – au respect de la jurisprudence et de sa hiérarchie interne.

A.B. – Et dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État lui-même ?

P.F. – Je ne pense pas que le renforcement de la motivation des décisions modifiera le regard porté par le Conseil d'État sur le poids jurisprudentiel de ses propres précédents. Le raisonnement juridique fondant les solutions retenues dans ces précédents était en effet déjà connu au sein du Conseil d'État, même s'il n'était pas suffisamment explicité dans la motivation des décisions en tant que telle.

C'est surtout vis-à-vis de l'extérieur que la réforme de la motivation des décisions de la juridiction administrative a toute son importance. La doctrine, qui est souvent plus critique à l'égard du juge qu'elle ne l'était autrefois, les médias, qui s'intéressent chaque jour davantage à la justice administrative, mais aussi et surtout les justiciables eux-mêmes et, plus largement, l'opinion publique, sont devenus aujourd'hui plus exigeants à cet égard. C'est d'ailleurs là le reflet d'une évolution plus générale de la société vers un certain individualisme, qui se traduit par une tendance de chacun à défendre plus âprement ses droits...

Il y a aussi, dans la réforme de la motivation des décisions, des aspects plus techniques d'ordre rédactionnel. La traditionnelle phrase unique, commençant par « Au nom du peuple français, la Cour... », se poursuivant par « vu... » et « considérant que... », pour s'achever par « décide... », a mal résisté à la complexification croissante du droit, qui se traduit notamment, parfois, par l'élaboration de décisions de plusieurs dizaines de pages. La densification des normes écrites, liée notamment à la prolifération du droit européen, y est pour beaucoup, dans la mesure où elle contraint le juge administratif d'aujourd'hui à procéder à des citations fort indigestes, là où celui d'autrefois se bornait parfois à se référer à un simple principe jurisprudentiel. Et le style indirect, induit par les « considérant que... », a, en lui-même, un peu vieilli au regard de l'évolution de la langue contemporaine. Le style direct est aujourd'hui, sans nul doute, mieux compris du public.

A.B. – Faut-il citer les précédents jurisprudentiels ?

P.F. – Il y a, sur ce point, une véritable querelle d'écoles. Je ne serais personnellement pas nécessairement hostile à une telle évolution à l'avenir. Mais, en l'état, le mieux est de s'en tenir, comme l'ont du reste préconisé le Président de la Section du contentieux du Conseil d'État et la Présidente de la Mission d'inspection des juridictions admi-

nistratives dans une note du 15 décembre 2017, sur la base des conclusions du récent rapport du comité d'évaluation de la réforme présidé par le Président Vigouroux, à la tradition du système juridique français excluant de telles citations de jurisprudence, du moins dans les décisions rendues en formation collégiale.

A.B. – Comment doit évoluer la terminologie des décisions ?

P.F. – Je suis, là aussi, partisan d'une évolution mesurée. Je prône sans hésitation l'abandon des termes ou expressions manifestement archaïques, dont certains, tels les « dont s'agit » ou les « n'établit ni même n'allègue », sont tellement passés d'usage que le public peut penser qu'il s'agit de coquilles... Pour le reste, je suis plus nuancé. Certains termes savants que nous employons et qui sont peu compréhensibles du public peuvent sans inconvénient être remplacés par d'autres. En revanche, je suis très opposé à ce que l'on supprime les termes ou expressions techniques qui ont un sens juridique précis et ne comportent pas de synonyme dans le vocabu-

laire commun. S'agissant, par exemple, du juge d'appel, des expressions telles que l' « effet dévolutif de l'appel » ou l' « évocation » correspondent à des notions juridiques précises et les remplacer par des paraphrases alambiquées ne me semble mener à rien. N'importe quel métier a ses termes techniques que ne comprend pas le public extérieur. Peut-être est-ce plus choquant pour la justice. Mais la solution appropriée à ce problème réside dans la diffusion d'un lexique des termes juridiques à l'intention du public, à laquelle le Conseil d'État s'est d'ailleurs déjà attelé, et non dans des restrictions à l'utilisation de ces termes par le juge.

A.B. – Quels sont les arguments de ceux qui tiennent une position plus conservatrice ?

P.F. – Au-delà d'un légitime attachement à la tradition d'un mode de rédaction auquel nous avons tous été formés et qui, comme je le rappelais, a tout de même largement fait ses preuves, les partisans d'un *statu quo* craignent surtout que son abandon ne fasse perdre aux décisions du juge administratif les qualités de rigueur et de concision qui les caractérisent. Il est vrai que le risque inhérent à la disparition du « carcan » que représentait ce mode de rédaction traditionnel, et que n'auront pas connu les magistrats des générations futures, ne saurait être négligé. L'objectif n'est en effet certainement pas de s'aligner, par exemple, sur les modèles de rédaction de la

Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'Homme, dont on connaît l'extrême prolixité, ni sur les pratiques de certaines juridictions étrangères admettant des digressions telles que l'expression des opinions personnelles des juges sur la pertinence des dispositions normatives qu'ils ont à appliquer. Il appartiendra à la juridiction administrative de veiller, notamment dans le cadre de la formation initiale des magistrats, à inculquer à ses membres les préceptes de rigueur et de concision qui devront continuer à inspirer la rédaction de ses décisions.

A.B. – Il y a donc un aspect de discipline interne qui s'impose au juge lui-même.

P.F. – Exactement. Je schématiserai ma pensée à ce sujet en indiquant que la suppression des « considérants » est un défi qu'il nous faudra

savoir relever, ce qui ne veut pas dire que nous n'aurions pas dû nous le lancer...

A.B. – Toujours concernant les évolutions récentes, quel regard vous portez sur la nouvelle action collective issue de la loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle ?

P.F. – J’y vois un double intérêt, pour la juridiction administrative, d’une part, et pour les justiciables, d’autre part.

En ce qui concerne la juridiction administrative, c’est la réponse à un véritable besoin fonctionnel. Toutes les juridictions peuvent être confrontées à des séries d’affaires identiques ou similaires ayant une même cause juridique, mais c’est particulièrement vrai, eu égard à la nature même des contentieux dont elles ont à connaître, des juridictions administratives. Nous avons parfois des milliers de requêtes portant sur une même question, en matière de contentieux fiscal ou de fonction publique par exemple. C’est un problème bien connu et nous avons déjà créé des instruments visant à y remédier. Je pense notamment au système Juradinfo, qui gère au niveau national, sous la responsabilité d’un comité de pilotage siégeant au Conseil d’État, les séries d’affaires signalées par les différentes juridictions, en définissant, pour chacune de ces séries, une politique de traitement fondée sur la désignation d’une juridiction pilote. Ce système fonctionne de façon très satisfaisante. Il ne règle cependant pas tous les problèmes liés aux contentieux sériels. Ainsi, s’il permet de rationaliser le traitement de ces contentieux par les magistrats, il n’allège en rien, en particulier, le travail qui en résulte pour le greffe, dans la mesure où la notification des mémoires des parties, des actes de procédure et des décisions rendues doit en principe s’effectuer individuellement pour chaque requérant.

Pour prendre un exemple particulièrement parlant, les juridictions administratives pari-

siennes sont actuellement confrontées à une série d’affaires visant à contester le versement de la contribution au service public de l’électricité (CSPE), qui est un prélèvement de nature fiscale mis à la charge des consommateurs d’électricité en vue du financement du développement des énergies renouvelables. Les contribuables à cette cotisation ont commencé à introduire des recours en masse. Il y en a environ 14.000 enregistrés, à ce jour, au Tribunal administratif de Paris, mais ce sont potentiellement tous les abonnés à l’électricité en France, soit 33 millions de personnes, qui pourraient saisir le juge administratif de la même manière, ce qui risquerait de provoquer une véritable asphyxie de ce tribunal, puis, en appel, de la Cour. C’est dire la gravité de la menace que fait peser sur les juridictions administratives ce phénomène de séries.

Or, le mécanisme des actions collectives devrait permettre, à l’avenir, de canaliser les séries de ce type en les réduisant à une affaire commune à l’ensemble des requérants.

Mais ce mécanisme présente aussi et surtout un intérêt majeur pour les justiciables. Les actions collectives permettent à ceux-ci de partager les frais de procédure et, par suite, de faire éventuellement appel à des professionnels de meilleur niveau. Elles ont, en outre, une utilité toute particulière dans les petits litiges, où la faiblesse des enjeux pour chaque personne concernée, au regard du coût d’un procès, amènerait souvent celle-ci à renoncer à faire valoir individuellement ses droits en justice mais où le regroupement de ces personnes dans le cadre d’une même action permet de lever cet obstacle.

A.B. – Y a-t-il une crainte d’encourager des contentieux qui n’auraient pas eu lieu sans ce dispositif ?

P.F. – L’inflation contentieuse qu’on peut craindre du fait de l’introduction d’actions collectives devant la juridiction administrative me paraît somme toute limitée. Le cas des petits litiges que je viens d’évoquer mis à part, les justiciables n’ont en effet pas attendu l’institution de ces procédures d’action collective pour saisir les juri-

dictions administratives... Et, même si nous aurons effectivement certaines affaires supplémentaires à juger, la plus grande commodité de traitement des litiges collectifs permise par ces nouvelles procédures conduit à penser que les avantages de la réforme l’emporteront sans nul doute sur ses inconvénients.

A.B. – La réforme récente portant sur la médiation en matière administrative vous paraît-elle porteuse de progrès ?

P.F. – Je voudrais d’abord rappeler, à ce sujet, que les modes de règlement amiable des litiges en matière administrative ne sont pas à proprement parler une nouveauté. Ils ont déjà été largement exploités, notamment dans certains domaines de l’action administrative relevant du plein contentieux. Ainsi, en matière fiscale, l’immense majorité des litiges sont réglés, de longue date, par les commissions départementales des impôts. De même, il existe des comités consultatifs de règlement amiable des litiges en matière de marchés publics, qui permettent de régler par voie de conciliation une part notable des affaires qui leur sont soumises.

Mais la récente réforme visant au développement de la médiation n’en a pas moins apporté un nouveau souffle dans ce domaine. Elle a d’abord contribué à lever certaines réticences de principe du juge face à ce mode alternatif de règlement des litiges que, naguère encore, d’aucuns considéraient comme inapproprié, par exemple, en matière de litiges d’excès de pouvoir, au motif que l’administration ne saurait transiger sur des questions touchant à la légalité de ses décisions. Elle a aussi conduit le juge à mieux percevoir les avantages qu’offre la médiation, non seulement pour décharger les juridictions elles-mêmes de certaines affaires qui les encombrant et les aider ainsi à améliorer leur situation statistique dans un contexte budgétaire très contraint, mais aussi et surtout pour appor-

ter à ces affaires une solution mieux adaptée à leur nature que celle qui aurait pu leur être donnée par la voie juridictionnelle. Ainsi, en matière de fonction publique, par exemple, une grande partie des litiges soumis au juge sont liés à des conflits personnels, ou encore à un ressentiment du fonctionnaire concerné à l’égard de sa hiérarchie, qui ne sauraient, de toute façon, trouver une réponse réellement appropriée dans une décision juridictionnelle. De même, la voie de l’instance juridictionnelle est souvent mal adaptée aux litiges d’ordre social, d’autant que les requérants y présentent parfois des requêtes qui ne sont aucunement motivées en droit.

Nous avons encore beaucoup à progresser dans le domaine du développement de la médiation. Mais nous nous y attelons avec énergie. Je signale d’ailleurs que chaque cour administrative d’appel a organisé, au cours du second semestre de l’année 2017, des journées de sensibilisation à la médiation, comportant à la fois des formations à l’intention des magistrats et des agents de greffe des juridictions de leur ressort et une rencontre avec leurs partenaires extérieurs. (Celles de la Cour de Paris ont eu lieu les 23 et 24 novembre derniers). Des conventions en vue du développement de la médiation seront également conclues prochainement par les juridictions administratives avec les barreaux et les principales administrations de leur ressort.

A.B. – Vous souhaitez donc donner une réelle visibilité au mécanisme ?

P.F. – Oui. Le serpent de mer qu’a longtemps été la médiation est en train, si je puis dire, de faire

sa mue, et il est important que cela se sache afin de favoriser ce processus.

A.B. – Vous avez récemment fait partie d’une commission dont les travaux portent sur l’*open data*. Quels sont les enjeux du développement de l’*open data* ?

P.F. – En application de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, dite loi Lemaire, la justice doit mettre ses décisions à la disposition du public. Une mission, présidée par le Professeur Cadet, et au sein de laquelle je représentais d’ailleurs le Conseil d’État et les cours administratives d’appel, a été instituée en vue de préparer le décret d’application de cette loi. Elle a achevé son rapport à la fin du mois de novembre

dernier et celui-ci a été officiellement remis à la Garde des Sceaux le 9 janvier 2018. Une question particulièrement débattue au sein de cette mission a été celle du choix entre la mention ou l’occultation, dans les décisions de justice mises en ligne, des noms des magistrats qui les ont rendues. Il s’agit là d’un enjeu essentiel de l’*open data*, du point de vue de la préservation de la justice elle-même, notamment face au dévelop-

pement des algorithmes de « justice prédictive ». Comme on le sait, ces algorithmes, élaborés par des entreprises privées, visent à prévoir à l'avance, autant que possible, la solution qui sera donnée par la justice à un litige, mais aussi si les chances de succès d'une affaire sont plus impor-

tantes devant une juridiction plutôt que devant une autre, ou encore suivant qu'elle sera traitée par tel magistrat ou par tel autre. Il y a là un fort danger pour le fonctionnement et l'autorité mêmes de la justice.

A.B. – Et cette technologie est-elle susceptible d'être utilisée en interne ?

P.F. – Éventuellement. La question est moins sensible, de ce point de vue, au sein de la juridiction administrative qu'elle ne l'est dans la juridiction judiciaire, où, du fait d'une application traditionnellement beaucoup plus relâchée de la discipline jurisprudentielle, ces algorithmes risquent de mettre en évidence l'existence de solutions très différentes selon les juridictions et selon les juges saisis d'affaires analogues. Plus généralement, la mise en œuvre de l'*open data* des décisions de justice pose d'ailleurs, dans le monde judiciaire, la question d'une éventuelle remise en cause de ses pratiques à cet égard. Toutes les décisions de justice rendues étant désormais connues du public, leur grande hétérogénéité ne pourra manquer de se révéler, et certains songent d'ailleurs, précisément, à utiliser l'*open data* pour favoriser l'émergence d'une plus grande discipline jurisprudentielle des magistrats. Ce problème ne se pose pas sous cette forme dans la juridiction administrative du fait du respect de la jurisprudence auquel celle-ci, pour sa part, s'astreint scrupuleusement. Il peut tout de même se poser, cependant, dans les contentieux où il y a matière à une grande part d'appréciation des faits – et donc, inévitablement, à une certaine subjectivité des formations de jugement –, comme le contentieux des étrangers.

Cette problématique de la « justice prédictive » présente beaucoup de dangers, car se profile derrière elle le risque d'un *forum shopping*, voire d'un choix de son juge au sein même d'une juridiction, et celui d'une mise en cause personnelle des magistrats. Certains algorithmes particulièrement pernicious tendent même à établir une corrélation entre le sens des décisions de justice et certaines caractéristiques personnelles des juges qui les ont rendues, telles que leur sexe ou leur origine ethnique... On mesure la gravité de l'atteinte qui est ainsi portée à l'autorité de la

justice et même, au-delà, aux principes fondamentaux sur lesquels repose notre République.

La thèse que défend la juridiction administrative dans ce débat, c'est que la mise en ligne des décisions de justice ne devrait pas faire apparaître les noms des magistrats ayant rendu celles-ci. Il y a d'abord à cela une raison de principe. La justice est rendue « au nom du peuple français » et, même si elle est inévitablement incarnée par des juges, la personne de ceux-ci doit, autant que possible, s'effacer derrière cette expression du peuple. Si les parties à la procédure ont certes évidemment le droit de connaître l'identité des juges ayant statué sur leur affaire, qui figure bien sur le texte de la décision qui leur est notifiée, cette indication n'a pas à apparaître dans la version destinée au public. Mais la position de la juridiction administrative repose aussi sur la prise en considération des risques considérables que la diffusion d'une telle indication comporterait pour le bon fonctionnement et l'autorité de la justice, en raison des traitements statistiques qu'elle rendrait possible par le biais des algorithmes que j'ai déjà évoqués, et pour la protection des juges eux-mêmes, que la diffusion universelle de leur identité exposerait, notamment dans les affaires sensibles, à des risques de mise en cause personnelle, voire d'atteinte à leur sécurité physique, de la part de n'importe quels extrémistes ou de déséquilibrés mentaux. Ces réserves se justifient d'autant plus que, à la différence, par exemple, de la mention de la nature de la formation de jugement ayant rendu la décision – qui permet de mesurer la portée jurisprudentielle de cette dernière –, l'indication du nom des juges ne présente aucun caractère informatif utile pour le public, qui ne peut en réalité trouver intérêt à disposer de cette information que pour de mauvaises raisons.

A.B. – Vous avez autrefois été rapporteur dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt *Nicolo*. Quelles remarques vous inspirent l'internationalisation et l'europeanisation du droit ?

P.F. – J'ai effectivement été amené à jouer un certain rôle dans cette évolution du droit, en concluant, dans ma jeunesse, sur l'arrêt *Nicolo*, par lequel a été reconnue la pleine suprématie des traités internationaux et du droit communautaire sur les lois nationales. En cette matière, il y a eu, à cette époque, un véritable « déblocage », non seulement en ce qui concerne le droit lui-même, mais aussi en ce qui concerne le juge, qui a notamment mieux pris conscience du fait qu'il était le juge de droit commun de l'application du droit européen, ce qui est d'autant plus important que ce dernier représente aujourd'hui une grande partie des normes juri-

diques en vigueur dans notre pays. Ces bouleversements avaient bien sûr été pressentis dès l'époque de l'arrêt *Nicolo*, mais, avec le recul du temps, on peut se demander s'ils n'ont pas été plus intenses encore qu'on ne pouvait alors l'imaginer. Le travail du juge s'en est d'ailleurs trouvé notablement complexifié du fait de la fréquence et de la difficulté du contrôle, auquel il lui appartient désormais de se livrer, de la conformité des lois au droit de l'Union et à certains instruments de droit international essentiels, comme la Convention européenne des droits de l'homme.

A.B. – Ressentez-vous un rapprochement entre le juge administratif et le juge judiciaire, notamment quant aux compétences et quant au fonctionnement ?

P.F. – Ce qui est vrai, c'est qu'il existe aujourd'hui un certain rapprochement des deux ordres de juridiction en matière de jurisprudence, notamment dans les domaines où les divergences préexistantes soulevaient de réelles difficultés. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité médicale, par exemple, il était peu compréhensible pour le citoyen que les conséquences d'une même faute ne soient pas les mêmes selon qu'on était soigné dans un hôpital public ou dans une clinique privée. Nous nous attachons désormais à éviter, autant que possible, les divergences de jurisprudence n'ayant pas de justification objective pertinente. Il existe aussi un certain rapprochement de nos procédures. Il est clair, en particulier, que l'oralité des débats s'est, dans la période récente, beaucoup développée dans la juridiction administrative, alors que, en sens inverse, la procédure civile accorde une place de plus en plus importante à l'écrit, de sorte que l'opposition traditionnelle entre les pratiques des deux ordres de juridiction en matière de procédure s'est désormais quelque peu estompée. Je signale d'ailleurs que la Cour d'appel et la Cour administrative d'appel de Paris organiseront en commun, le 15 mars prochain, un colloque qui aura

précisément pour objet de comparer les procédures et les méthodes de travail du juge administratif et du juge judiciaire.

Pour le reste, la raison d'être et les spécificités de la juridiction administrative n'en restent bien sûr pas moins intactes. La problématique propre du contrôle de l'action de la puissance publique et, notamment, de la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts particuliers, demeure entière. Les membres de la juridiction administrative conservent aussi leur approche différente de la philosophie du juge, qui se distingue de celle des magistrats judiciaires s'agissant, en particulier, de la conception de la notion d'indépendance. De façon schématique, je dirais que, pour nous, il n'est pas contraire à cette indépendance que le juge s'astreigne à se conformer à la jurisprudence, même s'il peut ne pas être nécessairement en accord avec celle-ci à titre personnel, dans l'intérêt d'une bonne justice. L'une des exigences d'une justice de qualité est, en effet, l'égalité de traitement des justiciables, qui suppose notamment que la décision rendue dépende le moins possible du fait qu'elle ait été prise par tel magistrat plutôt que par tel autre.

A.B. – Pour l’administration, pensez-vous que cela ait un impact d’être jugé par un ordre juridictionnel plutôt que par un autre ?

P.F. – Je pense que tant l’administration que les citoyens ont intérêt à ce que les litiges qui les opposent soient tranchés par la juridiction administrative. L’administration ne peut que trouver avantage à voir son action contrôlée par un juge qui la connaît bien, même si celui-ci n’est pas pour autant en symbiose avec elle et si la vieille idée selon laquelle « juger l’administration, c’est encore administrer » n’a aujourd’hui plus guère de sens. Quant aux citoyens, ils ont eux aussi tout intérêt, même s’ils n’en sont peut-être pas

toujours conscients, à voir leurs conflits avec l’administration tranchés par un juge spécialisé. L’expérience prouve en effet que, dans les pays qui ne connaissent pas de dualisme juridictionnel, les juges se montrent généralement beaucoup plus timorés, dans le contrôle des actes des pouvoirs publics, que les juridictions administratives des pays – au demeurant fort nombreux – pratiquant ce dualisme, qui n’ont, elles, guère d’inhibitions en la matière.

A.B. – Enfin, si vous deviez souligner les particularités de la Cour que vous présidez, sur quels aspects mettriez-vous l’accent ?

P.F. – La Cour administrative d’appel de Paris n’est pas une cour tout à fait comme les autres. Cela s’explique notamment par la centralisation du système administratif français, qui conduit le tribunal administratif et, par suite, la cour, siégeant dans la capitale à se prononcer sur beaucoup d’affaires d’une importance et d’une difficulté juridique particulières. Ce phénomène se trouve encore accru par l’attribution spécifique aux juridictions administratives parisiennes de certains contentieux sensibles, comme ceux des interdictions administratives du territoire, des refus d’autorisation de sortie du territoire ou des gels d’avis étrangers suspects décidés dans le cadre de la législation relative à la lutte contre le terrorisme.

Depuis quelques années, la Cour de Paris s’est également vu attribuer en propre des compétences de premier et dernier ressort dans certains domaines. Elle connaît ainsi désormais, à ce titre, des recours formés contre les arrêtés du ministre du travail statuant sur la représentativité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d’employeurs, sur l’essentiel des recours dirigés contre les décisions du Conseil supérieur de l’audiovisuel relatives à l’attribution de fréquences ou d’autorisations de diffusion et, en vertu d’un récent décret, en date du 8 février 2017, sur les recours dirigés contre les décisions du ministre de la culture concernant la délivrance de visas d’exploitation cinématogra-

phique. Il s’agit là de plusieurs contentieux très sensibles, dont la dévolution à la Cour de Paris nous honore en même temps, bien sûr, qu’elle nous crée l’obligation morale de les traiter au mieux.

La difficulté juridique des affaires soumises à la Cour de Paris se reflète dans les statistiques. Il en ressort en effet que, de façon à peu près constante, le taux de pourvois en cassation formés devant le Conseil d’État contre ses arrêts s’établit à un niveau substantiellement supérieur à celui observé, en moyenne, pour l’ensemble des cours administratives d’appel et que la proportion de pourvois admis en cassation – donc de ceux considérés par le Conseil d’État comme présentant un caractère sérieux – est également plus élevée. Mais le taux de cassations effectivement prononcées, par rapport aux pourvois admis, est, en revanche, nettement plus faible pour notre Cour que pour la moyenne nationale, de sorte que, au total, la proportion de nos arrêts censurés par le Conseil d’État n’est que de l’ordre de 2 %. Il se déduit de ces chiffres que les affaires portées devant la Cour de Paris sont certainement, en moyenne, plus complexes que dans d’autres ressorts territoriaux. Et il s’en déduit aussi que, de l’avis de notre juge de cassation, nous ne les traitons néanmoins pas trop mal ! On voudra bien me pardonner cette fanfaronnade finale...

Petit trois du Grand B :

l'économie mouvementée du procès administratif

L'économie mouvementée du procès administratif

Mattias Guyomar

Conseiller d'État, président de la 10^e chambre de la section
du contentieux

Professeur associé à l'Université Panthéon-Assas

Depuis la création, au sein du Conseil d'État, de la commission du contentieux en 1806, la processualisation du contentieux administratif est un phénomène constant qui a connu, au cours des dernières décennies, une accélération. Après avoir été principalement forgé par voie prétorienne, le cadre procédural dans lequel intervient le juge administratif est aujourd'hui largement déterminé par des textes, en grande partie de niveau réglementaire, sans que pour autant ne disparaisse la part que prend le Conseil d'État à la définition de son office. Cette évolution s'est accompagnée, ou, plus exactement, a accompagné la banalisation des règles qui régissent le procès administratif. Certes, les caractéristiques qui signent la singularité de la justice administrative (procédure inquisitoire, caractère écrit de la procédure, prononcé des conclusions lors de l'audience publique) demeurent. Mais il faut relever, pour s'en réjouir, que les évolutions qui ont marqué le régime procédural applicable au contentieux administratif

n'ont eu de cesse d'en rapprocher l'économie générale du droit commun du procès, nourri des exigences attachées au respect de la garantie des droits consacrée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et du standard du procès équitable tel qu'il est défini par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'élaboration du Code de justice administrative, entré en vigueur il y a bientôt 17 ans, est emblématique de ce double mouvement de positivisation du droit du procès administratif et d'équilibrage entre la normalisation de son cadre général et le maintien des spécificités procédurales jugées indispensables à la bonne administration de la justice administrative. En attestent les principes directeurs qui sont énoncés dans le titre préliminaire du Code de justice administrative : collégialité¹, caractère contradictoire de la procédure², publicité des audiences³, secret du délibéré⁴, motivation des jugements⁵.

1. Art. L. 3 CJA.

2. Art. L. 5 CJA.

3. Art. L. 6 CJA.

4. Art. L. 8 CJA.

5. Art. L. 9 CJA.

Un certain nombre de questions ont été durablement réglées, qu'il s'agisse de l'impartialité structurelle du Conseil d'État ou de l'impartialité fonctionnelle du rapporteur public. Pour autant, l'économie du procès administratif n'est pas encore véritablement stabilisée. Que ce soit pour assurer une meilleure administration de la justice, pour renforcer les garanties découlant du standard du procès équitable ou encore pour enrichir l'office du juge administratif, les règles du procès administratif se sont notablement renouvelées ces dernières années. Ces évolutions ont plusieurs sources : modification des cadres législatif et réglementaire que constitue le Code de justice administrative; consécration de nouvelles règles jurisprudentielles; développement de nouvelles pratiques, plus ou moins formalisées. Sans qu'il soit aisément possible de les rapporter à une cohérence d'ensemble, il n'est pas hors de portée de dégager les grandes lignes qui sous-tendent ces évolutions et de proposer, dans leur prolongement, quelques pistes de réflexion.

Sans préjudice de la généralisation des téléprocédures, qui permettent les échanges dématérialisés avec les parties et leurs conseils, les évolutions récentes peuvent être présentées autour des trois axes suivants : le renforcement de la part proactive que le juge administratif prend dans la conduite de l'instruction; le développement de la dimension interactive du procès; la redistribution des dimensions objective et subjective des garanties offertes aux justiciables.

Un renforcement de l'intervention proactive du juge dans la conduite de l'instruction

Ainsi que le rappelle la décision *Paisnel*⁶, le juge dirige seul l'instruction des affaires. Les pouvoirs inquisitoriaux dont il dispose dans la conduite de l'instruction visent à remédier au rapport d'inégalité qui existe *a priori* entre les parties à un procès administratif. Leur usage permet de rétablir une véritable égalité des armes entre elles. Le juge administratif dispose aujourd'hui d'un

nombre croissant d'instruments qui lui permettent de piloter l'instruction, de manière entreprenante, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et notamment dans le souci de satisfaire à l'exigence d'un délai raisonnable de jugement.

Un mémoire récapitulatif des conclusions et moyens peut être demandé aux parties⁷. Depuis le décret du 2 novembre 2016⁸, cette demande peut être assortie d'un délai (qui ne peut être inférieur à un mois) au terme duquel la partie qui ne l'aura pas produit est réputée s'être désistée de sa requête ou de ses conclusions incidentes.

Le décret de 2016 généralise par ailleurs le dispositif de cristallisation du débat contentieux qui existait jusqu'alors pour les seuls recours dirigés contre les permis de construire⁹. Il crée, au sein du Code de justice administrative, un nouvel article R. 611-7-1 aux termes duquel : « Lorsque l'affaire est en état d'être jugée, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, le président de la chambre chargée de l'instruction peut, sans clore l'instruction, fixer par ordonnance la date à compter de laquelle les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux ». Cet article précise que la lettre doit être envoyée aux parties au moins un mois avant la date ainsi fixée.

Le même décret a introduit, au sein du Code de justice administrative, un nouvel article R. 612-5-1 qui ouvre au juge la faculté, « lorsque l'état du dossier permet de s'interroger sur l'intérêt que la requête conserve pour son auteur », de l'inviter à confirmer expressément, dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois, le maintien de ses conclusions. À défaut, le requérant sera réputé s'être désisté de l'ensemble de ses conclusions.

Dans le même ordre d'idée, le décret du 2 novembre 2016 a prévu, par dérogation à l'article R. 613-5 du Code de justice administrative, l'expérimentation au Conseil d'État, entre le 1^{er} janvier 2017 et le 31 décembre 2018, de la clôture de l'instruction par ordonnance, ainsi que cela est prévu, s'agissant des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, à l'article R. 613-1.

6. CE Ass., 4 juill. 1962, n° 58502, *Paisnel, Lebon*, p. 1077.

7. Art. R. 611-8-1 CJA.

8. Décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 portant modification du code de justice administrative (partie réglementaire).

9. Art. R. 600-4 du Code de l'urbanisme.

Enfin, le même décret a introduit une nouvelle marge de souplesse en instituant, à l'article R. 613-1-1 du Code de justice administrative, la possibilité, pour le président de la formation de jugement, postérieurement à la clôture de l'instruction par ordonnance, d'inviter une partie à produire des éléments ou pièces en vue de compléter l'instruction, tout en prévoyant que « cette demande, de même que la communication éventuelle aux autres parties des éléments et pièces produits, n'a pour effet de rouvrir l'instruction qu'en ce qui concerne ces éléments ou pièces ».

Le développement de la dimension interactive du procès

Au-delà de celles qui sont réglementées par les textes et qui figurent désormais au livre VI du Code de justice administrative, le juge administratif s'est toujours reconnu la faculté de prescrire toutes les mesures d'instruction qui lui paraissent utiles pour la résolution du litige. Mais le caractère écrit de la procédure ne facilite pas l'interactivité entre le juge et les parties. Il suffit d'assister à une audience de référé pour prendre la mesure de ce qu'apporte l'oralité à la mise en état d'une affaire. Le caractère fructueux des échanges menés directement avec les parties, et parfois, sous la direction du juge, entre elles, explique le regain du recours à la procédure d'enquête prévue par les articles R. 623-1 et suivants du Code de justice administrative. Plusieurs « enquêtes à la barre » se déroulent désormais chaque année, au Conseil d'État. Cette procédure, incontestablement chronophage, se révèle particulièrement utile dans des contentieux dont la technicité ne doit en aucun cas faire obstacle à la complète appréhension du litige par le juge qui n'est pas nécessairement un spécialiste de la matière.

En plus des autres moyens d'investigation traditionnels que constituent l'expertise¹⁰ et la visite des lieux¹¹, le décret du 22 février 2010¹² a créé deux nouvelles mesures d'instruction. Il s'agit de l'avis technique prévu à l'article R. 625-2 du Code de justice administrative et de l'avis

d'un *amicus curiae* prévu à l'article R. 625-3 du même code. Au fur et à mesure que s'est élargi le spectre des questions posées au juge administratif, s'est accru le besoin de recourir à des « sachants ».

Ces différents instruments constituent autant de moyens pour le juge d'interagir, au cours de l'instruction, soit avec les parties ou les témoins qu'elles présentent, soit avec des tiers sollicités pour leurs expertises ou compétences. Naturellement, les conclusions et avis que ces derniers remettent au juge pour l'éclairer sont communiqués aux parties afin qu'elles puissent, le cas échéant, y réagir.

La dimension interactive du procès ne se limite pas à l'instruction mais s'étend également à l'audience. Dans cette perspective, la contribution qu'y apporte le rapporteur public est déterminante. Son rôle est défini à l'article L. 7 du Code de justice administrative dans les termes suivants : « Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent ».

Depuis la création, en 1831, des commissaires du roi devenus commissaires du gouvernement, puis, en 2009, rapporteurs publics, leurs conclusions, prononcées en séance publique, s'adressent autant aux membres de la formation de jugement, qu'elles ont vocation à éclairer sinon à convaincre, qu'aux parties et à leurs mandataires, qu'elles informent de la solution proposée (dispositif et motifs retenus à son soutien). Dans cette dernière mesure, les conclusions constituent, pour les justiciables, le moyen de comprendre, en temps encore utile, la manière dont le litige a été appréhendé. Ainsi que le précise la décision *Communauté d'agglomération du pays de Martigues*¹³, les conclusions permettent aux parties de percevoir les éléments décisifs du dossier, de connaître la lecture qu'en fait la juridiction et de saisir la réflexion de celle-ci durant son élaboration.

La dimension interactive de l'audience publique a été renforcée par le décret du 7 jan-

10. Art. R. 621-1 et s. CJA.

11. Art. R. 622-1 CJA.

12. Décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives.

13. CE Sect., 21 juin 2013, n° 352427, *Communauté d'agglomération du pays de Martigues, Lebon*, p. 167.

vier 2009¹⁴ qui a prévu, d'une part, qu'avant la tenue de l'audience, les parties ou leurs mandataires sont mis en mesure de connaître le sens des conclusions sur l'affaire qui les concerne¹⁵; et a institué, d'autre part, la faculté, pour les avocats au Conseil d'État représentant les parties, de présenter, sans préjudice d'éventuelles plaidoiries¹⁶, de brèves observations orales après le prononcé des conclusions¹⁷. Cette possibilité de répliquer en temps réel aux conclusions s'ajoute à la faculté prévue à l'article R. 731-3 du Code de justice administrative qui ouvre le droit à toute partie à l'instance d'adresser, à l'issue de l'audience, une note en délibéré au président de la formation de jugement.

La décision *Communauté d'agglomération du pays de Martigues* précitée précise la portée de l'obligation de communication préalable du sens des conclusions et la sanction de la méconnaissance de cette obligation comme d'un changement d'opinion non communiqué du rapporteur public, à savoir l'irrégularité de la décision¹⁸. Cette nouvelle formalité vise en effet à mettre le justiciable en mesure d'apprécier l'opportunité d'assister à l'audience publique, d'y présenter des observations orales à l'appui de son argumentation écrite et, le cas échéant, de produire une note en délibéré.

La dimension interactive du procès poursuit, dans l'intérêt d'une bonne justice, deux objectifs complémentaires : contribuer à faire en sorte que le juge puisse statuer, dans le respect du contradictoire, en toute connaissance de cause grâce à une instruction approfondie l'éclairant sur l'ensemble des aspects du dossier; garantir aux parties une traçabilité de l'œuvre juridictionnelle en cours en les informant et les associant dans toute la mesure du nécessaire. Ce second objectif s'adosse à l'exigence de loyauté du procès qui, sans être consacrée en tant que principe, surplombe l'ensemble des règles de procédure. S'y rattachent notamment l'obligation posée à l'article R. 611-7 du Code de justice administrative, qui prévoit que le juge doit informer les parties dans le cas où sa décision lui paraît sus-

ceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le versement au débat contradictoire des hypothèses de substitution de base légale ou de modulation dans le temps des effets d'une annulation pour excès de pouvoir lorsque l'initiative en revient au juge, de même que l'obligation, consacrée par la décision *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême*¹⁹, de mettre les parties à même de présenter leurs observations sur un revirement jurisprudentiel. Chacune de ces obligations processuelles traduit la préoccupation d'éviter qu'une initiative de la juridiction puisse prendre les parties au dépourvu.

Tant le renforcement de la part proactive que prend le juge au déroulement du procès que le développement de la dimension interactive de celui-ci accentuent, de manière complémentaire, le caractère inquisitoire de la procédure contentieuse administrative.

La redistribution des dimensions objective et subjective du procès administratif

Le respect des principes directeurs du procès administratif constitue une garantie objective de bonne administration de la justice.

C'est ainsi que les parties ne peuvent renoncer à la publicité de l'audience qui n'est pas un droit subjectif. La décision de tenir une audience à huis-clos, dérogation exceptionnelle, prévue à l'article L. 731-1 du Code de justice administrative, est à la décision du président de la formation de jugement.

De même, le caractère contradictoire de la procédure constitue autant une garantie de l'égalité des armes entre les parties dont il organise, dans le cadre de l'instruction, le droit de savoir et de faire savoir, qu'une condition de la bonne administration de la justice. Les débats contentieux entre les parties ont aussi pour objet d'éclairer le juge en contribuant à faire éclore la vérité judiciaire. Il faut ajouter qu'en tant qu'il fait obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle puisse être rendue sur la base de pièces dont une

14. Décret n° 2009-14 du 7 janvier 2009 relatif au rapporteur public des juridictions administratives et au déroulement de l'audience devant ces juridictions.

15. Art. R. 712-1 CJA.

16. Devant les juridictions du fond, la prise de parole des parties ne peut intervenir qu'après le prononcé des conclusions (art. R. 732-1 CJA).

17. Art. R. 733-1 CJA.

18. Dans les limites apportées ensuite par la décision CE, 1^{er} oct. 2015, n° 366538, M. et Mme Gauchot, Lebon, p. 325.

19. CE Sect., 19 avr. 2013, n° 340093, *Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême, Lebon*, p. 105.

des parties n'aurait pu prendre connaissance, le contradictoire est aussi une protection pour le juge qui le met à l'abri, grâce à la transparence qu'il organise, de soupçons infondés.

Des évolutions récentes, tant prétoriennes que législatives, ont néanmoins apporté certains aménagements au caractère contradictoire de la procédure. Il est intéressant de relever qu'elles sont intervenues à front renversé se réclamant, pour les unes, de la bonne administration de la justice qui renvoie à la dimension objective du procès et, pour les autres, d'une conception subjective des garanties processuelles.

Ainsi que le précise désormais l'article L. 5 du Code de justice administrative, les exigences de la contradiction sont adaptées à celles du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes. Anticipant sur l'équilibre procédural retenu par la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement²⁰, la décision *Ministre de l'intérieur et ministre de la défense c/ M. Cagnolari* du 11 juillet 2016²¹ reconnaît au juge, dans un litige relatif à un refus de communiquer certaines informations figurant dans un fichier de souveraineté, la possibilité de demander, hors contradictoire, la production des informations objet du litige. La loi du 24 juillet 2015 et les dispositions réglementaires prises pour son application consacrent le principe d'une contradiction asymétrique dans le contentieux de la mise en œuvre des techniques de renseignement soumises à autorisation et des fichiers intéressant la sûreté de l'État. La dérogation apportée, par les dispositions des articles L. 773-2 et suivants du Code de justice administrative, au caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle, qui a pour seul objet de porter à la connaissance des juges des éléments couverts par le secret de la défense nationale et qui ne peuvent dès lors être communiqués au requérant, permet à la formation spécialisée de statuer en toute connaissance de cause. C'est bien l'exigence objective d'une pleine effectivité du contrôle juridictionnel qui conduit à ce qu'il doive être dérogé à l'un des principes directeurs de l'équité procédurale.

Dans le même temps, le Conseil d'État a développé une approche subjective de certaines garanties procédurales en jugeant que leur méconnaissance ne pouvait être utilement invoquée que par la partie qui en bénéficie. C'est ainsi qu'une partie ne peut utilement invoquer la méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure dans l'hypothèse où un de ses mémoires n'aurait pas été communiqué à une autre partie au litige²². Ainsi que le relèvent les décisions qui s'inscrivent dans le droit fil de cette jurisprudence, le juge contrôle le respect du caractère contradictoire de la procédure non en tant que tel mais seulement à l'égard du requérant qui en invoque la violation. Repose sur la même logique la décision *M. Vernet*²³ qui juge qu'en l'absence de l'objet de l'obligation, prescrite par l'article R. 741-2 du Code de justice administrative, de mentionner dans la décision la production d'une note en délibéré, qui est de permettre à l'auteur de la note en délibéré de s'assurer que la formation de jugement en a pris connaissance, la méconnaissance de cette obligation ne peut être utilement invoquée pour contester cette décision que par la partie qui a produit cette note. Il serait hasardeux d'étendre cette approche subjective à d'autres garanties processuelles sans examen préalable de l'impact d'une telle généralisation sur l'économie générale du procès administratif.

Tantôt, le Conseil d'État ramène, sous couvert de réalisme, la garantie que constitue le caractère contradictoire de la procédure à sa dimension subjective pour opposer au requérant qui invoque sa méconnaissance le fait que la partie adverse à laquelle cette méconnaissance a préjudicié ne s'en plaint pas, refusant ainsi de prendre en compte le bénéfice que la contradiction apporte, dans tous les cas, au juge en lui permettant d'être éclairé par les échanges entre les parties et la dynamique itérative du débat contentieux. Or, il pourrait être soutenu qu'en distinguant, d'une part, la requête, le mémoire complémentaire et le premier mémoire en défense qui doivent, en toute hypothèse, être communiqués, et, d'autre part, les répliques et autres mémoires qui ne doivent l'être, à la déci-

20. Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

21. CE, 11 juillet 2016, n° 375977 et n° 376457, *Ministre de l'intérieur et ministre de la défense c/ M. Cagnolari, Lebon*, p. 336.

22. CE, 15 mars 2000, n° 185837, *Mme Drannikova, Lebon*, p. 1184 ; CE, 27 juill. 2005, n° 228554, *Belin, Lebon*, p. 1042.

23. CE, 2 déc. 2015, n° 382641, *M. Vernet, Lebon*, p. 819.

sion de la juridiction, que s'ils contiennent des éléments nouveaux, l'article R. 611-1 du Code de justice administrative a conféré aux communications obligatoires un caractère objectif se rattachant à la bonne administration de la justice.

Tantôt la jurisprudence comme le législateur font prévaloir, en consacrant l'existence de procédures asymétriques, l'intérêt objectif d'un complet accès du juge aux pièces du dossier, y compris des éléments couverts par le secret, sur le droit subjectif d'une des deux parties à la contradiction.

Il ne fait nul doute que les mouvements actuellement à l'œuvre sont loin d'avoir achevé leurs courses respectives. On ne peut exclure que la redistribution des dimensions objective et subjective des garanties procédurales finisse par conduire à un modèle processuel, sinon totalement nouveau, du moins profondément renouvelé.

Les évolutions retracées ci-dessus ne prétendent pas à l'exhaustivité, pas davantage que les lignes de force qui s'en dégagent ne permettent d'en rendre complètement compte. Il n'en reste pas moins vrai que l'aperçu qu'en offrent les lignes qui précèdent donne à voir que si chacune d'entre elles, prise isolément, a sa raison d'être et contribue à enrichir l'arsenal processuel du juge administratif, il reste difficile de les rapporter à une logique d'ensemble. L'économie du procès administratif a connu de nombreuses modifications qu'il n'est pas encore possible d'inscrire dans une cohérence globale. Une remise en perspective de l'ensemble de ces évolutions, à la faveur d'une pause dans le mouvement décrit ci-dessus, serait sans aucun doute fructueuse. Elle constitue certainement le préalable à de nouvelles réformes.

Quelques pistes de réflexion

Les pistes de réflexion qui suivent n'ont d'autre ambition, à ce stade, que de susciter le débat. Elles concernent l'accroissement de la transparence du processus juridictionnel, le développement de l'oralité et la redéfinition du format des conclusions.

Le processus juridictionnel alterne les étapes couvertes par le secret (secret de l'instruction et

secret du délibéré) et celles où la transparence constitue un facteur de confiance dans le juge contribuant à la légitimité procédurale de ses décisions. Les efforts consentis pour développer et enrichir la motivation des jugements et arrêts participent du mouvement en cours vers une transparence accrue. Dans une telle perspective, les juridictions administratives auraient tout à gagner à systématiquement faire connaître, avant chaque séance, la composition de la formation de jugement.

La question de la transparence se pose tout particulièrement s'agissant des productions postérieures à la clôture de l'instruction et à l'audience. La décision *Lassus*²⁴ ménage un point d'équilibre entre la volonté de permettre aux parties d'appréhender effectivement l'ensemble de l'instance, y compris après la clôture de l'instruction, et l'impératif que le juge statue en étant complètement éclairé. La décision rappelle, dans un premier temps, que, lorsque le juge est saisi d'une production postérieure à la clôture de l'instruction, il lui appartient, dans tous les cas, de prendre connaissance de cette production avant de rendre sa décision et de la viser. Elle indique ensuite que, s'il décide d'en tenir compte, il rouvre l'instruction, comme il en a toujours la faculté, et soumet au débat contradictoire les éléments contenus dans cette production qu'il doit, en outre, analyser. Puis, elle précise que, dans le cas particulier où cette production contient l'exposé d'une circonstance de fait ou d'un élément de droit dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et qui est susceptible d'exercer une influence sur le jugement de l'affaire, le juge doit alors en tenir compte, à peine d'irrégularité de sa décision. Il serait envisageable d'aller plus loin et, afin de permettre un contrôle effectif du respect de ce mode d'emploi, de prévoir, dans les cas où le juge n'a pas rouvert l'instruction, l'obligation de rendre accessibles à l'ensemble des parties, après la lecture de la décision, toutes les productions dont le juge a eu connaissance.

Le caractère fructueux des échanges oraux implique, dans l'intérêt d'une bonne justice, que l'oralité connaisse de nouveaux développements, sans que soit abandonné le principe du caractère

24. CE Sect., 5 déc. 2014, n° 340943, *Lassus, Lebon*, p. 369.

écrit de la procédure. Ceux-ci pourraient conduire à une évolution du déroulement de l'audience publique. Tout d'abord, le temps semble venu d'aligner le déroulement de l'audience au Conseil d'État sur celui des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel et de rassembler l'ensemble des prises de parole des parties après le prononcé des conclusions. La réussite des procédures de référé repose, pour une grande partie, sur la dynamique des audiences dont il y aurait tout lieu de s'inspirer, au moins en partie, dans les procédures de droit commun. Dans une telle perspective, pourraient être autorisés à prendre la parole à l'audience non seulement les parties, comme le prévoient les articles R. 732-1 et R. 733-1 du Code de justice administrative, mais également les intervenants et même, le cas échéant, les témoins qu'auraient présentés les parties, dans le droit fil de la faculté ouverte par l'article R. 732-1 aux termes duquel : « Au tribunal administratif, le président de la formation de jugement peut, au cours de l'audience et à titre exceptionnel, demander des éclaircissements à toute personne présente dont l'une des parties souhaiterait l'audition ». Enfin, il pourrait être envisagé, en cas de reprise de parole après les conclusions, de pouvoir poursuivre les observations en réplique d'un échange avec la formation de jugement. Ces évolutions ne sauraient toutefois remettre en cause le principe selon lequel de tels échanges, postérieurs à la clôture de l'instruction, ne peuvent porter que sur des éléments de fait ou de droit déjà débattus.

Ces modifications apportées au déroulement et au contenu de l'audience publique devraient s'accompagner d'une réflexion sur le format des conclusions. N'est évoqué ici que le rôle que tient le rapporteur public lors de la séance, vis-à-vis des parties et des membres de la formation de jugement, sans préjudice de celui qu'il joue, en amont, au cours des travaux internes de la juridiction et de la place qu'occupent les conclusions, postérieurement à la lecture de la décision, dans le cas où elles ont été publiées ou même simplement communiquées.

Il conviendrait de tirer toutes les conséquences de l'évolution de la place qu'occupent les conclusions dans le déroulement des audiences

publiques afin d'en repenser, dans une certaine mesure, le format, compte tenu des différentes fonctions qu'elles remplissent à l'égard des parties, des membres de la formation de jugement et, le cas échéant, de leurs lecteurs ultérieurs.

Tout est affaire de dosage en fonction de la nature de l'affaire, du niveau de la formation de jugement et de présence ou non de plusieurs auditoires et l'art de conclure gagnerait à être plus systématiquement à géométrie variable. À leur auteur, auquel il ne saurait être imposé de les rédiger²⁵, de savoir les adapter en temps réel, en les formatant en fonction des auditoires présents et de leurs attentes spécifiques. Si les développements doctrinaux qu'appelle le traitement de certaines affaires trouvent toute leur place dans l'éventuelle version écrite, afin d'éclairer *ex post* les usagers de la jurisprudence, ils ne méritent pas toujours de figurer intégralement dans l'exposé oral. La présence à l'audience des parties ou de leurs conseils peut justifier par ailleurs un effort particulier de pédagogie tant dans la restitution de l'affaire que dans la présentation de la solution, là où des conclusions prononcées seulement devant les membres de la formation de jugement pourraient s'autoriser à être plus elliptiques ou plus allusives. Aux juges qui siègent de comprendre que les rapporteurs publics ne s'adressent pas exclusivement à eux et de se résoudre à entendre des développements dont ils auraient peut-être pu se dispenser. Dans une telle perspective, et dès lors que les conclusions ont notamment pour objet de permettre aux parties d'y réagir avant que la juridiction ait statué, s'il paraît opportun de dispenser systématiquement certains contentieux du prononcé des conclusions, il est plus difficile d'admettre, ainsi que le prévoit l'article L. 732-1 du Code de justice administrative, que, dans certaines matières, la dispense de conclusions constitue une simple faculté laissée au choix du président de la formation de jugement, sur proposition du rapporteur public. La redéfinition du format des conclusions pourrait ainsi fournir l'occasion de mettre fin à ce dispositif qui n'a pas démontré que l'allègement de procédure et le gain de temps qu'il recherchait suffisaient à justifier la dérogation apportée à l'un des traits les plus essentiels du procès administratif.

25. La seule obligation pour le rapporteur public doit rester celle de prononcer publiquement des conclusions qui peuvent ainsi n'avoir d'autre existence que celle de leur exposé oral.

Petit quatre du Grand B :

la charge judiciaire contre le juge administratif

La charge judiciaire contre le juge administratif, ou comment se tromper de cible

Camille Broyelle

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Depuis plus d'un an, la juridiction administrative fait l'objet d'une violente charge. Le feu a été ouvert par le juge judiciaire. Revenons sur les principales étapes¹.

14 janvier 2016. Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation². Deux mois à peine se sont écoulés depuis les attentats du Bataclan et la proclamation de l'état d'urgence. Le Premier président, Bertrand Louvel, ouvre la cérémonie. Il est naturellement question de terrorisme, de droits fondamentaux et de justice. Mais il est question surtout de la « confiance publique » à l'égard de l'institution judiciaire, plus précisément de la défiance dont elle serait l'objet. La loi sur l'état d'urgence, remaniée en novembre 2015, attribue au ministre de l'Intérieur et aux préfets des pouvoirs de police renforcés, dont le contrôle est assuré par le juge administratif. Le Premier président n'y voit pas le jeu

normal de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction mais une « prise de distance » des institutions publiques envers l'autorité judiciaire. Le constat est alors placé sous le signe de l'introspection : « qu'on me comprenne bien. Mon propos n'est pas critique ni revendicatif. Il est seulement interrogatif. Pourquoi l'autorité judiciaire est-elle ainsi évitée ? Elle est la première appelée à rechercher en elle-même les réponses à cette question fondamentale ».

1^{er} février 2016. Délibération commune du Premier président de la Cour de cassation et des premiers présidents des cours d'appel³. Le registre cette fois est ouvertement critique. « Le rôle constitutionnel de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, est affaibli par des réformes et projets législatifs en cours »⁴. Est implicitement mise en cause ici l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle. Après avoir

1. Sur cette question, G. Drago, « Liberté individuelle et Constitution, quels principes pour quels juges ? », in *Mélanges Y. Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 529.
2. www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/rentree_2016_33389.html.
3. www.courdecassation.fr/IMG/D%C3%A9lib%C3%A9ration.pdf.
4. Le Président Louvel fait référence aux débats parlementaires relatifs à la Loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, qui sera adoptée le 3 juin 2016.

retenu une conception extensive de la notion de liberté individuelle mentionnée à l'article 66 de la Constitution (« Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi »)⁵, le Conseil constitutionnel est en effet revenu, au tournant des années 2000⁶, à une compréhension plus stricte, la liberté individuelle étant depuis cantonnée au droit de ne pas être détenu arbitrairement. Avant les années 2000, l'élargissement des contours de la liberté individuelle avait entraîné celui du champ de compétence du juge judiciaire ; c'était tout l'intérêt : confier au juge judiciaire le contrôle d'opérations administratives que, faute d'outils procéduraux satisfaisants, le juge administratif ne pouvait assurer. Depuis les années 2000, la rétraction de la notion de liberté individuelle marque le retour du juge administratif dans son champ de compétence, le juge judiciaire n'intervenant plus qu'en cas de privation de liberté. C'est ce ressac que conteste le Premier président Louvel, invitant au passage le pouvoir constituant à reprendre la main⁷.

1^{er} mars 2016. Commission des lois constitutionnelles du Sénat⁸. Vient le temps de l'action. Alors que le Parlement est mobilisé pour inscrire l'état d'urgence dans la Constitution, le Premier président Louvel lui propose d'« ajouter trois "s" supplémentaires au deuxième alinéa de l'article 66 pour écrire "les libertés individuelles" », le passage au pluriel permettant l'élargissement de la compétence judiciaire.

Encore faut-il convaincre de l'opportunité d'un tel élargissement. Tout en se défendant de vouloir remettre en cause la capacité des juridictions administratives à protéger l'individu contre l'État, le Premier président s'applique à souligner qu'il y aurait sans doute là matière à débat :

« mon propos n'est pas de critiquer l'ordre administratif en tant que défenseur des libertés. Ce débat existe, en raison du double rôle du juge administratif dans l'organisation de l'État, conseil et juge, et de la finalité de sa mission orientée vers la primauté de l'intérêt général ». Le Premier président Louvel préfère cependant s'appuyer sur l'argument originaliste. Il faudrait en effet lire l'article 66 à la lumière de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 habilitant le gouvernement à rédiger une nouvelle Constitution selon laquelle : « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme à laquelle elle se réfère ». L'intention du constituant serait tout entière contenue dans ce pluriel⁹.

La thèse ne convainc alors qu'à moitié : « tirer de trois mots de [la loi d'habilitation] une volonté du pouvoir constituant est fragile en droit. La rédaction de l'article 66, finalement au singulier – "la liberté individuelle" – ne doit rien au hasard », répond un membre de la commission des lois constitutionnelles¹⁰. Finalement, aucune réécriture de l'article 66 ne sera envisagée par le Parlement.

25 juillet 2017. Dernier épisode : une tribune du président Louvel publiée sur le site de la Cour de cassation, « Pour l'unité de juridiction »¹¹. Le terrain change radicalement : « personne ne discute plus sérieusement que [le juge administratif] réalise une défense des droits fondamentaux aussi protectrice de l'individu face à l'intérêt général que celle offerte par le juge judiciaire... Ce faisant, une nouvelle question prend corps et s'impose d'elle-même au débat public : quelle justification peut-on avancer aujourd'hui en

5. Ont ainsi été incluses dans la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, outre le droit de ne pas être détenu arbitrairement, la liberté d'aller et venir (Cons. const., 25 févr. 1992, n° 92-307 DC), la liberté du mariage (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC), le respect de la vie privée (Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC) ou encore l'inviolabilité du domicile (Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC).

6. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, ou encore, plus récemment, Cons. const., 11 déc. 2015, n° 2015-508 QPC.

7. « Sans doute est-il temps que le constituant intervienne pour reconnaître et asseoir effectivement l'autorité judiciaire dans son rôle de garant de l'ensemble des libertés individuelles, au-delà de la seule protection contre la détention arbitraire » (« Délibération commune du premier président de la Cour de cassation et des premiers présidents des cours d'appel », *préc.*).

8. www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc3.

9. La thèse est développée par B. Louvel, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles, *Réflexion à l'occasion de la rencontre annuelle des premiers présidents de cour d'appel et de la Cour de cassation* », document mis en ligne sur le site de la Cour de cassation, daté du 2 février 2016 (www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/gardienne_liberte_33544.html).

10. La remarque vient du sénateur A. Richard, www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20160229/lois.html#toc3

11. www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/bertrand_louvel_37436.html.

faveur de l'existence de deux ordres de juridiction séparés ? Ni les corporatismes de part et d'autre, ni les difficultés de formation des juges au droit administratif que l'École nationale de la magistrature est en mesure d'intégrer, ni l'intérêt intellectuel présenté par les débats devant le Tribunal des conflits, ne peuvent constituer des raisons convaincantes au maintien d'un système qui se présente pour le justiciable comme un des arcanes les plus difficiles sur la voie de l'accès à la justice et à l'intelligibilité de nos institutions ».

Avec tout le respect dû à la fonction et à l'autorité exercée par le premier magistrat de la Cour de cassation, il faut avouer que les arguments sont pour le moins déroutants. On reste dubitatif face au recours, digne d'un juge Scalia, à l'intention originelle des pères fondateurs, et devant ce fétichisme de la loi du 3 juin 1958 dans laquelle la pensée du constituant serait à tout jamais cristallisée. Le retournement d'arguments laisse également circonspect. En 2016, il est soutenu que la protection des libertés doit être retirée au juge administratif en raison de la faiblesse des garanties offertes. En 2017, le Premier président fait le constat de l'équivalence des protections (en matière de liberté, le juge administratif fait en réalité aussi bien que son homologue judiciaire) et en déduit la nécessité de supprimer purement et simplement l'ordre juridictionnel administratif.

Surtout, l'accès judiciaire contre les juridictions administratives se trompe de cible.

La question n'est pas de déterminer quel ordre juridictionnel est compétent pour protéger les libertés. Lorsqu'elles se trouvent affectées par l'administration, ces libertés sont placées sous le contrôle du juge administratif. Qu'on le conteste ou qu'on l'approuve, tel est l'état du droit positif qui, s'il ne correspond pas au moment constitutionnel du 3 juin 1958, découle de la tradition juridique française (mise à l'écart du juge judiciaire à la Révolution, loi des 16 et 24 août 1790), hissée au rang constitutionnel en 1987¹². À ce titre, on ne saurait parler d'un élargissement du champ de compétence des juridictions administratives, même depuis la proclamation de l'état d'urgence : il s'agit toujours de laisser au juge de

l'administration le soin de juger l'action de cette dernière.

Il est une évolution, cependant, beaucoup plus importante, que l'investive judiciaire ne relève pas, celle de l'extension du périmètre d'intervention de la police administrative. Traditionnellement, en effet, la police administrative agit en cas de trouble ou de risque de trouble à l'ordre public. La police judiciaire, quant à elle, assure le traitement de l'infraction, soit pour la réprimer soit, en cas de suspicion, pour en empêcher la réalisation. Étranger à une question de répartition des compétences entre les ordres de juridiction, ce partage des fonctions répond à une conception particulière des libertés. Une conception libérale, selon laquelle la contrainte publique, exercée alors par le seul juge pénal, doit être cantonnée aux hypothèses dans lesquelles l'individu bascule vers l'infraction, ou se trouve sur le point de le faire. Sans doute l'infraction n'est-elle pas extérieure à l'horizon administratif. L'infraction constituant nécessairement un trouble à l'ordre public, en préservant l'ordre public, la police administrative prévient la commission d'infractions. Le traitement de l'infraction n'est cependant qu'indirect ; il ne constitue pas l'objet de la mission de l'administration.

C'est là que se situe l'évolution et, plus encore, la rupture. À la contrainte publique exercée par le juge pénal en cas de commission voire de suspicion de commission d'une infraction, s'ajoute désormais l'action de la police administrative, à un stade antérieur, celui de la potentielle infraction. Inscrite en filigrane dans la législation sur l'état d'urgence, cette « police prédictive », selon l'expression de S. Henneville-Vauchez et S. Slama¹³, irrigue la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, qui étend les compétences de l'administration à la « prévention de la commission d'actes terroristes ». Si cette extension entraîne mécaniquement le contrôle juridictionnel du juge administratif, la question, précise D. Rebut, « ne porte [...] pas sur l'intervention du juge administratif qui est justifiée dans cette hypothèse [celle d'opérations de police administrative] mais sur la possibilité de prendre des mesures de prévention du terrorisme

12. Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*.

13. S. Henneville-Vauchez et S. Slama, « État d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ? », *AJDA*, 2017, p. 1801.

en dehors du contexte de commission d'une infraction »¹⁴.

Tel est l'enjeu véritable à côté duquel est passée la polémique judiciaire. Il ne concerne pas la

répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif mais l'équilibre des pouvoirs entre l'autorité judiciaire et l'exécutif. C'est à ce niveau, celui des libertés, que le débat mérite d'être rehaussé.

14. <http://blog.leclubdesjuristes.com/3-questions-a-didier-rebut-lentree-vigueur-de-loi-antiterroriste/>.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit
par courrier électronique à l'adresse suivante :*
revuededroitdassas@gmail.com

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

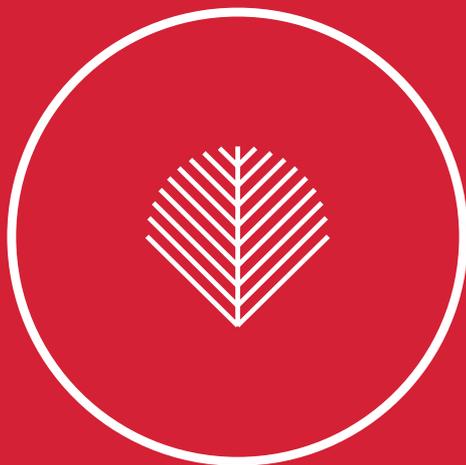
Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr



ADD
■ ASSOCIÉS

Généalogie successorale
Recherche d'héritiers

SIÈGE SOCIAL : 4, avenue du Coq - 75009 PARIS Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91 Fax : +33 (0)1 44 94 91 92

AIX-EN-PROVENCE ■ BAYONNE ■ BEAUNE ■ BORDEAUX ■ CLERMONT-FERRAND
LYON ■ METZ ■ NANTES ■ NICE ■ RENNES ■ ROUEN ■ STRASBOURG ■ TOULOUSE



HO-CHI-MINH-VILLE ■ IRUN ■ RABAT ■ VARSOVIE

www.add-associes.com