



Université Panthéon-Assas

# Revue de droit d'Assas

N°5 Février 2012

***Le portrait***

**Paul Didier**

Par Michel Germain

***Le débat***

**Les citoyens assesseurs**

Avec Marylise Lebranchu et Michel Mercier

***Le dossier***

**La mutation des sources en droit privé**

Par Frédéric Bicheron, Louis d'Avout, Pascale Deumier, Valérie Malabat, Philippe Malinvaud, Mustapha Mekki et Stéphane Torck

***L'offre de droit***

**Réformer la composition  
du Conseil constitutionnel ?**

Avec Olivier Beaud, Julien Boudon, Guy Carcassonne, Paul Cassia, Thomas Clay, Denys de Béchillon, Bruno Genevois, Anne-Marie Le Pourhiet, François Saint-Bonnet et Patrick Wachsmann

# 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, 33 rue du Mail – 75081 Paris Cedex 02

**lextenso** éditions

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

Directeur de la publication : **Louis Vogel**

Directeur scientifique : **Denis Mazeaud**

Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Guillaume Drago**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
responsable du Master 2 Droit public approfondi

**Yves Gaudemet**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Droit public  
approfondi

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

**Christian Larroumet**,  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Droit privé général

**Yves Lequette**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
responsable du Master 2 Droit privé général

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

**Martine Lombard**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
ancienne responsable du Master 2 Droit public  
de l'économie

**Jacques-Henri Robert**,  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,  
ancien responsable du Master 2 Science  
pénitentiaire

**Louis Vogel**,  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,  
Président de l'Université

## COMITE DE REDACTION

**Rédacteur en chef :**  
Etienne Casimir

**Rédacteur en chef adjoint :**  
Nicolas Balat

**Responsable du développement :**  
Clotilde Lacotte

**Responsable du financement :**  
Guillaume Drouot

**Responsable du colloque annuel :**  
Clara Derrien

**Membres du comité de rédaction :**  
Aurore Boucher, Adrien Brochard,  
Kevin Cariou, Charlotte Dubois,  
Estelle Fragu, Diane Galbois,  
Roger Gaspard, Hélène Guiziou,  
Dorothee Perrouin-Verbe, Elléa Ripoche,  
Jean-Charles Rotoullié,  
Pierre-Antoine Teillauchet

# L'intro

**Etienne Casimir**, rédacteur en chef

---

« Le saviez-vous ? », dit benoîtement la marionnette de Nicolas Hulot aux Guignols. Le 5 se situe tout de suite après le 4 et juste avant le 6 ! La Terre compte 5 continents, la main 5 doigts, le carrosse 5 roues (...); le numéro 5 est de Chanel, le mambo number 5 et... la *Revue de droit d'Assas* sort son cinquième numéro !

Cette nouvelle parution, afin de poétiser quelque peu les 5 lettres accompagnant les meilleurs vœux de réussite que vous adresse toute l'équipe de la *revue* pour l'année qui débute, privilégiera, et cela tombe sous le sens... les 5 sens !

Particulièrement en *vue*, vous pourrez d'abord capter un autre regard sur le Professeur Paul Didier, celui du Professeur Michel Germain qui a dressé pour vous le portrait de l'éminent commercialiste. L'œil d'un maître sur un autre, en somme !

Les « yeux dans les yeux » ensuite, vous aurez la chance de surprendre un échange de *vues* entre une ancienne et l'actuel garde des Sceaux, Madame le Ministre Marylise Lebranchu et Monsieur le Ministre Michel Mercier, qui nous ont fait l'honneur de contribuer à ce numéro. Du jamais *vu* pour notre jeune *RDA*, qui en outre a eu du *nez*, puisque ce débat portera sur l'institution des citoyens assesseurs, au moment même où les premières audiences nouvellement formées ont lieu !

L'*ouïe* ne sera pas non plus oubliée : comme de coutume, votre *revue* a été à l'écoute des dernières nouvelles du droit, de l'Université et de ses étudiants ! Elle a même prêté une oreille attentive et éveillée au « droit à la sieste »... Elle n'a par ailleurs pas hésité à user d'un autre sens, le sens de l'humour (!), puisque vous pourrez, dans ce numéro, parcourir quelques-unes des « motivations les plus hilarantes » des décisions de nos juges, ou constater que ces derniers ont récemment pu accorder de confortables indemnités à une épouse « dédaignée » par son mari...

Quant au *goût* – le bon bien sûr ! –, il ne sera pas en reste dans la deuxième partie, le traditionnel *Grand Deux* de votre *revue*. Le « dossier » de cette publication de février ne manquera en effet pas de saveur grâce à ses éminents auteurs, qui ont accepté de s'interroger sur la mutation des sources en droit privé. Puis, dans « L'offre de droit » – qui cultive le sens critique puisqu'il s'agit de proposer (ou non !) un avant-*goût* de ce que pourraient être de nouveaux textes sur un point de droit controversé –, les non moins éminents contributeurs qui ont accepté de relever le défi se demanderont s'il convient de modifier la composition du Conseil constitutionnel. Un non-sens ou le sens de l'histoire ?

Finissons avec le *toucher*, ou plutôt *touchés*, pour remercier tous ceux qui, amis, lecteurs et auteurs, ont permis, depuis cinq numéros déjà, à la *Revue de droit d'Assas* d'exister, de perdurer et d'être ce qu'elle est. « Au cinquième envoi, je touche », aurait pu dire Cyrano de Bergerac. C'est ce qu'a tenté de faire auprès de vous cette nouvelle parution de votre *revue*, universitaire, touche à tout, avec une touche de fantaisie mais scientifique avant tout, et prétendant faire collaborer « la main dans la main » enseignants et étudiants. Mais « la vanité est le sixième sens », a-t-on écrit ; gardons-nous en, au moins jusqu'à notre... sixième parution !

# Sommaire

## *L'intro*

Deux mots du rédacteur en chef p. 3

## *Grand Un • Autour du droit*

### *Grand A*

#### **Du droit et des hommes**

##### **Petit un : l'Homme du droit**

Paul Didier,  
par M. Germain p. 7

##### **Petit deux : droit au débat**

Deux gardes des Sceaux, deux avis différents :  
les citoyens assesseurs,  
par M. Lebranchu et M. Mercier,  
propos recueillis par N. Balat,  
É. Casimir et G. Drouot p. 10

### *Grand B*

#### **Droit de regard**

##### **Petit un : hors les murs**

Droit à la sieste, abstinence et responsabilité,  
et motivations délirantes, par K. Cariou,  
C. Dubois, E. Fragu et G. Drouot p. 16

##### **Petit deux : dans les murs**

L'actualité de l'Université : travaux à Assas,  
nouvelle bibliothèque et colloque « constituant »,  
chroniques rédigées par A. Touzain, D. Galbois  
et A. Roger-Vasselin p. 23

## *Grand Deux • Au tour du droit*

### *Grand A*

#### **Droit sans frontières**

La mutation des sources en droit privé  
**Petit un : théorie générale du droit**  
La mutation des sources du droit privé  
et l'introduction à l'étude du droit,  
par P. Deumier p. 31

##### **Petit deux : droit des contrats**

La mutation des sources du droit  
des contrats, par Ph. Malinvaud p. 37

##### **Petit trois : droit de la responsabilité civile**

Retour aux sources du droit de  
la responsabilité civile, par M. Mekki p. 48

##### **Petit quatre : droit des successions**

Le renouvellement des sources en droit  
des successions, par F. Bicheron p. 65

##### **Petit cinq : droit international privé**

La législation européenne de droit  
international privé, par L. d'Avout p. 70

##### **Petit six : droit commercial**

Le processus Lamfalussy, le Traité de Lisbonne  
et la crise financière, par S. Torck p. 78

##### **Petit sept : droit pénal**

Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi,  
rien que la loi... Ou presque,  
par V. Malabat p. 83

### *Grand B*

#### **Offre de droit**

Réformer la composition du Conseil  
constitutionnel ?

##### **Petit un : la composition du Conseil constitutionnel**

par B. Genevois p. 89

##### **Petit deux : gare au faux bon sens**

par G. Carcassonne p. 96

##### **Petit trois : l'ironie du sort**

par F. Saint-Bonnet p. 99

##### **Petit quatre : pas de changements importants, mais...**

par A.-M. Le Pourhiet p. 103

##### **Petit cinq : vive la Cour constitutionnelle !**

par P. Cassia et T. Clay p. 107

##### **Petit six : trois faiblesses**

par J. Boudon p. 110

##### **Petit sept : révisons la Constitution !**

par O. Beaud et P. Wachsmann p. 113

##### **Petit huit : appel au calme...**

par D. de Béchillon p. 115

## *Droits fois rien*

Le directeur scientifique défie les canons du plan juridique,  
en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom... p. 120

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Nicolas BALAT**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

**Olivier BEAUD**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Frédéric BICHERON**, Professeur à l'Université de Nantes

**Julien BOUDON**, Professeur à l'Université de Reims

**Guy CARCASSONNE**, Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre – La Défense

**Kevin CARIOU**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

**Etienne CASIMIR**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

**Paul CASSIA**, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Thomas CLAY**, Professeur à l'Université Versailles – Saint-Quentin en Yvelines, doyen de la faculté de droit

**Louis d'AVOUT**, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

**Denys de BECHILLON**, Professeur à l'Université de Pau

**Pascale DEUMIER**, Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

**Guillaume DROUOT**, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

**Charlotte DUBOIS**, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas, chargée d'enseignement

**Estelle FRAGU**, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas, chargée d'enseignement

**Diane GALBOIS**, Diplômée de Master 2 à l'Université Panthéon-Assas, élève avocat

**Bruno GENEVOIS**, Ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, président de section honoraire au Conseil d'État

**Michel GERMAIN**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Marylise LEBRANCHU**, Ancien garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés, députée du Finistère

**Anne-Marie LE POURHIET**, Professeur à l'Université Rennes 1

**Valérie MALABAT**, Professeur à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV)

**Philippe MALINVAUD**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, président d'honneur de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

**Denis MAZEAUD**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, président de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

**Mustapha MEKKI**, Professeur à l'Université Paris XIII

**Michel MERCIER**, Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés

**Astrid ROGER-VASSELIN**, Étudiante en Licence 3 à l'Université Panthéon-Assas

**François SAINT-BONNET**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Stéphane TORCK**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Antoine TOUZAIN**, Étudiant en Master 1 à l'Université Panthéon-Assas

**Patrick WACHSMANN**, Professeur à l'Université de Strasbourg

« Autour du droit », ou plus précisément quelques articles autour de ceux qui font et ce qui fait le droit...

# Grand Un Autour du droit

## Grand A

### *Du droit et des hommes*

Parce que le droit est fait  
par les hommes, et pour eux !

### *Petit un*

#### *l'Homme du droit*

Paul Didier

p. 7

### *Petit deux*

#### *Droit au débat*

Les citoyens assesseurs

p. 10

## Grand B

### *Droit de regard*

Parce que le juriste  
doit être curieux !

### *Petit un*

#### *Hors les murs*

Le droit à la sieste

p. 16

Le tribunal des flagrants délires

p. 19

Abstinence et responsabilité

p. 21

### *Petit deux*

#### *Dans les murs*

Les travaux d'Assas

p. 23

La nouvelle bibliothèque  
d'Assas

p. 25

Un colloque « constituant »

p. 27

# 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 son empreinte dans le monde juridique.

## Paul Didier

**Michel Germain**



**P**our les jeunes étudiants en droit des « années 1968 » ayant du goût pour le droit commercial, le manuel de Paul Didier paru chez Thémis était un ouvrage passionnant, qui faisait comprendre avec simplicité ce droit si particulier, tout en dévoilant la distance qui pouvait séparer le droit positif de la réalité, zone grise sur laquelle les manuels de l'époque étaient assez muets. Mais cet ouvrage ne donnait pas seulement une vue réaliste du droit. Il donnait à penser que le monde du commerce ne devait pas uniquement se lire au travers du Code de commerce et des pratiques des marchands, mais que sa compréhension passait également par le monde des idées et des valeurs : l'on y découvrait tout à coup que saint Thomas d'Aquin, Calvin ou Marx avaient aussi rapport avec le droit commercial.

1968 : bien évidemment la résonance n'est pas celle que l'on imagine. L'après soixante-huit s'efforce d'apporter remède à la crise universitaire et Paul Didier est en première ligne. Il est en 1969 le premier président de l'Université de Dauphine, vaisseau amiral de la réforme d'Edgar Faure, qui doit donner à toute la flotte l'exemple de ce que l'on appellerait maintenant l'excellence universitaire. Et là le Président Didier connaît les veilles des petits matins où il faut dissuader les étudiants de refaire en permanence la révolution ; mais il a aussi le meilleur des travaux et des jours universitaires, quand il lui faut inventer l'avenir avec de grands scientifiques ou des personnalités de gauche, sans emploi dans l'opposition de l'époque, comme Pierre Uri, Michel Rocard, Jacques Attali, Jacques Delors ou Bertrand Schwartz. Il faut dire cependant que l'arrière du décor est rude, car, dans la stratégie ministérielle de l'époque, Dauphine créée contre la volonté de l'Université de Paris devait débarrasser cette dernière de son comité de grève, dont les membres les plus virulents se retrouveront à Dauphine. Peu à peu, pourtant, le vaisseau amiral se construit et le chaos se transforme en institution. Paul Didier propose les bonnes règles dans le consentement de tous, car il sait les imaginer en adéquation avec le réel. Telle est l'œuvre d'un vrai

juriste, le contraire de l'homme de droit obsessionnel. Après avoir façonné Dauphine, il usera de cette même intuition juridique pour créer – en plus petit – le magistère de juriste d'affaires à Paris II.

Il l'est d'autant moins, homme de droit obsessionnel, qu'au-delà de la science du droit, il y a quelque chose en lui du sage chinois et du savant de la Renaissance.

Du sage chinois, il a la retenue, la grande civilité et la phrase qui jaillit avec la même rapidité que celle du peintre chinois capable de réaliser dans l'instant le tableau qu'il porte depuis longtemps en lui. Je me rappelle ces préparations de colloques ou de programmes scientifiques, dans lesquelles je ne savais ce qu'il fallait admirer le plus : la pertinence du propos ou la vitesse avec laquelle Paul Didier assemblait les pièces du puzzle. Est-ce un hasard s'il a aimé Mathieu, ce peintre qui, par-delà ses bizarreries d'artiste, savait occuper la toile dans l'instant, comme le calligraphe oriental ?

Du savant de la Renaissance. Est-ce cette parenté qui explique sa dilection pour l'Italie et pour ses arts les plus classiques, architecture, peinture, sculpture ? Il fit même à Dauphine, m'a-t-il confié, des cours d'architecture à côté de ceux de droit. Mais pour ce qui concerne le monde du droit, son goût pour l'encyclopédisme est peut-être le marqueur le plus net de la Renaissance. Jeune juriste, il avait admiré Saussure et pensait qu'il fallait, à l'instar de ce qu'allait opérer la linguistique pour les multiples langues du monde, essayer de construire une grammaire du droit. C'était sans doute une ambition de jeunesse que la vie rend illusoire. Mais cette idée de la vue la plus exhaustive, touchant aux structures les plus profondes, ne l'a pas quitté. Dans les années 1990, il publie successivement cinq tomes de droit commercial, qui dressent un tableau général de la discipline. Quelques années plus tard, il desserrera l'étau dans lequel les civilistes tenaient le contrat de société pour montrer que le contrat à l'œuvre dans la société n'est pas du même ordre que celui qui est à l'œuvre dans la vente. Cette distinction du contrat-échange et du contrat-organisation a tout de suite séduit par sa façon de dire de manière claire et sensible que le contractuel dont on gratifie la société n'est pas le même que celui qui structure le droit civil classique. L'idée a eu le succès que l'on sait. Il faut dire qu'il a naturellement le talent de créer et d'innover : c'est lui qui avait rédigé à la demande de René Capitant l'amendement qui fit la société anonyme à directoire ; c'est encore lui qui, à la demande de Jean Foyer, avait écrit le brouillon de ce qui va devenir la loi de 1967 sur le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises. Heureuse époque (?) où les universitaires passaient pour meilleurs conseillers des princes que les cabinets d'avocats et les *lobbies*.

Mais la mémoire de nos étudiants vaut celle de l'histoire. Et celle-ci est louangeuse. Voici ce dont se souviennent deux d'entre eux, qui choisissent de s'exprimer selon des modes différents.

« Paul Didier était une présence qui ne relevait pas d'une prestance auto-satisfaite, c'était un discours ferme, prononcé sur un ton pondéré, dénué d'emphase. Deux traits frappaient d'emblée. Le premier était le pragmatisme qui, sans s'embarrasser de formules pédantes, ramenait les étudiants du DEA de droit des affaires à la réalité... des affaires. Le second trait était le souci méticuleux du texte. Il lui importait de dégager le fonctionnement de la norme. À quelle nécessité répond la loi étudiée ? D'un point de vue historique, pour quelle raison cette loi a-t-elle été rédigée ? Pourquoi tel article est-il placé là ? Il incarnait une grande autorité intellectuelle, mais cela ne l'empêchait pas d'être disponible pour répondre à nos questions. Il nous intimidait, mais lui nous regardait avec bienveillance, mettant en valeur les points positifs de nos exposés... »



« Paul Didier, quelques mots-clés :

Désabusé : non

Sans illusion : oui

Sévère : non

Impénétrable : oui

Mandarin : un peu

Disponible : assez

Distance : oui

Ouverture : oui ».

Mais le professeur a été naturellement lui aussi étudiant. Son père et sa mère étant avocats à Tunis, il fait son droit à la Faculté de droit de Tunis. Il y est l'étudiant de Jacques Flour, qui lui révèle les charmes de l'agrégation, et il se retrouve à Paris dans les années 1950 pour y passer ses DES. Thèse de vrai droit sur l'option de la femme commune en biens. Il prépare l'agrégation et la réussit devant un jury présidé par Solus. Le voici nommé à Montpellier, puis à Lyon, où le hasard décide de sa vocation, puisque la faculté de Lyon lui confie le cours de droit commercial.

La boucle est bouclée, l'étudiant curieux de tout est devenu professeur.

Homme de savoir et homme d'action. Ce mélange est mystérieux. Mais cette alchimie est celle de la vie et l'homme, qui dans les années 1960 écrivit avec d'autres noms de l'époque « Le bouton du mandarin », sait assurément la complexité du monde.

# 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 s'affrontent plusieurs spécialistes sur un thème polémique.

## Les citoyens assesseurs

Propos recueillis par

**Nicolas Balat, Étienne Casimir et Guillaume Drouot**



**Marylise Lebranchu**

Ancien garde des  
Sceaux, ministre de la  
Justice et des Libertés  
Député du Finistère



**Michel Mercier**

Garde des Sceaux,  
ministre de la Justice et  
des Libertés

*La loi n° 2011-939 du 10 août 2011 « sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs » institue les citoyens assesseurs, faisant partie de la composition de plusieurs juridictions pénales et siégeant à côté des juges professionnels. Les premières audiences des citoyens assesseurs s'étant tenues au mois de janvier 2012, le thème ne saurait être davantage d'actualité qu'à l'heure de la publication de ces colonnes. Marylise Lebranchu, ancien Ministre de la Justice, et Michel Mercier, Ministre de la Justice en fonction, ont accepté d'échanger sur le nouveau dispositif.*

### Question 1 : Les citoyens assesseurs et la philosophie de la réforme

*La loi nouvelle a pour objectif d'accroître la part des citoyens dans le fonctionnement de la justice pénale.*

***Cette réforme permet-elle de rendre une meilleure justice au nom du peuple français ?  
Peut-on empêcher les magistrats d'y voir une certaine forme de défiance ?***

#### **Marylise Lebranchu**

Permettez-moi d'observer au préalable que l'on est en droit de s'interroger sur le moment de cette réforme. Chacun sait que, ces dernières années, notre code de procédure pénale a souffert de

modifications à répétitions intervenues non pour répondre aux nécessités de la justice mais dans un but d'exploitation politique de faits divers tragiques devant lesquels il fallait afficher une réaction destinée à l'électorat. On connaît le résultat : peines plancher, jugement des malades mentaux, rétention de sûreté. De ce point de vue, la réforme des citoyens assesseurs n'a fait qu'ajouter une couche au mille-feuille sans que l'on comprenne en quoi cette réforme était plus urgente que les autres. Le code de procédure pénale, cela a été suffisamment dit, mérite d'être réécrit de fond en comble comme en son temps le code pénal sous l'impulsion de Robert Badinter. Au lieu de ce travail fondateur, on a préféré, au risque de l'incohérence, modifier une partie de l'édifice. Pourquoi celle-là plutôt qu'une autre ? C'est justement ce qui m'inquiète. En effet, sur le fond, je pense que l'on ne peut, *a priori*, critiquer l'association des citoyens au fonctionnement de la justice. C'est une hypothèse que j'avais moi-même envisagée à l'issue d'une vaste concertation portant sur l'ensemble de notre dispositif pénal. J'en avais retenu que la participation de membres de la société civile à la justice présentait un double intérêt : d'une part, elle aidait à parfaire la connaissance de la justice par nos concitoyens, d'autre part elle renforçait l'idée que la justice est rendue au nom du peuple français, selon la formule consacrée. Pour autant, les informations qui me remontaient montraient qu'il fallait faire preuve d'une grande prudence, de beaucoup de pédagogie, tant en direction des assesseurs que des juges professionnels et veiller, avec de bonnes intentions, à ne pas désorganiser les juridictions. Je n'ai pas le sentiment que cette prudence ait présidé à la réforme dont nous parlons : il me semble que son objectif, inavoué mais assez apparent, n'est pas vraiment d'associer les citoyens au fonctionnement de la justice, mais plutôt de donner le sentiment que les juges sont sous surveillance après tout le mal que l'on a dit d'eux dans des conditions inacceptables – je pense aux propos démagogiques tenus après les événements de Grenoble et le drame de Pornic.

Une réforme bâtie sur de telles bases me paraît bien mal partie. Au point où nous en sommes, il m'aurait semblé plus urgent de donner aux juridictions les moyens de fonctionner sans leur mettre sur les bras cette usine à gaz du recrutement des citoyens jurés. Dans notre monde technicisé, internationalisé, la justice est d'abord une affaire de professionnels. Donnons aux professionnels les moyens de travailler avant de les placer sous surveillance !

### **Michel Mercier**

Je note avec satisfaction que vous n'avez aucune opposition de principe au fait de faire participer les citoyens aux décisions de justice. À l'aune des débats parlementaires et des critiques formulées par l'opposition, cela n'allait pas de soi. Et les raisons que vous évoquez à l'appui de cet accord de principe sont exactement celles qui ont animé le Gouvernement : rapprocher les citoyens de la justice et ainsi la leur faire mieux connaître, et conforter le principe que la justice est rendue au nom du peuple français.

S'agissant du choix du moment, les raisons en sont assez naturelles. Il s'agissait d'un engagement de campagne du président de la République. Il était donc normal que cet engagement soit honoré avant la fin de la législature.

Il ne s'agit aucunement d'une marque de défiance à l'égard des magistrats, ni de les mettre sous surveillance. La participation des citoyens ou de la société civile est en effet courante pour les décisions de nature civile de différents types (prud'hommes, tribunaux de commerce, tribunaux paritaires des baux ruraux, etc.), mais elle est limitée aux crimes pour la matière pénale.

Dans de nombreux pays (Allemagne, Royaume-Uni, Norvège, Espagne, etc.), la participation des citoyens au jugement des délits est organisée sous une forme ou sous une autre.

Dans tous ces cas, les magistrats ont-ils le sentiment d'être mis sous surveillance ? Des témoignages recueillis auprès des présidents de cour d'assises, cela ne semble être aucunement le cas !

En apportant un regard nouveau, les citoyens assesseurs encourageront les différents acteurs du procès pénal à faire œuvre de pédagogie et à abandonner certains automatismes.

Cette participation des citoyens à la justice pénale, aux côtés des juges professionnels, permettra

de renforcer les liens existants entre la société et l'institution judiciaire. Je reprendrai ici les termes extraits du témoignage d'un juré d'assises: « faire partie d'un jury populaire, c'est la seule façon que nous ayons aujourd'hui d'expérimenter directement la démocratie ». Elle permettra également aux juridictions de mieux prendre en compte les évolutions de la société dans leurs décisions.

## **Question 2: Les citoyens assesseurs et les infractions concernées**

*Le Conseil constitutionnel a décidé d'écarter du champ d'application du dispositif l'usurpation d'identité prévue à l'article 434-23 du code pénal et les infractions prévues au code de l'environnement passibles d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans.*

### **Le domaine de la réforme quant aux infractions concernées est-il satisfaisant ?**

#### **Marylise Lebranchu**

**« Une sorte de fascination pour la justice telle qu'elle est rendue aux États-Unis »**

Il est heureux que le Conseil constitutionnel ait écarté les infractions les plus complexes du champ de compétence des citoyens assesseurs. Est-ce suffisant alors que la qualification des faits reste dans leur champ de compétence, ce qui ne peut se concevoir sans connaissances en droit pénal spécial? Je me garderai donc bien de dire que la réforme est satisfaisante quant aux infractions retenues. On verra à l'usage.

Je crains surtout, pour ma part, que cette réforme ne porte la marque d'une sorte de fascination pour la justice telle qu'elle est rendue aux États-Unis, où un jury populaire peut, par exemple, décider seul si un homme d'affaires a commis un délit d'initié – infraction complexe entre toutes. Or la justice américaine, peut-être appréciée outre-Atlantique, n'a rien de commun avec notre propre organisation issue d'une tradition multiséculaire. Quand je vois, outre la réforme des citoyens assesseurs, la tentative que j'espère avortée de supprimer le juge d'instruction et la volonté clairement affichée de placer les enquêtes sous la maîtrise du seul parquet, je me dis que le modèle américain n'est pas si loin. Mais peut-on parler de modèle à propos d'un système où l'exercice des droits de la défense dépend étroitement des moyens dont on dispose pour s'offrir les services d'un ténor du barreau ?

#### **Michel Mercier**

L'intention du Gouvernement n'a jamais été de proposer de faire juger les infractions les plus complexes par les citoyens assesseurs, contrairement à l'opposition qui avait déposé des amendements tendant notamment à rendre compétent les citoyens assesseurs pour les infractions économiques et financières. Ces infractions nécessitent des compétences souvent très pointues dans des domaines techniques et juridiques. Elles sont donc difficiles à appréhender pour un non-professionnel, et sont d'ailleurs souvent confiées à des juridictions spécialisées. Nous avons au contraire envisagé leur compétence comme le prolongement naturel de la cour d'assises. Devant la cour d'assises, sont en effet jugées, et ce à la satisfaction de tous depuis plus de deux cents ans, les infractions les plus graves. Il s'agit le plus souvent d'affaires qui sont souvent humainement très lourdes, mais qui ne requièrent pas une compétence juridique particulière pour en être juge. Au besoin, les magistrats professionnels peuvent d'ailleurs préciser tel ou tel point de droit au juré qui le souhaite.

Or, force est de constater que dans certains cas, la distinction entre crimes et délits est ténue, notamment du fait de la pratique de la correctionnalisation. Ainsi, selon les tribunaux, un même vol à main armée est jugé par un tribunal correctionnel ou par une cour d'assises. Il en est de même pour un viol, passible de la cour d'assises, mais parfois requalifié en agression sexuelle. Enfin, entre des violences aggravées et des coups mortels, la juridiction compétente n'est pas la même, alors que le mode opératoire est similaire. Dès lors, il nous est apparu naturel de permettre aux citoyens de participer au jugement des atteintes aux personnes les plus graves, que ces faits soient qualifiés de crimes ou de délits. Il est donc légitime que les citoyens s'y intéressent.

### **Question 3: Les citoyens assesseurs et l'application des peines**

*La réforme prévoit que les citoyens assesseurs interviendront également au sein du tribunal de l'application des peines et de la chambre de l'application des peines pour le relèvement de la période de sûreté, la libération conditionnelle ou la suspension de peine qui ne relèvent pas de la compétence du juge de l'application des peines. Ils remplaceront les représentants d'associations spécialisées dans la réinsertion des condamnés et dans l'aide aux victimes jusqu'alors présents à la procédure.*

**Pourquoi étendre la participation des citoyens assesseurs aux décisions relatives à l'application des peines ?**

#### **Marylise Lebranchu**

Je remarquerai d'abord que, sous l'impulsion de la loi du 15 juin 2000 que nous devons à Elisabeth Guigou, le principe a été arrêté d'installer non pas de simples citoyens mais des responsables d'associations d'aide aux victimes et d'associations de réinsertion pour statuer, aux côtés de juges professionnels en matière de libération conditionnelle. Le dispositif a été étendu par la loi du 9 mars 2004 aux contentieux dont connaît, à la cour d'appel, la chambre d'application des peines. La réforme consiste donc à sortir du jeu ces assesseurs sensibilisés à l'application des peines pour les remplacer par des citoyens assesseurs « ordinaires » que l'on généralise par ailleurs puisqu'ils siègeront aussi au tribunal de l'application des peines et pas seulement à la cour d'appel. Là encore le décalage entre la réforme et les besoins des juridictions est criant: dans la justice instruite, les services d'application des peines sont parmi les plus défavorisés, et au lieu de les aider, on flanque le JAP d'assesseurs jurés dont il ne saura quoi faire s'il n'est pas en mesure par ailleurs de traiter ses dossiers. Ce qui domine, c'est encore la volonté de surveiller, ou de donner l'impression que l'on surveille ces magistrats que l'on a si injustement décriés.

#### **Michel Mercier**

Le choix de faire participer les citoyens assesseurs aux décisions des tribunaux d'application des peines et des chambres d'application des peines pour toutes les décisions modifiant ou aménageant des peines, telles que la libération conditionnelle ou le relèvement de la période de sûreté, est apparu comme le prolongement logique de l'intervention des citoyens, aux assises ou dans les tribunaux correctionnels pour les délits les plus graves. En effet, la très grande majorité des décisions dont ils auront à connaître sera relative aux condamnations rendues par ces juridictions. Il était légitime d'y associer les citoyens, qui prendront ainsi part à des décisions qui, en aménageant la peine, modifient les conséquences d'une première décision ayant été rendue notamment par des citoyens.

Nous avons effectivement par conséquent abandonné le dispositif mis en place en 2000, qui présentait l'inconvénient de prévoir dans la même formation deux représentants d'associations poursuivant des objectifs antagonistes.

### **Question 4: Les citoyens assesseurs et les assises**

*La réforme prévoit que l'introduction des citoyens en matière correctionnelle s'accompagne d'une réforme des assises, dont la procédure était déjà échevinale. En la matière, pour le premier jugement comme pour l'appel circulaire, le nombre des jurés est diminué. La majorité pour décider d'une condamnation en première instance est désormais de six voix (sur neuf au total, six jurés et trois juges) contre huit auparavant (sur douze au total, neuf jurés et trois juges). S'il fallait auparavant la majorité absolue des jurés, désormais, à égalité des voix de ceux-ci, la condamnation sera prononcée.*

**Faut-il voir dans le nouveau dispositif une forme de contradiction entre les matières correctionnelle et criminelle, ou bien la volonté de rapprocher les procédures concernant les infractions les plus graves ?**

#### **Marylise Lebranchu**

La cour d'assises est emblématique de la justice républicaine. On devrait n'y toucher, selon

l'expression consacrée, que d'une main tremblante. Or, ici apparaît plus qu'une réforme, une révolution, qui va exactement à rebours des intentions que l'on affiche de vouloir associer les citoyens à la justice. Jusqu'à présent, une déclaration de culpabilité ne pouvait intervenir qu'à une majorité qualifiée, dans laquelle il fallait trouver, quel que soit le vote des magistrats professionnels, la majorité des jurés. Ce ne sera plus le cas. Cette modification est loin d'être anodine : elle rend la main aux magistrats professionnels au moment où l'on prétend renforcer le pouvoir des citoyens dans le fonctionnement de la justice. Je m'interroge sur la logique de cette disposition, sur sa cohérence par rapport au reste du dispositif.

### Michel Mercier

L'objectif du Gouvernement sur ce point était simple : lutter contre le phénomène de la correctionnalisation. Il apparaît en effet que la plupart des juridictions pratiquent ce qui est couramment appelé la correctionnalisation, qui consiste, comme je viens de l'évoquer, à requalifier un crime en délit. Cette pratique répond à la louable nécessité de permettre un jugement plus rapide des procédures, afin d'éviter que celles-ci ne soient jugées de nombreuses années après les faits, en raison de l'engorgement des rôles d'audiences d'assises. Elle n'est cependant satisfaisante ni juridiquement, car on modifie l'exacte qualification, ni pour la victime qui voit ainsi les faits commis à son encontre requalifiés alors que pour elle, il s'agit toujours, par exemple d'un viol et non d'une agression sexuelle, ni pour l'accusé, dont la procédure sera certes examinée avec une peine encourue moins forte, mais qui verra son cas évoqué lors de l'audience beaucoup plus brève de la procédure correctionnelle. En réduisant le nombre de jurés aux assises, nous permettrons de juger plus d'affaires, et donc de limiter la correctionnalisation. Les règles de majorité ne sont que marginalement modifiées et en appel, le principe d'une majorité de jurés pour condamner est maintenu.

## « Lutter contre le phénomène de la correctionnalisation »

### Question 5 : Les citoyens assesseurs et l'expérimentation

*Le dispositif des citoyens assesseurs sera appliqué à titre expérimental à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012 dans au moins deux cours d'appel et jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2014 dans au plus dix cours d'appel.*

***Pourquoi avoir choisi l'expérimentation pour cette réforme, méthode inhabituelle et nouvelle en matière pénale ? Faut-il y voir une saine mesure de prudence pendant deux ans, ou bien le risque d'une justice à deux vitesses, l'une rendue par les tribunaux expérimentaux, l'autre rendue par les tribunaux non touchés par la réforme ?***

### Marylise Lebranchu

En soi l'expérimentation ne me choque pas si elle consiste à dire qu'une loi nouvelle, également appliquée sur l'ensemble du territoire, sera au bout d'une certaine période l'objet d'une évaluation dont le résultat pourra conduire à sa modification. Mais expérimenter une loi en la réservant à une partie du territoire me paraît très choquant. J'ai été surprise que le Conseil constitutionnel balaye les arguments qui lui ont été soumis pour contester cette curieuse expérimentation, car l'égalité des citoyens devant la justice est aussi un principe constitutionnel. Je crains fort que la Cour européenne des droits de l'Homme qui, tôt ou tard, sera saisie de la question, soit moins indulgente.

### Michel Mercier

Il apparaît très clairement dans les travaux parlementaires ayant abouti à l'insertion de l'article 37-1 dans la Constitution que cette réforme avait précisément pour objet de permettre l'expérimentation en matière de droit pénal ou de procédure pénale, qui touche par définition et par nature aux libertés individuelles.

En l'espèce il convient d'observer que l'expérimentation va avoir pour conséquence que, dans les

juridictions pilotes qui seront désignées, des personnes qui auraient dû être jugées par une juridiction composée de trois magistrats professionnels, seront jugées par une juridiction composée de cinq personnes, comportant ces mêmes trois magistrats professionnels plus deux citoyens assesseurs, selon une procédure qui, du fait de la participation de non-magistrats, sera plus pédagogique que celle habituellement applicable.

Ce mode de jugement n'est aucunement susceptible de faire par principe grief au prévenu poursuivi ou au condamné demandant un aménagement de peine, pas plus qu'à la partie civile. Il n'induit en effet ni une plus grande sévérité dans les décisions qui seront prononcées, ni une plus grande clémence.

La différence de traitement qui résultera de l'expérimentation ne porte ainsi nullement une atteinte excessive au principe d'égalité, au regard par ailleurs de l'intérêt qui existe à expérimenter cette réforme novatrice avant de la généraliser le cas échéant sur l'ensemble du territoire.

# Petit un du Grand B :

---

## hors les murs

Le droit est dans tout, le droit est partout : quelques contributions autour du droit.

## Le droit à la sieste ? Naturellement...

**Kevin Cariou**

**L**a plus belle heure de la vie, c'est l'heure de la sieste<sup>1</sup>.

Quel étudiant, après un « copieux » déjeuner englouti au resto (U) du coin, ne s'est jamais laissé entraîner dans les bras accueillants de Morphée, bercé par l'exposé lancinant d'un droit fiscal malencontreusement placé en ce début d'après-midi ensoleillé?... Quel professeur, en pleine digestion de ce délicieux repas savouré au resto (chic) du quartier, ne s'est jamais laissé envahir par cette irrésistible somnolence, piquant lentement mais irrémédiablement du nez sur le volumineux traité qui était alors l'objet de toute son attention?... Zzz...

La sieste est bien naturelle, en somme.

Naturelle ? C'est en tout cas ce qui est avancé par de plus en plus de scientifiques et de médecins. Beaucoup la préconisent désormais, mettant en avant ses nombreux bénéfices pour la santé<sup>2</sup>, en faisant un véritable « somnicament »... Car il ne faut pas oublier que, même politique, l'homme

est avant tout un animal. Un mammifère, si l'on veut être plus précis ; or, l'immense majorité de notre espèce dort plusieurs fois par jour. La sieste correspond donc à un besoin naturel et contribue à l'équilibre biologique de l'homme. Sa pratique semble d'ailleurs remonter à la nuit des temps. Les Romains, déjà, se reposaient volontiers sur les coups de la sixième des douze heures qui délimitaient la journée latine (la *sexta hora*, d'où notre *sieste*).

Naturelle, donc ? Le pas est tentant à franchir. Si la sieste est inhérente à la nature de l'homme et participe de son essence, ne relèverait-elle pas tout simplement du droit naturel ? C'est assurément ce que ne manqueront pas de soutenir certains partisans de la thèse jus-naturaliste... Mais ne cédon pas à la paresse intellectuelle et poussons le raisonnement plus avant : afin de prévenir les objections des positivistes, ne pourrait-on pas consacrer formellement la sieste comme un droit fondamental ?

L'idée commence à faire son chemin. L'été dernier, une syndicaliste allemande bien connue

<sup>1</sup> G. Lacroix, *Les Douze « Mai » de Grégoire*, Max Milo, 2007.

<sup>2</sup> Elle permet notamment de réduire les risques d'accidents cardiovasculaires.



outre-Rhin, Annelie Buntenbach, s'est prononcée en faveur d'un droit à la sieste au travail. C'est déjà chose faite en Chine, où la Constitution prévoit que ceux qui travaillent ont droit au *xiu-xiu*. Au pays du soleil levant, certaines entreprises l'imposent même à leurs salariés.

L'Occident, lui, court toujours après le temps. La sieste y souffre d'une mauvaise image. Suspecte, elle est souvent associée à la paresse, au *farniente* des pays latins. Synonyme d'oisiveté, elle ne serait pas compatible avec les impératifs de la société capitaliste. Le préjugé est mal fondé. Outre ses bienfaits sur la santé, la sieste augmente la réactivité, aiguise l'attention, améliore la mémoire et rend de meilleure humeur. Des salariés heureux et en pleine forme, quel meilleur remède en cette période de crise pour accroître la productivité de notre vieux pays ? Dormir plus pour travailler plus, voilà un slogan dont nos politiques pourraient s'emparer !

Car pour l'heure, s'ils assomment souvent leurs électeurs à coups de discours soporifiques et leur content parfois des histoires à dormir debout, ils somnolent encore sur la question de la sieste. Tout juste peut-on mentionner la préface de *l'Éloge de la sieste*<sup>3</sup> écrite par un adepte qui s'était d'ailleurs vu attribuer le titre peu flatteur de « roi fainéant »... En 2007, le ministre de la Santé et des Solidarités d'alors, M. Xavier Bertrand, avait également fait un PAS (Programme d'Actions sur le Sommeil) dans cette direction, dont le quatrième et dernier axe prévoyait d'expérimenter la sieste en entreprise. Quelques entreprises se sont donc mises au PAS et ont dédié des espaces au repos de leurs employés. Mais rien que d'anecdotique... Il est temps d'éveiller les consciences.

Comment consacrer le droit à la sieste ? A *minima*, le législateur pourrait doter la loi DALO (droit au logement opposable) d'une petite sœur, la loi DASO (droit à la sieste opposable). Si avoir un toit sur la tête est devenu un droit opposable, pourquoi pas aussi un lit moelleux au milieu du bureau ? Les salariés pourraient alors utilement assigner des employeurs peu scrupuleux qui

auraient l'impudence de les empêcher d'exercer « l'art de la sieste »...

Mais pour ériger véritablement le droit à la sieste au rang de droit fondamental, il faudrait plutôt songer à le consacrer au niveau supra-législatif. Pourquoi alors ne pas le graver dans le marbre de la Constitution ? Le droit à la sieste se situerait dans le prolongement du préambule de la Constitution de 1946 qui, en même temps qu'il prévoit le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi, garantit à tous le repos et les loisirs. Le droit au repos au travail, nouveau droit constitutionnel ?

Si toutefois le législateur national ne daignait pas sortir de sa torpeur, c'est aux instances européennes que l'on s'en remettrait alors. La Cour européenne des droits de l'Homme, dans son souci perpétuel d'accorder aux individus tous les droits nécessaires à leur épanouissement personnel, pourrait en effet sanctionner les manquements à ce droit fondamental, et en faire un nouveau droit subjectif<sup>4</sup>. Le tout sous le regard bienveillant des conseillers de la Cour de cassation qui, d'ailleurs, pourraient eux-mêmes s'en prévaloir et y voir l'occasion de troquer la robe d'audience contre la robe de chambre.

Une fois le droit à la sieste entré et ancré dans nos mœurs juridiques et judiciaires, sa méconnaissance pourra être effectivement sanctionnée.

D'abord, en vertu de l'effet élusif des droits fondamentaux, le juge national pourra réputer non écrite une clause contractuelle interdisant la sieste ou encore réviser celle qui ne prévoit pas un temps de sieste suffisant au repos du salarié. On touche ici au problème le plus épineux que poserait le droit à la sieste et qui ne manquerait pas d'alimenter les débats passionnés qui s'ouvriraient alors en doctrine : celui de la durée de la sieste. Pourra-t-on se contenter d'une « micro-sieste », inférieure à cinq minutes ? Faudra-t-il au contraire imposer une durée minimale pour assurer un véritable repos réparateur au salarié<sup>5</sup> ? De la même manière, devra-t-on instituer une durée maximale afin d'éviter les abus, pour le bien de l'entreprise et même du salarié<sup>6</sup> ? Ou faudra-t-il laisser la

<sup>3</sup> B. Comby, *Éloge de la sieste*, préf. J. Chirac, éd. 84, coll. « J'ai lu Bien-être », 2005.

<sup>4</sup> Elle pourrait ainsi sanctionner les États qui ne protégeraient pas suffisamment ce nouveau droit, et les justiciables ne manqueraient alors plus de s'en prévaloir devant le juge national.

<sup>5</sup> Le quart d'heure semble tout indiqué par les « sachants »... Toutefois, il faudrait prendre garde à ne pas tomber dans des calculs d'apothicaire.

<sup>6</sup> En effet, une sieste trop longue n'est pas recommandée, puisqu'elle risque d'empiéter sur le sommeil nocturne et de provoquer des engourdissements néfastes aux performances requises.

liberté au juge d'apprécier, *in concreto* ou *in abstracto*<sup>7</sup>, les siestes abusives qui pourraient éventuellement constituer un motif de licenciement ? À l'instar des clauses de non-concurrence, les clauses de sieste pourraient ainsi se trouver limitées dans le temps. Il faudra de toute façon faire preuve d'une certaine souplesse pour concilier ce droit fondamental avec la liberté contractuelle qui ne saurait être trop grandement entravée. Les parties pourront bien entendu convenir entre elles d'une certaine durée, à condition que celle-ci soit raisonnable ; et lorsque la clause sera soumise à l'examen du juge, ce dernier devra prendre en considération l'économie générale du contrat et vérifier si la limitation dans le temps (voire dans l'espace !) ne trouve pas sa contrepartie dans une autre clause du contrat.

Et si, à terme, notre Cour de cassation venait à admettre l'effet additif des droits fondamentaux, l'effectivité du droit à la sieste deviendrait optimale. Le juge pourrait alors « forcer » le contrat de travail et contraindre l'employeur à mettre un lit, ou tout autre dispositif de nature à permettre le repos (hamac, canapé...), à la disposition du salarié afin que soit assuré son droit fondamental à la sieste.

Nombreux sont donc les chemins juridiques à pouvoir être empruntés pour que la sieste soit enfin garantie. Si l'on est ambitieux, on espérera voir bientôt consacré, tel le droit au *xiu-xiu* dans la Constitution chinoise, le droit au dodo dans notre Constitution. À moins que tout cela ne demeure qu'un rêve...

<sup>7</sup> Là encore, la question se pose : d'un côté, face au sommeil, chaque individu a des besoins qui lui sont propres ; de l'autre, il serait très difficile pour le juge

d'évaluer ces besoins.

# Au tribunal des flagrants délires

Guillaume Drouot

À l'heure où le débat concernant la motivation des arrêts d'assises<sup>1</sup> est lancé, l'auteur de l'édito du *Dalloz* nous fait part d'une « Pépète judiciaire<sup>2</sup> », à savoir une ordonnance de référé<sup>3</sup> dont la motivation fait honneur à l'article 455 du Code de procédure civile qui énonce à la fin de son premier alinéa, sans rire, « *le jugement doit être motivé* ».

La formule est aride et les seuls devoirs pour le juge semblent être d'apporter une motivation *suffisante* et en langue française<sup>4</sup>. Pour ce qui est du style, aucune directive n'est donnée dans notre code. C'est fâcheux. C'est ici l'étudiant qui s'exprime : l'humour, qui n'est donc pas interdit, est absent des jugements, tout comme les références audacieuses. À l'exception il est vrai du vice-président ayant rendu l'ordonnance susmentionnée. Après avoir cité le magazine *Entrevue*, celui-ci ne perd pas pied et se réfère à A. de Lamartine. Un peu de douceur dans ce monde de brutes.

Comment expliquer la rareté de cette attitude ? Parce que l'on dit « raide comme la justice » ? Ce serait prendre la cause pour l'effet. Parce que le magistrat, bien conscient que *dura lex sed lex*, engoncé dans sa fonction de rendre la justice<sup>5</sup>, n'ose pas ? Mais pourtant, il voudrait rire, ce fonctionnaire qui habite avec un cœur plein un monde vide, et qui, sans avoir usé de rien, est désabusé de tout... pour paraphraser notre poète déjà cité. La preuve en arrêts.

Mais avant, des excuses. Nous n'avons que deux exemples à vous fournir, étant désemparé devant *Legifrance* pour lancer une recherche efficace sur ce thème. Comment formuler celle-ci ? « Décision – motivation – désopilante » ? « Argumentation – magistrat – taquin » ? Hélas, notre

*Big brother* national de la réglementation est, en ce qui concerne ces « pépites », assez inefficace. Deux décisions uniquement donc, qui ne sont pas des trouvailles, mais dont l'authenticité est prouvée (grâce à *Legifrance* il faut le confesser). Deux décisions, ce qui permet soit dit en passant de respecter le plan académique (il n'y a là aucune mauvaise foi, ni déformation, simplement une aide de la providence. Oui, ça arrive).

## I. La motivation où il vaut mieux ne pas être (de) la partie

Notre première décision sera celle d'une juridiction de proximité (du bord de mer : nous sommes à Toulon). Une dame loue sa caravane, et les locataires peu satisfaits demandent à être indemnisés. Le juge condamne la bailleresse, en retenant, non sans une certaine causticité, (les passages savoureux sont en gras pour les impatients) « la piètre dimension de la défenderesse qui voudrait rivaliser avec les plus grands escrocs, ce qui ne constitue nullement un but louable en soi sauf pour certains personnages pétris de malhonnêteté comme ici Mme X... **dotée d'un quotient intellectuel aussi restreint que la surface habitable de sa caravane**, ses préoccupations manifestement strictement financières et **dont la cupidité le dispute à la fourberie**, le fait qu'elle acculait ainsi sans état d'âme et avec l'expérience de l'impunité ses futurs locataires et qu'elle était sortie du domaine virtuel où elle prétendait sévir impunément du moins jusqu'à ce jour, les agissements frauduleux ou crapuleux perpétrés par elle nécessitant la mise en œuvre d'investigations de nature à la neutraliser définitivement ».

<sup>1</sup> V. cette *Revue*, n° 2, p. 74-84.

<sup>2</sup> Edito du *Recueil Dalloz*, 30 juin 2011, n° 25. On peut se procurer la décision à l'adresse suivante : <http://www.juriscor.net/documents/tgiparis20110601.pdf>.

<sup>3</sup> Ordonnance rendue le 1<sup>er</sup> juin 2011 par le vice-président du tribunal de grande instance de Paris.

<sup>4</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 11 janv. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, Somm. 6, obs. S. Guinchard et T.

Moussa ; D. 1989, Somm. 181 obs. P. Julien ; *RTD civ.* 1989, 619, obs. R. Perrot.

<sup>5</sup> Et d'ailleurs, qui l'a dérobée, celle-ci, pour qu'un concours soit organisé tous les ans afin de sélectionner ceux qui devront la restituer autant que faire se peut ? Que le chapardeur se dénonce ! En pénitence, il ira lire M. Villey, *Philosophie du droit*, *Dalloz*, 2001, n° 83, p. 111, dernier paragraphe.

La décision sera cassée<sup>6</sup>, en ces termes plus policés : « Qu'en statuant ainsi, en des termes injurieux et manifestement incompatibles avec l'exigence d'impartialité, le juge a violé » l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Ce n'est pas l'art de la comparaison qui est en cause chez notre juge<sup>7</sup>. Ce seraient plutôt les termes de celles-ci qui sont douteux : on ne peut mettre dans la balance de la justice la médiocrité intellectuelle d'une personne avec la surface de son logement. Ça ne se fait pas en démocratie, du moins quand on est juge.

## II. La motivation où l'on se fait trente millions d'amis

Nous montons désormais dans les échelons de la hiérarchie judiciaire, et l'arrêt est celui de la cour d'appel de Riom<sup>8</sup> – dont l'homophonie avec « rions ! » annonce tout un programme. Le problème fut suffisamment important pour que la doctrine s'y intéressât et joignît sa voix au chant des poules en cause<sup>9</sup>. Le conflit est de voisinage, un habitant se plaignant du bruit d'un poulailler. Afin de ne pas mettre en cause le poulailler, voici l'argumentation de la juridiction : « Attendu que la poule est un animal anodin et stupide, au point que nul n'est encore parvenu à le dresser, pas même un cirque chinois ; que son voisinage comporte beaucoup de silence, quelques tendres gloussements, et des caquètements qui vont du joyeux (ponte d'un œuf) au serein (dégustation d'un ver de terre) en passant par l'affolé (vue d'un renard) ; que ce paisible voisinage n'a jamais incommodé que ceux qui, pour d'autres motifs, nourrissent du courroux à l'égard des propriétaires de ces gallinacés ; que la Cour ne jugera pas

que le bateau importune le marin, la farine le boulanger, le violon le chef d'orchestre, et la poule un habitant du lieu-dit La Rochette, village de Salledes (402 âmes) dans le département du Puy-de-Dôme ».

Hélas, trois fois hélas, la motivation ne charmera pas la Cour de cassation<sup>10</sup>. Celle-ci estimera avec une étroitesse d'esprit qui n'a d'égale que la culture sans frontière des magistrats Riomois<sup>11</sup>, que « l'arrêt se borne à des considérations générales, étrangères aux faits de l'espèce ».

*In fine*, que conclure ? Qu'il n'est pas facile de dérider la Cour suprême, et c'est tant mieux. Ces deux arrêts de cassation résonnent dans l'ordre juridique comme la question que pose Duler, patron de Madone, à Octave et Charlie les publicitaires<sup>12</sup> : « pourquoi faire de l'humour » ? Voilà ce que ne peut se permettre le juge, faire de l'humour pour vendre, puisqu'il doit trancher un litige. Certes, du détachement lorsque les faits le permettent est le bienvenu<sup>13</sup>, mais il s'agit ici en partie de crédibilité. Personne ne croit le clown qui annonce que le village est en feu ; *quid* du juge ? Imaginez Salomon ordonnant que l'on coupe l'enfant en deux, et l'assistance pliée, véritablement elle, en deux, se tenant les côtes, puis, se redressant péniblement, et demandant, encore hilare, tout en s'essuyant le coin de l'œil : « bon sérieusement, on fait quoi ? » Un mythe s'effondrerait et une sagesse légendaire avec. Alors étudiants à venir, vous qui connaissez la réponse d'Octave à Duler, « parce que l'humour rend la marque sympathique, excellent pour la mémorisation produit [...] », nous avons le regret de vous affirmer que le tribunal des flagrants délires ne sera jamais une réalité, et qu'il ne faudra compter que sur vous pour la « mémorisation produit » !

<sup>6</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 14 sept. 2006, n° 04-20.524, *Bull. civ. II*, n° 222.

<sup>7</sup> Qui au passage n'est pas forcément magistrat en l'espèce puisqu'il s'agit d'un juge de proximité.

<sup>8</sup> CA Riom, 1<sup>er</sup> ch. civ., *époux R... c / R...*, 7 sept. 1995.

<sup>9</sup> A. Djigo, « La gêne liée à un poulailler peut-elle, dans un village, revêtir un caractère anormal ? », *JCP G* 1996, II 22625 ; A. Robert, « Un poulailler ne cause pas de troubles excessifs de voisinage dans une petite commune rurale », *D.* 1996, somm. p. 59.

<sup>10</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 1997, n° 95-20.652.

<sup>11</sup> Qui s'étend des différentes formes de caquètements aux cirques chinois rappelés-le.

<sup>12</sup> Dans l'opus 99 *Francs* à la 23<sup>e</sup> minute et 15 secondes.

<sup>13</sup> C'est pourquoi nous apprécions la « pépite » exhumée par F. Rome, cité note 2.

# Petit guide pratique à l'usage des maris modernes<sup>1</sup>

Charlotte Dubois et Estelle Fragu

■ Ils se sont aimés, ils ont divorcé. Triste aboutissement pour un couple niçois après plus de vingt et une années de vie commune. Madame introduisit une requête en divorce en 2007, lequel fut prononcé par le juge aux affaires familiales aux torts exclusifs de l'époux.

À cela s'est ajoutée une action en dommages et intérêts intentée par l'épouse afin d'indemniser une frustration des plus insolites. En effet, la vie sexuelle des deux époux ne paraissait pas avoir conservé son ardeur initiale: de plus en plus espacés, leurs rapports en étaient venus à une abstinence presque complète. Devant une épouse déshonorée, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ne put que confirmer les 10 000 € de dommages-intérêts accordés en première instance.

On imagine déjà chez le lecteur l'amusement que peut susciter une telle décision. Quelle farce en effet s'est jouée devant la Cour d'appel; que de caricatures allant de l'épouse délaissée à celle du mari sans ardeur ni ferveur ! Mais c'est dans le divertissement que la pédagogie trouve parfois tout son sens; aussi cet arrêt prodigue-t-il à qui saura le lire quelques conseils précieux aux maris paresseux.

## I. Tenir sa langue

La femme devait ici prouver un préjudice que beaucoup n'osent avouer: l'abstinence forcée. Lorsque la bataille fait rage il n'est pas rare en effet de vouloir blesser et au passage d'obtenir quelques indemnités. Ne dit-on pas, avec ou sans raison, que « l'enfer ne contient pas plus de furie qu'une femme dédaignée » ?

Quoi qu'il en soit, en droit, un préjudice doit être prouvé. Les moyens ne manquent sans doute pas, et fort heureusement ces derniers ont évolué: ainsi le *congrès* du Moyen-Âge, moyen juridique sinon irréfutable du moins fort distrayant pour l'assistance, imposait au mari

accusé d'impuissance de s'exécuter devant le juge afin que ce dernier puisse éventuellement la constater. La virginité de l'épouse permettait également de démontrer aisément l'absence de relation sexuelle, et partant la non consommation du mariage: en témoigne l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en date du 5 novembre 1969 qui compatit largement au sort d'une jeune épouse laissée « en possession de son plein état de fait de jeune fille, injuriée par la preuve du non empressement de X... ou pour le moins de son inefficacité »...

Les juristes doivent désormais se contenter de moyens de preuves plus classiques, lesquels s'arrêtent malheureusement à la porte de la chambre conjugale. En effet, on peine à concevoir un mode de preuve efficace en la matière: faut-il que chaque voisin s'équipe d'un audiomètre pour que son témoignage soit d'une quelconque utilité? Faut-il que le juge dépêche un expert qui à défaut de jouer l'amant se cacherait lui aussi dans un placard? Faut-il que chacun prenne désormais l'habitude de relater les drames de sa vie conjugale dans des lettres, textos ou courriels?

Un seul moyen de preuve semble déverrouiller la situation: l'aveu du mari. N'est-ce pas en l'espèce la confession de Monsieur qui a permis à Madame de prouver son délaissement coupable? Un tel aveu providentiel ne saurait cependant dispenser chaque épouse négligée du fardeau de la preuve. Abstinence et silence sur la vie conjugale vont ainsi de pair et ce truculent droit ne connaîtra l'envers du décor que si l'époux, indisposé ou démissionnaire, naïf ou bavard, avoue son forfait. Monsieur a payé ici le prix de son honnêteté mais par ce biais il a montré la voie à suivre pour ceux qui désirent contourner une jurisprudence plus qu'intrusive.

<sup>1</sup> Utiles conseils prodigués par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 3 mai 2011 (arrêt n° 09/05752).

## II. Tenir la forme

Il semble que l'abstinence forcée reçoive au travers de cette jurisprudence une sanction juridique des plus vigoureuses. On ne peut que s'étonner devant cette vigueur qui a délaissé le devoir de fidélité jusqu'à le réduire en une relique d'un autre temps. Ainsi le mari ne redoute plus désormais la sanction du divorce<sup>2</sup> et demeure libre aujourd'hui de s'assurer les faveurs de sa maîtresse avec quelques donations ou legs à son profit<sup>3</sup>.

Un retour de bâton des plus étranges pour celui qui jouissait d'une sécurité juridique pourtant bien mal acquise. La fidélité existe donc toujours mais une fidélité renouvelée, revisitée par les juges puisque n'est aujourd'hui sanctionnée que l'obligation d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint; celle de n'entretenir des relations sexuelles qu'avec ce dernier est aujourd'hui lettre morte du Code civil<sup>4</sup>.

On rappelle donc aux maris qui souhaitent s'accorder un écart de conduite qu'il vaut mieux avoir la force et l'endurance de satisfaire à la fois l'épouse et la maîtresse. En effet ni les fatigues chroniques liées à une surcharge de travail, ni les problèmes de santé invoqués par Monsieur n'ont eu raison, aux yeux du juge, du délaissement de Madame. Le juge hiérarchise à cet effet simple altération des capacités sexuelles et abolition totale de ces dernières, l'abolition étant seule à même d'écarter la condamnation.

Aussi à travers cette jurisprudence est-il permis aux maris d'être certes infidèles mais de ne jamais délaissé physiquement celle qui fut pour eux le premier objet de leurs faveurs.

## III. Tenir ses comptes

Il est interdit, faut-il le rappeler, de demander l'exécution forcée du devoir conjugal<sup>5</sup>. Demeure l'exécution par équivalent, une réparation pécuniaire qui viendra sanctionner la violation de cette obligation de faire des plus personnelles. Encore faut-il résoudre l'épineuse question de l'évaluation du préjudice de délaissement. Quelle somme le mari paresseux devra-t-il déboursé ?

La Cour d'appel accorde en l'espèce 10 000 € pour « plusieurs années » de solitude conjugale. Pour les fins du présent guide, imaginons cinq années de délaissement soit une indemnisation à hauteur de 2 000 € par an. Or selon les études les plus sérieuses<sup>6</sup>, le nombre moyen de rapports chez un couple français est de cent vingt par an; un produit en croix aurait-il ainsi conduit les juges à sanctionner à hauteur de 16,70 € le rapport refusé ? Qui refuse de connaître sa femme, devra connaître ses comptes... La crise actuelle impose quelques restrictions budgétaires et dans ce domaine plus qu'en tout autre, il convient de montrer l'exemple.

Que l'on ne s'y trompe pas: les conseils ici prodigués ne sont pas destinés à garantir la pérennité de sa liaison mais bien de son mariage. À ne plus savoir quoi sanctionner, les juges prennent parfois l'un pour l'autre, et au gré de ce darwinisme marital, abandonnent l'époux honnête mais fatigué pour lui préférer l'époux athlète et mensonger. Le droit du mariage, déjà bien affaibli, se serait volontiers passé d'une telle patrimonialisation du devoir conjugal.

<sup>2</sup> Suppression de la cause péremptoire de divorce par la loi du 26 mai 2004.

<sup>3</sup> Ass. plén. 29 oct. 2004.

<sup>4</sup> L'article 212 du Code civil impose aux époux le respect d'un devoir de fidélité, un devoir que l'article 226 du même code rend d'ordre public.

<sup>5</sup> Crim. 5 sept. 1990 et surtout Crim. 11 juin 1992, confirmé par la loi n° 2006-

399 du 4 avr. 2006, art. 11 et celle du 9 juill. 2010, art. 36 sanctionnant le viol entre époux.

<sup>6</sup> Etude menée par la société Durex en 2005 sur 317 000 personnes représentant quarante-et-un pays.

# Petit deux du Grand B : dans les murs

La RDA revient sur les actualités de l'Université Panthéon-Assas : un regard décalé sur quelques nouveautés de la planète « faculté » !

## Travaux en cours...

**Antoine Touzain**

« **V**a, Numérobis, construis ce palais ! Tu as trois mois ». « Trois mois, ma reine ? Mais à partir de... heu... avec combien de temps de retard ? ». Mais, à la différence de Numérobis, les entrepreneurs actuels n'ont ni potion magique, ni Gaulois à leur disposition. Plus grave encore, il n'est plus possible de les menacer d'être jetés aux crocodiles. Contrariété à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme... Le progrès, diront certains.

Malgré ces complications historiques, et comme toutes les meilleures choses ont une fin, celle des travaux du Centre Assas se rapproche à grands pas. Bientôt la dernière grue partie, bientôt les ouvriers rentrés chez eux, bientôt la fin des travaux. Bientôt le banquet synonyme d'épilogue, avec son barde attaché et bâillonné, et ses sangliers réchauffés au micro-ondes de notre future cafétéria !

En effet, la dernière pierre de ce vaste chantier doit être posée en 2012, ce qui permet de rentrer très précisément dans le calendrier imposé par les Mayas. Les futurs Assassiens pourront bientôt bénéficier d'un Centre entièrement rénové, digne de l'université Lutèce II, où les Cicéron et Rhétorix en devenir pourront s'amuser à discourir sur le statut des Wisigoths ou sur la propriété publique

des aqueducs et autres *viae romanae* !

Un épilogue historique, donc. Mais quel est le résultat ? Un tour d'horizon s'impose, bien que quelques pierres aient encore vocation à s'ajouter. Depuis la rentrée 2010, déjà, les étudiants bénéficient de nouvelles salles de travaux dirigés aux sous-sols, dans les entrailles de l'université. Servant à la fois de salles d'étude et de bunker en cette période troublée, l'absence de fenêtres y force les étudiants à devenir des lumières. Les méthodes actuelles de stimulation intellectuelle...

Les salles sont également plus accessibles ! Joie pour les juristes, dont la réputation sportive n'est plus à démontrer, qui peuvent désormais se contenter de monter du sous-sol au deuxième étage, sans nécessairement grimper jusqu'au sixième ! La réouverture des deuxième, troisième et quatrième étages fait la joie des nombreux Assassiens désœuvrés, désorientés et débordés qui, les années précédentes, cherchaient désespérément une salle où travailler ! Comme quoi, la patience finit toujours par payer.

Toutefois, les travaux ne sont pas tout à fait terminés. Combien de retard ? Quelques années. Mais l'espoir est de mise ! Les travaux semblent toucher à leur fin, petit à petit. Bientôt la fin des hurlements des chargés de travaux dirigés pour

couvrir le bruit des perceuses, ce qui les obligera à trouver un autre motif pour ce faire. Bientôt, même, la disparition des câbles pendant des plafonds dans les couloirs, transformant certains couloirs en véritables potences! Bientôt, une nouvelle université.

Bientôt... Un restaurant universitaire? Bientôt le retour de cette légende, de ce mythe parfois raconté par des thésards nostalgiques à leurs étudiants envieux<sup>1</sup>? La rentrée 2011 a semblé faire fi de ce lieu historique, en supprimant même son substitut moderne, la cafétéria! Plus grave encore, causant la dépression profonde et la désertion de nombreux étudiants, les machines à café elles-mêmes avaient succombé dans cette lutte pour la modernité! Heureusement, avant que de nouvelles associations ne viennent s'engouffrer dans la brèche pour proposer du café aux étudiants – bien qu'une société eut été sans doute plus appropriée, vu les enjeux financiers – ces machines sont revenues avec la reprise des travaux dirigés. Ouf!

Mais le plus grand changement concerne les amphithéâtres. Après quelques tests de la climatisation dans l'amphi 1, qui visaient sans doute à doper les ventes d'écharpes de La Boutique d'Assas, à l'effigie de notre université, il semble

que le chauffage ait été mis en place dans le Grand amphithéâtre. Ajoutez à cela les nouveaux écrans dans certaines salles de cours, qui permettront aux chargés de travaux dirigés et professeurs adeptes des horaires tardifs de ne pas rater leur programme télévisuel préféré.

Le dernier mot ira à la bibliothèque, sans toutefois empiéter sur l'article consacré à ce sujet. D'aucuns disent que c'était le projet de Steve J\*\*\*, paix à son âme. Et force est de constater que de nombreux fans de *Windows*, en entrant dans cet *Apple Store* local, sont tombés dans les « pommes »! Une bibliothèque futuriste, avec quelques livres en début d'année – avant qu'ils aient été empruntés en totalité – des ordinateurs technologiquement aptes au traitement de textes du futur, et quelque trois cents places, qui font le bonheur des étudiants arrivant avant neuf heures cinq.

Les travaux de l'Université touchent à leur fin. Les étudiants n'entendront bientôt plus les bruits des outils de chantiers. Malgré une date butoir sans cesse repoussée, il semble donc que la fin soit proche. Bientôt la fin des travaux, bientôt la reprise du travail. Du travail, dans des conditions nouvelles, pour le plus grand bonheur des adeptes de notre cher centre Assas.

<sup>1</sup> V. également la définition dans le « Dictionnaire des idées reçues », cette revue, n° 4, oct. 2011, p. 26 s., V° « Resto U ».



# Propos grognons sur la nouvelle bibliothèque

**Diane Galbois**

On l’attendait depuis longtemps (depuis que l’ancienne bibliothèque du sixième étage a fermé, soit depuis mai 2008...), on en a rêvé, on a fantasmé à son sujet... la voilà enfin : la nouvelle bibliothèque d’Assas ! Cette fois-ci, pas de faux espoir, elle est bien là (son ouverture était initialement prévue pour la rentrée 2010, avant d’être reportée à mars 2011 – mais ne nous plaignons pas, car depuis la fermeture de l’ancienne bibliothèque nous avons pu bénéficier de la très utile « bibliothèque numérique » accessible partout et pas seulement dans les bâtiments d’Assas ; qui a oublié que la modernité avait du bon ?).

Les premiers pas franchis, nous ne sommes pas déçus ! Eblouis par cette blancheur immaculée (de quoi nous aveugler si l’on sort de la pénombre du « Grand Amphi » auquel la bibliothèque fait face), impressionnés par ce design blanc épuré (adieu les vieilles chaises d’écoliers et les seaux posés sur les tables afin d’éviter les inondations les jours d’orage), abasourdis par la présence de « Mac » (terme à ajouter dans le *Dictionnaire des idées reçues* d’Assas<sup>1</sup> ?) avec écrans géants à notre disposition pour consulter le catalogue de la bibliothèque (pas pour aller sur Facebook, non !), les bras nous en tombent. Cela valait bien la peine d’être privés de bibliothèque pendant près de trois ans pour bénéficier d’un environnement de travail aussi agréable, digne de figurer en couverture de *ELLE Décoration*. Si si, vraiment. Qu’on se le dise : c’est beau. Même Benoît Duquesne, lors de ce fameux *Complément d’enquête*, avait tout de même l’air de s’y sentir très à son aise, comme un poisson dans l’eau – comme un rat dans une bibliothèque ?

Notre curiosité aiguisée, nous poursuivons

donc notre visite. Force est alors de convenir que la bibliothèque a les avantages de ses inconvénients : elle est victime de son succès. Il est à peine 10h30 du matin, et trouver une place assise s’avère être mission impossible. Nous avons beau traverser la bibliothèque en long, en large et en travers, l’étudiant zélé et motivé fait chou blanc. L’administration d’Assas aurait-elle sous-estimé l’ardeur intellectuelle de ses étudiants ? À l’affût dès qu’une personne se lève (faux espoir, c’était seulement pour sortir en courant répondre à son interlocuteur téléphonique), il faut bien se rendre à l’évidence et reprendre les anciennes habitudes (Cujas pour les plus motivés, le News pour les moins stressés, voire le jardin du Luxembourg par temps clément). Le manque de places est effectivement la contrepartie des grands espaces aérés réservés entre l’entrée et les étagères (très agréables, certes...). Il suffirait de presque rien, peut-être dix tables de plus, pour qu’on lui dise « je t’aime »... quelques tables et chaises supplémentaires pour tirer profit de ces espaces vides (à moins que, disent les bruits de couloir, l’architecte ne fasse jouer son droit moral à l’encontre de toute modification de ses plans initiaux !). Ce manque de places assises a pour corollaire un usage abusif par certains étudiants, qui posent leurs affaires au début de la journée afin de s’assurer une place, mais sans avoir la constance de passer bel et bien la journée assis à travailler dans la bibliothèque (ni même à faire semblant). À quand la police des bibliothèques ? Plus sérieusement, voici de quoi nous rappeler nos dernières vacances au soleil, où l’on pestait contre les touristes lève-tôt (mais malins, avouons-le) qui laissent leur serviette de bains sur un transat pour réserver les meilleures places autour de la piscine. Qui eût cru que les étudiants auraient l’idée de

<sup>1</sup> N. Balat et G. Drouot, « Dictionnaire des idées reçues », RDA n° 4, oct. 2011, p. 26 s.

reproduire leurs réflexes de vacanciers dans leur bibliothèque universitaire ? Il se trouve que nous sommes tellement contents d'avoir une belle bibliothèque qu'elle nous rappelle nos bons moments de vacanciers. Nous ne demanderons pas au personnel de la bibliothèque, par ailleurs très serviable et efficace, de faire la police. Reste à espérer que les étudiants prendront d'eux-mêmes des habitudes plus altruistes, et laisseront leurs camarades profiter eux aussi du luxe de cette bibliothèque.

En attendant qu'une place se libère, nous arpentons les étagères remplies de manuels de droit (grand avantage de cette nouvelle bibliothèque par rapport à l'ancienne : les livres sont en libre service, on peut les consulter sans avoir à rechercher préalablement leur cote sur le catalogue de la bibliothèque, à remplir un papillon et à quémander les livres auprès des bibliothécaires remarquablement patients face à nos « je n'ai pas réussi à trouver la cote dans le catalogue ! »... Petits nouveaux, vous ne connaissez pas votre chance d'avoir échappé à ce système de l'âge... du livre...). Petite déception au rayon Droit des obligations : le cultissime *Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2* est aux abonnés absents. Après vérification auprès d'un bibliothécaire très aimable, il nous est confirmé que cet ouvrage n'a pas encore rejoint les rayons de la nouvelle bibliothèque ; mais il arrivera, c'est certain : tout vient à point à qui sait attendre, et ce qui est attendu est d'autant plus précieux<sup>2</sup>. Nouvel essai – tout aussi infructueux – avec la bible de tout civiliste (le précis Dalloz *Les obligations*, de MM. les Professeurs Terré, Simler

et Lequette), dont tous les exemplaires ont été empruntés. Le rayon droit des affaires ne nous rassure pas davantage : tous les exemplaires empruntables du fameux « Cozian » ont été pris d'assaut. Et ainsi de suite pour la plupart des ouvrages indispensables dans chacune des grandes disciplines juridiques. Mieux encore, à l'approche des examens, la plupart des codes à jour ont été empruntés par des étudiants soucieux de leurs économies (à 75 euros le mythique Code général des impôts, cela se comprend). Là encore, la bibliothèque semble être victime de son succès ! Peut-être est-ce un signe que des crédits supplémentaires sont à allouer à la bibliothèque pour l'achat de nouveaux manuels... À moins de se reporter sur la bibliothèque numérique, où l'on voit que les éditeurs juridiques offrent désormais l'accès même aux manuels en ligne, que l'on peut virtuellement feuilleter.

Après ce petit tour d'horizon, on ne peut manquer de remarquer la douce chaleur (voire, selon certains, la chaleur suffocante) qui règne dans la bibliothèque. Agréable en hiver, certes (sauf à risquer un choc thermique après le froid polaire du « Grand Amphi » toujours dépourvu de chauffage), mais plutôt insupportable dès que les beaux jours approchent et que le soleil tape contre les immenses baies vitrées – dépourvues de stores – de la bibliothèque. L'architecte d'intérieur semble avoir oublié un petit détail : les rideaux ! À moins que ce ne soit une arme cachée d'« Assas vert » pour faire comprendre aux étudiants par des travaux pratiques le mécanisme de l'effet de serre et la réalité du réchauffement climatique ?

<sup>2</sup> Aussi peut-être, depuis que ces lignes ont été écrites, l'ouvrage a-t-il rejoint les rangs. Nous lui souhaitons la bienvenue.

# « La constitution administrative de la France » : propos candides sur l'exercice constituant

**Astrid Roger-Vasselín**

*Cet article n'a d'autre ambition que celle d'exprimer le ressenti d'une étudiante à propos du colloque qui a eu pour objet singulier de réfléchir à « La constitution administrative de la France »<sup>1</sup>, idée inspirée et réalisée par les maîtres des différentes branches du droit public français. Elle témoigne d'ailleurs, si ce n'est de la (part de) création, du moins de la créativité de la doctrine en cette matière (v. le dossier « La part de la doctrine dans la création du droit public », cette revue, n° 4, oct. 2011, p. 30 s.).*

« **N**ous sommes une assemblée constituante ! Devant cette constatation, nous ne pouvons qu'être pris de vertige, d'angoisse. Vertige, compte tenu de l'importance de la tâche à accomplir ; angoisse du ridicule que nous pourrions avoir à prétendre donner à la France une constitution administrative. Vertige, angoisse : ils sont, sinon supprimés, du moins tempérés par les travaux préparatoires de notre réunion. Et le texte que vous avez sous les yeux organise, de manière rationnelle, en plusieurs titres, ce qui relève de la séparation des pouvoirs et des autorités, du principe de légalité, de l'organisation administrative, de la juridiction administrative, des missions administratives, des moyens administratifs, des droits et libertés administratifs. Avec ce texte – que nous allons modifier ! –, nous avons une base de travail qui peut nous rassurer, et tout ce qui a été fait auparavant est de nature à permettre de réaliser une œuvre qui s'approchera de la perfection. En tout cas, l'initiative de Bertrand Seiller et du Centre de recherche en droit administratif est une illustration du travail et de l'ardeur de nos collègues, ainsi que de la continuité et du renouveau non seulement du droit administratif mais aussi de la doctrine en droit administratif ! ».

Qu'on nous pardonne la longueur de cette mention mais il nous a paru souhaitable de la reproduire dans son intégralité, car les derniers mots du rapport introductif du Professeur Delvolvé, empreints d'une certaine émotion, sont à la mesure de la circonstance. On tentera bien modestement d'en retranscrire ici une impression.

Pendant trois jours, le centre Vaugirard a été le théâtre d'une manifestation scientifique de grande ampleur, réunissant l'éminence publiciste de nos universités et de nos juridictions autour d'un projet ambitieux et inédit : établir une constitution administrative de la France. Ambitieux dans son simple objet ; inédit jusque dans les terminologies employées à dessein par les protagonistes précités : « assemblée constituante », « commission », « article », « rapporteur », « exposé des motifs », « amendement », « adoption »,...

À l'initiative du Centre de recherche en droit administratif (CRDA) de Paris II et plus spécialement de son directeur Bertrand Seiller, ce colloque était ouvert à tous, y compris aux plus inexpérimentés dont je faisais partie. Mais, si l'on exhortait l'assistance dans son ensemble à intervenir pour faire valoir ses observations, suggestions, contestations (en digne assemblée constituante, finalement), l'atmosphère très solennelle des

<sup>1</sup> Colloque organisé par le Centre de recherche en droit administratif de l'Université Panthéon-Assas, consacré à la « Constitution administrative de la

France » (28-30 sept. 2011).

débats incitait plutôt la petite étudiante à la prudence, voire au silence. Un de mes camarades aura eu le courage de prendre la parole (et le micro), moi pas.

En quelques mots, il importe de préciser le déroulement des sessions. Dans un premier moment, le rapporteur défendait, sous l'autorité du président de séance et dans un exposé des motifs, le texte proposé à l'approbation de l'assemblée. On nous raconte ainsi l'histoire de ces brefs alinéas, on nous explique comment tel mot a été préféré à tel autre, pourquoi il est plus heureux en l'espèce d'employer le singulier ou alors le pluriel, on mesure le poids de la virgule, du silence aussi. La défense du texte est délicate, d'autant que le rapporteur n'en est généralement pas l'unique auteur : son travail ayant déjà été éprouvé par celui de la commission préparatoire, il s'agit pour lui de vanter les mérites d'un compromis.

Puis, dans un second moment, une fois la proposition d'adoption en l'état justifiée « par ces motifs », la parole est rendue à l'assemblée. Et celle-ci ne néglige pas la faculté ainsi offerte de discuter le bien-fondé et/ou la forme de ce à quoi elle devra consentir. Chaque caractère est, là encore, scrupuleusement analysé dans l'espoir d'aboutir ultimement à la proposition incontestable. À cet égard, Jean-Jacques Bienvenu, dans son saisissant rapport de synthèse, a préféré qualifier ce colloque d'« exercice » plutôt que de « manifestation scientifique ».

Ce n'était pas essentiellement une manifestation scientifique en effet, dans la mesure où il s'agissait moins d'atteindre « la satisfaction de la connaissance [que celle] de l'exactitude et de la clarté, que l'on assimile à la normativité ». L'exercice, donc, a alors revêtu une dimension spirituelle : l'assemblée s'est astreinte à une discipline stricte ; jamais, néanmoins, cette discipline n'a confiné à l'austérité, ou interdit la passion. On a coutume de dire que « la plume est servie mais la parole est libre » : ceci reflète à mon sens parfaitement l'expérience. Il ne fallait pas que le petit livret abritant la précieuse écriture succombât à l'anarchie de la parole. Mais, comme l'a souligné un fin camarade, l'énergie des débats a permis de saisir ces esprits brillants dans l'intimité de leur

réflexion. Rien de plus intimidant en somme, pour celui ou celle qui n'appartient pas à cette élite mais se découvre avec un enthousiasme effrayé une authentique inclination pour les lois administratives. L'invitation à l'humilité n'était pas dissimulée, l'évidence de l'admiration non plus.

Pour tenter de rendre compte à travers un exemple de l'intensité des argumentations, il conviendrait de mentionner brièvement la discussion issue du projet d'article relatif au service public. Elle a été significative des stimulantes difficultés, de fond et de forme, auxquelles devaient nécessairement se heurter les acteurs de ce colloque. Elle a également permis à Benoît Plessix de rappeler le vœu de ses initiateurs, celui de parvenir autant que faire se peut au consensus. En reprenant grossièrement ses termes, l'esprit de ce projet n'était pas de traduire des opinions personnelles sur ce qu'est le droit administratif, même s'il est incontestable qu'il est traversé d'idéologies mais, bien plutôt, « de transiger, d'essayer de traduire cette transaction à laquelle le droit positif français est arrivé, dans une constante, une pérennité, dans ce qui constitue une matrice ».

Les « masses de granit » du droit administratif français ont donc encore un sens de nos jours. Mais il aura fallu faire preuve non pas de compromission mais d'habileté, non pas de hâte mais de pragmatisme. Le risque était de se laisser tenter par l'artifice plutôt que s'attacher à « l'essence de ce qui est », pour reprendre la formule d'un professeur peu inquiet par la redondance, ou encore d'être submergé par la dictature du résultat, au péril de la rigueur et de la fermeté. On l'aura compris, ce ne fut pas une tâche aisée et, de nouveau, il nous semble approprié de faire une place aux propos de l'ultime rapporteur, car ils attestent que les difficultés ont su être surmontées : « Je dois dire que (je l'ai caché à mes excellents amis), quand j'ai vu le texte, j'ai été inquiet. Inquiet, parce que je me disais "mais comment va-t-on mobiliser un public pour qu'il constate quelle est la définition de la police, du service public, de l'acte administratif exécutoire ?", car une définition ne peut pas être originale. La seule ambition, c'est d'être exact. Et tout le monde sentait bien l'incertitude de l'entreprise. Et si l'issue était incertaine, le miracle s'est produit, puisque

indiscutablement ce colloque est une réussite et pourra peut-être marquer une date dans l'histoire des colloques ».

On voudrait, pour terminer, témoigner sans complaisance du rôle des professeurs de notre Université. Il ne s'agit pas ici de prêcher pour notre paroisse, encore moins d'attirer à nous leur sympathie – puisque, selon toute vraisemblance, ils ne liront pas ces lignes ni ne reconnaîtraient les traits de celle qui tient fébrilement la plume. Il faut ainsi admettre que leur présence (à tous les sens du terme) était assurément nécessaire, et presque suffisante. Ce sont eux qui ont proposé l'idée, qui l'ont défendue devant les réticences songeuses de certains collègues, qui lui ont donné les moyens de son existence et qui l'ont menée à son terme. Si la tâche de publication (affectée aux éditions *Dalloz*) sera singulièrement compliquée pour rendre compte de la richesse des discussions, on remarquera que, décidément, miracle et droit administratif forment un couple heureux. Mais ce n'est peut-être pas un hasard en fait, simplement une manifestation de l'intuition des savants.

Le temps du lecteur (s'il en est) est précieux, alors on s'éclipsera et on partagera avec lui les mots de la fin, qui résonnent encore, comme une sorte de manifeste rétrospectif : « Ces articles, il faut les donner à lire à de jeunes étudiants, pour leur montrer ce qu'est le droit, la beauté du droit. Vous le voyez, nous avons eu un moment intellectuel assez rare. Qu'est-ce qui nous importait ? La dynamique de l'exactitude. Mais la dynamique de l'exactitude avait nécessairement un débouché rhétorique. Et lorsque c'était acquis, il y avait la croyance implicite que la perfection rhétorique suffit à donner sa normativité à une proposition. Je conclurai en évoquant cette phrase d'une profondeur immense, commentée de Saint-Thomas d'Aquin à Kantorowicz : "souveraineté de l'artiste"<sup>2</sup> ». D'une troublante beauté, ces propos de conclusion résumant à eux seuls l'esprit et le déroulement de ce moment privilégié, qui ne prétend certes à aucune retombée institutionnelle mais illustre admirablement *la continuité et le renouveau non seulement du droit administratif mais aussi de la doctrine en droit administratif*.

<sup>2</sup> J.-J. Bienvenu, rapport de synthèse du colloque.

Plus classique, plus académique,  
avis aux amateurs d'œuvres  
juridiques : « au tour du droit »!

# Grand Deux

# Au tour du droit

## Grand A

### *Droit sans frontières*

Petit mélange des genres juridiques  
sur une même thématique :

La mutation des sources  
en droit privé

### *Petit un*

#### *Théorie générale du droit*

La mutation des sources en droit  
privé et l'introduction à l'étude  
du droit p. 31

### *Petit deux*

#### *Droit des contrats*

La mutation des sources  
du droit des contrats p. 37

### *Petit trois*

#### *Droit de la responsabilité civile*

Retour aux sources du droit  
de la responsabilité civile p. 48

### *Petit quatre*

#### *Droit des successions*

Le renouvellement des sources  
en droit des successions p. 65

### *Petit cinq*

#### *Droit international privé*

La législation européenne  
de droit international privé p. 70

### *Petit six*

#### *Droit commercial*

Le processus Lamfalussy, le Traité de  
Lisbonne et la crise financière p. 78

### *Petit sept*

#### *Droit pénal*

Les sources du droit pénal :  
La loi, toute la loi, rien que la loi...  
Ou presque p. 83

## Grand B

### *Offre de droit*

La RDA est-elle source  
de droit...?

Réformer la composition du Conseil  
constitutionnel?

### *Petit un*

La composition du Conseil  
constitutionnel p. 89

### *Petit deux*

Gare au faux bon sens p. 96

### *Petit trois*

L'ironie du sort p. 99

### *Petit quatre*

Pas de changements importants  
à apporter, mais... p. 103

### *Petit cinq*

Le Conseil constitutionnel  
se meurt, vive la Cour  
constitutionnelle ! p. 107

### *Petit six*

Trois faiblesses de la composition  
du Conseil constitutionnel p. 110

### *Petit sept*

Révisons la Constitution ! p. 113

### *Petit huit*

Appel au calme... p. 115

# Petit un du Grand A : la théorie générale du droit

## La mutation des sources du droit privé et l'introduction à l'étude du droit

**Pascale Deumier**

Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin – Lyon III)

L'étude du droit débute, en bonne logique, par l'étude de son origine, dans toutes ses acceptions : son histoire, son fondement et, évidemment, ses sources. Dès lors, la question semble simple : la mutation des sources du droit privé entraîne-t-elle une mutation de l'introduction à l'étude du droit ? Pour pouvoir, non pas y répondre, mais suggérer quelques pistes, qui puisent à une expérience d'enseignement<sup>1</sup>, il faut d'abord avoir à l'esprit la logique de l'introduction à l'étude du droit.

L'apparition de la tradition de l'introduction au droit en France est généralement<sup>2</sup> attribuée aux traités de droit civil de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : commentant le Code civil dans son ordre, ils commençaient, par la force des choses, par présenter succinctement les six articles du titre préliminaire

intitulé « De la publication, des effets et de l'application des lois en général ». On voit facilement, même si cette cause ne saurait être exclusive, comment la démarche allait aboutir à deux traits longtemps dominants de l'introduction à l'étude du droit : d'une part, elle est un élément du premier enseignement du droit civil ; d'autre part, elle reflète les sources du droit telles que présentées par le Code civil, c'est-à-dire concentrées sur l'autorité de la loi, son application, ses relations avec les volontés individuelles, n'évoquant le juge que pour rappeler les bornes dans lesquelles il doit appliquer la loi. Cette conception est par ailleurs cohérente avec la définition du droit dominante à l'époque et dont l'exposé va également intégrer l'introduction à l'étude du droit<sup>3</sup> : la loi, la règle et la sanction y occupent la meilleure

<sup>1</sup> Sept ans d'enseignement d'introduction au droit à l'Université Toulouse 1 Capitole, dans le cadre de travaux dirigés puis d'un cours magistral ; neuf ans à l'Université Jean Monnet (Saint-Etienne) ; depuis 2010, à l'Université Jean Moulin (Lyon 3).

<sup>2</sup> Sur cette histoire des sources du droit, v. Ch. Mouly, « Crise des introductions au droit », *Droits*, 1986, p. 109 ; J. Carbonnier, *Droit civil – Introduction*, PUF,

27<sup>e</sup> éd., 2002, n° 1.

<sup>3</sup> À compter du milieu du XX<sup>e</sup> siècle, pour mieux faire le lien avec les études secondaires en insistant sur l'approche théorique et philosophique, selon Carbonnier, précité, qui cite à ce titre les introductions au droit de Brêthe de la Gressaye et Laborde-Lacoste (1947) ou de Juliot de la Morandière et a. (1951-1953).

part. Introduction à l'étude du droit et vision légaliste des sources du droit se sont donc soutenues l'une l'autre pour assurer leur perpétuation, en dépit des contestations tôt énoncées. Ainsi, Santi Romano<sup>4</sup>, pour développer sa théorie de l'ordre juridique, partira du constat que la définition du droit par la règle et la sanction doit au fait que ces questions sont généralement abordées par les privatistes, alors pourtant qu'une telle définition est souvent incapable d'expliquer les règles de droit public.

Cette tradition bien ancrée allait-elle fléchir face aux mutations des sources du droit ? Un rapide coup d'œil révèle immédiatement, non sans susciter une certaine admiration, que cinq des six articles du Titre préliminaire du Code civil sont intacts, seule l'entrée en vigueur de la loi ayant été adaptée aux techniques contemporaines<sup>5</sup>. Il serait évidemment tentant d'en déduire qu'il n'y a à cet égard guère de mutation à relever et que la tradition d'introduction à l'étude du droit peut se maintenir sereinement. Si ce n'est que les sources du droit privé ne se comprennent plus uniquement à l'aune du Code civil et que les indications données par le Code civil ne sont plus entendues aujourd'hui comme hier. Il y a longtemps que des pans entiers du droit, parfois constitués en disciplines, se sont construits jurisprudentiellement sur la base de l'un des articles du titre préliminaire (l'article 3 et le droit international privé). Dans le même temps, le Code vieillissant, la jurisprudence révélait sa capacité à adapter le droit, sans pour autant que cette capacité trouve une place confortable dans l'introduction à l'étude du droit, les articles 4 et 5 du Code civil n'offrant pas exactement un cadre d'accueil chaleureux. Parallèlement, rien de moins qu'un autre ordre juridictionnel se mettait en place et développait hors de ce Code un droit plus approprié à la puissance publique. Mais ces premières évolutions sont anecdotiques en comparaison du bouleversement né des réactions à la Seconde Guerre mondiale : Constitution, conventions internationales et Union européenne venaient, dans des proportions variables, relativiser assez sérieusement la puissance de la loi.

Leur développement n'implique pas seulement l'ajout d'une source, supérieure à la loi, au catalogue : ces systèmes préfèrent la proportionnalité au syllogisme et la casuistique à la théorie générale ; ils ne reprennent pas les notions de droit civil mais revendiquent des notions autonomes. La mondialisation du droit devait également produire ses effets, jusque dans la perception des sources, obligeant là encore à constater de nombreuses mutations : le rapprochement des traditions juridiques (et son préalable, la prise de conscience que la conception des sources portée par le Code civil n'est pas universelle), le développement des branches dédiées à la coordination des systèmes ou encore le changement de paradigme économique et le développement des outils juridiques de la régulation. Dans ce nouveau contexte, le juge voit à nouveau sa fonction évoluer : si la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avait assisté au développement de sa fonction jurisprudentielle, la fin du XX<sup>e</sup> siècle le dote de la mission non moins délicate d'ordonner cette nouvelle complexité, en imaginant de nouveaux outils juridiques pour le maniement des sources du droit : il articule les rapports compliqués entre systèmes juridiques, il affine les règles de conflit permettant d'identifier la norme applicable, il donne force normative à certains instruments de droit souple, il pèse les droits fondamentaux et juge la loi.

Il reste à savoir que faire de ces mutations au moment d'introduire à l'étude du droit. S'agit-il d'épiphénomènes fluctuants selon des effets de tendance ou de nouvelles structures pérennes pour le développement du droit ? Ces mutations ont-elles remplacé les cadres traditionnels ou s'y sont-elles ajoutées ? Dominées par des logiques souples et des approches pluralistes, leur intégration dès le début de l'apprentissage du droit ne risque-t-elle pas de sacrifier la pédagogie et l'acquisition de fondamentaux clairs ? Finalement, les mutations des sources du droit ont-elles ou peuvent-elles modifier l'introduction à l'étude du droit, dans ses deux dimensions traditionnelles, à savoir son lien naturel avec l'étude du droit civil et son corollaire, la vision des sources portée par le Code ?

<sup>4</sup> *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, § 2. La première édition date de 1917.

<sup>5</sup> Depuis l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004.



## I. La mutation des sources du droit et le périmètre de l'introduction à l'étude du droit

### A. Sources du droit civil et sources du droit en général

Le droit civil, qui accueille l'introduction à l'étude du droit connaît, comme toutes les branches, toutes les sources mais, comme toutes les branches, dans des proportions variables. La loi et le Code civil y restent des instruments incontournables. La doctrine y présente une configuration essentiellement universitaire. La coutume y a été une source historiquement importante, qui ne demeure que très ponctuellement au lendemain de son abrogation générale par le Code. La jurisprudence y est celle de la Cour de cassation, ce qui n'est pas sans poser moult problèmes spécifiques, qui vont de la formation à la lecture d'un arrêt au débat sur le pouvoir jurisprudentiel. Le droit européen y impacte la matière mais la Convention européenne des droits de l'Homme n'y a pas l'influence qu'elle a en droit pénal ou en procédure, comme l'Union européenne n'y intervient pas avec la même ampleur qu'en droit économique.

Il est alors possible d'estimer que les mutations n'ont pas à modifier la présentation faite des sources du droit privé en introduction à l'étude du droit, puisqu'elles seront enseignées en temps et en heure, dans des cours dédiés : les enseignements de droit constitutionnel, de droit institutionnel de l'Union, de droit international public ou encore de droits et libertés fondamentaux prendront en charge l'apprentissage des nouveaux outils et nouvelles logiques. De même, à mesure que les branches du droit se sont autonomisées, les enseignements ont assumé la présentation de leurs sources spécifiques : au cours de droit social l'enseignement des normes négociées, au cours de droit pénal le principe de légalité, au cours de droit commercial le retour sur les usages, et au cours de droit administratif l'enseignement de l'acte réglementaire et l'aveu d'un droit né de la jurisprudence.

Mais, justement, à force de développement d'enseignements diversifiés, le risque est grand de donner aux étudiants des vues fragmentées de ce qui constitue, aujourd'hui, le droit. Dans ce nouveau contexte d'éclatement de l'enseignement du

droit en matières diversifiées, l'introduction à l'étude du droit pourrait se voir reconnaître une nouvelle vocation : celle d'offrir un cadre général permettant la compréhension globale de l'enseignement de ces différents systèmes et branches, et de tenter de transformer une accumulation de strates différentes en une forme d'ensemble cohérent où les éléments se positionnent les uns par rapport aux autres. Ainsi, quand l'enseignant de droit civil abordera la protection de la vie privée en s'appuyant sur l'article 9 du Code civil, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et les jurisprudences développées sur ces fondements, l'introduction à l'étude du droit doit permettre de situer ces différentes sources ; quand l'enseignant de droit constitutionnel rappellera que la Constitution est la norme suprême, l'étudiant comprendra pourquoi son enseignant de droit civil ne semble vouloir croire qu'en la magie du Code civil et pourquoi son professeur de droit de l'Union européenne préfère insister sur la primauté de cet ordre.

### B. Dissocier l'introduction à l'étude du droit de l'enseignement du droit civil ?

Aussi voit-on se développer dans les programmes des Facultés de droit une nouvelle tendance, consistant à dissocier l'étude de l'introduction au droit de l'étude de l'introduction au droit civil. La période actuelle semble être celle de la recherche de la meilleure place. Dans l'université qui intéresse au premier chef la présente revue, Panthéon-Assas (Paris II), le cours est un cours d'« introduction à l'étude du droit et droit civil », compromis maintenant le lien originel avec le droit civil tout en signalant son approche non exclusive. À l'Université Toulouse 1 Capitole, où j'avais en mon temps étudié puis enseigné quelques notions élémentaires sur les sources en ouverture du premier semestre de droit civil (par ailleurs consacré à la preuve, aux biens et aux personnes), le programme offre désormais un dédoublement entre l'introduction au droit privé et l'introduction au droit public – restant à savoir où caser les sources du droit dans cette division. Les Universités Jean Moulin (Lyon 3) et Jean Monnet (Saint-Etienne) ont en revanche dissocié l'enseignement du cours de droit civil pour en faire un cours d'« introduction générale au droit ». La rupture n'est pas évidente

car elle impose – du moins en principe sinon dans les faits –, un redéploiement des éléments de droit civil nécessitant l'implication de tous les enseignants de la matière : ainsi, quid de l'étude de la preuve de l'acte juridique, que l'on verrait dès lors plutôt intégrer le cours de droit des obligations, ou des classifications des droits subjectifs, qui pourraient assez naturellement se loger dans le premier cours de droit civil ?

Cette nouvelle tendance peut-être rapprochée de l'enseignement du droit pratiqué dans certaines universités étrangères, dans lesquelles les premières années d'études accordent une place importante aux questions de normes et d'articulation de normes. Ainsi, la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles propose en première année, notamment, un cours de soixante-douze heures d'introduction au droit civil, consacré à son histoire et aux grandes théories (patrimoine, théorie générale du contrat et des obligations, éléments sur les personnes), un cours de soixante-douze heures dédié à l'introduction au droit et à la méthodologie juridique (avec une attention particulière aux systèmes juridiques, leurs sources, leurs fondements, au raisonnement et à l'argumentation) mais aussi trente-six heures de logique et argumentation et trente-six heures de philosophie morale. La Faculté de droit de Saint-Louis marque également cette conception de l'introduction à l'étude du droit par son approche globale, théorique et sourcière : le droit privé n'y apparaît « que » sous la forme des fondements romains du droit privé (quatre-vingt-dix heures). Les étudiants suivent quatre-vingt-dix heures de philosophie, quinze heures de « critique des sources d'information » et un enseignement de quatre-vingt-dix heures de « sources et principes du droit », là encore très largement consacré aux différents ordres juridiques (belge, européens, étrangers). L'Université de Montréal propose quant à elle parmi les cours de première année un cours d'introduction au droit, exclusivement orienté sur les sources et la séparation des pouvoirs, et, bijuridisme oblige, présentant les éléments fondamentaux de droit civil (au sens de tradition de droit civil) et de *common law*. Mais ce premier enseignement est accompagné de deux enseignements dédiés au « fondement du droit » : le premier

traite de l'histoire des institutions et des idées mais aussi de l'apparition historique des deux traditions de droit civil et *common law* ; le second est dédié aux grandes questions de la théorie et philosophie du droit.

La mutation des sources, par leur développement hors le lieu où se règle largement le droit civil, celui de la loi, pourrait alors entraîner une mutation de l'introduction à l'étude du droit par la reconnaissance d'une nouvelle fonction : préparer non plus au seul enseignement du droit civil mais aux divers enseignements juridiques, en insistant sur sa fonction générale de présentation des structures, systèmes, fondements, outils et, évidemment, sources. Si ce n'est que, sur ce dernier élément, détacher l'introduction à l'étude du droit de celle du droit civil implique de préciser le contenu des sources enseignées à ce nouveau titre.

## **II. La mutation des sources du droit privé et le contenu de l'introduction à l'étude du droit**

### **A. Comment enseigner les sources du droit contemporaines ?**

Il était un temps où le droit était supposé tout entier dans la loi, où la sanction par la contrainte étatique pouvait réduire tout le droit, où les différentes normes pouvaient s'articuler sous une forme hiérarchique, où l'article 2 du Code civil n'avait trait qu'à la question de la rétroactivité, où le juge, dont on savait bien qu'il prenait quelques libertés condamnables, était essentiellement la bouche de la loi, où la Constitution était affaire d'institutions politiques, où l'enseignement des conventions internationales pouvait bien attendre le cours de droit international public et celui du droit dérivé le cours de droit « communautaire » (en ce temps-là, souvenez-vous) institutionnel – du moins la croyance en ces différents présupposés était-elle largement partagée. C'était avant la crise de la loi, avant les approches réalistes, sociologiques, économiques, linguistiques du droit, avant Roubier et l'application immédiate de la loi, avant la jurisprudence décomplexée, avant le contrôle de constitutionnalité (et bien avant la QPC), avant le développement du droit européen, avant Nicolo/Jacques Vabre/Sarran/Fraisse/Arceleor, avant les autorités administratives indépendantes, avant la

*soft law*. Heureusement, ces mutations des sources ont entraîné une mutation des enseignants-chercheurs. Les thèses, études et colloques sur les sources du droit, rarissimes il y a encore peu, se multiplient, dans toutes les disciplines, montrant une volonté de mieux expliquer, comprendre et faire comprendre les phénomènes à l'œuvre. Les sources du droit sont ainsi doublement enrichies : en droit positif, leurs manifestations se diversifient et leur régime juridique se complexifie ; en science du droit, leur compréhension s'approfondit et se nuance. Évidemment, pour celui en charge de la douloureuse mission de préparer à l'étude du droit, cette extension de la matière première transforme l'enseignement des sources en casse-tête car il devra résoudre deux difficultés pédagogiques : faut-il enseigner les théories classiques des sources, idéales, pures et cohérentes, ou les approches réalistes des sources, concrètes mais éclatées ? Faut-il privilégier la simplicité, et viser la constitution d'une culture juridique de base, ou la complexité, et viser la formation de juristes maîtres du maniement des sources ? Pour y répondre, trois options semblent à disposition.

### **B. Les options**

Première option : occulter les mutations. Pourquoi pas, si c'est dans le bien des étudiants. Assurons-nous déjà, ce qui ne sera pas si mal, qu'ils comprennent ce qu'est la loi (restant à signaler plus tard et discrètement la possibilité désormais parfaitement admise de sa mise à l'écart par le juge), qu'ils apprennent l'existence de la coutume (une bonne fois pour toutes), qu'ils connaissent le débat sur la jurisprudence et qu'ils pensent que toutes les règles s'agencent sous la forme d'une pyramide. La présentation des sources du droit par leur vision mythique a donc les avantages pédagogiques de la clarté : la loi est l'expression de la volonté générale, œuvre du Parlement et elle est la première source de droit ; le juge, bouche de la loi, donne son interprétation, qui constitue une autorité ; les traités prennent rang entre la loi et la Constitution ; les droits fondamentaux sont inhérents à la nature de l'Homme, ils sont indivisibles. Évidemment, le risque est alors que l'étudiant soit contraint de découvrir par lui-même le poids de l'exécutif dans l'élaboration de la loi, qui lui semblera alors anormal, et la mise à l'écart de la loi par

le juge, qui lui semblera scandaleuse ; l'importance de l'utilisation de la jurisprudence dans le raisonnement juridique (éprouvée à mesure des autres cours et, plus encore, des TD), qui renverra à un pur savoir dénué d'utilité pratique son cours de sources ; les subtiles articulations de systèmes qui n'aboutissent pas à l'application systématique de la règle constitutionnelle en concurrence avec la règle européenne et qui seront d'autant plus difficiles à saisir qu'elles ne s'insèrent pas dans la pyramide conceptuelle acquise ; l'existence de droits fondamentaux plus indérogeables que d'autres et la possibilité de peser les droits de l'Homme.

Il est peut-être alors préférable de se tourner vers la deuxième option : tout dire. Tout dire implique évidemment d'abord de ne pas oublier les conceptions idéales (envisagées dans la première option) sur lesquelles le système de sources s'est construit, car elles traduisent une part de notre droit et structurent fortement notre culture et nos représentations juridiques. Mais tout dire implique d'y ajouter l'ensemble des mutations observées. Tout avouer sur la loi aujourd'hui : comment le pouvoir exécutif l'élabore, laissant au Parlement le débat public et le vote, le tout sous diverses influences, qu'elles viennent du droit européen ou des groupes de pression ; comment elle sera soumise à des moulinettes de contrôle par le juge et pourra parfois être déclarée inconstitutionnelle, c'est-à-dire qu'elle ne sera pas abrogée mais sans être complètement encore en vigueur. Décliner les arguments pour ou contre la jurisprudence et expliquer comment, notamment par la prise de conscience des méfaits de l'effet rétroactif de la jurisprudence (rappelons ici avec une certaine compassion que l'on s'adresse à un public débutant), la jurisprudence assume désormais son pouvoir créateur. Former des experts du droit des conflits de lois dans le temps, ses principes, ses exceptions, ses sous-exceptions, ses incertitudes jurisprudentielles. Enseigner, de préférence hors de la pyramide, comment le droit constitutionnel s'articule avec le droit de l'Union européenne (ou, pour corser le challenge, en l'enseignant dans la pyramide). Le résultat est alors que l'étudiant de première année, qui attend de ses premières heures de cours des balises relativement claires, soit totalement désarmé en apprenant que la jurisprudence est

source du droit sans en être mais quand même en en étant de plus en plus ou encore qu'il existe en même temps une primauté du droit de l'Union européenne et une suprématie de la Constitution, et que, au final, de cette accumulation de nuances, il ne retire pas de sens.

Troisième option : choisir. On imagine l'enthousiasme que peut susciter cette troisième option, après avoir redouté devoir occulter une part des mutations et avoir compris ne pouvoir tout dire. L'enthousiasme sera probablement de courte durée, du moins si l'espoir a été nourri qu'il soit possible de s'accorder sur des choix qui seraient largement partagés. La matière est trop vaste, les clivages trop marqués, la place du cours dans la formation trop diversifiée pour espérer un tel accord. Chacun fera donc son choix, insistant sur les questions générales, la dimension civiliste ou l'exploration des sources. Quel que soit le choix, il faudra trouver la place devant être accordée aux sources européennes et à la Constitution, à l'heure où la QPC a relancé la constitutionnalisation du droit. Pour ces choix, deux directives pourraient être utiles. La première est l'objectif du cours : introduire aux autres enseignements ou au seul droit civil n'implique pas les mêmes orientations. Cependant, dans ces deux configurations, une même boussole peut-être utilisée, celle des éléments utiles aux autres enseignements (qu'ils soient de droit civil ou au-delà), par opposition aux éléments qui ne manqueront pas aux étudiants pour aborder les autres enseignements. La seconde est le public du cours : il s'agit toujours de former des débutants, qu'il faut préparer sans les décourager. Il n'est à cet égard pas tout à fait certain que certaines dimensions nées de la mutation des sources soient abordables à cet instant : l'articulation du droit constitutionnel et du droit de l'Union européenne, les conflits de lois dans le temps ou la rétroactivité du revirement de jurisprudence ont-

elles réellement leur bonne place pédagogique alors que l'étudiant vient seulement de découvrir ce qu'est le droit l'Union européenne (qu'il va encore confondre quelque temps avec le droit du Conseil de l'Europe), qu'il ne connaît encore que peu de lois et qu'on vient de lui expliquer qu'il existait un débat sur la jurisprudence, qui n'est encore pour lui qu'une notion très abstraite ?

### **Conclusion : les mutations des sources du droit et les études de droit**

Le choix implique donc l'assurance que certains éléments seront repris en temps utile, c'est-à-dire avec les étudiants avancés. Or, à cet égard, la complexification des sources du droit oblige à s'interroger au-delà de l'introduction à l'étude du droit. La question de l'articulation des normes est probablement l'une des plus redoutables. L'approfondissement de certaines de ces dimensions a déjà trouvé sa juste place, près d'étudiants plus avancés, le cours de droit de l'Union européenne pouvant revenir sur les contours précis de la primauté (étant entendu que l'enseignement du principe même et la présentation générale de l'Union européenne est indispensable à l'introduction à l'étude du droit) et celui de droit international privé ayant depuis longtemps quitté l'article 3 du Code civil. Roubier avait formé le vœu que le droit des conflits de lois dans le temps né de l'article 2 du Code civil soit également l'objet d'un enseignement dédié en quatrième année, vœu qui mériterait d'être entendu. La mutation des sources du droit n'est donc pas, là encore, qu'affaire d'un enseignement, celui d'introduction à l'étude du droit, mais celui de tous les enseignants, un effort collectif devant être mené pour répartir ce qui relève de l'enseignement du cadre général et des fondamentaux et ce qui pourra accueillir les développements plus techniques ou plus difficiles. Mais il s'agit alors d'un autre débat...

# Petit deux du Grand A : le droit des contrats

## La mutation des sources du droit des contrats

**Philippe Malinvaud**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas  
Président d'honneur de l'Association Henri Capitant des amis  
de la culture juridique française

**S**ur ce sujet les auteurs manifestent d'importantes divergences. Ces divergences, semble-t-il, s'expliquent pour une large part parce que tous ne parlent pas de la même chose. D'entrée il faut partir de définitions et donc les rappeler : qu'est-ce que le droit ? et par suite que sont les sources de droit ?

### *Qu'est-ce que le droit ?*

Sous l'intitulé Droit objectif qui nous intéresse ici, le *Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> édition, par Gérard Cornu, Association Henri Capitant, signale deux sens :

a) *Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société.*

[...]

b) *Nom donné par certains auteurs à des règles non obligatoires positivement qui tirent leur valeur d'une source autre que l'autorité étatique.*

La première définition est généralement retenue parce que la plus classique : il n'y a règle de droit que si elle est sanctionnée par l'autorité publique. C'est ainsi que, dans les arrêts de la Cour de cassation, la cassation est toujours prononcée au « visa » d'une règle de droit au sens ci-dessus (article du code, loi, décret, etc.) ou encore d'un principe général du droit.

La seconde, présentée comme moderne bien qu'elle soit déjà assez ancienne<sup>1</sup> et qui fait désormais l'objet d'une abondante littérature, est beaucoup plus large ; elle s'étend à toutes les règles, même non sanctionnées par l'autorité publique, qui sont susceptibles de s'appliquer aux comportements des citoyens. C'est ce que, pour reprendre la terminologie de ses partisans, on pourrait appeler le « droit souple »<sup>2</sup>.

Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour comprendre que, suivant qu'on retiendra la première ou la seconde définition, les sources ne seront pas les mêmes. Le reproche qu'on pourrait

<sup>1</sup> V. par ex. la thèse de J.-M. Olivier, *Les sources administratives du droit privé*, thèse Paris II, 1981.

<sup>2</sup> C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003,

p. 599 ; J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple », in *Études Oppetit*, Litec, 2009, p. 331 ; *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, t. XIII, 2009.

faire à la plupart des auteurs est de ne pas s'expliquer clairement sur ce dont ils vont traiter. De là viennent les incompréhensions et les apparentes oppositions.

Au surplus on ajoutera que, du point de vue pédagogique, il est plus facile de faire comprendre aux étudiants ce que sont le droit et la hiérarchie des normes si on s'en tient à la conception classique; si on adopte la conception large du droit souple, on est pris dans une valse des sources, pour ne pas dire un maelström<sup>3</sup>, qui donne le tournis et qui nécessiterait un exposé de plusieurs centaines de pages dans une Introduction générale au droit<sup>4</sup>. Ce sont là des thèmes passionnants pour les doctorants et les professeurs, mais qui doivent être distillés avec modération aux étudiants de première année.

### Qu'est-ce qu'une source de droit ?

Là encore référons-nous au Vocabulaire juridique qui, sous le mot « source du Droit » donne cinq significations :

a) *Ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc. qui suscitent l'évolution du droit, considérations de base, causes historiques, forces créatrices, sources brutes dites réelles [...].*

b) *Forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit; moule officiel dit « source formelle » qui préside, positivement, à l'élaboration à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de Droit: fonction reconnue, selon les systèmes juridiques, à la loi, à la coutume, à la jurisprudence ou à la doctrine [...].*

c) *Plus largement, tous éléments ou agents, contribuant à la germination du Droit, y compris pratique contractuelle, usages, controverses, etc.*

d) *Documents dans lesquels sont consignées les sources formelles, dites plus précisément sources documentaires ou instrumentaires.*

À nouveau il faut faire un choix. Si on retient

le premier sens, alors tout peut être source de droit, ce qui n'est guère instructif. On retiendra ici le second, mais sans s'interdire des incursions dans le troisième et le quatrième, ce qui peut permettre dans une certaine mesure de considérer le « droit souple » comme une source de droit, une source de germination ou d'inspiration.

Pour en venir maintenant au sujet proprement dit, la mutation des sources du droit des contrats n'est pas un phénomène nouveau. Voici quinze ans déjà, ce fut pour partie l'objet de la première journée nationale de l'Association Henri Capitant<sup>5</sup>. L'articulation qui avait à l'époque été retenue par les organisateurs conserve toute son actualité. La mutation des sources des obligations tient pour l'essentiel à l'irruption dans notre droit de sources internationales (I), cependant que l'évolution est bien plus discrète en ce qui concerne les sources internes (II).

## I. L'eupéanisation des sources du droit des contrats

L'intitulé ci-dessus, emprunté à Judith Rochfeld<sup>6</sup>, illustre bien la situation actuelle qui ne cesse de se développer depuis quelques dizaines d'années et qui va s'accélération.

D'entrée, on laissera de côté l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Cour du même nom. Comme le relevait Jean-Pierre Marguénaud à la Journée nationale 1996 de l'Association Capitant<sup>7</sup>, « il n'est pas encore utile de prendre parti sur le point de savoir si l'influence de la CEDH sur le droit français des obligations est bonne ou mauvaise; il suffit d'essayer de dire si elle est possible ». Le constat, assez pessimiste, fait à l'époque par cet auteur est toujours valable: compte tenu du champ de compétence de la CEDH, son influence en matière de contrats n'est que très marginale. Elle n'est toutefois pas nulle ainsi qu'en témoigne son immixtion dans le droit du bail d'habitation<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> À titre d'illustration on citera la liste impressionnante, tirée par Pascale Deumier (« La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 113) de l'analyse des travaux de Catherine Thibierge : « déclarations, recommandations, "qu'elles émanent d'une organisation internationale, d'un organe communautaire, ou d'une autorité administrative indépendante", directives, avis, chartes, codes de conduite, avis de la Cour de cassation, préambule d'une loi, directive administrative, Principes UNIDROIT, code de conduite d'entreprise, communications, communiqués, circulaires, engagements d'honneur, lettres d'intention, déclarations internationales, résolutions, lois d'orientation, de programmation. Y seront ajoutés, déformation professionnelle, quelques usages et diverses

pratiques professionnelles dont la force obligatoire est sujette à souplesse ».

<sup>4</sup> Ainsi la thèse de J.-M. Olivier faisait quelque mille pages, cependant qu'une thèse toute récente sur *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)* s'étend sur quelque cinq cents pages (S. Gerry-Vernières, Thèse Paris II, 2010).

<sup>5</sup> *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1997.

<sup>6</sup> RDC 2011, p. 397.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 46.

<sup>8</sup> CEDH 21 déc. 2010, n° 41696/07, *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal*; RDC 2011, p. 949, obs. J.-P. Marguénaud.



Il en va tout différemment de l'influence – majeure – des normes communautaires, non seulement sur certains contrats spéciaux, mais également sur le droit commun des contrats. Comme on le sait, les organes communautaires disposent de divers outils parmi lesquels la directive joue un rôle éminent en matière d'harmonisation du droit au sein des pays membres. À cet instrument il faut désormais ajouter les divers projets d'un droit européen des contrats suscités par les instances européennes et qui ont dès maintenant une influence sur notre droit des contrats.

### A. L'eupéanisation par les directives

La directive est une sorte de loi-cadre, que chacun des pays a l'obligation de transposer dans son ordre juridique dans le délai imparti. Replaçant l'intervention communautaire dans son contexte, on rappellera que ses fondements sont ici les articles 100 et 100A du Traité qui prévoient le rapprochement des législations des Etats membres dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, et l'article 85 du Traité, relatif aux ententes entre entreprises qui est une des clés de la politique communautaire de la concurrence. C'est en application de ces dispositions que de multiples directives concernant les contrats ont été prises, qui ont toutes été transposées en droit français : Directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Directive du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (multipropriété), Directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, Directives du 13 décembre 1999 sur les signatures électroniques et du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, Directive du 9 octobre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques com-

merciales déloyales, Directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs. À cette liste il convient aujourd'hui d'ajouter la Directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, reprenant et harmonisant la Directive 97/7/CE relative aux contrats à distance et la Directive 85/577/CE relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

On mettra en exergue quatre exemples parmi les plus récents : le contrat électronique, les clauses abusives, les pratiques commerciales trompeuses ou déloyales et la garantie de conformité dans la vente.

#### 1. Le contrat électronique

Aux termes de l'article 9, 1° de la directive du 8 juin 2000, « Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique. »

Anticipant sur la directive, la loi du 13 mars 2000 avait déjà introduit dans le Code civil les articles 1316 à 1316-4 qui confèrent à l'écrit électronique la même valeur probante que celle de l'écrit sur support papier, sous réserve que l'identification de l'auteur de l'écrit, l'intégrité du contenu de l'écrit et la signature soient à l'abri de toute critique.

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique est venue compléter la transposition de la directive<sup>9</sup>. Pour ce qui concerne le contrat électronique, l'expression du consentement et, plus largement, la formation du contrat, elle a introduit dans le Code civil des dispositions qui régissent la validité des contrats passés par voie électronique (art. 1108-1 et 1108-2) et, dans un chapitre VII intitulé « des contrats sous forme électronique », elle réglemente l'expression du consentement (art. 1369-4 à 1369-6)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> N. Mathey, « Le commerce électronique dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », *Contrats, conc. consom.* 2004, étude n° 13 ; J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique. Loi LCEN n° 2004-575 du 21 juin 2004 », *JCP* 2004, II, 178 ; O. Cachard, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *Rev. Lamy, dr. civ. sept.* 2004, p. 5 ; J. Rochfeld, « De la *lex electronica* et du mélange des genres : la "loi régulateur" », *RDC*

2004, p. 915 ; C. Chabert, « Le commerce électronique et la loi sur l'économie numérique du 21 juin 2004 », *Rev. Lamy, dr. civ. févr.* 2005, suppl., p. 29 ; « Le contrat selon la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, Débats », *RDC* 2005, p. 533.

<sup>10</sup> F. Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, Droit privé, t. 437, 2005, préf. M. Vivant ; C. Castets-Renard, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », *Deffrénois* 2006, 1, p. 1529, art. 38464.

La transposition de la directive a finalement été parachevée par l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 qui a apporté un certain nombre de précisions relatives à l'échange d'informations en vue de la conclusion du contrat électronique (art. 1369-1 à 1369-3), et qui a réglé l'envoi et la remise d'un écrit par voie électronique en instituant l'équivalent électronique de la lettre simple, de la lettre recommandée avec accusé de réception, du formulaire détachable, etc. (art. 1369-7 et s.).

Quant au commerce électronique, dans le cadre duquel interviendront les contrats électroniques, l'article 14 de la loi le définit comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services », ce qui couvre à titre principal l'Internet mais également le téléphone mobile. On observera ici que la loi sur le commerce électronique n'est pas une loi de protection du consommateur ; elle a vocation générale à régir toutes les transactions effectuées par voie électronique, qu'elles interviennent entre professionnels et consommateurs, ou entre professionnels, ou entre particuliers.

## 2. Les clauses abusives

S'agissant des clauses abusives on constate également une sorte d'aller-retour entre droit communautaire et droit français. Le droit français avait réglementé les clauses abusives avant même que le droit communautaire ne régitte la matière par la Directive du 5 avril 1993. À l'occasion de la transposition de cette directive, le législateur français a donc été amené à apporter des retouches au droit interne, mais il a assigné à la protection contre les clauses abusives un champ d'application plus large que le droit communautaire sur deux points.

D'une part, allant au-delà de la Directive, le droit français ne limite pas la protection à celui qui se voit proposer la signature d'un contrat pré-rédigé, non négocié, c'est-à-dire d'un contrat d'adhésion qu'il peut seulement accepter ou refuser ; la protection s'étend à tous les contrats, même

s'ils ont fait l'objet d'une négociation.

D'autre part, alors que le droit communautaire protège le seul consommateur<sup>11</sup>, personne physique<sup>12</sup>, le droit français protège le consommateur et le « non-professionnel », qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale<sup>13</sup>.

Quant à la détermination des clauses abusives, la directive de 1993 a adopté la technique de la liste, mais sans caractère impératif ; figure ainsi en annexe « une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives », liste qui vise dix-sept clauses ou types de clauses. Mais c'était une liste « blanche », en ce sens que le juge n'était pas tenu par celle-ci.

À la suite de la loi de 1995 transposant la Directive, a été insérée en annexe de l'article L. 132-1 du code de la consommation cette « liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa ». En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'était donc pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause. C'était là pour le juge une simple indication de clauses suspectes, mais sans plus puisque le demandeur devait démontrer qu'elle revêtait le caractère abusif tel que défini par la loi ; et le juge était également libre de retenir comme abusive telle clause qui ne figurait pas sur cette liste<sup>14</sup>. En définitive, l'intérêt d'une telle liste était assez limité, au moins dans le contexte français.

C'est pourquoi la loi du 4 août 2008 a supprimé cette annexe à l'article L. 132-1 et a décidé que seraient établies deux listes par décret, l'une « noire » de clauses abusives, l'autre « grise » de clauses simplement réputées abusives. Ces deux listes, établies par un décret du 18 mars 2009, s'inspirent pour une large part de l'annexe à la directive du 5 avril 1993 ; mais elles risquent d'être remises en cause par la proposition de directive relative aux droits des consommateurs qui, elle aussi, édicte une liste noire et une liste grise, dont le contenu ne correspond

<sup>11</sup> M. Luby, « La notion de consommateur en droit communautaire : une commodité inconstance », *Contrats, conc. consom.* 2000, chron. n° 1 ; CJCE, 19 janv. 1993, D. 1993, somm. 214, obs. J. Kullmann.

<sup>12</sup> Cette précision, qui figurait déjà dans l'article 2, b), de la Directive, a été rappelée par un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes : la notion de consommateur telle que définie à l'art. 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement

les personnes physiques (CJCE, 22 nov. 2001, D. 2002, p. 90, note C. Rondey ; D. 2002, somm. 2929, obs. J.-P. Pizzio ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. n° 18 ; *RTD civ.* 2002, 291, obs. J. Mestre et B. Fages).

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, D. 2005, 887, note C. Rondey ; M. Luby, « Trop ne vaut rien ! (Ou quand la CJCE ébranle le régime des clauses abusives) », *Contrats conc. consom.* 2004, chron. n° 1.

<sup>14</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> avr. 2004, *Hofstetter*, C-237/02 ; D. 2004, act. jur., p. 1812 ; *RTD com.* 2004, 838, obs. M. Luby.



que pour partie aux listes actuelles<sup>15</sup>.

### 3. Les pratiques commerciales trompeuses ou déloyales

La protection contre les procédés de commercialisation déloyaux a été instaurée en droit français bien avant que n'intervienne une directive.

Certains procédés ont été jugés si déloyaux ou dangereux qu'il a paru nécessaire, à peine de sanction pénale, de les interdire ou de les réglementer : tel a été le cas de la vente par envois forcés, c'est-à-dire des envois à domicile sans commande préalable (C. pén., art. R. 635-2 et C. consom. art. L. 122-3 et s.), des ventes liées ou subordonnées (C. consom., art. L. 122-1), des ventes à la boule-de-neige (C. consom., art. L. 122-6), des ventes avec primes (C. consom., art. L. 121-35), du crédit gratuit (C. consom., art. L. 311-5), des loteries publicitaires par correspondance ainsi que des « chaînes d'argent » et procédés similaires (C. consom., art. L. 121-36 et s.).

À cette occasion il est singulier de constater que la loi pénale vient ici protéger le consommateur dans des hypothèses où, bien qu'on lui ait « forcé la main », il ne trouverait pas de protection dans le droit commun des obligations ; en effet, sauf exception, il lui serait difficile de prétendre qu'il a été victime d'un vice du consentement.

Plus récemment, et transposant la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (art. 39) est venue sanctionner pénalement, et parfois civilement, les pratiques déloyales trompeuses (C. consom., art. L. 121-1 et s.) et celles agressives (C. consom., art. L. 122-11). S'agissant des premières, la loi a remplacé par un nouveau délit l'infraction de publicité trompeuse, la tromperie pouvant résulter soit d'une

action (des manœuvres), soit d'une omission (la réticence dolosive) ; quant aux secondes, la loi sanctionne désormais pénalement, au-delà de l'abus de faiblesse, certains comportements commerciaux agressifs qui s'apparentent à la violence<sup>16</sup>.

Mais corrélativement, par un de ces retours en arrière dont la Commission européenne a le secret, la plupart des procédés jugés déloyaux par la loi française et comme tels sanctionnés pénalement ont été validés par le droit de l'Union<sup>17</sup>, si bien que la France a dû modifier en conséquence les articles L. 121-35, L. 121-36, L. 122-1 et L. 122-3 du code de la consommation.

On constate ainsi que, sur de très nombreux points, la protection accordée par le droit français a dû reculer sous la pression du droit communautaire.

### 4. La garantie de conformité dans la vente

On terminera par un quatrième exemple, relatif à la garantie de conformité dans la vente édictée par la directive du 25 mai 1999 et transposée avec beaucoup de retard par l'ordonnance du 17 février 2005<sup>18</sup>.

Mettant fin à un très vif débat entre les partisans d'une refonte à cette occasion de la garantie dans la vente et ceux d'une transposition stricte, l'ordonnance a finalement transposé la directive *a minima* dans le code de la consommation, aux articles L. 211-1 et suivants. La seule modification apportée au droit commun de la vente a été relative au délai pour exercer l'action en garantie des vices, délai porté à « deux ans à compter de la découverte du vice ».

Cette directive aurait entraîné une modification profonde de notre droit de la vente si, comme le souhaitaient certains<sup>19</sup>, elle avait été transposée largement, se substituant alors à la traditionnelle garantie des vices cachés dans la vente. En effet, abandonnant la notion de vice caché, la directive

<sup>15</sup> S. Whittaker, « Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l' "harmonisation complète" », *D.* 2009, chron. p. 1152 ; D. Fenoillet, *RDC* 2009, p. 1422 ; O. Deshayes, « Clauses abusives. Les réformes récentes et attendues en 2009 », *RDC* 2009, p. 1602 ; S. Amrani-Mekki, « Décret du 18 mars 2009 relatif aux clauses abusives : quelques réflexions procédurales », *RDC* 2009, p. 1617 ; Y.-M. Lathier, « Clauses abusives. Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC* 2009, p. 1650.

<sup>16</sup> G. Raymond, « Les modifications au droit de la consommation apportées par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs », *Contrats conc. consom.* 2008, étude n° 3 ; M. Cannarsa, « La réforme des pratiques commerciales déloyales par la loi Chatel. Le droit commun à la rencontre du droit de la consommation », *JCP* 2008, I, 180 ; D. Fenoillet, « Loi du 3 janvier 2008, Pratiques commerciales déloyales, trompeuses, agressives », *RDC* 2008, p. 345.

<sup>17</sup> A.-L. Falkman, « Les ventes subordonnées, ventes avec primes et loteries sont désormais officiellement licites, : avancée juridique ou casse-tête à venir ? », *Contrats conc. consom.* 2011, focus 64.

<sup>18</sup> B. Fages, « Un nouveau droit applicable à la vente des biens de consommation », *RLDC*, mai 2005, p. 5 ; O. Tournafond, « La nouvelle "garantie de conformité des consommateurs" ». Commentaire de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2005, chron. 1557 G. Paisant, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation. Ordonnance du 17 février 2005 », *JCP* 2005, I, n° 146 ; J. Calais-Auloy, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », *RTD civ.* 2005, p. 701.

<sup>19</sup> Sur l'opportunité d'une telle réforme, voir Ph. Malinvaud, « Retour sur une réforme du régime de la garantie dans la vente et sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », in *Études G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 669.

organise les droits de l'acheteur autour de la notion de conformité, appréciée par rapport à la description qui lui a été donnée du produit, à l'usage auquel il sert habituellement ou à celui qui aurait été précisé par l'acheteur. Et corrélativement il institue des sanctions de la non-conformité plus variées qu'en droit commun de la vente : réparation du produit ou son remplacement et, à défaut, réduction du prix ou résolution du contrat.

D'ores et déjà, dans la mesure où les règles de protection des consommateurs transitent souvent par des directives européennes, la communauté juridique déplore par là même la perversion du droit des contrats par le droit européen. On en vient alors à se demander si certaines directives européennes, bien que conçues dans la perspective de la protection du consommateur, ne devraient pas être intégrées dans le Code civil de manière à éviter qu'il n'y ait en droit français deux systèmes parallèles, l'un spécial aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, et l'autre de droit commun pour tous les autres contrats.

On répondrait ainsi par avance aux vœux de la Commission européenne qui, au-delà de directives sectorielles qui s'annoncent comme devant être d'harmonisation totale<sup>20</sup>, ambitionne de réaliser, sinon l'unification, du moins une harmonisation du droit des contrats au niveau européen.

## B. Les projets d'un droit européen des contrats

Depuis plus de vingt ans<sup>21</sup> se développe un grand mouvement d'idées tendant à l'élaboration

d'un code européen des obligations susceptible de conduire à terme à une relative unification ou uniformisation du droit des obligations dans les pays faisant partie de l'Union européenne.

### 1. Les projets européens doctrinaux et leur influence

Parrainé par la Commission des Communautés européennes, un groupe de travail dénommé « Commission Lando » (du nom de son président) a mis sur pied des « Principes du droit européen du contrat », travaux qui ont été publiés en anglais et en français<sup>22</sup>. Ces principes s'inspirent largement de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980 et surtout des Principes relatifs aux contrats du commerce international publiés en 1994 par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et remis à jour en 2004<sup>23</sup>. Si les champs d'application des deux corps de principes diffèrent – les Principes d'UNIDROIT ayant vocation à régir les seuls contrats du commerce international alors que les Principes Lando concernent tous les contrats mais dans un espace géographique plus restreint –, leurs contenus et leurs philosophies sont en revanche très proches<sup>24</sup>.

Partant des principes Lando, une « Commission von Bar » (du nom de son président et initiateur) subventionnée par des fondations étrangères a préparé un projet de Code civil européen<sup>25</sup>.

Parallèlement, un avant-projet de « Code européen des contrats » a été élaboré par l'Académie des privatistes européens, initiée par des professeurs italiens (dit le groupe de Pavie), qui entre donc en concurrence avec le projet « von Bar »<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> J. Rochfeld, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », *D.* 2009, p. 2047 ; J. Huet, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC* 2011, p. 1070.

<sup>21</sup> C'est ainsi que le Parlement européen a indiqué en 1989 et rappelé en 1994 l'importance qu'il attachait à la rédaction d'un code européen de droit privé, souvent dénommé Code civil européen.

<sup>22</sup> *Principes du droit européen du contrat*, version française, vol. 2, SLC, 2003. Cette version comprend les parties I, II et III des principes, respectivement consacrées à l'exécution, l'inexécution et ses suites ; à la formation, la validité, l'interprétation et le contenu du contrat ; au régime général de l'obligation. D. Tallon, « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Defrénois* 2000, p. 683, art. 37182 ; P. Remy-Corlay et D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003 ; C. Prieto (dir.), *Regards croisés sur les concepts du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 ; P. Remy-Corlay, « Observations sur la version française des Principes du droit européen du contrat », *RIDC* 2004, p. 205 ; D. Mazeaud, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007, chron. p. 2959.

<sup>23</sup> *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, éd. UNIDROIT, 2004 ; J.-P. Béraudo, « Les principes d'UNIDROIT relatifs au droit du commerce international », *JCP G* 1995, I, 3842 ; J. Huet, « Les contrats commer-

ciaux internationaux et les nouveaux principes d'UNIDROIT, une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA* 10 nov. 1995, n° 135, p. 8 ; C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par UNIDROIT », *Rev. crit. DIP* 1995, p. 641 ; C. Larroumet, « La valeur des principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international », *JCP G* 1997, I, 4011 ; B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC* 1998, p. 463.

<sup>24</sup> S. Guillemard, « Comparaison des Principes UNIDROIT et des Principes du droit européen du contrat dans la perspective de l'harmonisation du droit applicable à la formation des contrats internationaux », <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/guillemard.html>, 1999 ; D. Mazeaud, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'UNIDROIT et de la Commission Lando », in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999.

<sup>25</sup> Ch. von Bar, « Le groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC* 2001, p. 127. Pour une critique, v. Y. Lequette, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, chron. p. 2202.

<sup>26</sup> *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre I*, Guiffré, 2004 ; « Sur l'hypothèse d'un Code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens (Pavie) », *Gaz. Pal.* 2003, 21-22 févr. et 25 févr. ; A. Debet, obs. à la *RDC* 2003, p. 217.

Ces divers travaux doctrinaux n'ont bien évidemment aucune valeur normative ; et ils sont rarement utilisés dans la pratique contractuelle ou judiciaire<sup>27</sup>. Mais ils constituent dès maintenant une source d'inspiration<sup>28</sup>, dans laquelle les divers projets français de réforme du droit des contrats n'ont pas manqué de puiser<sup>29</sup>. C'est dire que ces travaux doctrinaux, spécialement ceux de la Commission Lando, que la Commission européenne a largement fait siens, ont déjà inspiré, sinon le droit français des contrats, du moins les projets français de réforme.

À cet égard il est intéressant de constater que la récente réforme allemande du droit des obligations s'est inspirée non seulement du droit de l'Union et de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, mais également des Principes d'UNIDROIT et de ceux de la Commission Lando.

## 2. L'action des institutions européennes

En s'en tenant à la période récente, on relèvera que le 20 avril 2010 la Commission a présenté un nouveau plan d'action afin de mettre en œuvre le programme de Stockholm. Y figure l'annonce d'une communication en 2010 sur « le droit européen des contrats et la méthode vers l'adoption du cadre commun de référence » et celle d'une « proposition législative sur le cadre commun de référence ».

Puis, dans un Livre vert du 1<sup>er</sup> juillet 2010, la Commission s'efforce de dégager des solutions dans le domaine du droit des contrats pour rendre le marché unique plus accessible aux entreprises et aux consommateurs<sup>30</sup>. Mais, sans même attendre les réponses à ce Livre vert, le groupe d'experts mandaté par la Commission a déjà rendu ses conclusions, ce qui n'a pas manqué de susciter des critiques sur les méthodes de la Commission<sup>31</sup>.

Parallèlement, les travaux relatifs au Cadre commun de référence se sont poursuivis au sein de divers groupes de travail européen. C'est ainsi qu'ont été publiés, d'une part le Draft Common Frame of Reference (DCFR) sous la direction du professeur Christian von Bar, d'autre part le Projet de cadre commun de référence (t. 1, Terminologie contractuelle ; t. 2, Principes contractuels communs) sous l'égide de l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée, qui sont ainsi soumis à l'examen de la Commission européenne<sup>32</sup>. Celle-ci a créé un groupe d'experts qui devaient examiner ces travaux avant d'émettre des propositions<sup>33</sup>.

À cet égard, le Parlement européen avait indiqué que le cadre commun de référence, s'il doit servir de « boîte à outils » permettant de mieux légiférer, pourrait dans l'avenir être un « instrument facultatif » en droit européen des contrats<sup>34</sup>. C'est finalement cette option qui a été retenue le 12 avril 2011 : instrument facultatif qui prendrait la forme d'un règlement et serait accompagné d'une « boîte à outils ».

Mais on se doute bien que cet instrument facultatif pourrait être adopté par tel ou tel État membre ou par tel contractant, auquel cas il deviendrait obligatoire. Ce faisant, on peut se demander si la Commission européenne n'a pas réussi à mener son projet – inavoué – d'un code européen des contrats<sup>35</sup>.

## II. La diversification discrète des sources internes du droit du contrat

D'entrée on rappellera que les sources internes formelles du droit du contrat reposent sur les textes obligatoires que sont la Constitution, la loi et les décrets ou arrêtés.

<sup>27</sup> P. Deumier, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008, chron. p. 494.

<sup>28</sup> B. Fages, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *RIDC* 2004, p. 205 ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007, chron. p. 96.

<sup>29</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie. Programme de Stockholm adopté lors du sommet des 10-11 décembre 2009 », *RDC* 2010, p. 316.

<sup>30</sup> *D.* 2010, pp. 1628 et 1696 ; *RDC* 2010, p. 1284, obs. C. Aubert de Vincelles, et 2011, p. 579, obs. P. Whittaker ; *Livre vert sur le droit européen des contrats. Réponses du réseau Trans Europe Experts* (dir. M. Behar-Touchais et M. Chagny), SLC 2011 ; C. Pérès, « Livre vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », *RDC* 2011, p. 13 ; « Vers un droit européen des contrats ? Réponse au Livre vert de la Commission européenne », *RLDC* juill.-août 2011, p. 67.

<sup>31</sup> H. Claret, G. Pignarre et le groupe de travail du CDPPCC, « Les méthodes de la Commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint ? », *D.* 2011, p. 1981.

<sup>32</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *D.* 2008, chr. p. 556 ; D. Blanc, « Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ? », *D.* 2008, chr. p. 564 ; J. Gest, « Les travaux préparatoires du projet de cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne », *D.* 2009, chr. p. 1431 ; G. Rouhette, « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC* 2009, p. 739.

<sup>33</sup> Déc. n° 2010/233/UE, 26 avr. 2010, *JOUE* 27 avr.

<sup>34</sup> Résolution du Parlement européen du 3 septembre 2008 sur le Cadre commun de référence pour le droit européen des contrats, P6-TA (2008) 0397.

<sup>35</sup> En ce sens Y. Lequette, « Le Code européen est de retour », *RDC* 2011, p. 1028 ; T. Génicon, « Commission européenne et droit des contrats : "Quousque tandem abutere patientia nostra ?" », *RDC* 2011, p. 1050.

À ces textes il convient d'ajouter les principes généraux du droit, la coutume et la jurisprudence. Peu importe que, suivant certains auteurs, cette dernière ne soit peut-être qu'une autorité, car cette autorité est sanctionnée par l'autorité étatique, c'est-à-dire par les juridictions elles-mêmes ; de ce fait les règles qu'elle pose accèdent au rang de règles de droit.

En parallèle de ces sources formelles il existe un certain nombre de règles ou quasi-règles d'origine diverse, les unes émanant d'organes ou d'organismes relevant du pouvoir réglementaire, les autres venant de la pratique ou de la doctrine qui sont totalement indépendantes du pouvoir.

### **A. Les sources d'interprétation liées au pouvoir réglementaire**

On passera assez rapidement sur ces sources dans la mesure où elles ont une vocation générale à s'appliquer en tous domaines et non pas spécialement en matière de contrats.

C'est tout d'abord le cas des circulaires administratives, qui ont pour unique objet de préciser et de faire connaître aux différents services d'un ministère l'interprétation officielle que le ministre donne de tel texte de loi ou de tel règlement. Au sein de ces circulaires on distingue les circulaires interprétatives qui ont une simple valeur d'interprétation et les circulaires réglementaires qui accèdent au rang de règle de droit. Mais les circulaires sont rarement relatives aux contrats, tout du moins aux contrats de droit privé.

On citera ensuite les instructions ministérielles qui, comme leur nom l'indique, sont des directives données par un ministre à ses services relativement à la manière d'appliquer la loi. Là encore même si ces instructions jouent un rôle majeur en matière fiscale, elles intéressent peu le droit des contrats. Il en va de même des réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires.

Beaucoup plus intéressants sont les avis et recommandations émanant des Autorités admi-

nistratives indépendantes (AAI), organismes indépendants institués par la loi et dont les membres sont désignés par le pouvoir réglementaire. On s'attardera quelque peu sur la Commission des clauses abusives qui est amenée à se prononcer sur le caractère abusif de telle ou telle clause d'un contrat, la dernière en date portant sur le contrat de syndic de copropriété<sup>36</sup>.

La Commission – créée à la suite de la loi de 1978 sur la protection des consommateurs – a émis plus d'une soixantaine de recommandations, qui ont été publiées, et qui concernent soit des clauses de caractère général, soit des contrats spécifiques. Les premières ont été regroupées dans la recommandation de synthèse n° 91-02.

Ces recommandations n'ont pas de valeur obligatoire, si bien qu'elles ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir<sup>37</sup>. On pouvait néanmoins espérer que leur publication serait suffisamment incitative pour que les professionnels renoncent aux clauses ainsi dénoncées, mais l'expérience a démontré qu'il n'en était rien.

Quelques-unes des clauses dénoncées par la Commission ont été interdites par le législateur à l'occasion de réformes ponctuelles (par exemple du contrat de construction de maison individuelle)<sup>38</sup>. En revanche, avant la loi du 4 août 2008, le Gouvernement n'avait jamais utilisé les travaux de la Commission pour réglementer ou interdire telle ou telle clause. Il en va désormais différemment puisque les listes « noire » et « grise » ont été établies par un décret en Conseil d'Etat après avis de la Commission. Cela dit, et en dehors des hypothèses visées par les listes « noire » et « grise », il n'est bien évidemment pas interdit au juge de s'inspirer des recommandations de la Commission pour déclarer abusive telle ou telle clause<sup>39</sup>.

Certaines autorités administratives ont même un pouvoir quasi juridictionnel. Ainsi en est-il par exemple du Bureau central de tarification (BCT) qui, statuant en matière d'assurance construction,

<sup>36</sup> Recommandation n° 11-01 du 15 sept. 2011 relative aux clauses abusives dans les contrats de syndic (qui recommande l'élimination de vingt-quatre clauses fréquemment insérées dans ces contrats I), D. 2011, p. 2541.

<sup>37</sup> CE 16 janv. 2006, AIDA 2006, p. 828, concl. M. Guyomar ; *Contrats conc. consom.* 2006, comm. n° 117, obs. G. Raymond ; D. 2006, p. 576, obs. V. Avena-Robardet ; RDC 2006, p. 670, note C. Pérès ; L. Calandri, « Le pouvoir de recommandation de la Commission des clauses abusives », LPA 15 sept. 2006, p. 4.

<sup>38</sup> H. Périnet-Marquet, « Les clauses abusives dans les contrats de construction », in *J.-Cl. Constr.*, fasc. 900.

<sup>39</sup> Pour un exemple, voir Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2001, JCP 2001, II, 10631, note G. Paisant ; L. Leveneur, « La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Economica, 1997, p. 155 ; C. Ruth, « La Commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », RLDC juin 2009, p. 7 ; L. Leveneur, « Les recommandations de la Commission des clauses abusives », in *Études B. Op-petit*, Litec, 2009, p. 495. V. aussi A.-S. Barthez, « Les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII, p. 59, not. p. 70.

va décider – « sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes » – que telle activité relève ou non de l'obligation d'assurance ou que telle compagnie d'assurance devra assurer le demandeur à tel tarif.

## **B. Les sources d'inspiration du droit des contrats indépendantes du pouvoir**

### **1. La pratique**

En tout premier lieu il faut citer la pratique notariale<sup>40</sup> dans la mesure où les notaires, pour la rédaction de leurs actes, utilisent des formulaires établis à l'échelon national<sup>41</sup>. On peut donc penser qu'on retrouvera dans la plupart des contrats établis par les notaires les mêmes clauses pour chaque type de contrat<sup>42</sup>.

C'est également aux notaires que l'on doit, au moins pour partie, un certain nombre de montages en matière immobilière : ainsi la vente d'immeuble à construire qui a été ensuite réglementée par la loi du 4 janvier 1967, la construction en volumes, qui a permis de réaliser un certain nombre d'opérations immobilières à cheval sur le domaine public, ou la cession de terrains contre locaux à construire, deux pratiques qui ont reçu l'aval de la jurisprudence.

Parmi les pratiques il faut également mentionner les clauses ou les contrats standards<sup>43</sup> qui sont souvent proposés par des organisations professionnelles à leurs membres. Cela concerne plus spécialement les banquiers qui suivent les directives de la Fédération bancaire française (FBF), les assureurs qui suivent celles de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) ou encore les constructeurs.

Par exemple, la Fédération française du bâtiment (FFB) a élaboré des contrats types de sous-traitance, de contrat de construction de maison individuelle, ou encore de groupement momentané d'entreprises en vue de la réalisation d'une opération de construction. Ces contrats types sont souvent adoptés ou copiés par les opérateurs.

À cela, et toujours dans le domaine de la

construction, il faut ajouter les Cahiers types édictés par l'AFNOR qui constituent des clauses générales applicables les unes aux marchés privés, et les autres aux marchés publics. De même que les contrats types, ces Cahiers types ne sont pas obligatoires ; mais ils sont très fréquemment utilisés et, lorsqu'il y est fait expressément référence dans un marché, ils deviennent contractuellement obligatoires par la volonté des parties. Il arrive que la jurisprudence les consacre ou qu'elle admette que les solutions retenues dans ces contrats types puissent être considérées comme des usages de la profession<sup>44</sup>.

Parfois, la pratique a inventé des formules nouvelles<sup>45</sup>. C'est par exemple le cas de la « multipropriété » ou propriété spacio-temporelle, ou *time sharing* qui a été ensuite réglementée par une loi du 6 janvier 1986 sous l'appellation peu élégante de jouissance à temps partagé.

D'autres fois encore, la pratique a importé de l'étranger des montages contractuels que le droit français ne connaissait pas, notamment en matière financière, par exemple le *leasing*, le *factoring*, le *franchising*, qui ont été francisés en crédit-bail, affacturage, franchisage, et les OPA (offres publiques d'achat).

Il ne serait pas exact de dire que la pratique contractuelle, ou les actes de la pratique, sont une source de droit au même titre que les textes ou la jurisprudence ; ils sont plutôt une source d'usages. La pratique apparaît ainsi comme un droit supplétif, subordonné à la loi et à la jurisprudence, dont le destin peut varier suivant les cas.

Tantôt la pratique est condamnée par la jurisprudence. Ainsi de nombreuses clauses d'usage dans les contrats ont été considérées comme abusives et donc nulles : par exemple les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité dans les ventes aux consommateurs.

Tantôt, à l'inverse, la pratique est consacrée par la loi qui s'en empare et la réglemente, éventuellement en en corrigeant les dérives ou les excès.

<sup>40</sup> Ph. Malaurie, « Le rôle du notariat dans le développement du droit français », *Defrénois* 2004, 1, 611, art. 37933 ; J. Hilaire, *La science des notaires : une longue histoire*, PUF, 2000.

<sup>41</sup> J.-L. Sourieux, *Recherches sur le rôle de la formule notariale dans le droit positif*, préf. J. Boulanger, 1965 ; P. Catala, « L'informatique et l'évolution des modèles contractuels », *JCP* 1993, I, 3687 ; P. Deumier, « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation », *RTD civ.* 2007, p. 499.

<sup>42</sup> De manière plus générale on signalera que certains éditeurs établissent des

formules-types d'actes dont s'inspirent probablement un certain nombre de rédacteurs d'actes.

<sup>43</sup> M. Favero, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques. L'exemple du contrat de Loan Market Association », *RTD com.* 2003, p. 429.

<sup>44</sup> C. Charbonneau, « La réception par la jurisprudence de la norme AFNOR P 03 001 », *RDI* 2009, p. 628.

<sup>45</sup> D. Poracchia, *Recherche sur les montages conçus par les professionnels du droit*, PUAM, 1998.

Ainsi en a-t-il été, en matière commerciale, des OPA, du crédit-bail, de l'affacturage, du franchisage ; et en matière immobilière de la vente d'immeuble à construire, de la « multipropriété », de la garantie de parfait achèvement, etc.

Tantôt enfin, la pratique reste à l'état de pratique, de règle supplétive. Ignorée de la loi, elle est implicitement reconnue par la jurisprudence qui en admet la validité : ainsi la cession de terrains contre locaux à construire, la construction en volumes, etc.

## 2. L'émergence d'une doctrine collective

Il n'est pas question de reprendre ici le débat classique sur le rôle de la doctrine dans la création du droit. On s'accorde généralement à considérer qu'elle est, sinon une source de droit, du moins une autorité.

Allant plus loin il arrive que des représentants de la doctrine participent à titre individuel à l'élaboration de projets appelés à devenir la loi. À cet égard le rôle éminent joué par le Doyen Carbonnier en matière de droit de la famille est incontestable<sup>46</sup>.

Plus récemment<sup>47</sup>, et notamment en matière de droit des contrats, on a assisté à l'émergence d'une doctrine collective. On entend par là que des groupes de travail se sont constitués pour élaborer des avant-projets ou projets de réforme du droit des contrats ou des obligations.

C'est ainsi que, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, un avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a été élaboré par un groupe de travail présidé par Pierre Catala, avant projet qui a été remis au garde des Sceaux le 25 septembre 2005<sup>48</sup>. Cet avant-projet réalisait une œuvre d'ajustement plutôt que de rupture, tenant compte tout à la fois du droit positif français, des critiques formulées et des solutions

retenues dans les droits étrangers ou dans les projets européens.

D'une part, s'il consacrait de nombreuses évolutions jurisprudentielles (avant-contrats, stipulation pour autrui, etc.) ainsi que des propositions doctrinales (distinction des obligations de moyen et de résultat, théorie moderne des nullités, etc.), il procédait également à de véritables modifications du droit positif (sur la rétractation de l'offre, sur la faculté de résolution unilatérale du contrat, etc.). D'autre part, si l'avant-projet restait sur de nombreux points en opposition avec les droits étrangers et les « principes européens<sup>49</sup> », il ne les ignorait pas puisqu'à certains égards, il s'en inspirait<sup>50</sup>. Partagé entre la continuité et la nouveauté, l'avant-projet proposait ainsi non une simple « révision-compilation » mais une véritable « révision-modification<sup>51</sup> ». Il a fait l'objet d'un certain nombre d'études comparatives<sup>52</sup>, parfois systématiquement critiques<sup>53</sup>.

Cette initiative a suscité un avant-projet concurrent, d'abord limité au droit des contrats, préparé par un groupe de travail composé d'autres professeurs, et placé par son initiateur, François Terré, sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques<sup>54</sup>. Partant de l'avant-projet Catala, le projet Terré s'efforçait de l'améliorer sur un certain nombre de points et, dans un souci d'être plus « européen », a notamment abandonné, au moins en la forme, la cause comme condition de validité du contrat. Dans cette même perspective européenne, il a été rédigé dans un style plus direct plus proche de la langue courante donc plus facilement accessible à ceux dont le français n'est pas la langue maternelle.

L'avant-projet Catala a eu une première retombée pratique en ce que la partie relative à la prescription a été reprise pour l'essentiel dans la loi du

<sup>46</sup> C'est ainsi que dans l'Hommage à Jean Carbonnier réalisé par l'Association Henri Capitant (Dalloz, 2007), toute une partie est consacrée à son rôle en qualité de législateur.

<sup>47</sup> En fait l'idée n'est pas nouvelle dans la mesure où voici déjà plus de cinquante ans, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, une Commission de réforme du code civil avait commencé à travailler sur ce sujet, mais sans aller très loin.

<sup>48</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.

<sup>49</sup> Maintien de l'exigence d'une cause, refus de reconnaître au juge un pouvoir de réfaction du contrat, refus de l'annulation du contrat par simple notification au contractant, etc.

<sup>50</sup> Possibilité pour le juge de réviser ou supprimer les clauses d'un contrat créant un déséquilibre significatif au détriment de l'une des parties lorsqu'elles n'ont pas été négociées, etc.

<sup>51</sup> R. Cabrillac, « Réforme du droit des contrats : révision-modification ou révision-

compilation ? », *RDC* 2006, p. 25.

<sup>52</sup> B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », *LPA* 2006 n° 146, p. 3 ; D. Tallon, « Teneur et valeur du projet appréhendé dans une perspective comparative », *RDC* 2006, p. 131 ; H. Beale, « La réforme du droit français des contrats et le "droit européen des contrats" : perspective de la *Law Commission anglaise* », *RDC* 2006, p. 135 ; B. Fauvarque-Cosson, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC* 2006, p. 147 ; O. Lando, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences », *RDC* 2006, p. 167.

<sup>53</sup> G. Rouhette, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371, qui présente in fine une sorte de contre-projet.

<sup>54</sup> F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008.



17 juin 2008 portant réforme de la prescription.

Il en a eu une autre en ce qu'il a suscité l'élaboration d'un projet préparé par la Chancellerie, officiellement diffusé en juillet 2008. Le rapport de présentation expose très clairement que ce projet, « irrigué par les principes fondateurs de notre tradition civiliste, s'inspire aussi des projets d'harmonisation du droit européen et international des contrats ». Plus directement, ce même rapport précise que l'avant-projet a été élaboré sur la base des divers travaux académiques disponibles et notamment de l'avant-projet Catala, des observations émises sur celui-ci par les différents acteurs économiques et judiciaires, ou « encore des travaux menés par le Professeur F. Terré qui a constitué un groupe de travail sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques<sup>55</sup> ».

À l'examen, il apparaît que – tout en adoptant un plan chronologique tiré des Principes européens du droit des contrats – le projet de la Chancellerie s'inspire pour l'essentiel de textes tirés de l'avant-projet Catala, soit repris à l'identique, soit

légèrement modifiés comme l'avait fait l'avant-projet Terré, le tout assaisonné à la sauce européenne. Il en diffère toutefois sur quelques points essentiels, notamment par l'abandon de la cause, abandon inspiré de l'avant-projet Terré.

À la suite des critiques qui lui ont été adressées le projet de la Chancellerie a été modifié une première fois en février 2009. Depuis lors les travaux se poursuivent, mais dans la plus grande discrétion.

Nul ne sait ce qu'il en adviendra en ce qui concerne le droit des contrats. On notera seulement que, depuis lors, la Chancellerie a présenté un projet de réforme du régime des obligations – question beaucoup moins sensible que celle des contrats et sur laquelle il est plus facile de réunir un certain consensus – qui s'inspire pour une large part du droit positif et de l'avant-projet Catala.

En ce qui concerne la mutation des sources du droit on en tirera cet enseignement que, de nos jours, la doctrine collective a une influence directe sur l'élaboration du droit.

<sup>55</sup> Il faut donc comprendre que, pour établir le projet de juillet 2008, la Chancellerie a eu connaissance de l'avant-projet Terré avant même qu'il ne soit publié

et donc connu de la communauté juridique (décembre 2008).

# Petit trois du Grand A : le droit de la responsabilité civile

## Retour aux sources du droit de la responsabilité civile

**Mustapha Mekki**

Agrégé des Facultés de droit  
Professeur à l'Université Paris XIII  
Membre de l'IRDA

**Sources délicieuses et gourmandise** – Si les sources du droit ont pu être qualifiées de délicieuses<sup>1</sup>, elles deviennent une véritable gourmandise confrontées au droit de la responsabilité civile. La gourmandise renvoie tant aux plaisirs qu'aux vices. Le plaisir qu'il y a à analyser les sources du droit de la responsabilité civile réside dans la mise en lumière d'une véritable interaction entre les sources. Le vice que révèle la confrontation d'une théorie des sources et du droit de la responsabilité est la persistance de certains conflits.

**2. Sources du droit : acteurs et liens** – Que faut-il entendre par sources du droit<sup>2</sup>? Ces dernières demeurent un mystère pour le droit<sup>3</sup>. Au mieux est-il possible de proposer une définition qui soit la plus adaptée à l'objet principal de l'étude qui demeure le droit de la responsabilité civile. En définissant la source du droit, le juriste prétend pouvoir

saisir ce qu'est la règle de droit<sup>4</sup>. Pour savoir ce qu'elle est, il faut savoir d'où elle vient. Pour retracer le chemin de la règle de droit, il convient d'adopter une définition compréhensive des sources du droit. À ce titre, une définition procédurale s'impose : la source du droit « désigne les procédés de création des règles de droit<sup>5</sup> ». Sur le plan procédural, le droit est une addition d'acteurs et une suite de liens. S'agissant des acteurs, le droit se rapporte à un ensemble de pôles émetteurs identifiés ou diffus<sup>6</sup>. Identifiés, lorsqu'ils désignent différents organes : institutions européennes, pouvoirs exécutif et législatif, juges, autorités administratives, etc. Diffus, lorsqu'il est question d'une pratique, d'une tradition, d'un phénomène, de *soft law*, des coutumes, des doctrines, des usages, d'une masse d'individus, d'un groupe d'intérêt<sup>7</sup>, des sciences auxiliaires du droit

<sup>1</sup> Ph. Jestaz, « Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTD civ.* 1993, p. 73 s. Adde, C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 s.

<sup>2</sup> V. not. P. Deumier et Th. Revet, V<sup>o</sup> « Sources du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003. Adde, *Sources du droit*, APD t. 27, Sirey, Paris, 1982.

<sup>3</sup> Sur cette difficulté, v. P. Amsselek, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », in *Sources du droit*, APD, *op. cit.*, spéc. p. 253 s.

<sup>4</sup> Sur cette question, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2011, spéc. n<sup>o</sup> 60, p. 64.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Comp. P. Deumier, *Introduction...*, *op. cit.*, spéc. n<sup>o</sup> 61, p. 65 : « trois sources du droit sont généralement reconnues : le législateur (au sens large), le juge et la société ».



que sont la sociologie, la philosophie, l'économie ou le droit comparé. La société civile est ici au premier rang en sa qualité de « source des sources<sup>8</sup> ».

Le droit est également un ensemble de liens, liens dynamiques et discursifs<sup>9</sup>. Il est alors question de normativité juridique. Cette normativité est un *continuum*, une chaîne normative, à laquelle participent tous ces acteurs identifiés ou diffus<sup>10</sup>. La normativité juridique subit les effets du pluralisme des sources, des normes et des ordres juridiques. Dominent les idées de dialogue, de discussion, de conflit, de consensus, de collaboration, de coopération, de soumission, de négociation, de contractualisation... Cette dialectique entre les sources du droit rend les frontières plus fluides<sup>11</sup>. Les sources du droit sont en interaction permanente<sup>12</sup>. Tout en reconnaissant les limites d'une telle définition qui reste « stipulative<sup>13</sup> », les sources du droit désignent une somme d'acteurs et un ensemble de liens<sup>14</sup>. Acteurs et liens servent de toile de fond à toute étude menée sur les sources du droit. Qu'il soit question de sources formelles ou réelles, de sources internes ou internationales, de sources étatiques, supra-étatiques ou infra-étatiques, de sources écrites ou non écrites, de sources de création ou de sources d'inspiration, toutes ces configurations renvoient à une certaine catégorie d'acteurs et invitent à une réflexion sur les liens qui les unissent.

**3. Du « renouvellement » des sources du droit au « nouveau » du droit de la responsabilité civile** – Quel intérêt pourrait-il y avoir à aborder le droit de la responsabilité civile sous l'angle de ses

sources<sup>15</sup>? Cet angle d'analyse doit éclairer sur les paramètres du droit de la responsabilité civile<sup>16</sup>. Ce dernier ne se réduit pas au droit étatique, droit interne, droit dur et réglementé, droit imposé par l'autorité de la force. Le droit de la responsabilité doit laisser une place à l'idée de gouvernance, de droit régulé, de droit négocié, de droit souple, de droit déterritorialisé. Ce droit est pris en tenaille. Il est un droit sous pression. Pression qui est exercée par le haut, avec le poids du droit européen des droits de l'homme et celui du droit communautaire. Pression qui est exercée par le bas, avec l'influence des membres de la société civile (professions juridiques, entreprises, associations et autres groupes d'intérêt). Pression exercée au centre, en raison de l'action menée par les différents juges et les diverses autorités administratives.

**4. La responsabilité civile, terrain privilégié d'une réflexion sur les sources du droit** – Le renouvellement des sources du droit n'est pas propre au droit de la responsabilité civile mais il est particulièrement mis en valeur dans cette matière : « la responsabilité est le bastion avancé de la théorie des obligations. Elle est cette part d'intuition qui saisit par frémissement les évolutions<sup>17</sup> ». Le droit de la responsabilité civile est une terre d'accueil<sup>18</sup>. Il est tout à la fois un droit jurisprudentiel et un droit doctrinal<sup>19</sup>, dialogue rendu historiquement nécessaire par la faiblesse quantitative des textes consacrés à cette matière. En effet, en ne consacrant pas plus de cinq articles (C. civ., art. 1382 à 1386), les rédacteurs du Code civil ont lancé une

<sup>7</sup> P. Deumier, obs. in *RTD civ.* 2010, p. 62. Adde, M. Mekki, « L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou force subversive ? », *JCP G* 2009, 370 et 392.

<sup>8</sup> Ph. Jestaz, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Kasirer et Noreau (dir.), Thémis, Montréal, p. 13 s., spéc. p. 13 : « la source des sources [...] c'est évidemment les rapports sociaux. Sans eux, il n'y aurait pas besoin de droit, raison pour laquelle la contribution de Robinson Crusoe à la science juridique avoisine le zéro absolu ».

<sup>9</sup> J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 2001, Montchrestien, p. 373, in fine : « Ainsi se construit le faisceau des acteurs qui participent à la naissance du droit, un Pouvoir qui l'édicte, un Peuple qui l'accepte, une Science qui le formule ».

<sup>10</sup> C. Pomart, « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de *continuum* », *RRJ* 2004, p. 1679 s.

<sup>11</sup> Sur cette idée de porosité ou de fluidité, J.-L. Vuilleme, « Les anastomoses du droit (Spéculation sur les sources du droit) », in *Sources du droit, op. cit.*, p. 5 s., spéc. p. 10 : les sources du droit « sont fluides comme le droit qu'elles nourrissent et qui les façonne à son tour ».

<sup>12</sup> Sur cette « présentation interactive des sources », Ph. Jestaz, « Source délicate... », op. cit., spéc. p. 73. Dans le même sens, M. Lehot, *Le renouvellement des sources internes du droit et le nouveau du droit de la responsabilité civile*, Thèse dactyl., Université du Maine, 2 t., dir. D. Mazeaud, 2001, spéc. n° 13, p. 29.

<sup>13</sup> Il s'agit d'une définition provisoire pour les besoins de la démonstration, v. M. Troper, « Pour une définition stipulative du droit », in « Définir le droit », *Droits*, t. 1, n° 10, p. 101 s., spéc. p. 102.

<sup>14</sup> Comp. P. Deumier, *Introduction...*, op. cit., spéc. n° 61 s., p. 65 s., qui construit son exposé sur les sources du droit en distinguant les sources productrices du droit et les forces créatrices du droit. Adde, Ph. Jestaz, « Le renouvellement des sources du droit des obligations. Synthèse », in *Autour du droit civil. Ecrits dispersés. Idées convergentes*, Dalloz, 2005, p. 125 s., spéc. p. 126 : « La réponse ministérielle dispose sous couleur de simplement supposer, la Commission des clauses abusives propose en droit et décide en fait, la directive n'est qu'une source d'inspiration, mais obligatoire ».

<sup>15</sup> M. Lehot, *Le renouvellement des sources internes du droit et le nouveau du droit de la responsabilité civile*, Thèse dactyl., Université du Maine, 2 tomes, sous la dir. D. Mazeaud, 2001.

<sup>16</sup> Le droit de la responsabilité administrative ne sera pas ici évoqué, v. sur ce point, J. Moreau, « L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative », in *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 719 s. ; M. Paillet, « Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français », *Études J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 259 s.

<sup>17</sup> M.-A. Frison-Roche, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, p. 43 s., spéc. p. 52.

<sup>18</sup> M. Lehot, th. préc., n° 3, p. 15 : le droit de la responsabilité « constitue, pour l'observateur attentif, une sorte de creuset dans lequel se fondent toutes les évolutions des sources du droit française et le renouveau de ses sources peut apparaître comme une illustration "en miniature" de celui des sources du droit en général ».

<sup>19</sup> Sur cette question, Ph. le Tourneau, « La responsabilité civile, droit prétoire ou droit doctrinal », cette *Revue*, n° 3, févr. 2011, p. 41 s.

invitation aux juges et à la doctrine. Ce droit doit être entendu au sens large et intégrer non seulement le droit commun de la responsabilité civile mais également les régimes spéciaux et les régimes d'indemnisation. En effet, toutes ces questions ont un dénominateur commun : assurer une meilleure indemnisation de la victime, garantie par un jeu de vases communicants. La responsabilité contractuelle fait également partie de la responsabilité civile, illustration topique d'un droit doctrinal relayé par la jurisprudence<sup>20</sup>. Le débat relatif à l'existence d'un vrai ou faux concept n'a que peu d'incidences sur la théorie des sources du droit. Dans cette acception compréhensive de la responsabilité civile, le pluralisme juridique et la diversité des liens entre les pôles émetteurs<sup>21</sup> du droit y sont particulièrement visibles. Les standards juridiques, invitant le législateur, le juge et la société à dialoguer, sont légion en droit de la responsabilité civile. L'article 1382 du Code civil suffirait à l'illustrer. Le droit de la responsabilité gagne en compréhension lorsqu'il s'appuie sur une solide théorie générale des sources du droit, cette dernière permettant de restituer toute leur place aux forces sociales. « Comment comprendre l'évolution du droit de la responsabilité au début du xx<sup>e</sup> siècle sans connaître les révolutions industrielles de l'époque<sup>22</sup> ? » Impossible, dans ces conditions, de se priver d'une analyse sociologique du droit de la responsabilité civile révélant le lien fondamental qui se tisse entre ce droit et la question sociale<sup>23</sup>. Construire le droit de la responsabilité civile, c'est répondre à une attente sociale et politique. Le droit de la responsabilité civile est à la fois un miroir de la société civile, la règle de droit est la matérialisation des faits sociaux, et un moteur, car il est facteur de changement. Il est un droit contextualisé, un droit politique, un droit social. Ce faisant, le droit de la responsabilité civile est également un lieu de pouvoirs. Les politiques législatives et jurisprudentielles de la responsabilité se succèdent et sont nécessairement source de conflits entre les pôles émetteurs du droit. Ce droit est au

cœur d'enjeux économiques majeurs qui expliquent le rôle subversif que peuvent jouer certains groupes de pression. Ce droit est au cœur de débats de société d'ordre moral et éthique et peut alors faire naître des tensions entre ceux qui édictent la norme juridique et ceux qui sont censés la mettre en œuvre. À cet égard, les sources du droit de la responsabilité ne peuvent pas tisser uniquement des liens consensuels mais laissent une place importante aux liens conflictuels. Il n'existe pas seulement un dialogue entre les sources du droit mais il persiste de nombreux conflits. Pour faire état de cette alternance entre consensus et conflits, entre complémentarité et concurrence, un point de départ est souvent proposé consistant à souligner l'importance croissante des sources internationales<sup>24</sup> et communautaires<sup>25</sup> de la responsabilité civile. Au vrai, plus que l'internationalisation des sources, ce qui importe est la pulvérisation des sources du droit amenant nécessairement à privilégier leur interaction, même si l'écoute entre les pôles émetteurs du droit n'est pas toujours au rendez-vous.

**5. D'un dialogue des sources aux dialogues de sourds** – En définitive, si les sources du droit se renouvellent au service d'un renouveau du droit de la responsabilité c'est par la combinaison de deux mouvements. Le droit de la responsabilité civile est plus fréquemment le produit d'un dialogue entre les sources bien qu'il persiste parfois des questions sur lesquelles règnent de véritables « dialogues de sourds ». Dialogue de sources (I), dialogues de sourds (II), telle est l'image contrastée qu'offre le droit français de la responsabilité civile.

## I. Un dialogue de sources

**6.** Pour revenir à la source, les chemins sont multiples et s'entrecroisent. À ce titre, toute distinction entre les différentes catégories de sources ne peut être qu'artificielle car il existe un enchevêtrement, une interaction, une réflexivité permanente entre les sources. Cependant, certaines distinctions ont marqué les esprits et restent très

<sup>20</sup> Sur cette évolution, v. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 s.

<sup>21</sup> Ph. Jestaz, « Source délicate... », *op. cit.*, spéc. p. 83, qui préfère ce terme plus neutre et plus ouvert à celui de « source ».

<sup>22</sup> P. Deumier, *Introduction...*, *op. cit.*, n° 66, p. 72 et 73.

<sup>23</sup> M. Mekki, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 739 s.

<sup>24</sup> Sur le droit international privé du droit de la responsabilité, v. not., O. Boskovitch, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, 2003.

<sup>25</sup> Sur le droit communautaire, P. Jourdain, « Les sources communautaires du droit français de la responsabilité civile », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association H. Capitant, Journées nationales, LGDJ, 1997, spéc. p. 29.

présentes dans la conscience collective des juristes. Par souci de clarté, il est opportun de partir de ces contrées connues pour s'aventurer dans des contrées inconnues. La première distinction est celle qui « oppose » les sources formelles et les sources réelles (A). La deuxième concerne les sources écrites et les sources non écrites (B).

### **A. Dialogue entre sources formelles et sources réelles du droit**

**7. Droit savant et droit vivant** – Le dialogue entre les sources formelles et les sources réelles est, en droit de la responsabilité, une nécessité. Entre le fait et le droit, la responsabilité civile doit, par sécurité, s'appuyer sur un ensemble de sources formelles et doit, par souci de légitimité et d'efficacité, se tourner vers les sources réelles. Le droit de la responsabilité est le fruit de cette collaboration. Même si, intellectuellement, le partage entre ces deux catégories de sources reste compréhensible<sup>26</sup>, le droit de la responsabilité civile permet cependant d'observer que, dans les faits, un lien réflexif les unit. Les sources formelles renvoient à la procédure d'élaboration des normes juridiques. Pour les besoins de la démonstration, elles doivent être entendues comme les sources rattachées à un organe identifié, qu'il s'agisse du législateur au sens large édictant des lois au sens matériel de règles générales et impersonnelles, des juges ou des diverses autorités pouvant édicter des normes juridiques contraignantes. Les sources réelles évoquent le contenu de la règle. La relativité de la distinction entre forme et contenu<sup>27</sup> invite à concevoir les sources réelles comme un ensemble de normes non contraignantes, un ensemble de pratiques et d'écrits qui ne viennent pas d'une autorité déterminée mais qui peuvent être réceptionnés par ces autorités. La confrontation des sources formelles et des sources réelles du droit de la responsabilité confirme que législateurs, juges et autorités portent en permanence leur regard sur la société civile. Ils sont ouverts sur le « droit social » tel que

défini par G. Gurvitch. Ce droit social pourrait être réduit à deux catégories de droits venant enrichir le droit étatique. Il s'agit, d'une part, du droit savant (1) et, d'autre part, du droit vivant (2).

#### **1. Le droit savant, source d'inspiration**

**8.** Par droit savant, il faut entendre l'œuvre de la doctrine. Le droit de la responsabilité est un droit doctrinal. Mais de quelle doctrine est-il question ? En tant qu'activité, la doctrine est « une proposition de droit dans un contexte d'étude du droit<sup>28</sup> », ce qui exclut les propositions faites par ceux qui sont censés appliquer le droit (praticiens du droit et juges)<sup>29</sup>. Qu'elle soit perçue comme une somme d'opinions individuelles ou comme une entité collective<sup>30</sup>, ce qui importe en droit de la responsabilité civile est le mode d'expression de la doctrine qui joue un rôle fondamental dans la description et dans la construction de ce droit. La doctrine savante peut s'exprimer soit de manière individuelle, soit de manière collective. Lorsqu'elle est individuelle, la doctrine n'est rien d'autre qu'une opinion doctrinale qui peut exercer une influence déterminante sur les juges. Lorsque son mode d'expression est collectif, la doctrine se montre à dire vrai plus influente auprès du législateur.

**9. Les doctrines individuelles** – Le droit de la responsabilité civile est un droit savant. Ce droit savant influence et inspire le droit formel de multiples façons. La rareté des dispositions consacrées à la responsabilité civile au sein du Code civil de 1804 et la sensibilité des questions posées au droit de la responsabilité expliquent le rôle central de la doctrine. La doctrine est ainsi un relais pour le juge et pour le législateur.

**10. Collaboration du juge et de la doctrine** – Cette collaboration est d'abord celle de la doctrine et du juge, la doctrine universitaire s'invitant parfois au sein même de la Cour de cassation<sup>31</sup>. L'impressionnisme jurisprudentiel, qui caractérise le droit de la responsabilité civile, rend indispensable le travail de mise en cohérence des auteurs, qui

<sup>26</sup> M. Lehot, th. préc., n° 19, p. 38 : « Les sources formelles du droit de la responsabilité paraissent pouvoir en constituer, dans le même temps, des sources réelles ou matérielles. Par conséquent, la distinction qui est faite entre ces deux catégories de sources, héritage de F. Gény auquel les auteurs modernes sont encore très attachés, paraît être ici fragilisé et de moins en moins pertinente. Les sources formelles et matérielles, qui semblent si bien différenciées, sans pouvoir se rejoindre, deviennent superposables puisqu'une même source peut relever de ces deux classifications ».

<sup>27</sup> P. Deumier, *Introduction...*, op. cit., n° 65, p. 70.

<sup>28</sup> *Ibid.*, n° 381, p. 371.

<sup>29</sup> Nous laisserons, pour cette raison, de côté la doctrine de la Cour de cassation (R. Libchaber, *RTD civ.* 2000, p. 197 s.) ou celle de l'administration (P. Combeau, « Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative », *RFDA* 2004, p. 1069 s.).

<sup>30</sup> Sur ce débat, Ch. Jamin et Ph. Jestaz, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chr. p. 167 s. Contra, L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de "l'entité" », *D.* 1997, chr. p. 229 s.

<sup>31</sup> V. par ex. A. Colin et L. Josserand, conseillers à la Cour de cassation dans les années 1930. Y. Chartier et J.-L. Aubert, F. Dreyfuss-Netter furent parmi les plus célèbres exemples contemporains.

n'hésitent pas à façonner ce droit jurisprudentiel à leur image. Le droit de la responsabilité civile est, en ce sens, un droit construit par la doctrine<sup>32</sup>. La doctrine est à la fois source d'inspiration et source de création. Elle opère ainsi sur la jurisprudence un jeu de séduction, souvent involontaire, et un jeu de sélection, en mettant en lumière des décisions qui auraient pu rester dans l'anonymat le plus complet<sup>33</sup>.

**11. Le jeu de séduction** – Sans aborder le droit de la responsabilité contractuelle dans son ensemble, résultat d'un dialogue fructueux entre la doctrine et le juge, le xx<sup>e</sup> siècle offre de nombreux exemples de ce jeu d'influence. Que l'on songe, par exemple, aux diverses propositions doctrinales de Demogue couronnées de succès jurisprudentiel : la qualification de contrat médical consacrée par l'arrêt *Mercier* du 20 mai 1936<sup>34</sup>, aujourd'hui remise en cause par la loi « Kouchner » du 4 mars 2002 ; la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat, qui structure encore aujourd'hui le droit de la responsabilité contractuelle<sup>35</sup>. Dans le même esprit de description/construction, on ne peut oublier la « faute objective ou *in abstracto* » de H. Mazeaud qui n'a pas été sans influence sur les arrêts rendus en Assemblée plénière le 9 mai 1984<sup>36</sup>. Plus discrète mais non moins certaine est l'influence exercée par la méthode de l'interprétation évolutive de Saleilles<sup>37</sup> qui synthétise à merveilles le travail créatif de la Cour de cassation lorsqu'elle a, à l'appui de l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, consacré un principe général de responsabilité délictuelle du fait des choses en 1930<sup>38</sup>, avant de consacrer soixante-et-un ans plus tard, sur le même fondement, de nouveaux cas de responsabilité délictuelle du fait d'autrui<sup>39</sup>. Les travaux de thèse sont aussi propices aux propositions et la jurisprudence, qu'on l'approuve ou non, y est parfois

sensible. Il suffit d'évoquer le succès, modéré en pratique et contesté par une partie de la doctrine, qu'a rencontré la distinction entre garde de la structure et garde du comportement proposée par Goldman dans sa thèse de doctorat<sup>40</sup> et consacrée dix ans plus tard par l'arrêt *Oxygène liquide* du 5 janvier 1956<sup>41</sup>. L'influence se fait parfois plus diffuse comme l'illustre cette proposition doctrinale faite par Mademoiselle Geneviève Viney à l'occasion de l'arrêt *Rochas* du 12 octobre 1993, relatif à la responsabilité du commettant, à l'occasion duquel elle préconisait l'irresponsabilité personnelle du préposé. Cette proposition sera finalement reprise par l'arrêt *Costedoat* rendu en Assemblée plénière le 25 février 2000<sup>42</sup>. L'influence se fait parfois plus éphémère. Ainsi de l'épisode de la théorie des groupes de contrats construite par J. Néret et B. Teyssié<sup>43</sup> et consacrée un temps par la première Chambre civile de la Cour de cassation<sup>44</sup>. Il est vrai qu'aujourd'hui les influences sont moins visibles et les prédictions doctrinales sacralisées par la jurisprudence se font plus rares, même s'il suffit de lire les rapports des conseillers-rapporteurs pour prendre conscience de la place de choix que les juges continuent de réserver à la doctrine.

Sans être en déclin, la jurisprudence doit aujourd'hui coexister avec un législateur qui se veut plus présent qu'au xix<sup>e</sup> siècle. La doctrine l'a bien compris changeant, quand il le faut, son fusil d'épaule pour s'adresser, quand elle le peut, au législateur lui-même.

**12. Collaboration du législateur et de la doctrine** – La doctrine qui s'exprime individuellement influence aujourd'hui assez peu le législateur. La loi plus technocrate, souvent décidée hors de nos frontières et préparée au sein des ministères, attache moins d'importance aux propositions doctrinales. Il n'en a pas toujours été ainsi et la fonction « para-législative » de la doctrine a eu, en droit

<sup>32</sup> S. Carval (dir.), *La construction de la responsabilité civile*, PUF, 2001. Sur cette idée, v. égal., M. Lehot, th. préc., spéc. n° 183 s., p. 249 s.

<sup>33</sup> Ce jeu de sélection, signe d'une interprétation-crédation, ne sera pas ici évoqué. V. sur cette idée, M. Lehot, th. préc., spéc. n° 187 s., p. 255 s. La sacralisation dans les *Grands arrêts de la jurisprudence civile* pourrait suffire à en témoigner.

<sup>34</sup> Civ. 20 mai 1936, DP 1936, 1, p. 88, concl. Matter, rapp. L. Josserand, note E. P.

<sup>35</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Rousseau, t. 5, 1925, n° 1237.

<sup>36</sup> H. Mazeaud, « La "faute objective" et la responsabilité sans faute », *D.* 1985, chr. p. 13.

<sup>37</sup> R. Saleilles, « Le Code civil et la méthode historique », in Société d'études législatives, *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, A. Rousseau, 1904, p. 95 s.

<sup>38</sup> Ch. réun. 13 févr. 1930, *Jand'heur*, GAJC, n° 199. R. Saleilles et L. Josserand avaient

exercé une influence directe sur le procureur général P. Matter qui rendit l'arrêt *Teffaine* : J. Garnier, « De l'arrêt *Teffaine* aux arrêts *Jand'heur* », in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica, 1996, p. 33 s.

<sup>39</sup> Ass. plén. 29 mars 1991, *Bleick*, GAJC, n° 227.

<sup>40</sup> B. Goldman, *De la détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Sirey, 1947. Du même auteur, « Garde de la structure et garde du comportement », in *Mélanges P. Roubier*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 51 s.

<sup>41</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 5 janv. 1956, GAJC, n° 202.

<sup>42</sup> Ass. plén. 25 févr. 2000, GAJC, n° 225.

<sup>43</sup> J. Néret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979 ; B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

<sup>44</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 1988 et 21 juin 1988, GAJC, n° 173 et 174.

de la responsabilité civile, son temps de gloire<sup>45</sup>. La théorie du risque créé de Josserand<sup>46</sup> et celle du risque professionnel de Saleilles<sup>47</sup> sont, en grande partie, à l'origine de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail<sup>48</sup>. Dans le même esprit, la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation doit beaucoup aux travaux de Tunc, qui avaient séduit le ministre de la justice et professeur de droit de l'époque, Jean Foyer, mais qui furent couronnés de succès grâce à l'appui d'un autre ministre de la justice et professeur de droit, M. Robert Badinter. Tunc et d'autres auteurs avec lui ont ainsi fait une véritable offre de loi qui a été acceptée par le législateur de l'époque<sup>49</sup>. À vrai dire, le législateur est peu à l'écoute de la doctrine spontanée de certains auteurs et se montre plus sensible à la doctrine instituée, du moins collective, qui s'exprime à coups d'avant-projets ou, sur le plan européen, au moyen des réponses aux appels d'offres.

**13. Les doctrines collectives** – Lorsque la doctrine s'exprime de manière collective<sup>50</sup>, c'est souvent pour faire œuvre législative. Cette doctrine collective participe, avec ou sans délégation du législateur, à l'élaboration du droit de la responsabilité civile. On passe incidemment d'une fonction « para-législative » à une fonction « pré-législative » pour reprendre les termes de l'excellente thèse de Mireille Lehot<sup>51</sup>. La doctrine collective intervient tantôt de manière spontanée, ses réflexions revenant aux oreilles du législateur, tantôt de manière déléguée, les institutions faisant appel à leur regard éclairé.

**14. La fonction « pré-législative » spontanée** – L'air du temps est aux réformes et le droit de la responsabilité est actuellement en ligne de mire. Ces projets sont l'œuvre de « commissions » présidées par des professeurs prestigieux travaillant de concert, au sein même des commissions ou

*a posteriori*, avec les praticiens du droit et les entreprises. Par ce biais, les offres de loi se multiplient face à un Code civil resté quasiment en l'état depuis 1804. Le premier acte de cette saga doctrinale fut l'avant-projet P. Catala dont les propositions en droit de la responsabilité civile sont très novatrices, combattant la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>52</sup>, consacrant parfois les avancées jurisprudentielles<sup>53</sup>, proposant également au législateur la consécration de nouveaux cas de responsabilité<sup>54</sup>. Cette doctrine « pré-législative » s'emploie en quelque sorte à jouer le rôle d'arbitre entre les sources formelles. Le second acte de la saga est l'avant-projet établi par la Commission présidée par F. Terré qui propose, à son tour, de nombreuses innovations<sup>55</sup> : suppression du concept de « responsabilité contractuelle », analyse de la responsabilité du fait d'autrui comme un mécanisme d'imputation d'un dommage causé par autrui. Le groupe de travail ne se contente pas de faire des propositions au fond mais également de faire des suggestions sur le rôle des pôles émetteurs du droit. Ainsi du juge à qui il est suggéré de rester « à sa tâche classique d'interprétation, d'adaptation pratique, de casuistique<sup>56</sup> ». Cette inspiration est telle que l'essentiel de la proposition de loi Bétaille s'appuie sur les propositions des groupes de travail précités<sup>57</sup>. La doctrine collective intervient ici comme un gardien du temple qu'est le Code civil et comme une « cheville », un relais entre les sources formelles du droit et la société civile.

**15. La fonction « pré-législative » instituée** – La doctrine collective est parfois sollicitée par le législateur lui-même afin de collaborer à l'édification du droit. Cette collaboration institutionnalisée est surtout visible en droit européen. Les institutions européennes encouragent ce type d'initiative dans la

<sup>45</sup> M. Lehot, th. préc., n° 154, p. 210.

<sup>46</sup> L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses*, A. Rousseau, 1897.

<sup>47</sup> R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897.

<sup>48</sup> Sur la genèse de cette loi, v. F. Saramito, « La naissance de la loi du 9 avril 1898 », *Droit ouvrier*, mai 1998, p. 185 s.

<sup>49</sup> Sur cette offre de loi, qui s'est faite en deux temps, A. Tunc, *La sécurité routière, esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, Dalloz, 1966, puis du même auteur, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, A. Tunc (dir.), Economica, 1981.

<sup>50</sup> Sur la doctrine collective, v. P. Deumier, « Le phénomène de la doctrine collective », *RTD civ.* 2006, p. 63 s.

<sup>51</sup> M. Lehot, th. préc., n° 150 s., p. 205 s.

<sup>52</sup> Remise en cause la faute de l'infans victime (art. 1351-1), remise en cause du principe d'identité entre « faute contractuelle » et faute délictuelle (art. 1342

de l'avant-projet) ; obligation de minimiser le dommage (art. 1373)...

<sup>53</sup> L'article 1355 de l'avant-projet, par exemple, synthétise les deux fondements de la responsabilité du fait d'autrui...

<sup>54</sup> La responsabilité fondée sur l'état de dépendance économique (art. 1360 al. 2) ; la responsabilité de plein droit de celui qui organise une activité anormalement dangereuse (art. 1362) ; instauration des dommages et intérêts punitifs (art. 1372) ; assimilation du conducteur victime d'un dommage corporel aux autres victimes (art. 1385-1)... Il est proposé de supprimer la responsabilité du fait des bâtiments en ruine de l'article 1386 que la jurisprudence de la Cour de cassation a déjà réduit à une peau de chagrin.

<sup>55</sup> F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011.

<sup>56</sup> F. Terré (dir.), *op. cit.*, spéc. p. 66.

<sup>57</sup> Proposition de loi Bétaille du 9 juillet 2010 portant réforme de la responsabilité civile.

construction d'un *jus commune*. Cette participation à la construction d'un droit civil européen prend principalement deux formes. La première consiste à élaborer des principes européens auxquels les sujets de droit des différents États-membres pourraient soumettre leur relation juridique. Il existe ainsi aujourd'hui des principes du droit européen de la responsabilité<sup>58</sup>. La doctrine se présente comme un complément, voire un concurrent, du législateur offrant aux parties la possibilité de choisir un régime juridique détaché de leur système juridique respectif. Cette participation peut être plus ponctuelle lorsque la Commission, dans le souci d'une démocratie dite participative<sup>59</sup>, lance un grand nombre d'appels d'offres sur des thèmes divers auxquels le droit de la responsabilité n'est pas étranger tels que les actions collectives, la responsabilité des acteurs de l'Internet, la réparation des dommages causés à l'environnement ou encore les dommages concurrentiels. Le jeu d'influence se transforme ici en stratégie, stratégie participative dans laquelle se sont engagés des organismes tels que le Trans Europe Expert (TEE) composé d'universitaires et de praticiens, français et étrangers<sup>60</sup>.

**16. Du droit savant au droit vivant** – Le droit savant est un des canaux par lequel un lien est établi entre la loi, les juges et la société civile. Parfois, sans interface, sans filtre, les membres de la société civile créent eux-mêmes un droit vivant qui occupe une place croissante dans la construction du droit de la responsabilité.

## 2. Le droit vivant, source de création

**17.** Il y a de multiples façons de concevoir le droit vivant. Deux principales acceptions peuvent être retenues. Le droit vivant peut, tout d'abord, désigner le droit tel qu'il est appliqué. Au sein de cette première acception, il convient d'intégrer la catégorie des interprètes que sont la doctrine universitaire, la doctrine de la Cour de cassation et

celle de l'administration<sup>61</sup>. La seconde acception, qui a notre préférence, renvoie au droit tel qu'il est vécu par ses destinataires, juristes ou non-juristes. Les destinataires juridiques, à la différence des juges et de l'administration, ne sont pas des organes de l'Etat et donc n'appartiennent pas à la structure étatique. Il est alors principalement question des professions juridiques telles que les notaires ou les avocats. Quant aux destinataires non juristes, il s'agit des membres de la société civile qui peuvent être amenés à participer à l'élaboration ou à la mise en œuvre des règles de droit étatiques, qu'elles soient l'œuvre du législateur, au sens le plus large, des juges ou de diverses autorités étatiques. Ce droit vivant, spécialement pour les destinataires non juristes, répond davantage à la définition du droit social de G. Gurvitch<sup>62</sup>. Le droit social est le résultat d'un dialogue entre les sources formelles et les sources réelles, ce que traduit le « fait normatif » de G. Gurvitch. Selon l'auteur, il existe deux catégories de droit : le droit organisé « couche superficielle du droit », composé des sources formelles, et le droit spontané « couche profonde du droit » composé des sources matérielles « conduites collectives "effervescentes" et novatrices » échappant à la qualification juridique du droit organisé<sup>63</sup>. Partant de cette définition d'un droit vivant s'appuyant surtout sur le rôle des destinataires de la règle de droit étatique, le dialogue qui se noue entre sources formelles et destinataires de la règle engage le droit de la responsabilité sur les chemins du droit négocié, du « droit social jurisprudentiel » et du droit souple.

**18. Le droit négocié de la responsabilité civile** – Le droit de la responsabilité civile offre un nouvel éclairage aux mutations de la norme<sup>64</sup>. L'ère du droit imposé sinon a vécu, du moins a-t-il fini de vivre seul. En raison de la complexité et de la sensibilité des questions devant être traitées par le législateur et par souci de légitimité, le législateur est amené

<sup>58</sup> Ph. Brun, « Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile », *Études G. Viney, op. cit.*, p. 187 s. : l'auteur regrette le peu d'influence du droit français sur les principes européens. V. égal. *Les principes du droit européen de la responsabilité*, O. Moréteau et M. Séjean (dir.), SLC, 2011.

<sup>59</sup> Sur ce dialogue encouragé par les institutions européennes, v. not. « Vers une culture renforcée de la consultation et du dialogue », Com (2002) 704 final, 11 déc. 2002 ; « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », Com (2010) 543 final, 8 oct. 2010.

<sup>60</sup> C. Aubert de Vincelles, L. Grynbaum et J. Rochfeld, « Où sont les Français ? ou l'urgence de la mobilisation européenne », D. 2009, p. 737 s. Adde, A. Bernard, « Trans Europe Experts, tensions entre éthique (scientifique) et efficacité (politique) ? », D. 2010, p. 1091 s.

<sup>61</sup> Sur cette définition, P. Deumier, *Introduction...*, op. cit., p. 337 s. : l'auteur intègre, dans le droit des normes vivantes, le droit né de l'interprétation et le droit né de la pratique.

<sup>62</sup> G. Gurvitch, *L'idée du droit social. Notion et système du Droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle*, préf. L. Le Fur, Sirey, 1932, spéc. p. 136 s.

<sup>63</sup> S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, coll. « L'interrogation philosophique » dir. M. Meyer, 1992, p. 183 s.

<sup>64</sup> Sur ce lien entre renouvellement des sources et mutations de la norme, v. N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais (dir.), *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011.



à accorder toute sa place au droit négocié<sup>65</sup>. Pour l'heure, il n'est pas question de substitution mais de superposition. Par souci de légitimité et d'efficacité, le droit dit « post-moderne » accorde une place plus importante à la négociation au stade de l'élaboration et de l'application de la règle<sup>66</sup>. Tant les juristes que les non juristes sont amenés à « assister » le législateur français et européen. Le droit négocié constitue-t-il cependant un réel progrès ? En effet, la responsabilité est, pour une entreprise, synonyme de risques et donc de gestion des risques. Les entreprises mettent ainsi en place une véritable stratégie de la responsabilité civile qui constitue pour elles le nerf de la guerre. Maîtriser en amont les lois relatives à la responsabilité, c'est maîtriser en aval les risques. Aussi le droit négocié risque-t-il, spécialement en droit de la responsabilité civile, d'être l'occasion pour les « lobbies » de peser sur le plateau de la balance des intérêts en toute impunité. Le droit européen et le droit français offrent de multiples exemples de cette dérive. Pour n'évoquer que le droit français, la loi sur l'économie numérique et la responsabilité des acteurs de l'Internet a été le théâtre d'un jeu d'influence des professionnels, surreprésentés à la table des négociations<sup>67</sup>. Nombre de lois relatives à la responsabilité des banques et des médecins ont également été en amont le produit d'un mauvais jeu d'influence<sup>68</sup>. Par conséquent, la consultation des membres de la société civile, gage d'acceptabilité et de compétence, est appréciable dès lors qu'elle ne devient pas un moyen légal pour les forts d'abuser des faibles.

**19. Le droit social jurisprudentiel** – Cette consultation des membres de la société civile n'a pas épargné le juge qui doit rendre des comptes en prononçant des solutions « efficaces », traduction

d'une forme de conséquentialisme<sup>69</sup>. Le juge y trouve son compte lorsque les intervenants, « sachants », lui font profiter de leur expertise. Cet appel à la société civile s'institutionnalise d'ailleurs. En témoignent les interventions au cours d'une instance de certaines autorités de régulation telles que la HALDE<sup>70</sup> ou les interventions sollicitées d'*amici curiae*<sup>71</sup>. Lorsque cette intervention est transparente, elle peut être approuvée. En revanche, lorsque l'intervention se fait plus opaque, tel un rapport envoyé au conseiller rapporteur de la Cour de cassation<sup>72</sup> ou à l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne<sup>73</sup>, la démarche est plus critiquable. L'influence se fait plus forte encore avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) offrant aux groupes d'intérêt un interlocuteur à l'écoute<sup>74</sup> et un moyen d'expression adapté. Enfin, les associations ont fortement contribué à l'évolution du droit de la responsabilité en jouant le rôle de relais entre la société civile et le juge<sup>75</sup>, même si ce phénomène expose le juge au risque d'une pression de certains lobbies. En somme, les membres de la société civile ont compris que le procès pouvait être une tribune et constituer le porte-voix de leurs revendications<sup>76</sup>. Le juge devient ainsi sur de nombreuses questions de responsabilité civile, la bouche qui prononce les paroles de la société civile.

**20. Le droit souple de la responsabilité civile** – Le droit de la responsabilité, sous la pression des normes vivantes, a dû faire évoluer également sa texture. Le droit dur de la responsabilité civile, symbolisé par les grandes réformes législatives, fait aujourd'hui une place au *soft law*. À condition d'admettre que la norme juridique ne se réduit pas à la règle de droit contraignante, le droit souple

<sup>65</sup> V. dernièrement, C. Zolynski, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources de droit », in *Les mutations...*, op. cit., p. 51 s., spéc. n° 16, p. 59.

<sup>66</sup> Sur le droit négocié au stade de l'application de la règle, on peut citer l'importance des conventions de transaction en droit des accidents de la circulation, les accords inter-assurances pour répartir les risques, etc. V. M. Lehot, th. préc., n° 509 s., p. 710 s. qui évoque un effet de « standardisation des règles relatives au fait générateur de la responsabilité civile ».

<sup>67</sup> J. Rochfeld, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *RDC* 2004, p. 915 s.

<sup>68</sup> Pour un tel constat mené sous l'angle du contrôle de constitutionnalité, v. C. Pérès, « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité civile », in *Études G. Viney, LGDJ*, 2008, p. 805 s.

<sup>69</sup> A. Boyer, « Ce serait folie d'ignorer les conséquences », *APD* t. 48, 2004, p. 275 s.

<sup>70</sup> V. Sur ce point, Soc. 2 juin 2010, *JCP S* 2010, n° 24, p. 27 s., obs. G. Loiseau.

<sup>71</sup> G. Canivet, « L'*amicus curiae* en France et aux États-Unis », *RJ com.* 2005, p. 99 s.

<sup>72</sup> V. par ex. la Fédération française de rugby vantant les bienfaits du sport pour défendre le maintien de la spécificité de la faute sportive dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, v. Ass. plén. 29 juin 2007, *GAJC*, n° 227-229.

<sup>73</sup> V. J. Greenwood, *Interest representation in the European Union*, Palgrave Macmillan, 2003, p. 64 s.

<sup>74</sup> V. not. B. Mathieu, « Le rôle proactif des groupes d'intérêt dans le cadre de la QPC », *JCP G* 6 déc. 2010, 1221.

<sup>75</sup> V. par ex. en matière d'environnement, Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juin 2011, n° 10-15.500 ; *D.* 2011, p. 1691, obs. G. Forest ; B. Grimonprez, *Envir.* 2011, comm. 96 : est recevable l'action d'associations de protection de l'environnement pour manquement à la réglementation environnementale d'un exploitant, alors que cette installation avait été entre temps mise en conformité.

<sup>76</sup> Sur cet aspect, v. M. Mekki, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », op. cit., spéc. n° 18 s., p. 757 s.

peut être conçu comme un vrai droit<sup>77</sup>. Signe d'une certaine forme d'internormativité, il se traduit en droit de la responsabilité civile par la multiplication de normes qui, sans commander, n'en produisent pas moins des effets juridiques<sup>78</sup>. Le droit souple est un relais important pour les destinataires de la règle et pour ceux qui l'appliquent. L'exemple le plus topique reste celui des recommandations des bonnes pratiques médicales de la Haute autorité de la santé<sup>79</sup> qui viennent préciser, au plus grand profit des praticiens et des juges, la notion de « données acquises de la science<sup>80</sup> ». En droit de la responsabilité, plus qu'ailleurs, la solution réside dans une dialectique entre droit dur ET droit souple<sup>81</sup>. Tracer une frontière étanche entre ces deux textures du droit serait non seulement impossible mais aussi inopportun<sup>82</sup>. Pour illustration, les juges, judiciaire et administratif, se réfèrent souvent aux recommandations de la Haute autorité de la santé pour apprécier la responsabilité des médecins. En matière judiciaire, la responsabilité des médecins a pu ainsi être écartée en cas de respect des recommandations des bonnes pratiques médicales<sup>83</sup>. Le Conseil d'État de son côté, depuis l'arrêt *Duvignères*<sup>84</sup>, opère une distinction entre les circulaires non impératives et les circulaires impératives. Seules ces dernières sont susceptibles d'être contrôlées par le juge administratif. Cette distinction a été transposée aux actes des autorités administratives indépendantes<sup>85</sup>, notamment aux recommandations impératives de l'ancienne Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé devenue la Haute autorité de la santé. Dans un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le

26 septembre 2005, il a été jugé que « si les recommandations de bonnes pratiques ainsi définies (art. L. 111-9 C.S.P.), qui visent normalement à donner aux professionnels et établissements de santé des indications et orientations pour l'application des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'accès des patients aux informations médicales, n'ont pas en principe, même après leur homologation par le ministre chargé de la santé, le caractère de décision faisant grief, elles doivent toutefois être regardées comme ayant un tel caractère, tout comme le refus de les retirer lorsqu'elles sont rédigées de façon impérative<sup>86</sup> ». Dans le même ordre d'idées, il faut avoir égard au rôle incitatif joué par les normes techniques, notamment les normes AFNOR ou CE, qui non seulement permettent de prévenir les conflits mais aussi facilitent l'appréciation du juge. Cette normalisation déléguée par les pouvoirs publics à certains organismes est particulièrement utile en matière de dommages corporels<sup>87</sup>. Parmi ces instruments d'homogénéisation du droit au service d'une plus grande sécurité juridique et d'une égalité de traitement, une place privilégiée peut être accordée, parmi d'autres systèmes de « barémisation<sup>88</sup> », à la nomenclature des préjudices corporels, nomenclature « Dintilhac<sup>89</sup> » qui porte le nom de son rapporteur<sup>90</sup>.

**21.** Dans ces conditions, le droit souple de la responsabilité permet de renforcer les fonctions de la responsabilité, fonctions préventive, dissuasive et indemnitaire, tout en renforçant la cohérence d'ensemble du droit de la responsabilité civile. Il constitue un droit relais entre le droit dur et les destinataires

<sup>77</sup> Comp. V. Lasserre-Kiesow, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », D. 2006, chr. p. 2279 s., spéc. p. 2285, qui y voit une « quasi source ».

<sup>78</sup> Pour une étude d'ensemble, v. M. Lehot, th. préc., n° 531 s., p. 733 s. Sur le critère de la normativité fondé sur l'effet juridique des normes, v. S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, thèse Paris II, déc. 2010, n° 176, p. 172.

<sup>79</sup> P. Loiseau, « La force normative des recommandations des bonnes pratiques médicales », in *La force normative, op. cit.*, p. 613 s. ; C. Mascret, « Émission des avis et recommandations par la HAS », in « La force des avis et recommandations des autorités de santé », *Revue de droit médical*, n° 30, mars 2009, p. 47 s. Adde, E. Cianiard, « Les recommandations de bonnes pratiques : un outil de dialogue, de responsabilisation et de diffusion de l'innovation », Rapport remis à B. Kouchner, avril 2002.

<sup>80</sup> F. Violla, « "ANAES et HAS" oracles des données acquises de la science ? », *Droit et santé*, sept. 2005, p. 397 s.

<sup>81</sup> Sur cette dialectique, M. Mekki, « Propos... », *op. cit.*, spéc. p. 1. Dans le même sens, S. Gerry-Vernières, th. préc., spéc. n° 231, p. 226 : « L'existence d'un droit non contraignant introduit l'idée d'une création progressive du droit "par jalons", par "dégradé", par "punctation", en termes de "continuum", de "crescendo", là où l'on voyait une frontière étanche entre ce qui est

normatif et ce qui ne l'est pas ».

<sup>82</sup> En ce sens égal., Ph. Jestaz, « Rapport de synthèse », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Association H. Capitant, Journées nationales, t. 1, LGDJ, 1996, p. 175 s., spéc. p. 176.

<sup>83</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janv. 2005, n° 03-14.206 – Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1985, *Bull. civ. I*, n° 299.

<sup>84</sup> CE 18 déc. 2002, AJDA 2003, p. 487, note F. Donnat et D. Casas.

<sup>85</sup> Sur ce point, v. S. Gerry-Vernières, th. préc., spéc. n° 476 s., p. 469 s.

<sup>86</sup> CE 26 sept. 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 27.0234 ; AJDA 2006, p. 208 s., note J.-Ph. Markus.

<sup>87</sup> A. Penneau, « Sécurité des personnes : réglementation ou normalisation ? Quelles évolutions, quelles limites ? », in *Études G. Viney, op. cit.*, p. 763 s., spéc. p. 770 s.

<sup>88</sup> Qui va de pair avec la pratique conventionnelle des assurances, notamment dans le cadre des actions récursoires.

<sup>89</sup> M. Robineau, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *JCP G*, n° 22, 31 mai 2010, 612 : l'auteur y voit une norme juridique qui devient parfois une véritable règle de droit grâce à la réception du juge judiciaire.

<sup>90</sup> M. Dintilhac (dir.), « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », juill. 2005.



et permet ainsi au droit de la responsabilité civile de remplir sa fonction de régulation. Le droit jurisprudentiel de la responsabilité est souvent critiqué pour son caractère casuistique<sup>91</sup>. Grâce aux normes souples s'opère un mouvement convergent, spécialement en matière de préjudice où les normes techniques permettent de rendre l'ensemble plus homogène<sup>92</sup>.

**22.** Le dialogue entre les sources formelles et les sources réelles s'intensifie et rend plus fragile toute tentative de hiérarchisation entre les sources. Il est davantage question d'interactions entre les sources. Cette idée s'impose également à l'étude des rapports entre sources écrites et sources non écrites.

### **B. Dialogue entre sources écrites et sources non écrites**

**23. La loi par le juge et le juge par la loi** – Quelle que soit la « théorie générale » des sources à laquelle on adhère, le juge reste au centre de l'ensemble des réflexions : juge « cheville », juge « censeur », juge « oracle de la nation », il est parfois considéré comme le symbole du droit et de la société. Le droit naît de la présence de ce tiers « impartial et désintéressé<sup>93</sup> ». Cette place privilégiée du juge est particulièrement bienvenue en droit de la responsabilité civile, même si certains auteurs perçoivent, en ce domaine, un déclin du rôle de la jurisprudence comme source du droit<sup>94</sup>. La jurisprudence constitue l'objet principal de ce qui est appelé sources non écrites du droit<sup>95</sup>. Le juge est qualifié, en droit de la responsabilité civile, de « mesureur social<sup>96</sup> ». Cependant, ces sources non écrites ne peuvent détrôner la place prépondérante accordée à la loi, place qui s'est renforcée ces dernières années. Ainsi la loi ne peut exister sans la jurisprudence et inversement. Dans une dialectique permanente<sup>97</sup>, tantôt le juge est la bouche de la loi (1), tantôt la loi est la bouche du juge (2), sans souvent savoir au nom de qui l'un et l'autre s'expriment.

### **1. Le juge, bouche de la loi**

**24.** En droit de la responsabilité plus qu'en d'autres domaines, le juge est un auxiliaire de la loi : « si [...] le législateur n'est intervenu que de façon exceptionnelle, c'est parce qu'il préférerait laisser, autant que possible, à la jurisprudence le soin d'adapter le droit de la responsabilité aux besoins de la pratique », ce qui « a permis précisément d'enrichir le "droit commun" de plusieurs principes nouveaux<sup>98</sup> ». Le juge « bouche de la loi » est une formule ambivalente. Dans un premier sens, elle renvoie à l'aphorisme de Montesquieu selon lequel le juge est « la bouche qui prononce la parole de la loi ». Le juge serait un simple automate se contentant de dire la loi lorsqu'il dit le droit. Cette façon de concevoir le rôle du juge est une vue de l'esprit. Le juge, bouche de la loi, exprime plutôt l'idée d'un collaborateur qui, par délégation expresse ou implicite de la loi, se charge d'élaborer une norme jurisprudentielle qui vient combler le « vide » laissé, volontairement ou non, par le législateur.

**25. Par délégation expresse** – Cette délégation expresse est une nécessité sociale. La loi est souvent en décalage avec la réalité sociale. Par « autoscepticisme », le législateur invite le juge à jouer un rôle actif dans la mise en œuvre des règles légales<sup>99</sup>. Les exemples sont trop nombreux pour qu'ils puissent tous être évoqués. Une hypothèse peut servir la démonstration : les standards juridiques. Les standards juridiques, coquilles vides, sont alimentés, selon les lieux et les époques, par le juge. Ainsi de la faute de l'article 1382 du Code civil. Aux confins du droit, de la morale et de la religion, « petit catéchisme à lui seul » selon M. Ph. Rémy, l'article 1382 du Code civil est un symbole de l'internormativité<sup>100</sup>. La faute, telle qu'elle a été conçue au XIX<sup>e</sup> siècle, n'a rien de commun avec le contenu que le juge lui attribue aujourd'hui. Le fait pour une femme

<sup>91</sup> A. Tunc, « Le droit en miettes », in *La responsabilité*, APD, t. 22, 1977, p. 31 s.

<sup>92</sup> Sur ce point, v. M. Lehot, th. préc., spéc. n° 508 s., p. 709 s., qui parle de « droit standardisé ».

<sup>93</sup> Sur cette image centrale du juge, v. P. Deumier, *Introduction...*, op. cit., spéc. n° 69 s., p. 77 s. V. not. en matière d'environnement, Ch. Huglo, « Un défi moderne. Le juge judiciaire face aux nouveaux conflits dans le domaine de l'environnement », in *Le juge entre deux millénaires*, *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 615 s.

<sup>94</sup> M. Lehot, th. préc., n° 238 s., p. 323 s.

<sup>95</sup> On y intègre aussi les usages et coutumes.

<sup>96</sup> L. Neyret, « Le rôle respectif de la loi et du juge en droit français de la responsabilité civile », p. 5, *grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280038\_lneyret.pdf*,

qui cite la formule du Doyen Souriou.

<sup>97</sup> L. Neyret, « Le rôle... », op. cit., p. 14, in fine : « on aura perçu un réel talent de la part du juge pour vivifier la matière, avec le risque que l'improvisation par rapport au répertoire de la loi n'aboutisse à obscurcir la responsabilité civile. Pour illuminer la scène future du droit de la responsabilité civile, et la faire rayonner au delà de nos frontières, il faudra cette fois tout le talent du législateur. Nul doute qu'il saura compter sur la doctrine pour l'éclairer ».

<sup>98</sup> G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 58, pp. 131 et 132.

<sup>99</sup> G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Cours de doctorat, 1970-1971, Les cours de droit, spéc. p. 133 s.

<sup>100</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 85.

d'entretenir une relation avec un homme marié n'est plus qualifié, en soi, de faute<sup>101</sup> ; la faute de l'infans, avant les arrêts rendus en Assemblée plénière du 9 mai 1984, n'était pas une faute civile engageant la responsabilité de l'enfant qui n'avait pas atteint l'âge de raison<sup>102</sup>. Au-delà de la faute, des régimes entiers d'indemnisation ou de responsabilité sont une invitation à peine voilée adressée au juge par le législateur. Tel est le cas de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation qui ne repose que sur six articles. La même invitation figure aux articles 1386-1 et suivants du Code civil au sein desquels le produit, le défaut, la sécurité sont autant de notions dont les contours sont précisés par le juge au fur et à mesure des décisions de justice. Cette délégation expresse pourrait à l'avenir être davantage officialisée à la lecture des projets de réforme français tels que l'avant-projet P. Catala, l'avant-projet F. Terré ou encore à l'analyse des principes du droit européen de la responsabilité au sein desquels le mot « juge » est utilisé à plusieurs reprises<sup>103</sup> et au sein desquels les standards juridiques sont nombreux<sup>104</sup>.

**26. Par délégation implicite** – À cette délégation expresse, il convient d'y adjoindre une délégation implicite en gardant le silence sur certaines questions et en laissant au juge le soin d'y remédier. Ainsi peut-on citer la théorie de l'abus de droit ou celle des troubles anormaux du voisinage. N'est-ce pas non plus le juge qui, à l'heure où l'article 9 du Code civil n'existait pas, a pris les devants en créant le droit au respect de la vie privée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ? Ce qui est vrai de la vie privée l'est plus largement de nombreux droits subjectifs créés par le biais de la responsabilité civile, instrumentalisée par les juges<sup>105</sup>. Dans toutes ces hypothèses, le juge et la jurisprudence se sont imposés comme des collaborateurs nécessaires du législateur, souvent en raison de la sensibilité et/ou de la technicité des

questions posées. En somme, nul ne sert de légiférer si la jurisprudence parvient à gérer et à réguler.

Plus originales et plus nombreuses sont les hypothèses où le législateur tend à devenir la bouche du juge.

## 2. La loi, bouche du juge

**27. Sans affirmer que la loi est toujours « la bouche du juge [qui] lui fait dire ce qu'il veut<sup>106</sup> », il est vrai que, dans de nombreuses hypothèses, le législateur se présente comme le porte-voix d'une parole jurisprudentielle. Le juge est pour le législateur une source d'inspiration au-delà de la norme jurisprudentielle et, le plus souvent, par la norme jurisprudentielle.**

**28. Au-delà de la norme jurisprudentielle : le rapport de la Cour de cassation** – Ce rôle de délégué du juge qui, de manière ascendante, fait remonter ses doléances vers le législateur, a été institutionnalisé par le rapport annuel de la Cour de cassation. Il est loin le temps où il fallait être un bon juge et se taire<sup>107</sup> ! Même si toutes les propositions de la Cour de cassation ne sont pas toujours suivies par le législateur, le rapport annuel a institutionnalisé ces formes de doléances. Il faut avouer cependant que, en droit de la responsabilité comparé par exemple à la matière pénale, le rapport de la Cour de cassation est peu prolix en propositions de réforme. En relisant les différents rapports, les rares propositions concernent la suppression des articles 1384 alinéa 2 et 1386 du Code civil, propositions qui n'ont pas été, pour l'instant, suivies par le législateur<sup>108</sup>.

**29. Par la norme jurisprudentielle** – La norme jurisprudentielle reste le principal moyen pour les juges de venir murmurer à l'oreille des législateurs. De nombreux arrêts célèbres par leur nom peuvent être cités : l'arrêt *Desmares*<sup>109</sup>, arrêt cri d'alarme, qui accéléra le vote de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation ; l'arrêt *Trichard*<sup>110</sup> qui devança de quelques mois la loi du

<sup>101</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 mai 2000, *JCP G* 2000, II, 10356, note Th. Garé – Civ. 2<sup>e</sup>, 5 juill. 2001, *Bull. civ.* II, n° 136.

<sup>102</sup> *V. infra*.

<sup>103</sup> Dix-huit fois dans le projet Catala selon le décompte de L. Neyret, « Le rôle respectif... », *op. cit.*, spéc. p. 13.

<sup>104</sup> Sur cette analyse, v. P. AnceI, « Les conceptions générales de la matière : rôles respectifs de la loi et du juge en matière de responsabilité civile, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », Séminaire de Chambéry 20 et 21 mars 2009, *grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/288/288516\_pancel.pdf*, spéc. p. 4, qui souligne qu'il n'y a pas pour autant d'arbitraire car dans les différents projets la mission du juge est strictement encadrée en mettant à sa disposition une série d'instruments ou de critères parfois limitativement énumérés.

Le dialogue toujours le dialogue...

<sup>105</sup> T. Azzi, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227 s.

<sup>106</sup> Ph. Rémy, « La part faite au juge », in « Le Code civil », *Pouvoirs*, n° 107, Seuil, 2003, p. 22 s., spéc. p. 31 ; du même auteur, « Regards sur le Code », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 113 s.

<sup>107</sup> J. Deprez, « À propos du rapport annuel de la Cour de cassation, "Sois juge et tais-toi" (Réflexions sur le rôle du juge dans la cité) », *RTD civ.* 1977, p. 503 s.

<sup>108</sup> Rapport de 1991 pour l'abrogation de l'article 1384 al. 2 C. civ. et 2000 pour celle de l'article 1386 C. civ.

<sup>109</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 21 juill. 1982, *GAJC*, n° 212. *Addé*, J.-L. Aubert, « L'arrêt Desmares : une provocation... à quelles réformes ? », *D.* 1983, chr. p. 1 s.

3 janvier 1968 (anc. C. civ., art. 489-2 devenu C. civ., art. 414-3) en consacrant la responsabilité civile des aliénés; l'arrêt *Perruche* qui incita le législateur à prendre des mesures en faveur des personnes handicapées<sup>111</sup>; la présomption de causalité dans l'affaire du sang contaminé mise en place par la Cour de cassation qui a été relayée par le législateur dans la loi Kouchner du 4 mars 2002 (art. 102)<sup>112</sup>. Ces revendications ne sont pas exclusivement l'œuvre de la Cour de cassation, les juges du fond ont eux-aussi beaucoup contribué à faire évoluer les positions du législateur<sup>113</sup>. Le préjudice de contamination post-transfusionnel consacré par la Cour d'appel de Paris a été ensuite réceptionné par le législateur dans l'article 47 de la loi du 31 décembre 1991<sup>114</sup>. Demain, peut-être, un préjudice spécifique pour l'exposition aux mauvaises ondes des antennes relais de téléphonie mobile<sup>115</sup> ! Si cette jurisprudence a pu avec les années influencer le législateur, c'est grâce au soutien et au relais des médias<sup>116</sup> et de l'opinion publique. « L'émotion publique » qu'ont pu susciter des affaires telles que le sang contaminé, l'hormone de croissance, le Distilbène ou le préjudice « écologique pur », oblige le législateur toujours plus friand de légitimité à tenir compte de ces « mouvements sociaux<sup>117</sup> ». De nouveau, la prudence est de mise car à trop vouloir satisfaire les revendications dites « sociétales », on expose les sources formelles du droit à l'émotion des faits divers et à la pression de groupes d'intérêt souhaitant privilégier leurs intérêts égoïstes au détriment de l'intérêt général. La raison juridique du législateur doit l'emporter sur l'émotion publique relayée par les médias.

**30.** L'incohérence du droit de la responsabilité civile est la rançon du succès des dialogues qui se nouent entre les différents acteurs, à l'origine d'une fusion et d'une confusion des sources : droit savant de la responsabilité civile rendant compte d'un droit de la responsabilité fruit d'un dialogue incessant entre la loi et les juges, l'ensemble ten-

tant d'être à l'écoute des membres de la société civile dont le répertoire d'action se diversifie (action des associations, médiatisation, instrumentalisation du procès...). Ce réajustement permanent des paramètres du droit de la responsabilité civile par cette multiplicité d'acteurs est appréciable dès lors que l'égalité de représentation est respectée et que le dialogue « sincère », cher à Jürgen Habermas, persiste. Pourtant, il faut avouer que sur de nombreux points, ce n'est plus le dialogue qui l'emporte mais l'ignorance réciproque. En ce sens, le droit de la responsabilité est parfois moins le lieu d'un dialogue entre les sources que celui d'un dialogue de sourds.

## II. Les dialogues de sourds

**31.** Le dialogue de sourds, formule un peu brutale, découle des enjeux politiques de la matière. L'absence d'écoute entre les sources du droit, volontaire ou non, est donc révélatrice d'un conflit de pouvoirs. Cette absence de dialogue concerne, en premier lieu, les rapports souvent conflictuels entre le législateur et le juge et renvoie, en second lieu, les relations houleuses qu'une partie de la doctrine peut avoir avec les sources formelles du droit. Le dialogue est ainsi rompu entre ceux qui édictent et ceux qui interprètent (A) ainsi qu'entre ceux qui décident et ceux qui apprécient (B).

### A. De l'édition à l'interprétation de la règle de droit

**32.** « L'art de la guerre... » – Sans aller jusqu'à affirmer que le droit est parfois un champ de bataille, il n'est pas rare que le législateur et le juge se retrouvent en conflits. L'image d'un juge-stratège fait alors son apparition. Deux stratégies sont mises en œuvre par le juge face à un législateur qui fait la sourde oreille : une stratégie d'affrontement et une stratégie de contournement.

#### 1. Une stratégie d'affrontement

**33.** Dans le combat que se livrent parfois la loi et les juges, tantôt le législateur, tantôt la

<sup>110</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 18 déc. 1964, *GAJC*, n° 204 ; P. 1965, p. 191 s., concl. Schmelck, note P. Esmein.

<sup>111</sup> Ass. plén. 17 nov. 2000, *GAJC*, n° 187.

<sup>112</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mai et 17 juill. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 889 s., obs. P. Jourdain.

<sup>113</sup> Accélération de la consécration d'un préjudice écologique pur, TGI Paris, 16 janv. 2008, *D.* 2008, chr. p. 2682 s., obs. L. Neyret. V. aujourd'hui l'article L. 161-1, I, nouveau du Code de l'environnement, issu de la loi n° 2008-757 du 1<sup>er</sup> août 2008 (art. 1<sup>er</sup>), transposant la directive de 2004, qui donne la définition des dommages environnementaux. V. égal., CA Paris, 11<sup>e</sup> ch. corr., 30 mars 2010,

n° 08/02278 ; *D.* 2010, p. 967 s., obs. S. Lavric, p. 1008, entretien L. Neyret ; *JCP G* 2010, 432, obs. K. Le Couvreur ; M. Boutonnet, *Environ.* 2010, Étude 13.

<sup>114</sup> CA Paris, 26 nov. 1991, *D.* 1992, p. 30 s.

<sup>115</sup> V. *infra*.

<sup>116</sup> Sur le rôle des médias, v. M. Mekki, « La cohérence sociologique... », *op. et loc. cit.*

<sup>117</sup> Sur l'idée d'une opinion publique qui « aiguillonne » le législateur, v. M. Lehot, *th. préc.*, n° 58, p. 87.

jurisprudence sort, pour un temps du moins, vainqueur de la bataille.

#### 34. La jurisprudence combattue par la loi –

Dans le conflit qui peut naître entre le juge et le législateur, ce dernier a légitimement le dernier mot<sup>118</sup>. Il peut « combattre la jurisprudence<sup>119</sup> ». Il en fut ainsi de l'affaire *Perruche*. La Cour de cassation réunie en Assemblée plénière avait, suite à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap congénital, décidé de condamner le médecin qui avait commis une erreur de diagnostic, adoptant ainsi une conception compréhensive du lien de causalité et acception polémique du préjudice. L'objectif était d'attirer l'attention du législateur sur la prise en charge financière insuffisante des personnes handicapées. Si ce cri d'alarme a permis de lancer le débat et est à l'origine d'une loi renforçant sur ce point la solidarité nationale, le principe même de l'indemnisation a été, même si c'est maladroitement, condamné par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 (CASF, art. L. 114-5) qui dispose que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance (al. 1). Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap [...] (al. 3)* ». La loi semble avoir eu le dernier mot.

#### 35. La loi combattue par la jurisprudence –

Le juge, dans d'autres hypothèses, utilise les instruments mis à sa disposition par la Convention européenne des droits de l'Homme pour, à son tour, combattre la loi<sup>120</sup>. Le législateur est forcé à entendre raison devant l'autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>121</sup> et la résistance des juges ordinaires qui opèrent un

contrôle de conventionnalité des lois<sup>122</sup>. Dans le même ordre d'idées, le législateur est devenu la bouche d'un juge hiérarchiquement supérieur : le juge constitutionnel<sup>123</sup>. Lorsque le Conseil constitutionnel multiplie les réserves d'interprétation, il lui arrive parfois de « réécrire la loi ». Mais alors que la loi, bouche du juge, est généralement symbole de flexibilité, lorsqu'il est question du juge constitutionnel c'est la crainte d'une trop grande rigidité qui l'emporte<sup>124</sup>. Pour d'autres, au contraire, son intervention est source de controverses, les notions qu'il utilise seraient d'un maniement difficile. Que l'on songe, par exemple, au fameux « principe de responsabilité » plusieurs fois énoncé<sup>125</sup>. La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a revivifié la technique du contrôle de constitutionnalité et certains acquis sont aujourd'hui mis à l'épreuve de ce contrôle *a posteriori*. Pour l'instant, il est vrai, les perturbations sont peu nombreuses. La loi « anti-Perruche<sup>126</sup> » ou celle sur l'indemnisation des accidents du travail<sup>127</sup> ont été récemment contrôlées. La QPC est surtout aujourd'hui l'occasion d'un dialogue entre les cours « suprêmes » et le Conseil constitutionnel. En effet, il appartient à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat de filtrer les questions afin de savoir si elles « méritent » de remonter jusque devant le Conseil constitutionnel. Il faut avouer que beaucoup de ces questions ne dépassent pas le cap des juridictions ordinaires, du moins en droit de la responsabilité civile. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation a jugé qu'une question prioritaire de constitutionnalité n'était pas justifiée à propos du régime de droit commun de l'article 1384 al. 1 du Code civil confronté à la loi du 5 juillet 1985. Cette différence de régime, selon la Cour de cassation, ne porte pas atteinte au principe d'égalité<sup>128</sup>. À une autre occasion c'est le traitement différencié des victimes conducteurs prévu par l'article 4 de la loi du 5 juillet 1985, en comparaison

<sup>118</sup> Il est même question, selon certains auteurs, d'une soumission de la jurisprudence, v. M. Lehot, th. préc., n° 263 s., p. 356 s.

<sup>119</sup> Ph. Malaurie, « La jurisprudence combattue par la loi », in *Mélanges R. Sava-tier*, Dalloz, 1965, p. 609 s.

<sup>120</sup> La jurisprudence *contra legem* des juridictions ordinaires n'est pas inexistante mais reste assez rare. La responsabilité de plein droit, de l'arrêt *Bertrand* du 19 février 1997, reste l'exemple le plus marquant, v. Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 1997, *JCP G* 1997, II, 22848, rapport R. Kessous.

<sup>121</sup> Décisions auxquelles les juges français se « soumettent », v. M. Lehot, th. préc., n° 267 s., p. 358 s.

<sup>122</sup> O. Lucas, « La Convention européenne et les fondements de la responsabilité civile », *JCP G* 2002, I, 111.

<sup>123</sup> P. Deumier et O. Gout, « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 21 s.

<sup>124</sup> En ce sens, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2010, n° 689.

<sup>125</sup> V. Ph. Brun, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *RCA* 2003, 37.

<sup>126</sup> Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC ; D. 2010, p. 1976, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *RTD civ.* 2010 p. 517, obs. P. Puig.

<sup>127</sup> Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC ; D. 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout ; *Constitutions* 2010, 413, obs. C. Radé.

<sup>128</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 31 mars 2011, QPC, n° 10-25.281, FS-D.

avec l'article 3 de la loi, qui a été soumis à l'analyse de la Cour de cassation. La Cour de cassation a de nouveau refusé de renvoyer devant le Conseil constitutionnel au motif que la question est dépourvue de caractère sérieux<sup>129</sup>.

Selon l'art de la guerre de Sun Tzu, la meilleure des stratégies n'est pas toujours l'attaque mais celle du détour<sup>130</sup> ou du contournement.

## 2. Une stratégie de contournement

**36. Les techniques d'interprétation** – Plus subtilement, les juges ordinaires, n'ayant pas la légitimité de la hiérarchie des normes, plutôt que de combattre de front le législateur, vont utiliser une autre stratégie de guerre : le contournement de l'adversaire. Cette technique est parfaitement illustrée par l'affaire *Perruche* et ses succédanés. Il faut se rappeler que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 mettait fin à toute indemnisation de l'enfant né avec un handicap congénital ainsi qu'à toute réparation du dommage matériel causé aux parents par la naissance de cet enfant. Le juge, conscient du rôle des *lobbies* dans cette affaire, a imaginé divers stratagèmes pour contourner la loi<sup>131</sup>. La première technique a consisté à écarter la loi des instances en cours en se fondant sur l'article 6 § 1 Conv. EDH, le droit à un procès équitable, et l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, relatif au droit au respect des biens. Suivant la position de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>132</sup>, la Cour de cassation a jugé<sup>133</sup> que l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002 ne peut pas s'appliquer aux instances en cours à moins de violer l'espérance légitime d'indemnisation de ceux qui avaient déjà engagé des poursuites. Œuvrant encore à limiter la portée de la loi du 4 mars 2002, la Cour de cassation, dans un arrêt de la première Chambre civile du 8 juillet 2008, s'est encore livrée à une interprétation restrictive de la loi en considérant qu'une action engagée après l'entrée en vigueur de la loi, mais pour des dommages causés à l'enfant

antérieurement à cette loi, pouvait aussi justifier l'éviction de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002<sup>134</sup>. De nouveau, l'interprétation restrictive de la loi l'a emporté dans une décision rendue par la Cour administrative d'appel de Paris le 24 juin 2003<sup>135</sup>. La Cour a décidé d'écarter l'application de la loi dans l'hypothèse où les fautes médicales étaient antérieures à la conception de l'enfant, alors que l'affaire *Perruche* concernait un enfant déjà conçu, conception après laquelle le médecin avait commis une erreur de diagnostic. Dans une décision rendue par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 15 octobre 2009<sup>136</sup>, la Cour de cassation continue son travail de sape à propos cette fois des parents ayant engagé une action en justice et ayant en cours de procès renoncé à leur action en considération de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002. La Cour de cassation a jugé, notamment au visa des articles 1109 et 1110 du Code civil, « d'une part que la disposition de l'arrêt de la cour d'Aix-en-Provence donnant acte à M. et Mme J. de leur renonciation n'était pas revêtue de l'autorité de la chose jugée, d'autre part, que cette renonciation procédait d'une erreur en ce que M. et Mme J. avaient cru devoir se soumettre aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 4 mars 2002, prévoyant son application immédiate aux instances en cours, qui a été ultérieurement déclarée contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ». Par cette conception généreuse de l'erreur de droit, la Cour de cassation continue de se livrer à une interprétation restrictive de l'article L. 114-5 CASF confirmant l'adage latin, évoqué dans une note célèbre de M. A. Sériaux, selon lequel *Odiosa sunt restringenda*<sup>137</sup>.

**37. L'utilisation des standards juridiques** – Les juges peuvent également user, dans une stratégie de contournement, de la liberté que leur offrent certains standards juridiques. Ainsi en est-il du

<sup>129</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 9 sept. 2010, n° 10-12.732 ; D. 2011, p. 35, obs. Ph. Brun et O. Gout : « La question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'article 4 répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes conductrices fautives d'accidents de la circulation, et ne permet, en rapport avec l'objet de la loi qui poursuit notamment un but d'intérêt général, de limiter ou d'exclure leur indemnisation que lorsque le juge constate l'existence d'une faute de leur part ». QPC, n° 10-30.175, D. 2011, p. 76, obs. I. Gallmeister

<sup>130</sup> Sun Tzu, *L'Art de la guerre*, Flammarion, 2008, coll. « Champs, Essais ».

<sup>131</sup> Sur ces différentes techniques, v. J. Lapousterle, « Le juge et les groupes de pres-

sion », in *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt*, Identification, utilité et encadrement, dir. M. Mekki, *Gaz. Pal.* 2011, p. 111 s.

<sup>132</sup> CEDH 6 oct. 2005, *JCP G* 2006, II, 10061, note Zollinger.

<sup>133</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 2006, *Bull. civ. I*, n° 31.

<sup>134</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2008, n° 07-12.159, FP-P-B-R-I, *Épx. L. cl D. et a. ; JurisData* n° 2008-044756 ; *RCA* n° 11, nov. 2008, comm. 329, obs. Ch. Radé.

<sup>135</sup> CAA Paris, 24 juin 2003, D. 2004, p. 984 s., note A. Sériaux.

<sup>136</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 15 oct. 2009, n° 07-20.129, FS-P+B ; *RCA* n° 12, déc. 2009, comm. 363, obs. Ch. Radé.

<sup>137</sup> A. Sériaux, note sous CAA Paris, 24 juin 2003, D. 2004, p. 984 s.



principe de précaution allié au fondement des troubles anormaux du voisinage. L'affaire des antennes de téléphonie mobile est, dans le genre, un véritable joyau. Les antennes relais de téléphonie mobile sont-elles dangereuses pour la santé ? Impossible de l'établir pas plus qu'il n'est possible de l'exclure avec certitude. Face à cette incertitude et malgré le respect des seuils légaux d'émission d'ondes, certaines juridictions ont admis la suppression des antennes de téléphonie mobile en se fondant sur le principe de précaution et sur le principe des troubles anormaux du voisinage<sup>138</sup>. La question est encore controversée. Les juges en viennent à passer outre les seuils légaux imposés par le législateur en se montrant plus exigeants que lui<sup>139</sup>.

**38.** Si le « dialogue de sourds » existe entre législateur et juges, il n'est rien comparé aux nombreux exemples que peut offrir la relation conflictuelle entre la doctrine, source savante du droit de la responsabilité, et les sources formelles du droit.

### **B. De l'édiction à l'appréciation de la règle de droit**

**39.** Les enjeux politiques du droit de la responsabilité civile expliquent que la discussion entre les pôles émetteurs du droit, pôles formels et/ou réels, fasse parfois défaut. La doctrine est amenée à se heurter de front aux choix opérés par la loi et par la jurisprudence. Les auteurs sont confrontés, à dire vrai, à deux situations. Ils doivent parfois se rendre à l'évidence que la politique jurisprudentielle ou législative qui a été choisie est en inadéquation avec les idées qu'ils défendent. Ce conflit entre doctrine et politique juridique ne fait cependant pas toujours l'unanimité, la position des auteurs dépendant des valeurs qu'ils défendent. En revanche, les positions sont souvent convergentes lorsqu'il s'agit de contester le détournement ou la torsion des techniques juridiques. Il convient donc

de distinguer la doctrine face aux politiques juridiques (1) puis la doctrine face aux techniques juridiques (2).

#### **1. La doctrine et les politiques juridiques**

**40.** La doctrine ne partage pas toujours les politiques législatives ou jurisprudentielles. Il est vrai que la doctrine ne s'exprime pas d'une seule voix mais il est des sujets sur lesquels une grande majorité se dégage. Prenons, pour exemple, la question de la faute de l'*infans* victime. Autant, au nom d'une politique d'indemnisation des victimes défendue par le législateur et la jurisprudence de la Cour de cassation, on peut expliquer que l'*infans* n'en soit pas moins fautif, autant maintenir ce principe d'une faute objective de l'*infans* lorsqu'il est victime produit l'effet pervers consistant à moins bien traiter une personne vulnérable telle que l'*infans* victime<sup>140</sup>. La doctrine a souligné l'incohérence de la solution comparant le comportement de l'enfant à celui du bon père de famille, son caractère injuste et inutile lorsque l'enfant n'a pas de patrimoine personnel et son effet psychologique déplorable chez l'enfant en bas âge. Les juges du fond se sont montrés plus réceptifs à cette argumentation de la doctrine mais la Cour de cassation n'a pas cédé les rappelant à l'ordre dans un arrêt rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 28 février 1996<sup>141</sup>. La doctrine collective a d'ailleurs pris le relais puisque l'avant-projet P. Catala prévoit d'évincer la notion de faute objective lorsque l'*infans* est victime. Cette situation n'est pas prête d'évoluer car la proposition de loi Béteille n'envisage pas sur ce point de faire évoluer la jurisprudence.

**41.** Le mouvement contestataire de la doctrine a été similaire au lendemain de l'arrêt *Levert* du 10 mai 2001<sup>142</sup> confirmant l'arrêt *Füllenwarth* du 9 mai 1984<sup>143</sup>. Cette décision confirme que pour

<sup>138</sup> TGI Nanterre, 18 sept. 2008, n° 07-02173 ; *Environnement* 2008, comm. 160, note M. Le Prat et L. Verdier ; D. 2009, p. 819, note M. Boutonnet : « si les troubles de santé constatés chez certains, soupçonnés chez d'autres, constituent un préjudice dont le lien avec la proximité des antennes relais reste à démontrer, le risque de troubles, à distinguer des troubles eux-mêmes, est lui certain puisqu'il n'est pas contesté que les autorités compétentes en la matière, tant internationales que nationales, préconisent de faire application d'un principe de précaution » – confirmé par CA Versailles, 4 févr. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 327 – adde, TGI Carpentras, 16 févr. 2009, *Dr. Environ.*, avr. 2009, p. 22, note B. Steinmetz – TGI Angers, réf., 5 mars 2009, *JCP G* 2009, II, 10099, note J.-V. Borel – TGI Créteil, réf., 11 août 2009, RG n° 09-1658, P et a. c/ SA Orange France ; *JurisData* n° 2009-007359 ; *JCP G* n° 47, 16 nov. 2009, p. 455, note J.-V. Borel : juge des référés qui interdit à un opérateur de téléphonie mobile d'implanter une antenne relais sous astreinte et se fonde

sur le principe de précaution. V. dernièrement, CA Montpellier, 15 sept. 2011, n° 10/04612.

<sup>139</sup> Ce qui pose pour certains auteurs un problème de légitimité, Ph. Stoffel-Munck, « La théorie des troubles du voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais », D. 2009, chr. p. 2817 s., spéc. n° 30 s. : « Le juge dépouille le Politique de son pouvoir de fixer la norme (...) » (n° 35).

<sup>140</sup> Ass. plén. 9 mai 1984, 2 arrêts, *Derguini et Lemaire*, *JCP* 1984, II, 20256, note P. Jourdain ; D. 1984, p. 525, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> esp., concl. Cabannes et note F. Chabas.

<sup>141</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 28 févr. 1996, *JCP G* 1996, I, 3985, n° 14, obs. G. Viney.

<sup>142</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mai 2001, *Bull. civ.* II, n° 96 ; D. 2002, somm. comm., p. 1315, obs. D. Mazeaud.

engager la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, une faute de ce dernier est inutile. Un simple fait causal de l'enfant mineur suffit, transformant ainsi la responsabilité des parents en responsabilité directe et personnelle et n'a plus rien dans cette hypothèse d'une responsabilité du fait d'autrui. En outre, cette jurisprudence vient alourdir la responsabilité des parents en comparaison des autres cas de responsabilité du fait d'autrui où la preuve d'un fait fautif de la personne dont on doit répondre continue d'être exigée, que ce soit la responsabilité du commettant du fait du préposé ou des cas de responsabilité délictuelle du fait d'autrui initiés par l'arrêt *Blieck* du 29 mars 1991. Si la Cour de cassation reste peu réceptive, il n'en va pas de même de la proposition de loi Béteille qui se montre plus accueillante à l'égard des propositions faites dans l'avant-projet Catala (C. civ., art. 1355, al. 2) et dans celui de F. Terré<sup>144</sup>. La proposition du sénateur Béteille est de consacrer un article 1386-11 qui disposerait que « *Les personnes mentionnées aux articles 1386-7 à 1386-10 [dont les parents] ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des personnes dont elles doivent répondre qu'à condition que soit rapportée la preuve d'un fait qui serait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage* ». Ce mutisme de la Cour de cassation est d'autant plus étonnant que le rapport de la Cour de cassation, qui avait été rendu sur l'avant-projet P. Catala, avait souligné le caractère inique de la solution rendue à l'encontre des parents<sup>145</sup>.

**42.** Sans pour autant défendre une politique juridique, certaines solutions sont la source de « forçages » d'ordre technique qui, bien que déplorés par la doctrine, n'ont pas été remis en question.

## 2. La doctrine et les techniques juridiques

**43. Doctrine et force du contrat** – La responsabilité civile offre souvent l'image d'un droit qui n'hésite pas à tordre les techniques juridiques au

service d'une certaine fin qui est souvent l'indemnisation des victimes. Cependant, il est des cas où on peine à décrire la politique poursuivie et où la torsion des techniques juridiques ne semble pas justifiée. Or, malgré les critiques souvent unanimes de la doctrine, la jurisprudence reste insensible aux arguments développés. Ainsi en est-il, tout d'abord, en matière de responsabilité contractuelle. Il s'agit de la fameuse jurisprudence relative à la promesse unilatérale de vente. Depuis un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, le 15 décembre 1993<sup>146</sup>, la Cour de cassation juge que le promettant qui se rétracte avant l'expiration du délai d'option n'est tenu à l'égard du bénéficiaire que de simples dommages et intérêts. La doctrine a longuement critiqué, sauf rares exceptions, cette jurisprudence et son interprétation formelle de l'article 1142 du Code civil qui, à ses yeux, devrait rester une exception au cas où l'exécution forcée en nature serait impossible. Malgré les critiques, la Cour de cassation a confirmé sa position<sup>147</sup>. Puis, plus récemment, elle est venue confirmer l'absence d'exécution forcée en nature sur un tout autre fondement. Par un arrêt de la troisième Chambre civile du 11 mai 2011<sup>148</sup> et un autre de la Chambre commerciale du 13 septembre 2011<sup>149</sup>, la Cour de cassation rejette toute exécution forcée en nature au motif qu'il n'y a pas eu rencontre définitive des volontés de vendre et d'acquérir. Le fondement de l'article 1142 du Code civil a certes disparu mais le résultat reste le même puisqu'on raisonne en termes de responsabilité contractuelle là où il est question de force obligatoire du contrat. Le dialogue semble rompu. Pire, c'est la cacophonie qui règne à lire un arrêt inédit rendu par la troisième Chambre civile le 6 septembre 2011<sup>150</sup>, chambre cette fois présidée par M. Lacabarats, par lequel la Cour de cassation accueille l'exécution forcée en nature dans les mêmes circonstances. Cette valse hésitation de la jurisprudence et ce cri d'alarme de la doctrine

<sup>143</sup> Ass. Plén. 9 mai 1984, *Bull. AP*, n° 4.

<sup>144</sup> Qui exige la preuve d'un délit civil, D. Mazeaud, « Imputation du dommage causé à autrui » in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011.

<sup>145</sup> Rapp. groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n° 74.

<sup>146</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, *D.* 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt ; *D.* 1995, p. 87, obs. L. Aynès. *Contra*, D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, p. 1 s.

<sup>147</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 4, note L. Leveure ; *Defrénois* 2004, p. 373, obs. R. Libchaber – Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, n° 08-12.237 ; *D.* 2010, p. 224, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson.

<sup>148</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, n° 10-12.875 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud et p. 1460, note D. Mainguy. *Comp. D. Mainguy*, « L'interprétation de l'interprétation », *JCP G*, 2011, doctr., 603 ; *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. B. Fages.

<sup>149</sup> *Com.* 13 sept. 2011, n° 10-19.526.

<sup>150</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 6 sept. 2011, *D.* 2011, p. 2838 s., note C. Grimaldi.

illustrent les difficultés que l'École a parfois à se faire entendre du Palais.

**44. Doctrine et frontières du contrat** – À mi-chemin entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, un arrêt rendu en Assemblée plénière le 6 octobre 2006 a suscité une vive réaction doctrinale<sup>151</sup>. Selon cette décision, tout manquement contractuel suffit pour fonder une action en responsabilité délictuelle exercée par un tiers victime dès lors que ce manquement a causé un préjudice<sup>152</sup>. Une telle solution fait peu de cas du principe de l'effet relatif des conventions et du respect de la prévision des parties. En effet, le tiers peut ainsi profiter de l'inexécution d'une obligation contractuelle, y compris de résultat, pour engager une action contre l'une des parties sans pouvoir se voir opposer les clauses de répartition des risques, clauses limitatives de responsabilité notamment, figurant dans l'acte juridique. Cette solution critiquée par de nombreux auteurs, quasi unanimes, a pourtant été maintes fois confirmée par la Cour de

cassation qui reste insensible à l'argumentaire développé par les auteurs. L'avant-projet P. Catala et la proposition Bételle<sup>153</sup>, qui s'en inspire largement, prévoient de combattre cette jurisprudence en imposant au tiers de choisir le fondement de son action et de s'y tenir. En d'autres termes, une action sur le fondement délictuel supposera de prouver un délit civil distinct du manquement contractuel. Le choix du fondement contractuel obligera le tiers à se soumettre à toutes les clauses du contrat. Reste que malgré ces projets, la jurisprudence réaffirme régulièrement le principe posé en 2006<sup>154</sup>.

**45.** Le dialogue entre les sources reste la caractéristique dominante du droit de la responsabilité civile. Le dialogue de sourds ne résiste qu'à de rares occasions et dans des circonstances singulières. Seul le dialogue entre les sources est à même de répondre à la technicité et à la sensibilité des questions de responsabilité. À bon entendre...

<sup>151</sup> Ass. plén. 6 oct. 2006, *GAJC*, n° 177 ; *RDC* 2007, p. 269 s., obs. D. Mazeaud, p. 279 s., obs. S. Carval, p. 379 s., obs. J.-B. Seube ; *JCP G*, 2007, I, 115, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2007, p. 2897 s., obs. Ph. Brun et P. Jourdain ; *D.* 2007, p. 2966 s., obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson.

<sup>152</sup> *Contra*, en droit public, CE 11 juill. 2011, *Mme Gilles*, n° 339.409.

<sup>153</sup> Art. 1386-18 : « Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des dispositions de la présente section. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créan-

cier pour obtenir réparation de son propre dommage. Il peut également obtenir réparation sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle, en rapportant la preuve de l'un des faits générateurs mentionnés à la section II du présent chapitre ».

<sup>154</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janv. 2007, *RDC* 2007, p. 723, obs. J.-S. Borghetti – Com. 6 mars 2007, *RDC* 2007, p. 1137, obs. S. Carval – Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mai 2007, *RDC* 2007, p. 1137, obs. S. Carval – Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2007, *RDC* 2007, p. 1137, obs. S. Carval – Com. 21 oct. 2008, *RDC* 2009, p. 506, obs. J.-S. Borghetti. *Addé* « Dossier spécial », *RDC* 2007, « Débats », p. 537 s.



# Petit quatre du Grand A : le droit des successions

## Le renouvellement des sources en droit des successions

**Frédéric Bicheron**

Professeur à l'Université de Nantes

Curieusement, la question des sources en droit des successions est rarement envisagée dans les ouvrages<sup>1</sup>. À première vue, elle n'appellerait donc pas de traitement particulier : la loi est présentée comme la source majeure de la matière<sup>2</sup>, complétée des différents actes réglementaires d'application ; à côté de ces sources purement normatives, il est usuel de citer les sources dites informelles que sont la jurisprudence, la doctrine et la pratique notariale, qui jouent, en ce domaine, un rôle de tout premier plan.

Cette approche classique est aujourd'hui bouleversée, et ce, principalement sous l'effet d'une triple influence. Tout d'abord, celle de la montée des droits et libertés fondamentaux, qui force le juriste contemporain à regarder sans cesse au-dessus de la loi pour vérifier sa conformité aux normes supérieures (I). Ensuite, le recul de l'ordre public de direction et le développement du phénomène de contractualisation en droit de la famille ont conduit

les sources informelles à jouer un rôle renouvelé au sein des sources (II). Enfin, la tentation bien connue, et souvent débattue, d'une harmonisation européenne des droits n'a pas épargné le droit des successions (III).

### I. La montée des droits et libertés fondamentaux

La place cardinale des droits et libertés fondamentaux dans notre système juridique, située tout au sommet de la hiérarchie des normes, souligne, par contrecoup, le déclin de la loi, inféodée à des valeurs qui lui sont supérieures. Ce respect des droits et libertés fondamentaux, comme phare quelque peu éblouissant de notre législation, se trouve principalement assuré par les deux gardiens du temple que sont le juge européen (A) et le juge constitutionnel (B).

#### A. Le contrôle par le juge européen

La Cour européenne des droits de l'Homme,

<sup>1</sup> A l'exception notable de Ph. Malaurie, *Les successions. Les libéralités*, Defrénois, 4<sup>e</sup> éd., 2010, n° 4 s.

<sup>2</sup> L'article 34 de la Constitution indique que « la loi fixe les règles concernant [...] les successions et libéralités ».

chargée de veiller au respect de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales de 1950, est sans conteste devenue une source influente du droit des successions. L'on sait que c'est à la suite d'une condamnation retentissante de la France intervenue le 1<sup>er</sup> février 2000 dans l'affaire *Mazurek*, que le législateur s'est décidé à effacer l'infériorité successorale et les incapacités partielles de recevoir à titre gratuit dont l'enfant adultérin était frappé chaque fois qu'il se trouvait en concours avec le conjoint bafoué par l'adultère ou les enfants issus du mariage<sup>3</sup>.

Si cette lutte contre toute forme de discrimination est légitime, elle a malgré tout conduit à des excès. C'est ainsi que, le 13 juillet 2004, la Cour de Strasbourg a condamné l'Etat d'Andorre pour l'interprétation d'un testament par un juge national<sup>4</sup>. Dans cette espèce, il était question de l'interprétation d'une clause testamentaire aux termes de laquelle la testatrice avait désigné comme bénéficiaire d'une substitution fidéicommissaire « un fils ou un petit-fils d'un mariage légitime et canonique ». Le juge andorran, interprétant la volonté de la testatrice tant au jour de la confection du testament qu'au jour de son décès, avait jugé que cela ne pouvait s'appliquer au petit-fils issu d'une filiation adoptive. Cette solution a été condamnée par la Cour pour violation des articles 14 et 8 combinés, imposant ainsi une interprétation évolutive des testaments à la lumière, non pas uniquement de la volonté du testateur, mais également de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Comme le relève Monsieur Nicod, cette décision est inquiétante, non pas parce que la Cour se comporte comme un quatrième degré de juridiction, mais « parce que l'interprétation évolutive des testaments conduit fatalement à une réécriture judiciaire de l'acte de dernière volonté [...] le testament n'est plus l'acte du défunt, mais celui du juge<sup>5</sup> ». Et cela n'est pas admissible.

Toutefois, la Cour européenne sait aussi faire

preuve de davantage de mesure, notamment lorsqu'elle juge, dans un arrêt récent du 21 juillet 2011, que le principe de sécurité juridique et le respect des droits acquis justifient qu'un enfant adultérin ne puisse remettre en cause une succession partagée avant l'entrée en vigueur des lois de 1972 et 2001<sup>6</sup>.

### B. Le contrôle par le juge constitutionnel

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 (date d'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008), lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation<sup>7</sup>. L'introduction dans notre droit de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), mécanisme aux mains des justiciables, permet aujourd'hui de contrôler la constitutionnalité de toutes les dispositions relatives au droit des successions et des libéralités qui n'auraient pas déjà été soumises au Conseil constitutionnel. Et, en la matière, ce contrôle ouvre un champ extrêmement large, car ni la loi du 3 décembre 2001, ni celle du 23 juin 2006 n'ont été déférées au Conseil. De sorte que le juge constitutionnel sera amené, à l'avenir, à jouer un rôle central au sein des sources internes du droit des successions.

Ainsi, dans une décision du 5 août 2011, les « sages » de la rue de Montpensier ont déclaré contraire à la Constitution l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui instituait, à l'occasion du partage d'une succession internationale entre des cohéritiers français et étrangers, un droit de prélévement permettant au cohéritier français de réclamer sur les biens situés en France la part successorale que lui octroyait la loi française et dont il se trouvait privé par la loi successorale étrangère<sup>8</sup>. Cette règle matérielle, touchant au principe d'ordre public de l'égalité des partages<sup>9</sup> et qui primait la règle de conflit de lois, a été jugée contraire au

<sup>3</sup> CEDH 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c/ France* ; D. 2000, p. 332, note J. Thierry ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. Hauser – v. aussi condamnation identique, CEDH 22 déc. 2004, *Merger et Cros c/ France* ; RTD civ. 2005, p. 335, obs. J.-P. Marguénaud. La Cour y a vu là une violation de l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 1 (protection du droit de propriété), combiné avec l'article 14 de la Convention (interdiction de toute discrimination).

<sup>4</sup> CEDH 13 juill. 2004 : req. n° 69498/01 ; D. 2005, p. 2124, obs. crit. M. Nicod ; *ibid* 1832, note E. Poisson-Drocourt.

<sup>5</sup> M. Nicod, D. 2005, p. 2124.

<sup>6</sup> CEDH 21 juill. 2011, *Fabris c/ France* ; RTD civ. 2011, p. 732, obs. J.-P. Marguénaud – rapp. CEDH 21 oct. 2008, *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c/ France* ; RTD civ. 2009, p. 288, obs. J.-P. Marguénaud.

<sup>7</sup> Art. 61-1 Const.

<sup>8</sup> Cons. const. 5 août 2011, n° 2011-159 QPC ; JCP G 2011, p. 1879, note M. Attal.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 1972, JCP 1973, II, 17406, note M. G.

principe d'égalité devant la loi énoncé dans l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Si le droit des successions se doit d'être conforme aux droits et libertés fondamentaux, certaines sources informelles témoignent aujourd'hui d'une vigueur toute particulière.

## II. La vigueur renouvelée des sources informelles

La contractualisation du droit de la famille et sa judiciarisation ont permis à certaines sources informelles de se raffermir au fil des ans : tel est le cas de la jurisprudence (A), mais également de la doctrine comme de la pratique notariale (B).

### A. La jurisprudence

En tant que source informelle du droit, la jurisprudence joue depuis longtemps un rôle créateur important en droit des successions, qui lui doit quelques célèbres décisions rendues au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>10</sup>. On pense à l'arrêt *Toussaint de Gérard*, du 13 août 1851, sur le principe de l'obligation indéfinie aux dettes successorales pour le successeur universel, à l'arrêt *Chollet-Dumoulin*, du 5 décembre 1907, sur le domaine et l'effet déclaratif du partage, ou encore à l'arrêt *Frécon*, du 24 décembre 1912, sur l'indivisibilité du gage des créanciers successoraux avant partage.

Ce rôle créateur s'est renouvelé ces dernières années, notamment à la faveur de décisions remarquables rendues *contra* ou *supra legem*, à l'occasion desquelles la Cour de cassation, fort de jugements d'opportunité, a investi le champ de la décision politique, concurrençant et affaiblissant le pouvoir législatif<sup>11</sup>.

À côté de ce rôle créateur, le juge judiciaire apparaît également comme un modérateur de l'application de la règle de droit. Comme l'avait

pressenti un auteur<sup>12</sup>, il est aujourd'hui moins étroitement soumis à la loi qu'il ne le fut jadis. De bouche servile de la loi, il est devenu un véritable acteur de sa mise en œuvre, amené à jouer un rôle modérateur et protecteur, par « délégation » du législateur<sup>13</sup>. Par exemple, en matière d'indivision et de partage, il pèse les « *intérêts en présence* » qui justifieraient le maintien temporaire de l'indivision<sup>14</sup> – dérogation à la règle du droit au partage – ou l'attribution préférentielle d'un bien indivis<sup>15</sup> – dérogation au principe de l'égalité dans les partages ; il définit « *l'intérêt commun* » qui peut justifier certaines dérogations aux règles ordinaires de gestion<sup>16</sup> ; il peut aussi modifier la date de jouissance divise, dès lors qu'elle lui paraît plus favorable à la réalisation de l'égalité<sup>17</sup>. En matière de succession proprement dite, c'est le juge qui décide de certaines indignités successorales<sup>18</sup> ; et c'est encore ce même juge qui peut décharger un héritier acceptant de tout ou partie de son obligation *ultra vires* à une dette successorale qu'il avait de justes motifs d'ignorer<sup>19</sup>. Un tel pouvoir modérateur reconnu au juge se rencontre encore en droit des libéralités, où la loi lui reconnaît la possibilité d'écarter une clause d'inaliénabilité ou de réviser les charges imposées par le disposant<sup>20</sup>.

Ce rôle modérateur mais aussi protecteur reconnu au juge présente l'avantage d'une application nuancée et adaptée de la règle de droit. Mais la méthode présente aussi plusieurs inconvénients : « *L'imprévisibilité, l'incitation au contentieux et le ralentissement des règlements successoraux*<sup>21</sup> ». En outre, si cette transformation du rôle du juge donne le sentiment d'un droit rapproché des réalités, elle affaiblit incontestablement l'autorité de la loi, en permettant au juge de mettre à l'écart quelques principes essentiels du droit des successions.

<sup>10</sup> C. Brenner, « Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions », in *La jurisprudence. La création du droit par le juge*, colloque des 25-26 janv. 2006 à l'Institut de France, *APD* t. 50, 2007, p. 149 s.

<sup>11</sup> Par exemple, lorsque la Cour de cassation refuse d'annuler les libéralités consenties à l'occasion d'une relation adultère pour cause immorale, et ce, même si elles s'apparentent à la rémunération d'une activité de prostitution affective ou sexuelle (*Ass. plén.* 29 oct. 2004, *Bull. AP* n° 12) ; ou encore lorsqu'elle refuse d'appliquer les règles du rapport ou de la réserve à des investissements placés en contrats d'assurance-vie, qui ne sont rien d'autre que des placements financiers déguisés (*Ch. mixte* 23 nov. 2004, *Bull. ch. mixte*, n° 4 ; *RTD civ.* 2005, p. 434, obs. M. Grimaldi) ; plus généralement, sur l'ensemble de la question, v. C. Brenner, *art. préc.*, p. 157 s.

<sup>12</sup> J. Patarin, « Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements successoraux », in *Mélanges Voirin*, LGDJ, 1967, p. 618 s.

<sup>13</sup> Sur cette transformation du rôle du juge, v. P. Catala, « La métamorphose du droit de la famille », in 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 341 s., spéc. p. 350 s.

<sup>14</sup> C. civ., art. 821 s.

<sup>15</sup> C. civ., art. 823-3.

<sup>16</sup> C. civ., art. 815-5, pour l'autorisation donnée à un indivisaire de passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire ; art. 815-6 du même code, pour la prescription ou l'autorisation de mesures urgentes.

<sup>17</sup> C. civ., art. 829.

<sup>18</sup> C. civ., art. 727.

<sup>19</sup> C. civ., art. 786.

<sup>20</sup> C. civ., art. 900-1, pour la clause d'inaliénabilité ; C. civ., art. 900-2 s, pour les charges.

<sup>21</sup> Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 8.

## B. La doctrine et la pratique notariale

Comme le relève Monsieur Malaurie, en droit des successions, la doctrine est riche et savante, cette discipline étant une des parties nobles du droit civil, en raison de sa complexité et de son enracinement profond dans toutes les autres branches du droit civil<sup>22</sup>. À tel point qu'il n'hésite pas à reprendre la formule attribuée à Bernard de Chartres : « nous sommes des nains juchés sur des géants<sup>23</sup> ». C'est notamment à cette très grande érudition doctrinale que l'on doit certaines analyses juridiques des plus fines de clauses complexes, reprises ensuite par la jurisprudence, validant après-coup certaines stipulations qu'elle envisageait avec plus ou moins de défiance<sup>24</sup>.

Surtout, en 2003, un collectif d'auteurs a élaboré avec élégance une *offre de loi* en matière de libéralités, dont un certain nombre de propositions ont été directement reprises par le législateur en 2006, telles les libéralités résiduelles ou encore graduées<sup>25</sup>.

Si la réflexion doctrinale joue un rôle important au regard des sources, la pratique notariale a également toujours occupé une place de choix, doctrine et pratique se nourrissant l'une de l'autre. C'est que le notaire, en sa qualité de conseil des familles et de technicien averti du règlement successoral, est un acteur essentiel et un témoin privilégié des souhaits et des besoins exprimés par ses clients. La pratique notariale est ainsi, et tout d'abord, créatrice de droit, par la rédaction d'actes originaux et de formules innovantes, parfois adoptés par le législateur. Par exemple, c'est à elle que l'on doit l'acte de notoriété, mode de preuve usuel de la qualité d'héritier, consacré par le législateur en 2001<sup>26</sup>. Ou encore la clause commerciale<sup>27</sup>, qui, après avoir été condamnée dans l'arrêt *Crémieux*

du 11 janvier 1933 comme constituant un pacte sur succession future, fut expressément admise par le législateur en 1965.

La pratique notariale est aussi réformatrice : le Congrès des notaires de France suggère régulièrement des propositions de réformes touchant au droit des successions et des libéralités. Certaines sont ensuite reprises par le législateur<sup>28</sup>.

Si les sources de notre droit interne des successions apparaissent renouvelées, la tentation d'une harmonisation européenne pourrait, à l'avenir, se substituer, dans certains cas, aux solutions françaises du droit international privé.

## III. La tentation de l'harmonisation

Au regard des sources internationales<sup>29</sup>, le droit des successions risque d'être bientôt ébranlé par l'adoption d'un règlement européen, qui fait écho au livre vert sur les successions et testaments diffusé par la Commission le 1<sup>er</sup> mars 2005.

En effet, et partant du constat sociologique que plus de huit millions d'Européens vivent en dehors de leur pays d'origine et que chaque année s'ouvrent quatre cent cinquante mille successions transfrontalières mettant en présence des ressortissants de différents États membres de l'Union européenne, pour un montant total d'actif successoral de quelque cent vingt-trois milliards d'euros, le Parlement européen et le Conseil de l'Europe ont élaboré une proposition de règlement, adoptée par la Commission le 14 octobre 2009, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen<sup>30</sup>.

Sans pouvoir être exhaustif, on retiendra, au

<sup>22</sup> Ph. Malaurie, *op. cit.*, n° 10.

<sup>23</sup> Ph. Malaurie, *op. et loc. cit.*

<sup>24</sup> Par exemple, l'analyse par M. Grimaldi de la clause de réversibilité de l'usufruit du conjoint survivant en une donation à terme de biens présents et non, comme le jugeait antérieurement la Cour de cassation, en une donation de biens à venir (sur la controverse, M. Grimaldi, *Successions*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2001, n° 353 et les références citées).

<sup>25</sup> J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique et G. Morin, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003.

<sup>26</sup> C. civ., art. 730-1 s.

<sup>27</sup> La clause commerciale est une clause insérée dans le contrat de mariage, aux termes de laquelle le conjoint survivant se réserve le droit de récupérer, à titre onéreux, un bien appartenant exclusivement à son conjoint prédécédé. À l'origine, elle fut imaginée par la pratique notariale afin de permettre au conjoint survivant de récupérer le fonds de commerce exploité en commun mais appartenant exclusivement à l'époux prédécédé, moyennant indemnité aux héritiers.

<sup>28</sup> Par exemple, le 96<sup>e</sup> congrès tenu à Lille en 2000 a été à l'origine de la réactualisation du barème fiscal de l'usufruit (loi n° 03-1311 du 30 décembre 2003) comme de la reconnaissance de la donation-partage transgénérationnelle (loi n° 2006-728 du 23 juin 2006). Autre exemple : les propositions tant du 91<sup>e</sup> congrès tenu à Tours en 1995, sur les droits de l'enfant, que du 95<sup>e</sup> congrès tenu à Marseille en 1999, sur la famille, ont fortement influencé la loi n° 01-1135 du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et aux enfants adultérins.

<sup>29</sup> Si quatre conventions de La Haye concernent directement le droit des successions, seule la convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires est entrée en vigueur en France ; pour une analyse des autres conventions internationales, v. M. Revillard, *Droit international privé et communautaire. Pratique notariale*, Defrénois, 7<sup>e</sup> éd., 2010, n° 695 s.

<sup>30</sup> C. Nourissat, « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne », *Defrénois* 2010, 394 ; *adde* M. Revillard, *op. cit.*, n° 708 s.

regard de la loi applicable, que l'idée générale est de soumettre l'ensemble de la succession à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt, sauf si ce dernier a fait le choix de sa loi nationale. Le changement sera radical pour le juriste français, habitué à pratiquer un système scissionniste : loi du domicile pour les meubles, loi de situation pour les

immeubles. Toutefois, la vraie difficulté à venir sera moins dans l'application de cette nouvelle méthode de désignation de la loi applicable, que dans l'éventuelle exception d'ordre public international en cas d'atteinte à la réserve héréditaire, à laquelle le législateur français reste, malgré quelques belles entorses, attaché<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Sur la discussion, C. Nourissat, art. préc., n° 11 s.

# Petit cinq du Grand A : le droit international privé

## La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010)

**Louis d'Avout**

Professeur à l'Université de Lyon (Jean Moulin – Lyon III)

La charnière des <sup>xx</sup>e et <sup>xxi</sup>e siècles aura été, pour le droit international privé, de première importance quant à ses sources. De niveau national et de teneur coutumière, jurisprudentielle et doctrinale, la matière a fait l'objet dès l'an 2000 d'une entreprise intense d'écriture au niveau régional européen. C'est cette source nouvelle – bientôt prépondérante – que l'on présentera par la suite, après avoir dit pourquoi il est bon de s'y intéresser, même pour qui n'en est pas spécialiste et serait, de prime abord, légitimement rebuté par son épaisseur réglementaire.

Si tous devraient porter un regard sur le droit international privé de l'Union européenne, c'est qu'il y a fort à croire que ce domaine de la législation uniforme régionale constitue l'avant pont du droit privé européen que les générations futures seront peut-être amenées à inventer. Il s'agit en effet d'un domaine transversal, faisant intervenir une multiplicité de sujets de droit (professionnels et consommateurs, personnes physiques et

morales, parents et enfants, etc.) dans des circonstances variées (protection personnelle urgente, insolvabilité, contrats et garanties). La réglementation actuellement à l'œuvre de ces rapports divers, quant au droit applicable et aux difficultés contentieuses transfrontières, permet au législateur de l'Union européenne de survoler – à un degré d'altitude élevé – l'intégralité des systèmes de droit privé et, interagissant avec eux, d'inventer si ce n'est un système européen unifié, au moins une culture juridique commune aux États membres et à leurs ressortissants. Ne pas s'intéresser au droit international privé, dont on rappellera bientôt à quelle vitesse stupéfiante il s'est accru, c'est prendre le risque de voir cette culture européenne se forger sans nous ; et cela de manière irréversible, au bénéfice probable de quelque tradition juridique étrangère prédominante (européenne ou extraeuropéenne) que d'autres intéressés se seront donné la peine de promouvoir efficacement.

La tâche est difficile pour les juristes contem-

porains, qui se trouvent dans une situation intermédiaire et probablement transitoire. Chacun doit continuer à suivre les développements autonomes du droit international privé non unifié : en France, la jurisprudence de la Cour de cassation et quelques soubresauts législatifs, alors que la source conventionnelle est pratiquement tarie, puisque l'Union européenne en a partiellement capté le pouvoir de négociation. Chacun doit en outre tenter, dans la langue qui est la sienne, de « digérer » l'acquis du droit international privé européen – plusieurs centaines de pages de considérants, règles et annexes en dix ans environ – et d'acquiescer le recul nécessaire pour en évaluer la pertinence et suggérer les évolutions. Cela est individuellement exigeant et nécessitera probablement à l'avenir une organisation collective qui fait aujourd'hui défaut (peut-être un comité de suivi scientifique attaché à la Commission européenne et indépendant d'elle, donc doté de moyens propres).

Quiconque prend néanmoins le risque d'établir un bilan sommaire des réalisations effectuées, depuis que l'Union européenne a acquis une compétence normative en ce domaine (Amsterdam, 1997 ; amplifié par Lisbonne 2009), peut déceler d'emblée un certain nombre d'éléments positifs. Partant de textes d'origine conventionnelle, le législateur de l'Union a su les transformer en législation commune en modernisant la lettre ; il a ajouté, en marge de ces textes préexistants, des dispositifs complémentaires susceptibles de faciliter le franchissement des frontières (titre exécutoire européen et autres procédures uniformes) ; il s'est enfin donné, au moyen de plans quinquennaux entre autres instruments de programmation, un rythme et une méthode de production législative et de réexamen périodique du droit existant. D'un autre côté, certaines faiblesses apparaissent aussi immédiatement, inhérentes au fond ou bien à la forme de cette législation, telles la propagation induite de certains principes hors de leur champ naturel (la confiance mutuelle ou le libre choix du droit applicable) ou encore une certaine opacité et pesanteur du processus de négociation des textes.

C'est ce que l'on résumera par la suite, espérant susciter auprès de certains jeunes lecteurs de la présente *Revue* le désir de s'impliquer en ce domaine de manière critique-constructive.

## I. Une impulsion cadencée, cohérente et maîtrisée

Est, de prime abord, réjouissant le constat de la vivacité de la législation européenne dans le domaine du droit international privé : dans les dix dernières années, l'Union européenne a pu faire ce qu'elle avait souhaité, ou plutôt ce que les chefs d'État et de gouvernement lui avaient donné pour mandat de réaliser ; à savoir un approfondissement de la coopération judiciaire en matière civile, favorable à l'atténuation maximale de l'effet des frontières entre ordres juridiques non unifiés. En matière de conflits de lois, comme en matière de conflits de juridictions et d'entraide administrative (compétence judiciaire, reconnaissance des décisions et autres questions de procédure), l'Union européenne a procédé de deux manières différentes. Tantôt elle a repris des conventions préexistantes, entrées en vigueur ou non, et les a transformées en législation de l'Union européenne – le jargon parle de « reformatage ». Tantôt elle a fait œuvre propre en créant des dispositifs adaptés à certains contentieux transfrontières. Ces dernières créations, qui intéressent tant les processualistes que les internationalistes, ont fait l'objet d'appréciations diverses, souvent critiques. Elles ne connaissent pas encore de nombreuses applications pratiques mais elles sont susceptibles, comme cela est textuellement prévu pour tous les règlements en cette matière, de faire l'objet de révision et d'amendements périodiques. D'où l'intérêt de les discuter dès maintenant, du point de vue des principes que ces textes recèlent ou de la technique dont ils font emploi.

Les reformatages qu'a connus l'Espace judiciaire européen concernent d'abord et significativement les conventions de Bruxelles de 1968 (conflits de juridictions, matière civile et commerciale) et de Rome de 1980 (conflits de lois, contrats). Ces textes étaient en vigueur dans les États membres, avaient évolué au gré de l'élargissement de la Communauté et faisaient l'objet d'un mécanisme d'interprétation uniforme confié à la Cour de justice. Il faut noter que le travail du juge de Luxembourg, fourni en matière d'interprétation des règles de compétence uniforme, a inspiré l'œuvre législative de reformatage et permis l'élaboration de concepts communs (chacun songe à la



définition de la matière contractuelle issue de l'arrêt *Jakob Handte*) qui seront durablement utiles : - pour l'interprétation des autres règles de droit international privé ; - plus largement, en droit privé interne, pour des raisons de cohérence et de commodité de l'emploi des systèmes juridiques européen et nationaux<sup>1</sup>. La transformation des conventions internationales précitées en règlements de l'Union européenne ne s'est pas accompagnée de changements radicaux sur le fond. C'est en la forme, surtout, que les textes ont été réagencés. Accompagnées de considérants nombreux, guidant de manière plus ou moins fiable leur interprétation, les règles ont pris une tournure plus concrète et parfois technique (v. par ex. art. 4 ou 6 R. Rome I ; 15 R. Bruxelles I).

Dans le domaine des conflits de juridictions, plusieurs autres conventions furent transformées en règlements de l'Union ; mais elles n'étaient pas antérieurement entrées en vigueur, faute de ratifications suffisantes par les États membres. Il en a été ainsi du règlement Bruxelles II pour la désunion parentale : reprenant largement le contenu d'une convention de 1998, ce texte a été modifié en 2003 pour s'étendre au contentieux de la garde des enfants. De même du règlement « Insolvabilité », reprenant à la lettre, les considérants en plus, les stipulations d'une convention européenne de 1995 longuement négociée, signée par les États membres mais non entrée en vigueur. La même chose s'est produite en matière de signification des actes judiciaires et extrajudiciaires : une convention européenne de 1997, non entrée en vigueur, fut reprise à son compte par un règlement de 2000, lui-même remplacé par un règlement de 2007. Tous ces textes, fruit de la négociation diplomatique, se présentent comme des instruments classiques de droit international privé ; ils ne sont pas exempts de certains objectifs de fond (faveur au divorce, à l'intérêt de l'enfant, à l'efficacité des actes patrimoniaux, à la rapidité des transmissions des actes publics, etc.) et connaissent aujourd'hui un développement progressif dans la jurisprudence. Une des questions, qui n'est pas mince, est celle de l'ar-

ticulation de ces divers règlements entre eux (par exemple, règlement Obtention des preuves et règlement Bruxelles I en matière de mesures d'instruction urgentes ; règlement Bruxelles I et règlement Insolvabilité, etc.). Dans le droit des conflits de lois, le reformatage n'a concerné que la matière contractuelle et a vu succéder, à la convention de Rome de 1980, le règlement Rome I de 2008. Ce texte, que la Commission avait cru pouvoir faire significativement évoluer sur un certain nombre de points cardinaux, aura été ramené à ses plus modestes proportions par l'action du Royaume-Uni ; ce pays ayant, comme il en partage le droit avec l'Irlande, conditionné sa soumission au règlement à la fidélité de ce dernier à l'état du droit antérieur (v. *infra*, II). Le régime des lois de police a été modifié, de même que le rattachement à défaut de choix de certains contrats spéciaux. A sinon largement prévalu le *statu quo* ; ce qui est regrettable pour des questions qui auraient pu facilement faire l'objet d'avancées (opposabilité des cessions de créance, régime de la représentation conventionnelle).

Ce dernier reformatage, comme la création ex *nihilo* du règlement Rome II de 2007 en matière de loi applicable aux obligations extracontractuelles, a suscité de vigoureuses contestations, en France notamment, au sujet de la compétence législative européenne. Certains auteurs considèrent en effet que la compétence d'attribution de l'Union, d'interprétation restrictive, permet d'œuvrer au rapprochement des règles nationales de conflit de lois, dans la limite des besoins du marché intérieur, et non à une unification inconditionnelle de ces règles, y compris s'agissant des rapports juridiques présentant des attaches extérieures à l'Union. L'analyse était sans doute exacte sous l'empire de l'article 65 TCE, issu du traité d'Amsterdam et rattachant les mesures de rapprochement législatif aux nécessités inhérentes au « bon fonctionnement du marché intérieur ». Les règlements Rome I et Rome II, qui sont désormais applicables et effectivement appliqués par toutes les juridictions de l'Espace judiciaire européen (celles des vingt-sept

<sup>1</sup> Il est vrai que ces notions uniformes font l'objet d'interprétations sectorielles (la « matière contractuelle » n'est pas nécessairement la même au sens du droit européen des conflits de lois et de juridictions), dont la force de propagation n'est pas immédiate. Néanmoins, la commodité des définitions juridiques unitaires et

la suprématie qui s'attache spontanément aux positions de la Cour de justice, même en dehors de la chose qu'elle a interprétée, constituent le terreau favorable au rapprochement ou, à terme, à l'unification des notions fonctionnelles du droit international privé de l'Union et des notions du droit privé interne.

États membres, moins celles du Danemark non soumis au traité d'Amsterdam, n'ont cependant pas vu leur légalité contestée de ce chef devant la Cour de justice. Beaucoup considèrent donc que, au moins avec l'assentiment tacite des États membres, l'Union européenne s'est efficacement arrogé compétence pour procéder à l'unification ; ce qui est rétrospectivement confirmé par le traité de Lisbonne, élargissant la lettre de la base de compétence normative de l'Union en matière de droit international privé (v. le nouvel article 81 TFUE). Au demeurant, et dans le domaine restreint des conflits de lois, on fera observer qu'une unification totale des règles, non pas partielle car limitée aux affaires intraeuropéennes, est d'une opportunité difficilement contestable, tant est dans les faits délicate la distinction entre les affaires seulement régionales et les affaires purement internationales. La question de l'étendue exacte de la compétence n'est pas close mais, comme toute autre cause d'évolution de l'acquis européen, on peut supposer qu'elle sera désormais discutée lors des instances de révision périodique de ces règlements. Une telle révision est d'ailleurs en cours au sujet du règlement Rome II, à propos de l'exclusion (curieuse...) des délits d'atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité (diffamations... par voie de presse notamment). Ce dernier règlement, qui emploie des procédés complexes de droit international privé (rattachements hiérarchisés, dérogations légales et clauses d'exception judiciaire), s'est donné des objectifs clairs – fournir un cadre, prévisible et flexible, de solutions diversifiées des conflits de lois en matière délictuelle et quasi-contractuelle – et les a réalisés en contemplation étroite de l'acquis constitué en matière contractuelle. Rome II est en quelque sorte le complément et le déversoir du surplus de Rome I (significativement sur des questions telles celles du régime des pourparlers précontractuels) ; ce qui constitue un terrain favorable à une entreprise future de codification. On peut ici remarquer que le propre des « petits pas » de l'Europe est, s'agissant de la coopération judiciaire en matière civile, de procéder de manière circulaire ou comme une tâche d'huile : les contrats étant traités, on rayonne autour et on traite ainsi les sources paracontractuelles d'obligations ; de même qu'on s'interrogera demain peut-

être sur les questions voisines de droit des biens, si le besoin s'en fait sentir.

Un même développement circulaire s'observe dans les créations propres de l'Union en matière procédurale. Autour du noyau central qu'est le règlement Bruxelles I en matière civile et commerciale, se sont greffés les systèmes satellites des procédures uniformes facilitant le recouvrement de l'impayé (règlements « Titre exécutoire européen » et « Injonction de payer européenne ») ou standardisant et réduisant les coûts des procédures transfrontières de faible importance (règlement « Petites procédures », demandes de moins de 2000 euros). Prévus de longue date, car ils appartiennent tout à la fois au programme d'approfondissement de la confiance mutuelle en matière civile et à celui de réduction des coûts de transaction des opérateurs économiques, ces textes ont été diversement conçus comme des ballons d'essai : tentative d'une abrogation généralisée de l'exequatur, vouée à demeurer un échec tant que demeurent divers les droits et traditions judiciaires nationales ; tentative, aussi et surtout, de pénétrer le sujet de la procédure civile interne et d'instaurer, à terme, des procédures uniformes européennes concurrentes des procédures nationales. Ces textes, auxquels on peut ajouter la directive de 2008 sur la médiation, ont été dénoncés en raison de leurs nombreuses malfaçons (et essentiellement celle qui tient à l'insuffisante garantie des droits de la défense, en ce qui concerne les notifications tout particulièrement). Ils méritent néanmoins d'être étudiés parce que, nourris de certaines comparaisons entre le droit national et tenant compte de la technique moderne de communication et des exigences de célérité et de coût de la justice, ils offrent certaines solutions innovantes, adaptées à internet et surmontant l'obstacle linguistique. Une tendance régressive est certes à souligner, qui tient à la prépondérance de l'écrit et à la standardisation formelle des actes, bridant le travail de l'autorité judiciaire. Bonne ou mauvaise, l'évolution réalisée dans l'ordre européen – pour l'instant couronnée de suites pratiques peu nombreuses – est cependant devenue incontournable dans la démarche d'évaluation et de réforme des systèmes nationaux de procédure civile. Dans le même temps, pour les spécialistes européens de la matière, cet

acquis commun constitue une invitation à aller plus loin dans le sens d'un rapprochement des traditions nationales.

La dernière vague des règlements européens, parfois adoptés moyennant des procédés complexes de renvois à certaines conventions internationales (ex. : Conférence de La Haye), est celle de règlements sectoriels, traitant de manière intégrée les questions de conflit de lois et de juridictions. Ainsi du règlement 4/2009 sur les obligations alimentaires, et des projets en cours relatifs aux successions internationales, aux régimes matrimoniaux et aux aspects patrimoniaux des partenariats enregistrés.

Même si elle peut dans son ensemble paraître encore désordonnée, dans l'attente d'une codification rationalisant l'ensemble sur le fond et en la forme, la législation européenne de droit international privé, adoptée en une décennie, constitue un système en cours d'élaboration – un « work in progress » au perfectionnement duquel chacun peut participer. Cet acquis européen, non immuable, suscite cependant la méfiance car il est affecté de certaines faiblesses graves, qu'il ne faut pas taire si l'on a l'espoir de les voir un jour se résorber.

## II. Déficit d'innovation et failles institutionnelles

Ces faiblesses, partie passive du bilan, tiennent au fond, mais aussi à la forme et à la méthode de la législation entreprise.

La Cour de justice de l'Union européenne, qui n'est pas ici un acteur principal de l'évolution, porte néanmoins une part de responsabilité car elle manque d'esprit critique face à l'œuvre européenne d'approfondissement de la coopération judiciaire. On peut même dire, sans risquer l'excès, que cette juridiction fait preuve de suivisme, alors qu'en d'autres secteurs elle est prompte à rechercher l'avant-garde<sup>2</sup>. La Cour de justice fait preuve de suivisme, ou de servilité, lorsqu'elle reprend à son compte, sans mot dire, les objectifs de politique législative et les concepts qui en découlent dans la bouche du législateur et ne cherche aucunement à les adapter à la réalité pratique rencon-

trée dans les affaires préjudicielles. Pensons à la « confiance mutuelle », censée imposer, en toute hypothèse, le respect des appréciations portées par le juge premier saisi de l'affaire, fût-il mal placé ou dût-il commettre une erreur manifeste. Pensons aussi à l'invocation systématique du principe de sécurité juridique, qui sert parfois de dispense de motivation à une application littérale et inopportune de la législation commune. Les affaires de droit privé, dont connaît désormais très souvent la Cour en circonstance transfrontière dès qu'il s'agit d'interpréter les règlements applicables, donnent lieu bien souvent, de la part des avocats généraux, à des investigations poussées de droit civil comparé (singulièrement pour l'application, difficile entre toutes, de l'article 5 du règlement Bruxelles I, impliquant la qualification des contrats litigieux). Or ces investigations ne se retrouvent pas, sauf exception, dans les longues motivations de la Cour, dont les solutions demeurent parfois énigmatiques et déçoivent souvent. Le remède d'avenir serait ici la spécialisation des chambres de la Cour, voire la création d'une juridiction autonome, composée de juges rompus au droit privé et au contentieux judiciaire international.

Si l'on concentre maintenant l'examen sur l'œuvre législative, on peut résumer les faiblesses en deux chapitres, l'un substantiel, l'autre institutionnel.

*Au plan substantiel*, on constate – fruit de la progression circulaire de la législation – une force de propagation de certains principes « passe-partout » et donc un certain déficit d'adaptation à la matière traitée. On déclinera deux exemples, autour de ces axiomes que sont respectivement l'autonomie de la volonté, dans le domaine des conflits de lois, et la confiance mutuelle en matière de coopération des juges et des administrations. L'autonomie de la volonté est, sans contestation possible, et de longue date, le principe commun de résolution des conflits de lois en matière de contrats. Le règlement Rome I en fait sa « pierre angulaire » qui permet aux parties à l'opération internationale de s'accorder sur le système de référence de leur choix (loi de l'un, de l'autre ou

<sup>2</sup> Que l'on songe simplement à la manière avec laquelle la Cour de justice, dénonçant les entraves constituées de l'application non discriminatoire de certaines règles impératives nationales, a déstabilisé en certains secteurs l'œuvre des législateurs

nationaux pour mieux faire ressentir le besoin d'une plus grande harmonisation (droit des sociétés, fiscalité, droit du travail, etc.).

loi « neutre » d'un tiers pays non concerné). Ce principe est tempéré par l'application des lois de police, lesquelles sont définies de manière restrictive par le règlement, et par les dispositifs spéciaux de protection des parties réputées faibles (essentiellement les consommateurs passifs et les salariés mobiles). A cela, rien d'étonnant. Le règlement Rome II, de manière ponctuelle et à titre utilitaire, laisse une place à la liberté de choix, pour permettre aux professionnels avisés de choisir la loi applicable aux aspects délictuels de leur activité économique (art. 14 ; à notre sens un grand bienfait), de même que pour permettre au juge de réunir exceptionnellement les aspects délictuels d'un litige sous l'empire de la loi de la relation contractuelle connexe (art. 4 *in fine*). Rien de choquant, là non plus ; l'utilisation de l'autonomie étant circonscrite et son domaine d'application demeurant mesuré. L'étonnement vient à la lecture des règlements, adoptés ou en cours d'adoption, en matière familiale : règlement Rome III sur le divorce adopté par quatorze États en la forme d'une coopération renforcée (les époux peuvent choisir, par avance, comme loi de la désunion la loi de la résidence ou de la nationalité de l'un d'eux) ; règlement « obligations alimentaires » (la loi applicable est susceptible d'être par avance choisie ; mais l'éventail des lois éligibles est restreint ; l'accord doit être fixé par écrit et il est susceptible d'être déjoué en cas d'incapacité du signataire ou de conséquences « manifestement inévitables ou déraisonnables ») ; projet sur le rattachement des successions (application de la loi de la résidence avec faculté d'option pour la loi nationale). Cette « mode » de l'*electio juris*, justement combattue dans la perspective française traditionnelle, s'installe en facteur de rattachement de principe dans le droit de l'Union européenne et se propage en vertu d'un procédé de copier-coller qu'affectionnent particulièrement les autorités pré-législatives de l'Union européenne. Ce rattachement constitue pourtant un choix par défaut, que l'on pourrait croire opéré par paresse s'il ne présentait cette apparence stratégique d'être en phase avec ce que certains croient être le désir psycho-sociologique d'autodétermination des individus. Pour combattre efficacement ce principe dans l'ordre européen, il ne suffit plus de dénon-

cer l'inadaptation de l'autonomie dans les matières personnelles et familiales, il faut encore proposer quelque chose de mieux. Et la difficulté de taille est ici l'opposition des systèmes territorialistes aux systèmes personnalistes, ceux-ci préférant la nationalité au domicile usité par ceux-là ; autant dire que la difficulté est insurmontable à court terme. De la même manière, dans le droit des conflits de juridictions, l'approfondissement des rapports coopératifs entre juridictions des États membres se fait seulement moyennant ce principe, hérité de la jurisprudence *Cassis de Dijon* et applicable à la circulation des marchandises manufacturées, selon lequel le premier ordre juridique à s'être réalisé sur une situation donnée doit tenir en respect tous les autres ordres juridiques (principe d'origine, impliquant une reconnaissance par les autres pays au nom de la « confiance mutuelle »). Or cette discipline stricte peut porter à faux en cas de manœuvre du plaideur ou de dysfonctionnement de la juridiction première saisie. Laisser, au nom de la confiance mutuelle, se propager dans l'Europe entière le blocage ou le mal jugé engendre la défiance et la lutte larvée entre juridictions, plutôt que la discipline et l'harmonie espérée. Le droit de la coopération judiciaire entre instances égales n'est pas celui de la domination de l'une par l'autre ; il devrait plutôt être celui de l'association des forces, du contrôle mutuel entre juridictions-sœurs et de l'expression des désaccords résiduels (d'où, soit dit en passant, l'importance de la réserve de l'ordre public opposée à la reconnaissance des jugements). L'Union européenne connaît sur ce sujet un grave déficit d'inventivité : son législateur reste aveuglément fidèle au programme de la confiance mutuelle ; au lieu de cela, il pourrait s'intéresser à des modèles de justice tournante telle que pratiquée dans certains systèmes fédéraux étrangers ; mieux, il pourrait, se servant du Réseau judiciaire européen créé en 2001 mais demeurant à l'état embryonnaire, provoquer l'association des juges nationaux pour la solution des litiges privés internationaux (à l'image de ce qui se pratique déjà en matière d'obtention des preuves et, à la marge, en matière de protection juridictionnelle urgente des intérêts de l'enfant mineur). Pour l'instant, et à raison de concepts politiques à tort érigés en dogmes juridiques, le législateur européen pro-

page un modèle unique de gestion du contentieux transfrontière qui n'est pas en toute matière à même de donner satisfaction.

*Au plan institutionnel*, pour finir, l'action législative de l'Union en matière de droit international présente certaines failles, qui ne sont pas négligeables et auxquelles l'on pourrait judicieusement remédier. L'adoption d'une législation commune, en forme de règlement ou de directive de l'Union européenne, se prête en effet à un certain nombre de manœuvres d'arrière-cour. Le phénomène est en son principe normal ; mais il est ici d'intensité excessive et produit des résultats qui, s'ils étaient plus notoires, susciteraient la réprobation du justiciable. Ces manœuvres sont d'abord celles des États, diversement assistés pour la représentation de leurs intérêts en cette matière technique ; et plus spécifiquement de certains d'eux, à savoir le Royaume-Uni et l'Irlande qui n'ont ratifié le traité d'Amsterdam que sous la réserve de l'octroi d'une faculté de sortie du champ d'application des règlements adoptés dans le cadre de l'Espace judiciaire européen. L'Union ayant intérêt – notamment dans les matières antérieurement couvertes par des conventions internationales – à engendrer des solutions authentiquement communes et non pas fragmentées d'État à État, ses organes sont spontanément enclins à considérer de manière particulière le scepticisme ou les propositions de ceux des États qui ont le pouvoir de dire non. La France n'a pas ce pouvoir. Si l'on ajoute qu'elle ne se donne que de modestes moyens matériels et humains pour assurer la représentation de ses intérêts dans ce domaine de la coopération civile, l'on comprend aisément que les textes adoptés ne prennent pas, quant au fond, une orientation qui soit conforme aux attentes françaises et revêtent une forme très éloignée de celle à laquelle pouvait habituer la légistique du droit civil. Les textes du droit international privé européen forment aujourd'hui – si l'on force un peu le trait – un système transactionnel anglo-allemand (longues définitions préliminaires, souci de l'exhaustivité des solutions textuelles). En sont responsables, non pas les pays qui légitimement promeuvent leur manière de faire, mais tous les autres qui feignent de ne pas se rendre compte des évolutions

à l'œuvre ou bien en négligent l'importance. La dernière faille institutionnelle tient à l'opacité des interventions privées dans le processus législatif. Il est connu que de nombreux textes européens, dont ceux adoptés en matière de coopération judiciaire, sont précédés de phases de consultations publiques (Livres verts, blancs et autres pré-rapports). Ces consultations sont libres d'accès, aux particuliers et aux personnes morales, à ceux agissant à titre scientifique ou en tant que partie professionnelle intéressée. Et elles suscitent effectivement l'intérêt, si l'on regarde l'abondance des contributions que ces procédures fédèrent (par exemple, récemment, à propos de la révision du règlement Bruxelles I). Malheureusement, la synthèse qui en est faite dans une visée législative tient inégalement compte des suggestions ; et il n'est qu'à lire le résultat de cette synthèse dans la législation ou dans ses projets pour comprendre que certains canaux officiels permettent de pondérer sensiblement l'influence des avis émanant de la société civile. Lorsque l'on connaît l'opposition de certains syndicats représentatifs de la presse écrite aux mesures de protection de la vie privée, lorsque l'on se rappelle l'exclusion curieuse de cette matière du champ d'application de Rome II et que l'on lit, dans le projet actuel de révision du règlement Bruxelles I, que toute mesure intermédiaire d'exequatur devrait être supprimée dans les contentieux civils et commerciaux... sauf dans ceux concernant les délits de presse et les diffamations, le passage est facile du constat d'irrationalité à celui de l'injustice. Il y a là un élément non négligeable, qui affecte cette récente législation européenne de droit international privé du risque de discrédit.

Bien sûr, il ne faut pas accentuer l'importance de ces dysfonctionnements, qui ne sont peut-être que des erreurs de jeunesse d'un système essentiellement nouveau. L'on peut penser aussi – sans esprit de défaveur pour le mouvement d'approfondissement de la coopération judiciaire – que la décennie de très forte croissance 2000-2010 (ou 2000-2015, en incluant les projets en cours), nécessitera une ou plusieurs décennies d'adaptation, peut-être même une génération entière de juristes pour roder et parfaire ce droit international privé commun, à la fois intellectuellement original et quotidienne-

ment pratique. Pour opérer ce rodage, il faut se donner un peu de motivation et beaucoup de moyens. La motivation ne peut être qu'individuelle ; tandis que les moyens, eux, peuvent être fédérés et leur emploi rationalisé. Il faut espérer que la France sache se doter de ces derniers, pour que sa culture et ses valeurs puissent effi-

cacement participer à l'œuvre de création d'une Europe juridique et judiciaire unie. Ceci est urgent, car l'Union européenne, affaiblie par la crise financière, semble plus que jamais déterminée à poursuivre sa construction par le droit ; et désormais par le droit privé.

# Petit six du Grand A : le droit commercial

## Le processus Lamfalussy, le Traité de Lisbonne et la crise financière

**Stéphane Torck**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**E**n mai 1999, la Commission européenne adopte un plan d'action sur les services financiers (PASF) visant à favoriser la création d'un marché bancaire et financier intégré concurrentiel à l'échelon international. Au travers de 42 mesures – toutes adoptées en 2004 à l'échelon communautaire –, il s'agissait alors de promouvoir une harmonisation efficiente de la réglementation en vigueur dans les différents États membres en matière de valeurs mobilières, de services bancaires, d'assurance, de crédit hypothécaire et de toute autre forme de transaction financière. Le tout, en prenant soin de garantir aux opérateurs du marché un niveau élevé de sécurité et de confiance qui soit compatible avec les règles en vigueur sur les principales places financières mondiales.

2. Pour accompagner la mise en œuvre de ce plan fort ambitieux, l'Europe se dotait, à la même époque, d'une procédure législative originale, censée favoriser la convergence des réglementations nationales dans le domaine financier de même

qu'une meilleure réactivité de la législation communautaire aux évolutions des marchés financiers. Il s'agit de la procédure Lamfalussy, préconisée en 2001 par le rapport du Comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, procédure qui sera étendue en 2004 au secteur bancaire et au secteur de l'assurance. Cette nouvelle approche mettait en place un système à quatre niveaux qui allait de l'élaboration de la norme jusqu'au contrôle de son application par les États membres.

3. Au niveau 1, sur proposition de la Commission, le Conseil et le Parlement adoptent une législation cadre – codécision – énonçant les principes généraux et arrêtant les sujets devant faire l'objet de mesures d'exécution.

4. Au niveau 2, la Commission adopte les mesures d'exécution définies au niveau 1, selon la procédure de comitologie, qui n'est évidemment pas propre à la matière financière<sup>1</sup>. En substance, la Commission, après avoir consulté les comités

<sup>2</sup> R. Vabres, *Comitologie et services financiers. Réflexions sur les sources européennes du droit bancaire et financier*, thèse, Dalloz, 2009.



spécialisés – comités de niveau 2 –, à savoir, selon les matières concernées, le Comité européen des valeurs mobilières (CEVM), le Comité bancaire européen (CBE) ou le Comité européen des assurances et des pensions professionnelles (CEAPP), requiert l’avis des comités d’experts – comités de niveau 3 –, c’est-à-dire, soit du Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM), plus connu sous l’acronyme anglais CESR, soit du Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB), soit enfin du Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAP). Les comités de niveau 3 élaborent leurs avis à l’attention de la Commission sur la base de consultations publiques ; la Commission soumet ensuite ses propositions aux comités de niveau 2, lesquels doivent se prononcer sur celles-ci par un vote favorable. Les comités de niveau 2 sont principalement composés de représentants des ministères nationaux des finances et sont chargés de permettre aux États membres de contrôler l’action de la Commission dans l’élaboration des normes d’exécution, alors que les comités de niveau 3 sont composés des représentants des autorités de contrôle nationales et sont à ce titre essentiellement chargés de préparer, au travers des avis qu’elles émettent, une application convergente des mesures de niveau 1 et 2 dans la réglementation des États membres.

5. Au niveau 3, les comités d’experts (CERVM, CECB, CECAPP), ont vocation à coordonner la transposition et l’application uniformes des règles de niveau 1 et 2 dans les États membres, en édicant des recommandations et des règles directrices, de portée non contraignante.

6. Enfin au niveau 4, la Commission est en charge de contrôler la transposition et l’application des mesures de niveau 1 et 2 par les États membres.

7. Le processus Lamfalussy aura permis de mettre en œuvre le PASF de manière globalement satisfaisante même si certaines imperfections, faisant consensus, ont pu être relevées, aussi bien par la Commission européenne<sup>2</sup> que par les États membres et ceci à chacun des trois premiers niveaux du processus.

8. Au niveau 1, l’on a pu noter que certaines directives contenaient des dispositions trop détaillées, rendant leur adaptation dans la législation des États membres parfois plus difficile et leur évolution dans le temps problématique. Probablement faut-il voir là en partie une réaction du législateur européen face à l’emprise progressive des comités de niveau 2 et 3 dans l’adoption des normes techniques, lesquelles, probablement plus que dans d’autres domaines, constituent à bien des égards le cœur de la réglementation financière. À l’inverse de cette critique, les arbitrages les plus importants auront parfois été délégués aux niveaux 2 et 3 (le cas de la directive MIFID en est un bon exemple), renforçant encore un peu plus les pouvoirs de la Commission et des comités et le sentiment que les enjeux techniques l’emportent sur les orientations politiques.

9. Au niveau 2, l’on a stigmatisé, dans bien des cas, la lenteur du processus d’adoption des normes d’exécution, liée principalement à un manque de structuration du dialogue et d’articulation des prérogatives entre la Commission, les comités de niveau 2 et les comités de niveau 3.

10. Au niveau 3, maillon faible du processus, tous les acteurs concernés auront noté la difficulté à réaliser une application harmonisée des règles de niveau 1 et 2 dans la législation des États membres et à lutter ainsi contre les interprétations divergentes, dans bien des cas fort nombreuses. La Commission relevait ainsi en 2007 qu’un nombre important de contrôleurs nationaux ne dispose pas des capacités ou des pouvoirs nécessaires pour accomplir leur mission au niveau 3. Pour tout dire, le problème résidait pour l’essentiel dans l’absence de pression politique qui puisse être exercée à l’échelon européen sur les comités de niveau 3, composés de régulateurs nationaux, pour certains prompts, lorsque cela est possible, à favoriser l’ordre interne de l’État membre dont ils relèvent plutôt que l’ordre juridique européen. C’est dans ce contexte que la Commission a entendu, en 2009, renforcer la responsabilité politique des comités de niveau 3. Ce sera l’objet des trois décisions de la Commission du 23 janvier 2009, relatives au CERVM, au CECB et au CECAPP, lesquelles les

<sup>2</sup> Commission européenne, « Réexamen du processus Lamfalussy. Renforcer la convergence en matière de surveillance », COM (2007) 727 final.

obligent à établir un programme de travail annuel transmis au Conseil, au Parlement européen et à la Commission et à les tenir informés une fois par an de l'état d'avancement des activités figurant dans ce programme. Par ailleurs, il est expressément demandé aux autorités de régulation nationales qui ne se conforment pas aux orientations, recommandations, normes et autres mesures convenues par le comité dont elles sont membres, d'être disposées à justifier de ce choix.

11. La réponse ainsi apportée aux difficultés de mise en œuvre du processus Lamfalussy était pour le moins modeste ; c'est d'ailleurs que le changement viendra. De l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en premier lieu et des mesures prises en réaction à la crise financière en second lieu. Tout d'abord, le Traité de Lisbonne modifie les fondements et la pratique des délégations de compétences d'exécution à la Commission européenne. À l'ancienne comitologie, les articles 290 et 291 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne substituent les actes délégués (art. 290 TFUE) et les actes d'exécution (art. 291 TFUE). Cette réforme, qui accroît significativement le contrôle du Conseil et du Parlement européen, n'est pas de nature à affaiblir le rôle des comités en matière financière mais simplement à encadrer plus strictement la compétence d'exécution de la Commission.

12. La crise financière ensuite aura démontré la nécessité de renforcer à l'échelon européen la surveillance micro et macro prudentielle des marchés mais aussi celle de parvenir à une intégration plus poussée des normes de niveau 1 et de niveau 2 dans la législation des États membres, les divergences d'interprétation ne pouvant que contribuer à aggraver les lacunes constatées à l'occasion de la crise dans la surveillance et la régulation des marchés. C'est d'ailleurs très clairement ce double risque, celui de la fragmentation des réglementations et celui de la fragmentation de la supervision, qui a conduit le groupe d'experts présidé par

M. de Larosière, à recommander, en 2009, la création d'un système européen de surveillance financière (SESF) composé d'un réseau d'autorités nationales de surveillance financière (l'AMF et l'ACP en France), travaillant en étroite coopération avec les autorités européennes de surveillance (AES), lesquelles résultent de la transformation des anciens comités de niveau 3 (le CERVM, le CECB et le CECAPP). Le Parlement européen et le Conseil, en créant ces trois nouvelles autorités que sont l'Autorité européenne des marchés financiers (AEFM ou ESMA)<sup>3</sup>, l'Autorité bancaire européenne (ABE ou EBA)<sup>4</sup> et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP ou EIOPA)<sup>5</sup>, ont renforcé de manière significative, plus qu'on ne le dit en tout cas, le rôle anciennement joué par les comités d'experts de niveau 3 dans l'élaboration des normes de niveau 2 ainsi, bien entendu, que dans la transposition des normes de niveaux 1 et 2 dans les législations des États membres, répondant ainsi aux préoccupations nées avant même la crise financière de 2008. Cela tient au statut de ces autorités de surveillance, autorités indépendantes, dotées de la personnalité morale et responsables devant le Parlement et le Conseil ; mais cela tient surtout au rôle accru que ces autorités sont amenées à jouer dans l'élaboration de la norme financière, comparativement à la place qu'occupaient le CERVM, le CECB et le CECAPP dans le processus Lamfalussy<sup>6</sup>.

13. Si l'on met de côté le droit accordé aux Autorités européennes de surveillance (AES) de prendre des décisions individuelles à l'égard des acteurs du marché, prérogative nouvelle, les modifications apportées au rôle ou à l'influence de ces AES dans l'élaboration des normes techniques et dans leur transposition dans la législation des États membres n'apparaissent pas d'emblée significatives. Un examen attentif des prérogatives qui leur sont conférées montre cependant que si elles ne sont pas dotées d'un pouvoir normatif autonome, ces AES voient leur rôle renforcé dans une mesure appréciable.

<sup>3</sup> Règlement (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision n° 2009/77/CE de la Commission.

<sup>4</sup> Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision n° 2009/78/CE de la Commission.

<sup>5</sup> Règlement (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision n° 2009/79/CE de la Commission.

<sup>6</sup> P.-H. Conac et V. Caillat, « De CESR à l'ESMA : le Rubicon est franchi », *Bull. Joly Bourse* 2010, n° 6, p. 500 ; R. Vabres, « La réforme du système européen de surveillance financière : les pouvoirs des autorités européennes de surveillance », *Rev. dr. banc. et fin.* 2011, étude 12.

14. Si l'on s'en tient dans un premier temps à l'élaboration des normes techniques, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne invite désormais à distinguer les actes délégués et les actes d'exécution, ici, les normes techniques de réglementation, prises sur le fondement de l'article 290 du TFUE, et les normes techniques d'exécution, prises sur le fondement de l'article 291 du TFUE. Les normes techniques de réglementation, qui recouvrent en réalité les actes pris sous l'ancienne procédure de réglementation avec contrôle, n'impliquent aucune décision stratégique ni aucun choix politique et leur contenu est délimité par les actes législatifs sur lesquels ils sont basés. Ce sont toutefois des actes qui complètent ou modifient les éléments non essentiels de l'acte de base. Les normes techniques d'exécution, apparentées aux actes pris, notamment, selon l'ancienne procédure de comitologie de type procédure consultative, n'impliquent aucune décision stratégique ni aucun choix politique.

15. Au sujet de ces actes ou normes, alors que les anciens comités d'experts de niveau 3 n'avaient vocation qu'à donner un avis technique à la Commission pour l'élaboration des règles de niveau 2, désormais, les AES sont en charge d'élaborer les projets de normes techniques, lesquels servent de base au processus d'élaboration par la Commission des règles de niveau 2<sup>7</sup>. Plus loin, lorsque la Commission a l'intention de ne pas approuver le projet de normes techniques ou de l'approuver en partie ou moyennant modifications, celle-ci est tenue de renvoyer le projet à l'Autorité concernée en indiquant les raisons pour lesquelles elle ne l'a pas approuvé ou en motivant les modifications qu'elle y a apportées. Sachant au surplus que la Commission ne peut modifier le contenu d'un projet de normes techniques sans coordination préalable avec l'Autorité en charge de son élaboration. Le contraste avec la situation antérieure est de ce point de vue saisissant puisqu'alors la Commission pouvait décider de façon discrétionnaire de ne pas suivre l'avis des comités d'experts de niveau 3. Certes, la Commission aura toujours, en théorie au moins, le dernier mot dans son dialogue avec l'Autorité, puisque dans l'hypothèse où celle-ci n'a

pas modifié le projet conformément aux souhaits de la Commission, cette dernière est en droit d'adopter le projet de normes techniques avec les modifications qu'elle juge pertinentes. À ceci près que lorsque la norme technique est une norme technique de réglementation, le Parlement européen ou le Conseil est en droit de formuler des objections envers le projet adopté par la Commission, à l'effet d'empêcher son entrée en vigueur. Dans ce cadre, il est parfaitement envisageable que les arbitrages auxquels le Parlement et le Conseil seront conduits, en concertation avec la Commission et l'Autorité concernée, se fassent en faveur de cette dernière si l'on veut bien avoir en vue que ce sera là, bien souvent, le meilleur moyen de parvenir à une intégration efficiente de la norme de niveau 2 dans la législation des États membres.

16. Si l'on s'attache maintenant au niveau 3 du processus législatif, les anciens comités d'experts étaient en charge d'édictier des recommandations et des guides d'interprétation censés favoriser la convergence des transpositions des normes de niveau 1 et 2 dans les ordres nationaux. Et l'on sait, pour l'avoir rappelé, qu'en 2009, la Commission avait renforcé la responsabilité politique des autorités nationales composant les comités de niveau 3 devant le Parlement et le Conseil, faute pour ces recommandations et règles d'interprétation d'avoir une portée contraignante. Si aujourd'hui, les recommandations émises par les AES n'ont pas plus de portée contraignante qu'hier, en revanche, d'une part, celles-ci peuvent couvrir les domaines non couverts par des normes techniques de réglementation ou d'exécution et, d'autre part, la responsabilité des autorités nationales de régulation et de surveillance vis-à-vis du respect de ces recommandations est une fois de plus renforcée. En effet, si comme hier, à quelques différences de mots près, chaque autorité nationale doit indiquer à bref délai si elle respecte ou entend respecter les recommandations émises par l'AES dont elle fait partie, de façon novatrice cette fois, l'AES concernée devra rendre publique le non-respect par une autorité nationale de ses recommandations et en informer les institutions européennes via son

<sup>7</sup> Sous contrôle du Parlement européen et du Conseil, s'agissant des normes techniques de réglementation ; ces institutions étant dotées, depuis le Traité de Lis-

bonne, d'un pouvoir de révocation générale de la délégation accordée à la Commission.

rapport annuel, lequel indiquera les moyens qu'elle entend mettre en œuvre afin de s'assurer qu'à l'avenir, l'autorité nationale concernée les mettra en œuvre. Cette mesure comminatoire sera, nous semble-t-il, dans bien des hypothèses, suffisante pour que les autorités nationales compétentes prennent le soin, plus que par le passé, de se soumettre aux lignes directrices qui leur sont soumises. Il faut le souhaiter en tout cas, de sorte que le renforcement du niveau 3, voulu depuis 2007, puisse enfin trouver une concrétisation véritable.

17. Concernant enfin le niveau 4, les AES se voient dotées d'un pouvoir nouveau, celui de prendre des décisions individuelles contre les autorités nationales qui n'auraient pas respecté les dispositions sectorielles contraignantes du droit de l'Union européenne qui concernent son champ d'activité de régulation et de surveillance. Dans ce cadre, à la demande d'une ou de plusieurs autorités, du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission, l'AES compétente, pourvue d'un pouvoir d'enquête et du droit d'enjoindre à l'autorité concernée de prendre toutes mesures appropriées pour se conformer aux règles applicables, peut émettre un avis formel imposant à cette dernière de prendre les mesures nécessaires à cette fin. Avis formel qui, en toute logique, devrait produire des effets juridiques susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales<sup>8</sup>.

18. Sans créer un bouleversement radical, la création du système européen de surveillance financière et des Autorités européennes de surveillance, promeut une architecture originale à

laquelle les acteurs nationaux sont à la fois pleinement associés mais dans le même temps subordonnés. Situation ambivalente qui présente toutefois deux mérites essentiels : d'une part, préserver le modèle Lamfalussy contre les dérives technocratiques de la Commission et, d'autre part, contraindre les autorités nationales – au sens large – à respecter les compromis techniques arrêtés, au sein des AES dont elles sont membres, conjointement avec la Commission.

19. Il est de ce point de vue évident que pour les Autorités nationales, les enjeux se sont quelque peu déplacés, à la mesure somme toute de la perte de souveraineté relative qu'implique la création d'AES, aux pouvoirs renforcés en comparaison des prérogatives qui étaient celles des anciens comités d'experts de niveau 3. Il apparaît en effet clairement que la marge de manœuvre des États membres dans la transposition des normes de niveau 1 et 2 est appelée à se réduire significativement, au profit d'une meilleure harmonisation de la norme financière en Europe mais avec, pour contrepartie, la nécessité pour les régulateurs nationaux, notamment, de faire entendre leur voix en amont du processus réglementaire, au sein des AES elles-mêmes. Gageons que dans ce schéma, les Autorités de régulation et de surveillance françaises (AMF, ACP) soient dotées de tous les moyens nécessaires et utiles pour que le modèle français – ce modèle existe – continue d'imprimer sa marque sur les évolutions à venir d'une législation bancaire et financière dont on n'a pas fini de constater l'essor.

<sup>8</sup> P.-H. Conac et V. Caillat, art. préc., n° 22.

# Petit sept du Grand A : le droit pénal

## Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque

**Valérie Malabat**

Professeur à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV  
Institut de sciences criminelles et de la Justice

Le principe de légalité criminelle, inscrit dans le marbre de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et selon lequel « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*<sup>1</sup> », semble rendre sans objet toute étude sur les mutations des sources du droit pénal. La réalité est évidemment tout autre et les auteurs ne cessent d'ailleurs de souligner le déclin de ce principe<sup>2</sup>.

Peut-on pour autant parler de mutation des sources du droit pénal ? L'affirmation impliquerait tout d'abord de préciser quel « droit pénal » elle vise, l'expression pouvant aussi bien désigner le seul droit pénal de fond qu'englober droit substantiel et procédure. Sans doute la question des sources n'est-elle souvent abordée qu'au regard du

droit de fond et, plus précisément encore, des lois d'incrimination tant la question primordiale semble être de déterminer l'autorité et donc la norme compétente pour ériger un comportement en infraction pénale. Il n'en reste pas moins que le principe de légalité criminelle, c'est-à-dire dans son acception stricte l'exigence d'une loi comme source de la norme pénale, vaut aussi bien pour les lois d'incrimination que celles de procédure<sup>3</sup>.

L'affirmation d'une mutation des sources du droit pénal implique à titre liminaire de définir ce qui peut être qualifié de source du droit pénal<sup>4</sup>.

L'expression désigne tout d'abord à l'évidence les normes qui ont compétence pour porter des incriminations pénales, définir et encadrer les règles du procès pénal – à savoir la loi et le règlement depuis le partage de compétence opéré par la

<sup>1</sup> Art. 8 DDHC.

<sup>2</sup> V. par ex. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, A. Colin, 7<sup>e</sup> éd., 2004, n° 149 s.

<sup>3</sup> R. Merle et A. Vitu, *Traité de Droit criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7<sup>e</sup> éd., 1997, n° 157.

<sup>4</sup> La source ne sera entendue ici que comme source juridique c'est-à-dire comme la « forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit » (*Vocabulaire juridique*,

Association Henri Capitant, dir. G. Cornu, V<sup>e</sup> « Source ») et non comme désignant également, selon le mot de Ripert, les forces créatrices du Droit.

<sup>5</sup> Au partage de compétence entre pouvoir législatif et réglementaire opéré par la combinaison des articles 34 et 37 de la Constitution s'ajoutent aussi les différentes possibilités offertes au pouvoir exécutif de prendre des décisions dans le domaine législatif (art. 16 et 38 de la Constitution du 4 octobre 1958).

Constitution de 1958<sup>5</sup> – et qui seront appliquées à cette fin par le juge pénal français. À ces sources directes et positives peuvent être ajoutées des sources que l'on peut qualifier d'indirectes en ce qu'elles vont influencer sur la production ou l'application de la loi ou du règlement pris en matière pénale que ce soit positivement en déterminant le contenu de la norme élaborée par le Parlement ou, négativement, en permettant d'écarter l'application d'une norme pénale contraire au texte de valeur supralégislative. Les droits européens – du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne –, les conventions internationales et le bloc de constitutionnalité jouent ce rôle de source indirecte du droit pénal.

Si les autres disciplines juridiques reconnaissent ensuite la qualité de source à la coutume, la spécificité de la matière pénale conduit au contraire à lui dénier, au moins partiellement, cette fonction puisque la coutume – même lorsqu'elle est internationale – ne saurait porter d'incrimination<sup>6</sup> et que son effet négatif paraît extrêmement limité.

Si l'on ajoute enfin à cela qu'en droit pénal, moins qu'ailleurs, la jurisprudence ne peut se voir reconnaître la qualité de source formelle du droit puisque le principe de la légalité a justement été édicté pour limiter les pouvoirs du juge en matière répressive, on peut en effet alors se demander si la matière pénale laisse place à une quelconque évolution de ses sources. La loi serait donc toujours souveraine en matière pénale et la seule mutation observée serait alors celle de la qualité de cette loi, considérée comme en constant déclin.

Cette perte de qualité trouve tout d'abord ses causes dans l'énoncé même de la norme. Il est ainsi devenu banal de souligner l'imprécision des lois d'incrimination qui doivent pourtant définir les infractions qu'elles portent dans des termes suffisamment clairs et précis. Pour ne prendre que des exemples récents les infractions de harcèlement sexuel<sup>7</sup>, de participation à une bande violente<sup>8</sup> ou d'embuscade<sup>9</sup> suscitent de légitimes interrogations

sur leurs éléments constitutifs. À cela s'ajoute que la création des infractions n'est manifestement plus commandée par le principe de nécessité et que la multiplication des infractions inutiles<sup>10</sup> ne fait que fragiliser davantage encore le principe de légalité<sup>11</sup>.

La perte de qualité des textes d'incrimination ne modifie pourtant pas en elle-même la nature de la source du droit pénal qui reste bien cette loi déclinante. La perte de qualité du travail législatif n'est toutefois pas sans incidence sur la place de la loi parmi les sources. L'exigence supra législative de la légalité criminelle s'entend en effet également d'une légalité matérielle qui impose de garantir l'accessibilité, la précision des incriminations ou du moins leur prévisibilité. Les conséquences néfastes de cette perte de qualité dans le travail d'édiction de la norme pénale sont alors limitées par les nombreux contrôles instaurés sur la loi pénale. Le contrôle de constitutionnalité et celui de conventionnalité jouent en effet ici pleinement leur rôle en permettant d'écarter la loi pénale qui serait trop imprécise, voire qui ne serait ni nécessaire ni proportionnée. Ces mécanismes de contrôle de la norme pénale sont donc indispensables pour assurer le respect des droits fondamentaux et du principe de légalité mais n'en révèlent pas moins un renversement des fonctions que les révolutionnaires avaient attribuées aux différents pouvoirs : aujourd'hui il revient en effet aux juges de garantir les justiciables contre l'arbitraire qui pourrait résulter de l'application de la loi pénale. De ce point de vue, les sources du droit pénal ont alors bien changé puisque le rôle du juge est mis en avant (II) pour lutter contre la crise de la loi (I).

## I. La perte d'autorité de la loi

Le déclin de la loi comme source de droit pénal se manifeste tout d'abord par la perte de monopole de la loi dans la création des incriminations ce qui était pourtant la raison d'être du principe de légalité criminelle tel que dégagé par Beccaria. Si le

<sup>6</sup> V. tout particulièrement Crim. 17 juin 2003, *Bull. crim.* n° 122 énonçant que la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile. Ces faits avaient été commis pendant la guerre d'Algérie et ne pouvaient en effet se voir appliquer rétroactivement les dispositions du Code pénal actuel, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994, punissant les crimes contre l'humanité.

<sup>7</sup> V. Ph. Conte, « À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel », *JCP G* 2002, actu. n° 320.

<sup>8</sup> Art. 222-14-2 du Code pénal. V. R. Parizot, *L'incrimination de participation à une*

*bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal*, D. 2009, chron. p. 2701.

<sup>9</sup> Art. 222-15-1 du Code pénal qui nous apprend que l'embuscade consiste à attendre un certain temps dans un lieu déterminé...

<sup>10</sup> Cf. V. Malabat, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale. Opinio doctorum*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 71 s.

<sup>11</sup> Pour l'emploi de cette expression de fragilisation du principe de légalité et ses manifestations, v. C. Clavierie, « La légalité criminelle », *Dr. pénal* 2011, étude 16.

domaine réservé à la loi s'est donc réduit et si la loi comme source d'incrimination est désormais concurrencée, il faut également souligner que cette loi est également de plus en plus contrôlée. La loi pénale doit en effet se soumettre à nombre de textes et principes qui lui sont supérieurs.

Le déclin de la loi comme source de droit pénal se traduit donc non seulement par une perte de monopole de la loi (A) mais aussi par une perte de souveraineté de la loi pénale (B).

### **A. Une perte de monopole**

Cette perte de monopole de la loi en tant que source de droit pénal a commencé avec la Constitution de 1958 et le partage de compétence entre les domaines législatif et réglementaire dont les conséquences sont désormais actées aux articles 111-2 et 111-3 du Code pénal. En admettant en effet que le règlement puisse définir une infraction pénale, même de faible gravité, la Constitution ouvrait une brèche dans le principe de légalité entendu dans son sens formel qui réserve à la loi la compétence en matière pénale pour éviter que le droit de punir ne soit laissé à l'arbitraire de quelques-uns, qu'il s'agisse de celui des juges ou des gouvernants.

Cette perte de monopole se poursuit et se renouvelle aujourd'hui.

Dans l'ordre interne peut en effet être relevé un nouveau partage de compétence qui n'est plus fonction de la gravité des infractions en cause mais des spécificités d'un territoire. Par exemple l'article 86 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie<sup>12</sup> prévoit qu'« *en matière pénale, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Il peut assortir ces infractions de peines complé-*

*mentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République* ». La loi organique permet également à la loi de pays d'assortir ces mêmes infractions de peines d'emprisonnement sous réserve d'une loi d'homologation et à la condition que ces peines respectent la classification des délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois de la République<sup>13</sup>. Le congrès calédonien se voit donc attribuer une compétence pénale pour sanctionner les violations des dispositions qu'il a prises dans les matières dont la compétence lui a été transférée.

Cette compétence pénale, que l'on peut ainsi qualifier d'accessoire aux matières transférées, limite donc d'autant – du moins si elle est exercée – la compétence du législateur métropolitain<sup>14</sup>. Sans doute la solution n'est-elle pas originale puisqu'après le transfert du droit du travail, du droit de la consommation et du Code de la route, c'est le transfert de tout le droit civil et le droit commercial qui est envisagé<sup>15</sup>. Mais il n'en reste pas moins que ce partage de compétence revêt un sens tout particulier en matière pénale en ce qu'il heurte directement la dimension territoriale de la matière et pourrait produire des conséquences inédites en droit pénal en donnant naissance à des conflits entre lois de la République et lois de pays<sup>16</sup>.

### **B. Une perte de souveraineté**

L'internationalisation du droit n'épargne pas le droit pénal bien qu'il soit lié à la souveraineté de l'État et marqué par une forte dimension territoriale. Mais, parce que les textes internationaux ou européens liant la France ne peuvent créer d'infractions directement applicables par le juge français mais doivent être intégrés par le législateur, le principe de légalité formelle peut sembler sauvegardé.

L'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne vient toutefois de lui porter un coup sévère en dotant l'Union européenne d'un pouvoir normatif en

<sup>12</sup> Loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* 21 mars, p. 4197 s. V. également les articles 20 et 21 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

<sup>13</sup> Art. 87 de la loi organique du 19 mars 1999.

<sup>14</sup> Le droit applicable en Nouvelle-Calédonie est en effet le droit métropolitain en vigueur au jour du transfert de compétence ou, si une loi de pays est intervenue, le droit tel qu'il résulte de la loi de pays entrée en vigueur.

<sup>15</sup> V. *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, dir. S. Sana-Chaillé de Néré, PU Nouvelle-Calédonie, Livre électronique téléchargeable sur [http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes\\_Colloque\\_LARJE\\_2011.pdf](http://larje.univ-nc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf).

<sup>16</sup> Imaginons qu'une loi de pays détermine les conditions d'attribution d'une pension alimentaire due pour les enfants après un divorce et assortisse le non-respect du paiement de cette pension de sanctions pénales. Imaginons ensuite, un couple calédonien ayant divorcé et dont le conjoint, soumis aux règles calédoniennes pour le paiement de cette pension, est parti vivre sur le territoire métropolitain. Si ce débiteur ne s'exécute pas, la question pourra alors se poser de savoir s'il se rend coupable (en métropole) du délit d'abandon de famille tel que défini par l'article 227-3 du Code pénal ou de l'infraction définie et sanctionnée par la loi de pays.



matière pénale. Ce pouvoir de l'Union avait déjà été ébauché par la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 13 septembre 2005<sup>17</sup> qui reconnaissait à l'Union le pouvoir d'imposer aux États membres d'incriminer les comportements portant atteinte aux droits affirmés dans le premier pilier. Il est désormais consacré au paragraphe 2 de l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et étendu par le premier paragraphe aux domaines de criminalité particulièrement grave et revêtant une dimension transfrontière<sup>18</sup>.

Sans doute, techniquement, les directives prises par l'Union européenne en matière pénale devront également être intégrées en droit français pour véritablement donner naissance à une infraction mais cette compétence n'en est pas moins une prise de pouvoir certaine par l'Union en matière pénale tant formellement que substantiellement.

Formellement, c'est le recours aux directives adoptées selon la voie législative ordinaire – qui n'impose donc pas l'unanimité des pays membres – et qui peuvent faire l'objet d'un recours en manquement devant la CJUE qui permet à l'Union d'affirmer son autorité. Substantiellement, la compétence qui lui est reconnue lui permet de fixer les règles minimales relatives non seulement à la définition des comportements dont elle demande la sanction mais aussi à leur sanction. Certains auteurs ont ainsi pu écrire que le pouvoir d'harmonisation reconnu à l'Union confine alors à un véritable pouvoir d'incrimination<sup>19</sup>.

Le législateur français se verra donc sans doute de plus en plus souvent obligé d'incriminer des comportements (et pourra être sanctionné en cas de manquement) tout en étant davantage contraint sur le contenu de l'incrimination elle-même. La

perte de souveraineté de la loi comme source du droit pénal est donc bien réelle. Plus encore peut-on peut-être souligner la perte de prééminence de la loi depuis la fin de la seconde guerre mondiale, née de la nécessité de la contrôler pour s'assurer de sa conformité aux droits fondamentaux. Ce contrôle, évidemment très important en droit pénal compte tenu de la menace qu'il fait peser sur les libertés individuelles, est sans doute plus pesant actuellement. Parce que ce contrôle est confié à des juges, il révèle combien s'est aujourd'hui inversé le rapport d'autorité qu'avaient voulu imposer les révolutionnaires entre loi et jurisprudence au titre de la nécessité de faire prévaloir la volonté de tous sur celle de quelques-uns.

## II. La montée en puissance de la jurisprudence

Sans doute le juge pénal n'a-t-il jamais été seulement « la bouche qui prononce les paroles de la loi » selon les mots de Montesquieu dans *L'Esprit des lois* et l'on souligne fréquemment quelles peuvent être les conséquences importantes de son pouvoir d'interprétation y compris en matière pénale et sous la limite du principe d'interprétation stricte. Mais au-delà de ce rôle, qui reste classique, d'interprétation de la loi pénale, le juge se voit aujourd'hui attribuer d'autres fonctions qui lui sont imposées par les mutations subies par la loi (A). Ces nouvelles attributions révèlent la part prééminente désormais prise par la jurisprudence parmi les sources du droit pénal (B).

### A. La mutation de la fonction du juge

Pourrait d'abord être évoquée une évolution de la fonction d'interprétation qui est classiquement celle du juge. Il serait pourtant bien difficile de tenter de dégager un changement, une émancipa-

<sup>17</sup> CJCE, 13 sept. 2005, aff. C-176/03, *Commission c/ Conseil* rendu en matière de droit de l'environnement et dont la solution sera étendue au domaine du transport maritime par CJCE, 23 oct. 2007, aff. C.440/05, *Commission c/ Conseil*. Ce dernier arrêt refuse toutefois de reconnaître la compétence de la Communauté européenne pour déterminer le type et le niveau de sanctions pénales encourues.

<sup>18</sup> Article 83 (ex-article 31 TUE) :

« 1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

Ces domaines de criminalité sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contre-

façon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée. En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen. 2. Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76. 3. »

<sup>19</sup> E. Rubi-Cavagna, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le Traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501 s., sp. p. 509.

tion du juge dans l'interprétation des textes. Au surplus, ce changement, à supposer qu'il existe, serait peut-être davantage lié à une perte de qualité de la norme écrite qu'à une véritable prise de pouvoir du juge.

Mais si la fonction d'interprétation ne paraît pas avoir évolué, son contexte est tout différent qui révèle que le juge interne doit parfois interpréter la loi interne au regard d'autres textes (conventions internationales, directives...) dont elle réalise l'intégration. Par cette opération, le juge interne devient alors un « juge arbitre » en devant déterminer si doit prévaloir la lettre de la norme édictée par les autorités législative ou réglementaire internes ou le sens que doit imposer la norme internationale ou européenne.

Le juge devient surtout un « juge contrôleur » de la loi. Il est en effet chargé d'en vérifier la qualité c'est-à-dire la conformité aux textes internationaux qui lient la France. Or, le contrôle de conventionnalité a pris une importance considérable tant les développements de la Convention européenne des droits de l'Homme irriguent toute la matière pénale. Le juge pénal interne partage ce pouvoir de contrôle de qualité de la loi pénale avec d'autres juges qu'il s'agisse de ceux de la Cour européenne des droits de l'Homme et désormais de la Cour de justice de l'Union ce qui affecte d'autant l'autorité de la loi. La concurrence de ces juges, auxquels il faut d'ailleurs ajouter le Conseil constitutionnel, peut sans doute paraître bénéfique pour la défense des droits fondamentaux si l'on considère que l'accumulation des contrôles permet de mieux garantir ces droits. Du fait des divergences possibles et réelles d'appréciation entre ces différents juges, elle est également problématique du point de vue de la prévisibilité de la norme et donc de la légalité matérielle. Cette simple observation révèle un changement de nature du rôle de la jurisprudence parmi les sources du droit pénal.

## **B. La reconnaissance normative de la jurisprudence**

Parce que le juge a reçu le pouvoir de contrôler la loi, la question se pose alors nécessairement de savoir si la jurisprudence ne devient pas nécessairement source du droit pénal. C'est d'ailleurs ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme entend la légalité criminelle qui n'impose selon elle que des obligations matérielles – accessibilité et prévisibilité de l'interdit pénal – et non une source formelle<sup>20</sup>. Le droit français manifeste donc une perte d'influence de la légalité formelle, principe politique posant que la souveraineté nationale est la meilleure garantie contre l'arbitraire, au profit de la légalité matérielle, principe technique qui met l'accent non plus sur la souveraineté mais sur la protection des droits fondamentaux.

Cette évolution permet une montée en puissance de la jurisprudence à qui l'on donne le rôle de contrôler la loi mais implique également et par conséquent de lui imposer des limites et notamment celles qui découlent de l'exigence de légalité criminelle.

C'est ainsi que la jurisprudence se voit imposer de respecter les mêmes principes que la loi, les mêmes corollaires du principe de légalité. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi déclaré contraire au principe de légalité exprimé par l'article 7 de la Convention le revirement de jurisprudence défavorable « *faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et normalement prévisible*<sup>21</sup> ».

Cette assimilation entre loi et jurisprudence s'est paradoxalement renforcée avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité. Certes le juge pénal interne est censé être privé de l'exercice de ce contrôle<sup>22</sup> mais, parce qu'il a été admis que l'interprétation jurisprudentielle peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>23</sup>, le mécanisme révèle bien combien la jurisprudence est devenue l'égal de la loi parmi les sources du droit.

<sup>20</sup> CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*.

<sup>21</sup> CEDH, 10 oct. 2006, n° 40403/02, *Pessino c/ France*, § 35.

<sup>22</sup> Encore que l'on peut soutenir qu'il lui revient d'affirmer la constitutionnalité de la norme pour refuser la transmission de la question. Sur le rôle de la Cour de cassation comme « gardienne » de la Constitution, v. B. de Lamy, *RSC* 2009, p. 154 s ; *RSC* 2010, p. 206 s.

<sup>23</sup> Cette solution n'a été retenue qu'après quelques réticences... V. Cass. QPC, 4 juin 2010, n° 09-84.928 refusant de transmettre la question au motif que

« aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisie le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la motivation des arrêts des cours d'assises statuant sur l'action publique ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité ».

# Réformer la composition du Conseil constitutionnel?

La RDA est-elle source de droit...?

*Une vraie-fausse lettre de mission est adressée par le directeur scientifique, parée d'une vraie-fausse identité, à la (vraie-vraie) communauté juridique... Les auteurs adressent à la revue leur « offre de droit ». Statu quo, évolution ou révolution ? À leur guise !*

**Edmond Pancier**

Secrétaire d'État hypothétique aux révisions constitutionnelles<sup>1</sup>

Vendredi 11 novembre 2011

Madame, Monsieur,

Le gouvernement que j'ai l'honneur de servir s'interroge, depuis quelque temps déjà, sur l'opportunité d'une réforme de la composition du Conseil constitutionnel, dans le cadre de la procédure définie à l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Comme vous le savez, depuis l'introduction de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, il s'agit d'une question âprement débattue. C'est pourquoi nous souhaitons nous prononcer en mettant tous les atouts de notre côté, en recueillant l'avis des meilleurs spécialistes.

Dans cette perspective, et avant de lancer une plus vaste consultation, nous nous réjouissons si vous acceptiez de nous apporter votre expertise et votre éclairage sur ce sujet.

Votre mission, si vous l'acceptez, sera de proposer (ou non !) de nouveaux textes. Il s'agira de nous expliquer pourquoi vous vous opposez à une réforme, ou au contraire pourquoi vous y êtes favorable. Dans cette dernière hypothèse, vous voudrez bien rédiger quelques dispositions modifiant celles en vigueur, que vous accompagnerez d'un bref exposé des motifs.

Votre contribution serait ensuite publiée dans la très prestigieuse *Revue de droit d'Assas* avec toutes celles que vos collègues auront accepté de rédiger dans cette même optique.

Dans l'attente de votre contribution à ce débat, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de ma très haute et subliminale considération.

Edmond Pancier

<sup>1</sup> Ceci est une fiction et toute ressemblance avec des faits réels serait évidemment totalement fortuite...

# Petit un du Grand B

## La composition du Conseil constitutionnel

**Bruno Genevois**

Président de section honoraire au Conseil d'État  
Ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel

Les dispositions relatives à la composition du Conseil constitutionnel fixées par la Constitution de 1958 et les textes subséquents sont demeurées inchangées jusqu'à l'intervention de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008. L'article 39 de cette dernière s'est borné à ajouter deux phrases à l'article 56 de la Constitution à l'effet d'associer, selon des modalités sur lesquelles on reviendra, le Parlement à la procédure de désignation des membres nommés.

Il y a donc une stabilité des règles régissant la composition de la Haute instance qui est en elle-même positive dans un contexte général marqué par un changement fréquent du droit. Cela ne signifie pas pour autant que la composition du Conseil réalise l'unanimité.

Dans les débuts de l'institution des critiques accompagnèrent les décisions ayant procédé le 20 février 1959 à la désignation des membres composant le Conseil. Si Georges Vedel se montra

très neutre<sup>1</sup>, aussi bien Charles Eisenmann<sup>2</sup> que Maurice Duverger exprimèrent de fortes réticences. Les critiques portèrent sur l'âge moyen des membres jugé trop élevé, sur les affinités d'un grand nombre d'entre eux avec le gaullisme ainsi que sur leur absence de compétence particulière en matière constitutionnelle, même si concédait M. Duverger « l'intelligence de certains d'entre eux leur permettra d'en acquérir<sup>3</sup> ».

Curieusement, le plus accablant fut Léon Noël, premier président en titre de l'institution. Dans des notes personnelles rendues publiques en 2001 par un historien, il se montre très sévère s'agissant des compétences en droit public de la plupart de ses collègues<sup>4</sup>.

On était alors en présence d'une institution nouvelle qui se cherchait face à un général De Gaulle estimant pouvoir imposer son interprétation d'une Constitution qu'il avait fait adopter par le peuple français.

<sup>1</sup> G. Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Les cours de droit, 1960-1961, p. 1057.

<sup>2</sup> C. Eisenmann, « Palindromes ou stupeur », *Le Monde* du 5 mars 1959.

<sup>3</sup> M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., 1960, p. 649.

<sup>4</sup> Cf. Y. Beauvois, *Léon Noël - De Laval à De Gaulle, via Pétain - 1888-1987*, éd. Septentrion - Presses universitaires, 2001, plus spéc. le chapitre 14, « Entre De Gaulle et la Constitution - 1959-1965 ».

Une fois surmontées les approximations initiales, la doctrine avait paru, sinon se rallier, du moins ne pas contester la défense du mode de recrutement du Conseil constitutionnel exposée par Louis Favoreu, le 20 octobre 1988 à l'occasion d'une table ronde internationale consacrée aux « juges constitutionnels<sup>5</sup> ».

Force est néanmoins de constater que de façon sporadique des réserves continuent de s'exprimer. Ainsi, Philippe Ardant dans une analyse très fine datée d'avril 1998, appelait de ses vœux la présence au Conseil constitutionnel de « juristes confirmés<sup>6</sup> ». Plus récemment, se sont prononcés dans le même sens, Olivier Jouanjan<sup>7</sup>, Fabrice Melleray<sup>8</sup> et Patrick Wachsmann<sup>9</sup>.

Mais les critiques les plus vives ont été l'apanage d'Olivier Beaud qui s'est efforcé d'établir une corrélation entre la composition du Conseil et le sens de ses décisions<sup>10</sup>. L'originalité de la démonstration consiste à s'appuyer principalement sur les remarques formulées par une ancienne membre, Dominique Schnapper, dans son livre *Une sociologue au Conseil constitutionnel*<sup>11</sup>. Nous avons notre perplexité lorsque le professeur Beaud conteste une décision du juge constitutionnel au motif qu'elle traduirait un raisonnement d'administrativiste et non de constitutionnaliste. C'est perdre de vue en effet, ainsi que l'a montré le doyen Vedel<sup>12</sup>, que le contrôle du respect de la hiérarchie des normes présente des similitudes, qu'il s'agisse de confronter à la Constitution une loi ou un décret.

Quoi qu'il en soit, dans un contexte qui demeure pour partie conflictuel, nous voudrions montrer que la composition du Conseil constitutionnel donne, pour l'essentiel, satisfaction (I), mais qu'elle n'en est pas moins perfectible sur quelques points (II).

**I.** Les règles juridiques applicables ont permis l'émergence d'une juridiction constitutionnelle dont l'autorité n'a cessé de se renforcer.

**A.** Les règles relatives à la composition du Conseil constitutionnel s'insèrent dans un cadre juridique d'ensemble destiné à assurer l'indépendance et l'impartialité des juges constitutionnels.

1. Le Conseil constitutionnel comporte tout d'abord des membres de droit que sont les anciens présidents de la République. Même si, comme on le verra, le maintien de cette catégorie de membres prête à discussion en raison de l'évolution des missions du Conseil (cf. infra II-A-1), la présence des anciens présidents n'était pas à l'origine sérieusement contestable. Tout au plus y avait-il un léger paradoxe à faire siéger dans une institution propre à la V<sup>e</sup> République les deux titulaires de la fonction sous la IV<sup>e</sup><sup>13</sup>.

2. Le fait que le pouvoir de désignation des neuf membres nommés soit, à raison d'un tiers, confié respectivement au président de la République, au président du Sénat et au président de l'Assemblée nationale est en harmonie avec l'esprit des institutions, centré sur un renforcement du pouvoir d'État, pour emprunter à Georges Burdeau. Lors de la table ronde d'Aix-en-Provence du 20 octobre 1988, le professeur Jean-Yves Chérot souligna d'ailleurs sur un plan général que dans les démocraties occidentales, le mode de désignation des juges constitutionnels est le reflet des équilibres fixés par la Constitution.

3. La désignation du président par le chef de l'État obéit à la même logique. Bien que l'on puisse concevoir une élection du président par les membres, la compétence conférée en la matière au président de la République offre un double avantage. D'une part, elle empêche que ne se créent au sein du Conseil des clivages comme le montra naguère le cas de la Commission nationale de la communication et des libertés instituée par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986. D'autre part, elle permet de se prémunir de changements trop fréquents à la tête de l'institution, risque qui n'est pas mince si l'on en juge par l'exemple donné par la Cour constitutionnelle italienne.

<sup>5</sup> L. Favoreu, *AJC* 1988, p. 141.

<sup>6</sup> Ph. Ardant, « Le Conseil constitutionnel, d'hier à demain », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Juriscasseur, 1999, p. 731 s., spéc. p. 742 à 745.

<sup>7</sup> O. Jouanjan, *Droits* 2006, n° 43.

<sup>8</sup> F. Melleray, « Sur une exception française », *AJDA* 2007, p. 553.

<sup>9</sup> P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* déc. 2010, p. 2.

<sup>10</sup> O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et les libertés universitaires », *Commén-*

*taire*, n° 134, été 2011, p. 509 s. (extraits du chap. 8 de l'ouvrage *Les libertés universitaires à l'abandon*).

<sup>11</sup> D. Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Gallimard, 2010, p. 209 s.

<sup>12</sup> G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 1 et 2.

<sup>13</sup> Vincent Auriol et René Coty.

4. Réserve faite de la nécessité pour l'intéressé d'être titulaire de ses droits civils et politiques ainsi que cela se déduit de l'article 10 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, aucune condition n'est imposée à l'autorité de désignation.

À l'origine, la liberté de choix ainsi offerte ne rencontra que de rares objections lors de l'examen du projet de Constitution par le Conseil d'État<sup>14</sup>. Le rang au sein de l'État de chaque autorité de nomination apparaissait à lui seul comme offrant une garantie suffisante.

5. Il en allait d'autant plus ainsi que le risque de politisation du recrutement se heurtait et se heurte toujours à plusieurs règles.

La multiplicité des autorités de nomination, qui sont au nombre de trois, favorise le pluralisme.

La fixation de la durée du mandat à neuf années, non renouvelable, protège les membres de toute pression ou apparence de pression ainsi que le fit valoir en son temps Léon Noël<sup>15</sup>.

Le régime des incompatibilités applicables aux membres évite toute confusion des genres. Dès l'origine, selon l'article 4 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, les fonctions de membre du Conseil constitutionnel furent incompatibles avec celles de membre du Gouvernement ou du Parlement ou du Conseil économique et social. La loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 a étendu les incompatibilités à tout mandat électoral ainsi qu'aux incompatibilités professionnelles applicables aux membres du Parlement<sup>16</sup>.

Ne peut que concourir à l'indépendance des membres à l'égard de l'exécutif, l'impossibilité pour eux, pendant la durée de leurs fonctions, d'être nommés à aucun emploi public, ou, s'ils sont fonctionnaires, de recevoir une promotion au choix, ainsi que le prescrit l'article 7 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958<sup>17</sup>.

Les obligations déontologiques édictées par le décret n° 59-1292 du 13 novembre 1959 répondent à l'exigence d'impartialité : pendant la durée de leurs fonctions les membres ne peuvent pren-

dre aucune position publique ou consulter sur les questions ayant fait l'objet ou étant susceptibles de faire l'objet de décision de la part du Conseil.

6. Enfin, le Conseil constitutionnel est seul juge du respect par ses membres de leurs obligations (CE ord. 6 mai 2005, Hoffer, Lebon p. 85).

**B.** Les dispositions constitutionnelles, organiques et réglementaires ont été propices à l'émergence d'une juridiction constitutionnelle dont l'autorité juridique et morale nous paraît difficilement pouvoir être mise en doute. À cet égard, on ne saurait se méprendre sur la portée des observations faites par Dominique Schnapper. Si son propos met en lumière des tensions jalonnant la vie de l'institution tant sur le plan interne que vis-à-vis de l'extérieur, il n'en débouche pas moins sur une conclusion positive : le Conseil constitutionnel a considérablement renforcé l'État de droit. S'il en est ainsi c'est parce que, au-delà des textes, toute une série d'éléments ont contribué à un dépassement des critiques visant sa composition. Ces éléments sont soit circonstanciels, soit permanents.

1. Il est revenu à Louis Favoreu de montrer qu'au cours des trente premières années de son existence, le Conseil constitutionnel a compris en son sein plus d'un tiers de membres ayant été associés à l'élaboration ou à la rédaction de la Constitution<sup>18</sup>. Il y a eu là l'assurance d'une interprétation de notre charte fondamentale respectueuse des intentions de ses rédacteurs.

2. Sans doute est-il vrai que la moyenne d'âge des membres composant le Conseil constitutionnel est élevée, spécialement lorsqu'une statistique est établie avant un renouvellement triennal. On a vu que M. Duverger pointa cet élément défavorablement. Plus près de nous, Guy Carcassonne a confirmé sur le plan chiffré le phénomène<sup>19</sup>, tout en suggérant que la *summa divisio* devait être cherchée, non du côté de l'âge, mais bien plutôt en évaluant le degré d'implication de chaque membre.

Un âge avancé, s'il va de pair avec une expérience professionnelle très riche, loin d'être un handicap est un atout pour l'exercice des fonctions

<sup>14</sup> Ph. Ardant, dans l'étude citée note 6, mentionne les prises de position du président Roger Latournerie et du conseiller Pierre Join-Lambert.

<sup>15</sup> Cf. Y. Beauvois, ouvrage préc. (note 4), p. 425.

<sup>16</sup> Sur la conformité à la Constitution de ce texte, cf. n° 94-356 DC du 11 janv. 1995, Rec. p. 163.

<sup>17</sup> L'impossibilité de promotion au choix d'un fonctionnaire ou d'un magistrat élu au Parlement a été déduite par le Conseil d'État de l'ensemble des dispositions

de la Constitution, d'abord dans ses formations administratives (avis des 6 décembre 1950 et 20 novembre 1961 de la Commission de la fonction publique) puis par un arrêt de section du 29 juillet 1994, *Ribault et Clouet, Lebon* p. 399.

<sup>18</sup> L. Favoreu, *AJC* 1988, p. 150.

<sup>19</sup> G. Carcassonne, « Les membres du Conseil constitutionnel - 1958-2008 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, actes du colloque du 3 nov. 2008, numéro hors série 2009, p. 10.

de juge constitutionnel. En outre, a toute sa valeur la remarque du doyen Vedel selon laquelle le fait pour un membre d'avoir un âge respectable au terme de son mandat est un gage d'indépendance d'esprit dès lors qu'il n'a pas à se soucier de la suite de sa carrière. En réalité, tout est question de mesure.

3. Une conclusion identique peut être formulée au sujet de la présence au sein du Conseil de non-juristes.

Dès lors que celle-ci demeurerait minoritaire, elle a été un facteur d'enrichissement pour l'institution, sous réserve de ce qui sera dit plus avant au sujet des implications de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

Le parallèle peut être fait avec le recrutement au tour extérieur au Conseil d'État. Il est un facteur d'ouverture si les désignations opérées sont judicieuses.

Et de fait, sur la longue période, les choix effectués par les autorités de nomination ont répondu à l'exigence d'indépendance et le plus souvent à l'impératif de qualité.

L'indépendance s'est forgée peu à peu si l'on en juge par les difficultés rencontrées par Léon Noël. Elle s'est affirmée pleinement après la démission du général De Gaulle de ses fonctions de président de la République.

Roger Frey nous avait confié qu'une fois nommé président du Conseil constitutionnel, il avait « changé de peau ». Ses prises de position en particulier lors de l'examen de la loi autorisant la visite des véhicules en apportent la preuve<sup>20</sup>.

Dans le même esprit, le président Badinter, relayé par le doyen Vedel, a insisté sur le « devoir d'ingratitude » des membres du Conseil constitutionnel à l'égard de l'autorité ayant procédé à leur nomination.

4. Pour couronner le tout, œuvre en permanence dans le sens de l'indépendance du Conseil et de l'autorité de ses décisions, le fait qu'il intervient le plus souvent en qualité de *juridiction*. Il est par là même astreint à motiver sa décision au regard des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes. Le nouveau membre, quel que soit son parcours antérieur et quelle que soit sa sensibilité politique, n'a d'autre possibilité que de se

muer en juge constitutionnel. Lui sont applicables les règles relatives à une éventuelle récusation ou à son départ spontané. S'il siège, il est tenu d'opiner, à l'instar de tout juge.

Nous sommes persuadés que la composition du Conseil constitutionnel ne souffre nullement de la comparaison avec celle des juridictions constitutionnelles de démocraties autres que la France. Ce n'est pas dire cependant que la composition et le mode de désignation ne puissent pas faire l'objet d'aménagements limités.

**II.** La réflexion doit porter tout d'abord sur les aménagements souhaitables en raison de l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Mais d'autres points ne doivent pas être occultés : le remplacement d'un membre en cours de mandat ; le mode d'expression de la minorité, même si ce dernier point est à la marge de notre sujet.

**A.** Les différentes tentatives d'instauration d'une exception d'inconstitutionnalité puis la réforme adoptée en 2008, ont été l'occasion de s'interroger sur l'opportunité du maintien de la catégorie des membres de droit et sur les ajustements à apporter au mode de désignation des membres nommés.

1. S'agissant de la situation des membres de droit, l'Assemblée générale du Conseil d'État a, dans son avis n° 381-429 du 17 avril 2008 sur la révision constitutionnelle, résumé l'opinion dominante en des termes reproduits dans le rapport public pour 2009<sup>21</sup>.

Le Conseil d'État a estimé nécessaire de reconsidérer la règle selon laquelle les anciens présidents de la République sont, à vie, membres de droit du Conseil constitutionnel.

L'évolution du rôle du Conseil consécutive en particulier à la réforme de son mode de saisine en 1974, a rendu cette règle inadéquate. La circonstance que les anciens présidents de la République puissent être appelés à se prononcer sur la constitutionnalité des lois votées à l'initiative de leurs successeurs soulève des difficultés sérieuses au regard des règles du procès équitable.

<sup>20</sup> Décision n° 76-75 DC du 12 janv. 1977, Rec. p. 33, non mentionnée cependant dans *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*,

Dalloz, 2009.  
<sup>21</sup> EDCE n° 60, Rapport public 2009, p. 65.



Lors des deux tentatives précédentes d'instituer un contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception, l'abrogation du deuxième alinéa de l'article 56 de la Constitution a été regardée comme une contrepartie nécessaire. Elle a été votée par l'Assemblée nationale et le Sénat en 1990 et elle figurait dans le projet soumis au Parlement en 1993.

Le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République a, lui aussi, recommandé cette abrogation. Le Conseil d'État tout en y étant favorable a proposé toutefois que l'abrogation du deuxième alinéa de l'article 56 reste sans incidence sur la qualité de membre de droit des anciens présidents de la République siégeant présentement au Conseil constitutionnel.

À l'occasion du colloque du cinquantenaire du Conseil, le professeur Guy Carcassonne a opiné dans le même sens. Mais sa proposition, avant même qu'il ne prenne la parole, s'était heurtée à l'opinion du président Sarkozy.

Ce dernier avait tenu à souligner qu'il était de ceux « qui se sont battus pour que les anciens présidents de la République puissent continuer à siéger au Conseil constitutionnel ». Pour lui, « c'est une richesse pour le Conseil [...] de voir d'anciens présidents [...] y siéger pour apporter leur vision de praticiens des institutions<sup>22</sup> ».

L'argument aurait toute sa valeur si le Conseil constitutionnel avait pour tâche principale de contrôler les lois organiques avant leur promulgation, les règlements des assemblées avant leur mise en application et, s'agissant du contrôle *a priori* des lois, la régularité de la procédure législative. Mais il peine à convaincre à partir du moment où le Conseil est conduit, au titre de l'examen des QPC, à s'interroger toujours davantage sur la conformité aux droits et libertés de dispositions législatives en vigueur intéressant les domaines les plus divers.

C'est si vrai, qu'indépendamment de la mise en congé de fait du président Chirac pendant le déroulement du procès pénal le concernant, les anciens présidents de la République ont fini par s'abstenir de siéger lors de l'examen des QPC.

Le moment paraît venu de généraliser et d'officialiser sur le plan juridique cette situation de fait.

2. S'agissant du mode de désignation des membres nommés, le Conseil d'État, dans le même avis du 17 avril 2008, avait pris position sur deux points.

D'une part, il avait disjoint la disposition consistant à soumettre la nomination des membres du Conseil constitutionnel à l'avis d'une commission parlementaire à l'instar de ce qui est prévu pour certains emplois énumérés par l'article 13 de la Constitution.

D'autre part, il avait estimé opportun de faire figurer dans la Constitution une disposition orientant le choix des autorités investies du pouvoir de nommer les membres du Conseil constitutionnel, en mentionnant à la fois les compétences reconues de juristes nécessaires à l'exercice de telles fonctions et l'autorité morale des personnalités pressenties.

Sur aucun de ces points l'avis de l'Assemblée générale n'a été suivi.

On ne peut que prendre acte de la volonté du Parlement, agissant en tant que pouvoir constituant, d'être associé à la procédure de nomination. Désormais le pouvoir de nomination s'exerce, pour les membres nommés par le président de la République après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée et, pour les membres nommés par le président du Sénat ou de l'Assemblée nationale, après avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

Les avis négatifs ne sont contraignants que s'ils recueillent au moins trois cinquièmes des suffrages, au sein des deux commissions, pour la nomination par le chef de l'État, et de la seule commission concernée dans les autres cas.

L'intérêt de ce dispositif est de prévenir des nominations qui seraient à l'évidence inadéquates. Il n'est pas souhaitable à nos yeux d'aller plus avant dans la voie choisie par le constituant.

Non sans raison, le Conseil d'État a craint qu'une procédure permettant à une majorité qualifiée de s'opposer à une désignation portant sur des *fonctions administratives*, comme c'est le cas

<sup>22</sup> Cf. *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, hors série 2009, p. 9.

pour l'article 13, s'avère inadaptée en ce qui concerne l'accès à des *fonctions juridictionnelles*. Des précautions devraient donc être prises au stade d'une loi organique spécifique prise pour l'application de l'article 56 de la Constitution, afin de garantir que la personnalité pressentie n'aura pas à s'expliquer sur des questions susceptibles d'être soumises au Conseil constitutionnel.

Il y aurait quelque paradoxe à ce qu'il enfreigne au stade de sa nomination, les règles déontologiques édictées par le décret du 13 novembre 1959 (cf. *supra* I-A-5).

En revanche, il nous paraît judicieux de reprendre la proposition consistant à exiger des membres du Conseil constitutionnel des compétences analogues à celles requises des membres d'une Cour constitutionnelle européenne ou de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Nous nous séparons en effet de l'opinion de Guy Carcassonne qui considère cette question comme secondaire, dès lors que les membres du Conseil constitutionnel peuvent s'appuyer sur les compétences du secrétaire général et de ses collaborateurs<sup>23</sup>.

Sans nier la qualité des services du Conseil, on ne peut tabler exclusivement sur eux. Leur tendance naturelle est d'assurer la continuité de la jurisprudence. S'il s'agit d'infléchir celle-ci ou de dégager des solutions appropriées face à une problématique nouvelle, l'implication directe des conseillers est à nos yeux indispensable.

**B.** Bien que non évoquées par le Conseil d'État dans son avis du 17 avril 2008, deux autres questions méritent de retenir l'attention.

1. La première concerne la situation du membre du Conseil appelé à remplacer un titulaire avant l'expiration du cours normal du mandat de ce dernier.

Selon l'article 12 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958, la personne désignée en remplacement doit se borner à achever le mandat du membre qu'elle remplace jusqu'à son terme normal. À l'expiration de ce mandat, elle peut être nommée comme membre du Conseil pour un mandat de neuf ans au cas où elle a occupé les fonctions

de remplacement pendant moins de trois ans.

Si la durée du remplacement est inférieure à trois ans, l'intéressé pourra caresser l'espoir d'être nommé par la suite, sans en avoir la certitude, si bien que sa liberté d'esprit peut s'en trouver affectée.

En prévoyant que dans tous les cas le mandat est de neuf ans, il serait remédié à ces inconvénients.

Le fait que le renouvellement triennal du Collège ne concernerait plus nécessairement trois membres, nous paraît être moins gênant que le maintien d'une inégalité entre les membres d'une même institution.

2. Il convient également d'être attentif à la façon dont une opinion minoritaire pourrait s'exprimer.

Nous ne sommes pas favorables à l'expression d'opinions séparées. Même si de bons arguments peuvent être invoqués en ce sens, le risque est trop grand de créer des divisions nuisibles au bon fonctionnement du Conseil constitutionnel et à l'autorité de ses décisions<sup>24</sup>.

Nous comprenons néanmoins le sentiment de frustration que peut ressentir celui qui désapprouve une solution majoritaire et souhaite montrer à la doctrine qu'un autre raisonnement juridique était possible.

Il est regrettable que de telles préoccupations se soient exprimées au prix d'une violation par d'anciens membres du serment qu'ils avaient prêté avant leur entrée en fonction<sup>25</sup>.

Pour endiguer des dérives de ce type sans revenir sur le secret des délibérations, deux mesures viennent à l'esprit.

D'une part, ainsi que l'avait proposé Guy Braibant lors du colloque organisé pour les quarante ans du Conseil, pourquoi ne pas instituer auprès de la Haute instance, par une loi organique, des commissaires du droit choisis parmi, non seulement les rapporteurs adjoints actuels issus du Conseil d'État et de la Cour des comptes, mais également les avocats généraux à la Cour de cassation ou les professeurs des facultés de droit. Le commissaire du droit serait chargé de porter la parole en séance publique, à l'instar des rapporteurs publics devant le Conseil d'État statuant au contentieux.

<sup>23</sup> G. Carcassonne, préc., p. 12.

<sup>24</sup> Cf. nos obs. à la RDP 2002, p. 521.

<sup>25</sup> Cf. les prises de position publiques, postérieurement à leur mandat, de Pierre Joxe et de Jacques Robert.

D'autre part, dans la présentation qu'il fait des décisions dans les *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, le secrétariat général pourrait ne pas se limiter à un résumé de leur contenu. Si une solution autre était juridiquement concevable, pourquoi ne pas le suggérer discrètement à l'instar des chroniques de jurisprudence administrative rédigées par les responsables du centre de documentation du Conseil d'État publiées à l'Actualité Juridique.

Au total, la composition et le mode de désignation des membres du Conseil constitutionnel nous paraissent avoir fait leurs preuves, une fois surmontés des débuts difficiles.

Le maintien du *statu quo* n'aurait pas d'inconvénient majeur.

Il reste que des changements limités sont concevables. Il en va ainsi de la suppression pour l'avenir de la catégorie des membres de droit, de l'introduction d'une disposition orientant le choix

des autorités investies du pouvoir de nomination vers des juristes qualifiés, de la généralisation de la durée du mandat à neuf années, même en cas de remplacement, ou encore de l'institution de commissaires du droit auprès de la Haute instance.

On ne peut non plus exclure qu'à la faveur des alternances politiques le pouvoir constituant soit tenté d'aller plus loin dans la voie des réformes. La prudence nous paraît devoir être de rigueur s'agissant de l'attribution à chaque Assemblée d'un pouvoir direct de nomination. Il risquerait en effet de déboucher sur des arrangements entre partis politiques peu propices à la nécessaire sérénité de la justice constitutionnelle. De même, l'instauration d'opinions séparées pourrait affecter le bon fonctionnement du Conseil et l'autorité de ses décisions.

Il pourrait nous être objecté que le pouvoir constituant est souverain. Mais ceci est un autre débat.

# Petit deux du Grand B

## Gare au faux bon sens

**Guy Carcassonne**

Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense

Les bons docteurs ne manquent pas qui se penchent sur ce mal singulier dont souffre la Ve République et qui tient à la composition de son Conseil constitutionnel. Comment ? Voilà une institution essentielle que doit habiter la sagesse, que doit guider l'impartialité, que doit inspirer la science du droit et dont les membres, pourtant, ne doivent leur qualité qu'au caprice du prince et de deux grands barons. Que voilà un système loufoque et l'urgence d'en changer.

Elle est d'autant plus pressante que la naissance de la QPC a donné à l'institution, en même temps qu'une vigueur nouvelle, un surcroît de travail et une position plus importante encore, toutes choses qui exigent qu'elle soit plus raisonnablement peuplée.

Serait ainsi condamné, sans appel, le système qui fait qu'y siègent ensemble aujourd'hui d'anciens vice-président du Conseil d'État, premier président de la Cour de cassation, présidente de chambre de la Cour des comptes que nul, sans doute, n'aurait songé à désigner dans un cadre différent. Soit ! Mais il y a les autres, anciens ministres, parlementaires ou hauts fonctionnaires, tous issus d'un camp politique clairement identifié. S'ils ont des compétences, ce n'est pas d'abord à elles qu'ils ont dû leur nomination. Et

l'on peut, sans que cela doive tout au corporatisme, observer que la France a la seule Cour constitutionnelle au monde qui ne compte dans ses rangs aucun professeur de droit quand cette catégorie est toujours présente, et souvent majoritaire, partout ailleurs.

Mais comment ne pas remarquer, en sens inverse, que la situation a déjà changé, que les responsables politiques eux-mêmes sont aujourd'hui plus circonspects qu'ils ne l'étaient hier ? La faveur politique n'a certes pas disparu, mais elle s'est trouvée progressivement mâtinée d'autres considérations. Les désignations honteuses appartiennent à un passé de plus en plus lointain. Le mouvement, d'abord lancé – sans lendemains immédiats hélas – par Valéry Giscard d'Estaing qui avait procédé à deux nominations qui lui avaient fait plus honneur encore à lui-même qu'aux deux personnalités indiscutables qu'il avait choisies, a repris depuis quelques années et la révision de 2008 lui a imprimé un élan sans doute définitif.

L'audition par les commissions des lois des deux assemblées est tout sauf une formalité. L'important n'est pas dans le vote, dont on sait qu'il ne sera jamais négatif au point d'être opérant, mais dans l'épreuve elle-même, laquelle

disqualifie par avance tous ceux qui ne seraient pas en mesure de l'affronter dignement. Les autorités de désignation en ont conscience et se discréditeraient elles-mêmes si celui qu'elles choisissent n'avait aucun titre à cette distinction et suscitait ainsi l'indignation bruyante d'une partie au moins des examinateurs parlementaires. Ils ne peuvent donc présenter que des candidats présentables. Que demander de plus ?

Que la compétence soit mieux assurée et la diversité politique davantage représentée rongeront aussitôt les insatisfaits. La diversité politique, qu'a-t-elle donc à faire là ? Le Conseil ne saurait être un Parlement en miniature et ce que l'on attend de ses membres est qu'ils sachent se détacher des enjeux partisans, non pas les refléter. Quant à la compétence, elle n'est pas le monopole des magistrats ou professeurs, surtout dans une science que l'on sait inexacte : si les grands juristes de telle cour constitutionnelle prestigieuse adoptent une position que, par une opinion dissidente, contestent d'autres membres de la même cour qui ne sont pas moins grands juristes, c'est bien qu'à quelque chose d'illusoire l'idée d'un droit pur qu'imposeraient des esprits qui le seraient tout autant.

L'essentiel, pourtant, est ailleurs. Si discutable que soit notre système en son principe, il se révèle à l'usage plutôt moins mauvais que les concurrents qu'on voudrait leur substituer.

Nul ne propose la nomination à vie, à l'américaine, qui n'est pourtant pas sans vertus mais ne pourrait sans doute s'acclimater à notre latitude. Aussi bien préfère-t-on généralement la ratification, voire l'élection, parlementaire à une majorité qualifiée. Seules pourraient la réunir des personnalités indiscutables, par leur compétence et leur intégrité.

Aussitôt le sceptique se hérisse. Faudra-t-il, comme à l'Académie, faire des visites, organiser sa campagne, gagner des soutiens ? En outre, les personnalités les plus fortes ne sont-elles pas celles qui suscitent aussi le plus d'inimitiés, tandis que la médiocrité y engrange la prime de qui ne gêne personne ? Surtout, l'exemple de l'étranger fait découvrir de quoi est faite la vie réelle.

Prenez celui de l'Espagne où ne siègent au Tribunal constitutionnel que des juristes confirmés.

Confirmés, mais également assez partisans pour que l'on y parle communément d'un « bloc conservateur » par opposition à un « bloc progressiste ». Et s'il arrive, comme cela s'est déjà produit au sein de cette institution où n'existe pas de voix prépondérante, que les deux soient à égalité, le Tribunal s'en trouve paralysé jusqu'à ce qu'un nouveau train de nominations vienne rompre cette parité fâcheuse.

L'Allemagne n'est pas en reste où opère le même mécanisme : puisque seul un accord entre les partis permet d'atteindre la majorité requise, ils se répartiront les postes et tant pis pour ceux qui ne sont pas encartés. C'est ainsi que Karlsruhe, au dernier renouvellement, a vu arriver une juge issue des Verts (pour la seconde fois), de la mouvance homosexuelle, en même temps qu'un ancien responsable de Land connu pour ses positions eurosceptiques. Des juristes indiscutables et personnalités de qualité dans les deux cas, mais dont la désignation a résulté de dosages auxquels la préoccupation constitutionnelle a été assez étrangère.

Or, lorsque l'on doit sa nomination à une personne, celle-ci disparaît tôt au tard, politiquement ou physiquement, et avec elle un sentiment importun de gratitude. Lorsque l'on doit sa nomination à un parti, à un camp, au contraire, celui-ci ne se retire pas, demeure présent tout au long de l'exercice des fonctions, avec plus ou moins de prégnance. Où le système entendait exclure la politisation, il l'a au contraire systématisée et institutionnalisée.

Malgré cela, ces cours constitutionnelles sont respectées, hautement en Allemagne, un peu moins en Espagne parce que, comme toutes les autres, c'est d'abord dans la qualité d'ensemble de leurs décisions qu'elles puisent leur autorité. Cette qualité est faite d'un niveau juridique suffisant, lié à un niveau de compréhension et d'acceptation satisfaisant pour le système politique et l'opinion publique.

Sommes-nous sûrs que notre pays s'accommoderait aussi facilement de fidélités politiques durables après avoir découvert, comme maintes décisions l'ont prouvé, qu'un désaveu pénible peut cingler un camp qui avait pourtant nommé pratiquement tous les membres du Conseil, ou

une majorité d'entre eux ?

Alors pourquoi changer de nouveau les règles au moment même où la réforme de 2008 va inévitablement produire les effets qui en étaient attendus ? Pourquoi les remplacer par un mécanisme qui n'a pour lui que les apparences du bon sens et contre lui la réalité avérée d'une politisation durable et néfaste ? Plus le temps passera, plus les autorités de nomination seront attentives à ce que leurs choix soient peu contestables, et s'ils savent harmonieusement mêler juristes professionnels et anciens politiques frottés de droit, comme tout les portera à le faire et comme ils ont déjà commencé, ce n'en sera que mieux pour l'institution et les institutions.

La seule réforme nécessaire est celle que l'évidence impose et dont l'occasion, hélas, n'a pas été saisie en 2008. Les anciens présidents de la République n'ont rien à faire là. Loin d'enrichir substantiellement le Conseil, ils peuvent lui être à charge. Les déboires judiciaires de Jacques Chirac ont créé, autour du Conseil, un malaise que son apport personnel à la jurisprudence n'a peut-être

pas suffi à compenser. Valéry Giscard d'Estaing se voit, sans profit pour quiconque, condamné au silence quand l'Europe aurait besoin de ses plus grandes voix. Ce n'est pas faire insulte à Nicolas Sarkozy que de douter que sa présence, quelque jour qu'elle arrive, soit indispensable au renom du pavillon Montpensier.

Comme prévisible, le nombre des QPC décroît déjà rapidement. Le Conseil, à l'avenir, rendra un peu plus de décisions qu'avant 2008, mais beaucoup moins qu'en 2010 et 2011. Neuf juges y suffiront et augmenter leur nombre serait d'autant moins justifié que sévit la disette budgétaire que l'on sait.

Bref, le système de nomination imaginé en 1958 avait été choisi pour de mauvaises raisons. Comme certains autres des choix de cette époque, il a quand même fini par accoucher de résultats assez convaincants pour qu'on puisse les juger largement préférables à des refontes aventureuses, inspirées des meilleures intentions, dont chacun sait ce qu'elles paient.

# Petit trois du Grand B

## L'ironie du sort

**François Saint-Bonnet**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Changer la norme relative à la désignation des membres du Conseil constitutionnel ? L'idée serait judicieuse si l'on avait la certitude 1/ que le système en vigueur est mauvais, 2/ qu'il en existe un meilleur, et dans l'hypothèse où ces deux premières conditions seraient réunies, 3/ qu'une révision permettrait à coup sûr d'éliminer les inconvénients du mécanisme actuel et de garantir un procédé sain. Outre la question particulière des membres de droit, chacun s'accorde à considérer que le problème n'est pas tant dans le système de nomination, fût-il assorti d'un droit de veto aux trois cinquièmes de la commission des lois<sup>1</sup>, que dans celui des mœurs de ceux qui disposent de ce pouvoir et de ceux qui en sont les bénéficiaires. « Les mœurs font toujours de meilleurs citoyens que les lois » assure Usbek après avoir affirmé que les lois doivent être changées dans des cas « rares » et la « main tremblante » (Lettres persanes, LXXIX).

Les mœurs seraient excellentes en l'espèce si les autorités de nominations désignaient *toujours* des personnalités compétentes, travailleuses et indépendantes, et si les personnalités choisies faisaient preuve *toujours* d'ardeur au travail et accomplissaient leur « devoir d'ingratitude »

(Robert Badinter) envers ceux auxquels elles doivent leur place.

Les mœurs ne sont pas excellentes, sans doute. Du fait des autorités de nominations autant que des personnalités choisies.

La loi étant incapable de changer les mœurs, il est inutile de la changer la première si l'on veut modifier les secondes. Il ne reste qu'une solution : trouver un système dans lequel, les mœurs, la morale constitutionnelle, la déontologie ou la vertu, qu'importe la formule, n'ont pas à être sollicitées. Autrement dit, éviter que l'autorité qui désigne ait à faire preuve d'abnégation, et que les personnalités choisies aient à faire preuve d'ingratitude.

**L'élection.** Il s'agit de remplacer une autorité de nomination par une autre. Au président de la République et aux présidents des chambres, l'on préférerait le peuple ou une assemblée politique. Un peuple ou une assemblée qui comprendrait sans doute moins bien l'ingratitude de l'élu envers lui. En tout état de cause, une compétition et, partant, une campagne électorale ouverte conduiraient à tirer brusquement le voile sur l'idée de « politique jurisprudentielle » qui est étrangère

<sup>1</sup> Pour les trois membres nommés par le président de la République. Ce veto étant exclu pour les membres nommés par les présidents des Assemblées.



à la tradition française. Le silence et le secret sont les conditions de la préservation de cette illusion séculaire, celle de la parfaite objectivité des décisions des juges. L'hostilité persistante à l'encontre de la publicité des opinions dissidentes ou minoritaires administre la preuve d'une belle résistance de cette fiction enchanteresse de la pure rationalité de décisions rendues par les juges. Introduire l'élection supposerait une révolution dans la manière de concevoir la reddition de la justice, même constitutionnelle.

Sieyès avait imaginé un « jury constitutionnaire » en l'an III dont les 108 membres seraient d'abord élus par la Convention parmi d'anciens parlementaires (puis qu'ils se coopteraient). Même si cette institution devait avoir des compétences quasi-juridictionnelles, elle était d'abord une assemblée politique, chargée de veiller au respect par chacun des organes, de ses compétences constitutionnelles. Elle ne ressemblait en rien à un gardien des droits. Et cela parce que la constitution n'était pas conçue comme une collection de droits fondamentaux mais comme une mécanique propre à produire de bonnes lois. « La loi, écrit-il en 1789 sans le renier en 1795, est la fin dont la constitution n'est que le moyen ». En ce sens, le jury est un cénacle de sages, un conservateur, un gardien politique : l'élection aurait pu lui convenir, au moins pour les premiers membres. Mais il n'a jamais vu le jour.

**La cooptation.** Toujours un remplacement d'une autorité de nomination par une autre. Cette fois, l'on préférerait que les hommes dans la place, les sortants inclus, nomment les entrants par une sorte de *resignatio in favorem* collective. Aucun système n'est meilleur pour développer un esprit de corps et un vif sentiment d'indépendance. Mais aussi, aucun système n'est meilleur pour isoler ceux qui ont la *jurisdictio* des droits fondamentaux. Si les juges constitutionnels doivent être à l'abri de toute pression politicienne, ils n'en ont pas moins un rôle éminemment politique. Et il n'est pas certain que la claustration institutionnelle soit la meilleure solution pour interpréter selon les vues d'aujourd'hui des normes de valeur constitutionnelle,

souvent plus que centaines, pour peu que l'on soit sensible, avec Dominique Rousseau, à l'idée que la Constitution « est le point nodal de la communication de la société, le point par où la société communique avec elle-même ».

Personne ne conteste aujourd'hui le rôle politique du Conseil constitutionnel, nul ne discute l'idée qu'il dispose d'un « pouvoir normatif », même si l'on débat de son ampleur. Il est donc difficile d'imaginer un mode de recrutement ôtant tout contact avec la société. Ou alors, il faut penser le droit constitutionnel comme une Parole ou un Livre révélé et l'office du juge constitutionnel comme une cléricature.

**Le tirage au sort.** Comment concilier la nécessité d'un lien fort avec le corps social et celle de l'absolue liberté de la créature par rapport à son créateur ? En supprimant sinon le créateur, car rien ne naît *ex nihilo*, au moins le lien avec le créateur. Et le meilleur moyen est de se tourner vers une pratique que les démocrates grecs appréciaient au plus haut point : le tirage au sort<sup>2</sup>. « Le sort est une façon d'élire qui n'afflige personne » (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, II, 2). L'élu du sort ne doit rien à personne ici-bas, il n'a donc pas besoin de développer une quelconque vertu d'ingratitude.

Avant l'avènement de la démocratie athénienne, les Grecs pratiquaient le tirage au sort parce qu'ils laissaient aux divinités le loisir de réaliser un choix heureux. Cette pratique ne conserve les faveurs d'un Platon que pour les fonctions religieuses : « Pour les sacerdoces, on laissera le dieu lui-même indiquer ses préférences en les tirant au sort, ce qui reviendra à s'en remettre à la fortune divine » (*Lois*, VI, 759b, trad. Budé). Que l'on considère ridicule de concevoir comme une intervention surnaturelle le choix du sort – ce à quoi succombent nombre de joueurs impénitents – ne doit pas interdire de nourrir notre réflexion de cette pratique. La fonction de juge constitutionnel n'a sans doute rien de sacerdotale, elle n'en consiste pas moins à garder le trésor le plus précieux dont s'honorent les sociétés démocratiques avancées, à savoir les droits fondamentaux. Délimiter la portée

<sup>2</sup> Voir la récente étude de Gil Delannoi et Oliver Dowlen (dir.), *Sortition, Theory and Practice*, UK (Exeter) and USA (Charlottesville), Imprint Academic, 2010, qui

insiste sur l'actualité de cette procédure.

de droits fondamentaux, dont un est considéré comme « inviolable et sacré », véhicule sans doute une part de sacralité. En ce genre de matière, il faut se tenir éloigné de l'ambition, du calcul, de la brigue et des arrangements : le tirage au sort offre cette splendide garantie.

Lorsqu'avec Solon et Clithène, la démocratie hérite cette manière de désigner les magistrats, l'objectif n'est pas différent. On la déleste d'une signification religieuse, on conserve sa qualité pratique irremplaçable : le tirage au sort écarte non seulement tout clientélisme mais la simple suspicion de clientélisme. La « théorie des apparences » n'enseigne pas autre chose. La logique du mandat non renouvelable est déjà empruntée à la démocratie antique, rien n'interdit d'emprunter davantage.

**Aptitude à la sagesse.** Évidemment, vient cette question : que faire du mauvais sort et d'un hasard qui choisirait des incompetents notoires ? Ce serait faire insulte aux sages Athéniens que de penser qu'ils aient pu ignorer la difficulté.

Mais avant d'examiner le remède, convenons qu'il n'est pas certain que le système actuel garantisse absolument l'aptitude des personnalités présentes. Admirable furent la franchise et l'humilité d'un membre, sociologue de son état, qui passa ses premiers mois de mandat à lire de bons manuels de contentieux constitutionnel. Tous ceux dont les aptitudes en la matière jouissent d'une belle marge de progression ne peuvent en dire autant.

Le tirage au sort pratiqué par les Hellènes n'était pas réalisé sans garanties : un examen (Aristote, *Constit. d'Athènes*, LV) précédait l'entrée en charge du magistrat : une *dokimasie* au cours de laquelle le civisme, les aptitudes morales et la fidélité démocratique de l'élu du sort étaient examinées. Sans doute, ses compétences « techniques » n'étaient pas évaluées mais on considérerait que les magistrats avaient besoin davantage de qualités morales et de sagesse que de savoir-faire pratique. Il n'est pas interdit de penser que, lorsque

l'on est en quête d'un bon juge constitutionnel, la force morale doit être plus recherchée que la maîtrise du contentieux constitutionnel, susceptible d'être rapidement acquise par un travail opiniâtre.

À de nombreux égards, l'entretien devant la commission des lois de l'article 13 pourrait faire office de *dokimasie* moderne.

**Expérience.** La sagesse est sans doute une vertu morale, elle est aussi fille de l'expérience. Et s'il faut confier au sort le soin de choisir les membres du Conseil constitutionnel, encore faut-il qu'il puisse le faire à l'intérieur d'un cercle de personnalités expérimentées. Le critère du diplôme est sans doute inopérant, car précisément, le diplôme n'est pas l'expérience : il la précède.

L'on propose d'abandonner le système fondé sur les trois autorités de nominations et de leur préférer trois groupes de personnes expérimentées. Trois groupes correspondant aux trois grands pouvoirs constitutionnels. L'expérience requise pour figurer au sein d'un groupe serait ainsi conçue :

- le groupe « législatif » : avoir été parlementaire pendant deux mandats ;
- le groupe « exécutif » : avoir été président de la République<sup>3</sup> ou ministre<sup>4</sup> pendant au moins trois ans ;
- le groupe « judiciaire » : avoir été « grand juge<sup>5</sup> » cinq ans ou professeur de droit vingt ans.

Au sein de chacun de ces trois groupes, on tirerait au sort un nom tous les trois ans. Le renouvellement des membres du Conseil constitutionnel conserverait ainsi une certaine régularité.

Le président du Conseil constitutionnel serait élu par ses pairs pour trois ans. Son mandat serait renouvelable. Afin que sa capacité à unir soit mise en valeur, une majorité des deux tiers serait requise pour les trente-trois premiers tours de scrutin, une majorité absolue suffirait après. Ce système a été en vigueur entre 1996 et 2007 pour l'élection du souverain pontife par le conclave. L'actuel pape a décidé de l'abandonner et de maintenir la règle des deux tiers *ad infinitum*<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Ce qui disqualifie automatiquement le système actuel des membres de droit.

<sup>4</sup> L'actualité suggère qu'il n'est pas exclu qu'une personnalité devienne président de la République sans avoir été ministre.

<sup>5</sup> Membre des juridictions suprêmes au grade supérieur dans l'ordre judiciaire, ad-

ministratif ou financier. Pour le Conseil d'État, avoir siégé cinq ans dans la section du contentieux.

<sup>6</sup> Benoît XVI, Lettre apostolique en forme de *proprio motu* du 11 juin 2007, *De aliquibus mutationibus in normis de electione Romani Pontificis*.

## Projet de loi constitutionnelle

Le Président de la République,  
Sur la proposition du Premier ministre,  
Vu l'article 89 de la Constitution,  
Décrète :

Le présent projet de loi constitutionnelle relatif à la désignation des Membres du Conseil constitutionnel, délibéré en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État, sera présenté au Sénat par le Garde des Sceaux, ministre de la justice, qui sera chargé d'en exposer les motifs et d'en soutenir la discussion.

### Article unique

#### **L'article 56 de la Constitution est rédigé comme suit :**

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont tirés au sort au sein du groupe « législatif », trois au sein du groupe « exécutif », trois au sein du groupe « judiciaire ». Une loi organique détermine les conditions d'appartenance à ces trois groupes. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces tirages au sort.

Le président est élu par ses pairs pour trois ans à la majorité des deux tiers pour les trente-trois premiers tours de scrutin, à la majorité absolue après. Son mandat est renouvelable. Il a voix prépondérante en cas de partage.

# Petit quatre du Grand B

## Pas de changements importants à apporter, mais...

**Anne-Marie Le Pourhiet**

Professeur à l'Université Rennes 1

Vice-présidente de l'Association française de droit constitutionnel

**H**ormis les deux suggestions que j'effectue *in fine*, il n'y a pas, selon moi, de changements importants à apporter au mode de désignation du Conseil constitutionnel, je m'en explique en quatre points.

### I. La fonction crée l'organe

Si l'on veut bien admettre l'idée raisonnable que « la fonction crée l'organe » il convient de cerner clairement la fonction du Conseil constitutionnel pour tenter d'en déduire la composition idoine.

Le Conseil a pour mission essentielle, outre quelques fonctions consultatives et de contentieux électoral, de contrôler la conformité de la loi, expression de la volonté générale, à la Constitution française.

La loi exprime les choix politiques d'une majorité parlementaire et gouvernementale. La Constitution, qui lui est juridiquement supérieure, est censée énoncer un choix de philosophie politique plus élevé et plus large exprimant le « contrat social » de la Nation, fixant à la fois les règles organisationnelles de compétence et de procé-

dure politiques et les grands principes de fond auxquels le législateur ne saurait déroger. En raison de la pérennité et de la fondamentale de ce contrat, il est admis que sa stabilité doit être garantie par une procédure de révision lourde et solennelle exigeant soit le consentement du peuple souverain pour les choix essentiels, soit une majorité parlementaire renforcée pour les révisions d'importance moindre.

Le rôle du Conseil constitutionnel, qu'il soit saisi par des autorités politiques avant la promulgation de la loi, ou après celle-ci à l'initiative de justiciables individuels ou collectifs, consiste donc à confronter la compatibilité d'un choix politique à un autre choix politique plus élevé et pérenne. L'on constate cependant que si les règles constitutionnelles d'organisation politique sont, sauf exceptions (notamment en matière de décentralisation), relativement précises et n'ouvrent donc pas une marge d'appréciation immense, il n'en va pas du tout de même des dispositions concernant les droits et libertés des citoyens. Celles-ci se trouvent essentiellement concentrées dans les premiers articles constitutionnels mais surtout dans la

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 auxquels il faut désormais ajouter la Charte de l'environnement de 2005. Ces textes d'inspiration hétérogène n'ont pas été écrits, sauf le dernier, dans le but d'une opposabilité normative. Chacun d'entre eux est rédigé en des termes très flous et imprécis tels que, par exemple, « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » ou « tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Véritable « hymne à la loi » rousseauiste, la Déclaration de 1789 exprime davantage une confiance aveugle dans le législateur qu'une méfiance à son égard de telle sorte qu'il est difficile d'y repérer un véritable bornage de la volonté générale. Le préambule de 1946, quant à lui, se présente en grande partie comme un catalogue de principes sociaux à forte indétermination utilisant abondamment des formules telles que « conditions nécessaires à leur développement » ou « moyens convenables d'existence » ou encore « dans le cadre des lois qui le réglementent ». Il convient de rappeler que c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui s'est permis, par une décision que l'on a pu qualifier de « coup d'État de droit<sup>1</sup> », de reconnaître au préambule une valeur normative que les constituants de 1958 avaient pourtant exclue. Ces textes de référence ont de surcroît été rédigés à des époques très éloignées les unes des autres et par des rédacteurs de sociologie et d'inspiration philosophique fort contrastées, voire radicalement opposées, de telle sorte que leur « conciliation » oblige l'interprète à un exercice d'équilibrisme supposant souvent de sa part soit le sacrifice d'un principe à un autre, soit un semblant de compromis en forme de « courage fuyons ! »

Dans ces conditions l'on ne peut que méditer les réflexions de Hans Kelsen, « père » du contrôle de constitutionnalité en Europe. Malgré son argument dit de « l'aiguilleur » consistant à avancer que le tribunal qui constate qu'une loi est contraire à la constitution ne porte pas un jugement de valeur sur l'œuvre du législateur mais indique seulement que la loi en cause aurait dû être adoptée

en la forme constitutionnelle et non pas législative, Kelsen s'inquiétait cependant d'un excessif pouvoir des juges et de l'offense à la démocratie qui en résulterait. Il indiquait en effet que le constituant devait s'abstenir de toute « phraséologie » consistant à écrire des valeurs et des principes vagues tels que liberté, égalité, justice ou équité « qui pourraient conduire un tribunal constitutionnel à annuler une loi au motif qu'elle est simplement injuste et inopportune ». Il ajoutait « La puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable<sup>2</sup> ». En d'autres termes, la phraséologie constitutionnelle reviendrait à substituer le choix politique du juge à celui du législateur et à consacrer le gouvernement des juges.

Partant du constat que les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés sont toujours vagues, utilisant naturellement des termes aux contours imprécis et au contenu relatif tels qu'égalité, nécessité ou, plus subjectif encore, dignité, il convient de composer l'institution de contrôle de telle sorte que les jugements de valeur qu'elle est contrainte de porter ne constituent pas une atteinte manifeste et illégitime à la démocratie.

Examinons donc les principaux reproches adressés aux modalités actuelles de désignation des membres du Conseil constitutionnel pour en apprécier la pertinence au regard du critère précédemment dégagé consistant donc à éviter un « insupportable » gouvernement des juges.

## II. Les anciens présidents de la République, membres de droit

Sur ce point, il n'y a vraiment plus à tergiverser : les anciens présidents de la République n'ont rien à faire au Conseil constitutionnel. Non point qu'ils n'aient pas, par principe, la compétence ou la légitimité nécessaires, loin s'en faut, mais l'expérience de ces dernières années a trop montré ce que l'on redoutait depuis longtemps : la seule et désinvolte recherche d'un confortable complément de retraite en forme de jeton d'absence<sup>3</sup>. L'image et le budget de la République

<sup>1</sup> O. Cayla, « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, n° 100, 1998, p. 108.

<sup>2</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP* 1928, pp. 240 et 241.

<sup>3</sup> A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, « Les membres de droit du Conseil constitutionnel », *Revue administrative* 1986, n° 2333, p. 455.

souffrent déjà trop des cumuls et absentéismes de toutes sortes pour que l'on se permette de continuer à verser ouvertement un traitement conséquent à des « grands » absents. C'est non seulement le Conseil constitutionnel qui pâtit de ce dilettantisme mais la fonction même de chef de l'État qui se trouve rétroactivement abîmée par cet opportunisme. Le souvenir de l'élégance gaulienne est, sur ce point aussi, particulièrement cruel. L'on veut bien comprendre qu'un ancien président de la République s'ennuie au Conseil constitutionnel mais, dans ce cas, pas de travail, pas de salaire.

### III. Parité, diversité et autres vanités

Dans la logique de la *doxa* politiquement correcte qui impose désormais de vouloir « représenter », non seulement au parlement mais encore dans toutes les institutions publiques ou privées, des groupes de personnes déterminées par leur sexe, leur pigmentation de peau, leur handicap, leurs goûts sexuels, leur religion, leur tour de taille ou leur texture de cheveux, il se trouve désormais des juristes assez oublieux des principes de la Révolution française, pourtant écrits dans la Constitution, pour stigmatiser le « vieux club de mâles en fin de carrière politique » qui siégerait au palais Montpensier<sup>4</sup>. Ces impatientes s'offusquent de ce que la moyenne d'âge actuelle de soixante-huit ans (hors membres de droit) altérerait « l'image de dynamisme et de renouveau » donnée au Conseil par la QPC ainsi que « l'image de représentativité sociale de l'institution qui devra se prononcer sur des questions d'homoparentalité et de biotechnologie ». Ils ajoutent cependant que « cela ne serait rien, ou pas grand-chose si quelques femmes avaient fait leur entrée au Conseil constitutionnel », sans que l'on sache si ces quelques femmes auraient dû être recrutées sur le seul critère de leur sexe et donc indépendamment de leur âge et idéologie ou s'il eût également fallu qu'elles aient moins de quarante ans et qu'elles s'engagent à interpréter la Constitution dans un sens favorable à l'euthanasie et à l'adoption par des personnes de même sexe. Ce type de préoccupation semble

avoir effectivement été pris en compte récemment à la Cour constitutionnelle de Karlsruhe puisque plusieurs sites Internet militants se sont réjouis qu'une « professeure de droit public et de *gender studies*, féministe et ouvertement lesbienne » ait été nommée à l'initiative des Verts, ce critère étant présenté comme « un énorme atout pour la Cour ».

Comme toujours dans les revendications de ce type, il est difficile de savoir si la diversité est recherchée pour elle-même, parce que toute institution devrait simplement et physiquement être un miroir sociologique et biologique de la société, ou si ce qui est attendu des individus ainsi recrutés est, en plus, un comportement militant de porte-parole du groupe dont il s'agirait de favoriser les « intèrêts » dans l'interprétation et l'application de la Constitution<sup>5</sup>. Dans tous les cas, l'on ne peut que constater le caractère féodal, et donc parfaitement contraire à la philosophie révolutionnaire et à l'« identité constitutionnelle » de la France, d'une démarche consistant à vouloir partager le « gâteau » institutionnel entre différentes communautés<sup>6</sup>. L'on s'abstiendra donc ici de suggérer une quelconque institution politique de *quotas*, de droit ou de fait, dans les nominations au Conseil constitutionnel.

### IV. Quelles compétences ?

Quel type de « compétences particulières » faut-il détenir pour vérifier, par exemple, la compatibilité de l'article 544 du Code civil avec les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ? *A priori* aucune, un enfant saurait constater l'identité d'inspiration de ces textes, mais un historien ou un philosophe pourrait mieux encore en analyser la commune substance. De quel savoir particulier faut-il être titulaire pour juger du moment idéal d'intervention de l'avocat en garde à vue ou du juge judiciaire pour contrôler un internement psychiatrique, de façon à concilier au mieux la sécurité publique et la sûreté individuelle ? Assurément une bonne expérience politique et une connaissance, directe ou indirecte, des réalités judiciaires, conviennent. Ce sont là des questions qu'examinent en permanence les membres du gouvernement, les ministères et le Conseil d'État

<sup>4</sup> M.-L. Basilien-Gainche, Ph. Blacher, F. Chaltiel, B. François, J.-Ph. Heurtin, *Le Monde*, 3 mars 2010.

<sup>5</sup> J.-M. Denquin, « Démocratie participative et démocratie semi-directe », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* 2007, n° 23, « La Citoyenneté », dir.

A.-M. Le Pourhiet, p. 97.

<sup>6</sup> A.-M. Le Pourhiet, « Sexe, constitution et société », *Joly Sociétés*, mai 2010, n° 5, p. 103.

ainsi que les parlementaires, particulièrement les rapporteurs des projets et propositions de lois. On ne voit donc pas en quoi d'anciens parlementaires ou ministres seraient par nature moins compétents en la matière que des professeurs de droit, des avocats ou des magistrats.

Certes, l'accumulation des décisions du Conseil constitutionnel a créé sur de nombreux sujets des précédents jurisprudentiels qu'il convient d'avoir à l'esprit pour éviter de fâcheuses contradictions. Certes aussi, dès lors que le Conseil apprécie, dans le cadre de la QPC, non pas seulement la lettre d'un texte mais l'interprétation constante qu'en ont donnée les Cours suprêmes, il faut aussi pouvoir connaître la jurisprudence administrative ou judiciaire sur la question posée. Mais c'est le travail mémoriel et technique du service juridique du Conseil de préparer le rappel du droit positif « vivant » aux fins d'examen par le rapporteur qui aura ensuite à présenter l'état du droit à ses collègues. L'on ne voit pas en quoi les trois anciens parlementaires récemment nommés au Conseil constitutionnel ne seraient pas « préparés à la tâche éminemment sensible<sup>7</sup> » qui est la leur, bien au contraire, ils ont *a priori* toute l'expérience et la légitimité nécessaires pour ce faire.

Mais, nous dit-on aussi, les nominations en cause « paraissent avoir été soucieuses de tenir des promesses passées » ou de « recaser des amis politiques » dans une démarche où « la faveur du prince vaut compétence ». On aimerait bien savoir où et dans quel système la faveur de l'autorité qui nomme ou de la majorité de l'assemblée qui élit ou donne son avis serait absente. Quant à prétendre que la nomination d'un magistrat, d'un universitaire ou d'un avocat exclurait tout critère idéologique, c'est vraiment faire montre d'une naïveté (ou d'une perversité) stupéfiante. À qui fera-t-on croire que la nomination précitée d'une juriste universitaire à la Cour constitutionnelle allemande n'a pas obéi à une sélection parfaitement idéologique ? À qui fera-t-on croire encore que les lourdes auditions du Sénat américain ne compor-

tent pas de questions idéologiques ? Et qu'est-ce donc qu'une Constitution si ce n'est l'acte idéologique par excellence ? Depuis quand la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 seraient-ils devenus des normes techniques dont la manipulation exigerait une formation spécialisée pointue et laborieuse ? Prétendre vouloir composer le Conseil constitutionnel de seuls juristes professionnels simplement agrémentés de particularités biologiques, ethniques ou sexuelles censées orienter l'interprétation de la Constitution dans l'intérêt de lobbies catégoriels est absurde et très inquiétant.

La seule chose que l'on puisse demander aux trois autorités de nomination est évidemment de veiller à choisir des personnalités capables de respecter le serment qu'elles devront prêter, c'est-à-dire les règles déontologiques fixées par l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 et le décret du 13 novembre 1959 qui ont été trop souvent égratignées par le passé.

Il n'y a donc, à notre avis, rien d'essentiel à reprocher ni à rajouter à l'article 56 de la Constitution, seul le second alinéa sur les membres de droit est à supprimer. Notre seule suggestion, liée à l'introduction de la QPC et à l'augmentation de la charge de travail qui en résulte, serait de porter à douze le nombre des membres nommés.

L'on pourrait peut-être observer aussi un déséquilibre dans les procédures organisées par la révision constitutionnelle de 2008 en ce que les candidats pressentis par les présidents de chambres sont soumis à une procédure moins lourde et complexe que le candidat proposé par le président de la République. Peut-être conviendrait-il donc d'harmoniser les choses en prévoyant que le candidat du chef de l'État soit nommé après délibération en Conseil des ministres tandis que ceux des présidents de chambre le soient après délibération de leurs commissions des lois respectives, à moins de les soumettre tous, à égalité, à l'avis et l'éventuel veto des commissions permanentes des deux assemblées.

<sup>7</sup> Tribune précitée, *Le Monde*, 3 mars 2010.



# Petit cinq du Grand B

## Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle<sup>1</sup> !

**Paul Cassia**

Professeur à l'École de droit de l'Université Panthéon-Sorbonne

**Thomas Clay**

Professeur à l'Université de Versailles - Saint-Quentin  
Doyen de la faculté de droit et de science politique

**À** l'heure où le Conseil constitutionnel n'a jamais semblé aussi puissant, le voilà qui risque de disparaître dans sa forme actuelle, emporté par des exigences européennes qui le dépassent et qu'il ne respecte plus.

C'est la conséquence inattendue et inévitable des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), qui permettent désormais à tout justiciable de demander dans tout procès si la loi qu'on prévoit de lui appliquer est conforme ou non à la Constitution<sup>2</sup>. Cette question est susceptible d'être transmise au Conseil constitutionnel, à qui il revient de se prononcer sur la conformité du texte qui lui est soumis. Or, du fait du mode de nomination des membres du Conseil, il se trouve que certains d'en-

tre eux se voient en situation de juger la constitutionnalité d'une loi à l'élaboration de laquelle ils avaient participé dans des fonctions antérieures.

Telle est la contradiction qu'a ingénieusement soulevée le département de Saône-et-Loire dans un contentieux relatif à l'absence de compensation financière corrélative aux transferts de compétences de l'État en direction des départements. Plus précisément, le département de Saône-et-Loire a mis en cause la composition du Conseil constitutionnel au moment où celui-ci avait examiné la QPC, au motif que six des onze membres avaient contribué à l'adoption des lois attaquées devant le Conseil.

Le département a donc agi en récusation de

<sup>1</sup> Cet article a fait l'objet d'une première publication dans les pages « Rebonds » du quotidien *Libération* (28 juill. 2011, p. 21).

<sup>2</sup> Cf. *Libération* du 7 juillet 2011 : « À ce jour environ 2 500 QPC ont été déposées devant les juges de première instance et en appel. Après le premier filtre du Conseil d'État et la Cour de cassation, 172 QPC ont été renvoyées devant le Conseil constitutionnel, qui a pour l'heure rendu 122 décisions : 68 textes ont

été déclarés en conformité avec la Constitution, 18 en non-conformité. En volume, la QPC s'installe dans le paysage juridique, sans atteindre le niveau de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui a 6 000 "QPC" en cours. Logique pour une procédure qui existe depuis plus de soixante ans, comme en Espagne ou en Italie. »

ceux-ci. Par une lettre du 26 mai, le secrétariat général du Conseil a pour la première fois admis l'aporie, fait savoir que deux conseillers acceptaient de ne pas participer au règlement des QPC litigieuses (l'ancien sénateur Michel Charasse et l'ancien député Jacques Barrot) et pris acte de la mise à l'écart volontaire de l'ancien président Jacques Chirac qui « ne participe pas aux travaux depuis mars 2011 ».

La récusation des trois autres membres visés (l'ancien président de l'Assemblée nationale Jean-Louis Debré, l'ancien sénateur Hubert Haenel et l'ancien directeur de cabinet de Jean-Pierre Raffarin à Matignon, Pierre Steinmetz) a été, elle, refusée, sans que l'on ne sache ni par qui, ni quand, ni pourquoi alors que l'incompatibilité paraissait devoir leur être étendue. L'explication est sans doute à trouver dans le fait que le quorum en dessous duquel le Conseil constitutionnel ne peut pas délibérer est légalement fixé à sept membres, ce qui n'a aucun rapport avec les règles du procès équitable.

En outre, il est vrai que le Conseil adopte une conception opportunément souple de l'impartialité dès lors qu'il est lui-même concerné : Michel Charasse a participé à la décision du 6 août 2010 relative au recrutement des enseignants-chercheurs, alors qu'il avait pris publiquement et grossièrement position contre le principe d'« inamovibilité des universitaires » (*sic*). De même, la décision du 16 septembre 2010 relative au fichier national automatisé des empreintes génétiques a été rendue alors que cinq des onze membres s'étaient prononcés sur la question des prélèvements ADN dans le cadre de leurs fonctions précédentes.

C'est pourquoi le département de Saône-et-Loire a immédiatement posé à nouveau la même question, mais cette fois-ci sous la forme plus générale de l'exception d'inconventionnalité, à savoir de la non-conformité du règlement intérieur du Conseil constitutionnel aux principes d'indépendance et d'impartialité garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans ses décisions du 30 juin 2011, le Conseil constitutionnel n'a même pas répondu à cette exception, se contentant de rejeter sur le fond les QPC. Le département de Saône-et-Loire a fait savoir qu'il allait désormais saisir la Cour euro-

péenne des droits de l'Homme, laquelle décide de manière constante que la participation d'un juge à l'adoption du texte soumis ensuite à la juridiction constitutionnelle enfreint le principe d'impartialité.

Le Conseil constitutionnel tel qu'on le connaît aujourd'hui est donc en sursis. Et comment n'en serait-il pas ainsi ? Dans quel pays pourrait-on imaginer que le président de l'Assemblée nationale, qui fait voter les lois, préside ensuite l'organe chargé de vérifier leur constitutionnalité ?

La composition purement politique actuelle du Conseil pouvait être tolérée tant que celui-ci ne contrôlait les lois qu'avant leur promulgation, car le risque de confusion des fonctions était marginal. Mais avec l'avènement de la QPC qui ouvre le contrôle de lois déjà en application, dans tous les contentieux, le Conseil se prononce désormais surtout sur des lois que ceux de ses membres ayant une longue carrière politique ont conçues, soit sur des interprétations de dispositions législatives données par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation à l'époque où ces juridictions étaient présidées par des membres actuels du Conseil constitutionnel, dont les qualités personnelles sont d'ailleurs incontestables.

Or la question de la composition du Conseil constitutionnel ne recèle pas seulement des enjeux procéduraux, loin s'en faut. Ainsi, par exemple, les QPC formées par le département de Saône-et-Loire concernaient le financement de l'ensemble des prestations sociales de redistribution versées par les départements, soit quarante-sept millions d'euros pour ce seul département. Pour l'ensemble des départements, l'enjeu réel de ces QPC est même de trois milliards d'euros. Pouvaient-elles être traitées par ceux-là mêmes qui ont participé à l'adoption des lois querellées ?

Certes, on pourrait répondre que le Conseil se comporte désormais comme une vraie juridiction puisque ses membres peuvent être récusés quand ils sont déjà intervenus, à un autre titre, sur le sujet. Mais un tel argument fait fi de deux éléments problématiques : d'une part, il fait peser sur les requérants une obligation de vigilance considérable, le risque étant systématique au regard du *curriculum vitae* des membres que ceux-ci aient antérieurement à leur nomination au Conseil eu à prendre position sur la disposition législative

attaquée ; d'autre part, la composition à onze membres sera désormais fictive puisqu'à chaque fois certains seront écartés, sans que l'on sache très bien jusqu'à combien de mises à l'écart régulières le Conseil existe encore.

On sait que, depuis longtemps déjà, le mode de composition politique du Conseil constitutionnel est, à juste titre, contesté. Le fait que les membres soient désignés par les présidents de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale, laisse craindre qu'ils le soient parfois en remerciements de services rendus, si ce n'est en prévision de services à rendre. Qui ne se souvient des conditions dans lesquelles les comptes de la campagne présidentielle d'Edouard Balladur ont été validés en 1995 ou celles dans lesquelles a été obtenue, en 1999, l'immunité pénale du président de la République d'alors, celui-là même qui en est membre aujourd'hui ? Le Conseil constitutionnel s'est transformé en lieu d'expression de la gratitude politique.

Avec la QPC, ce mode de composition est devenu inacceptable et potentiellement inconvenant. Une juridiction qui contrôle les lois en vigueur au regard des droits et libertés constitutionnels et qui est, au surplus, juge électoral, ne doit être suspecte en aucune manière. Il faut donc nécessairement repenser les conditions de nomination au Conseil, en privilégiant le pluralisme et la compétence juridique à toute accointance politique, comme dans toutes les démocraties modernes.

On pourrait par exemple élire les conseillers à la majorité des deux tiers des députés, éventuellement sur proposition du président de la République, et en supprimant, au passage, l'héritage monarchique qui permet aux anciens présidents de la République d'en être membres de droit. Il faut aussi donner aux seuls parlementaires, c'est-à-dire aux auteurs de la loi, et non au gouvernement, le soin de défendre celle-ci au cours du procès constitutionnel.

Au-delà du Conseil constitutionnel, c'est toute l'architecture institutionnelle qu'il faudra nécessairement rebâtir et l'onde de choc de la requête en récusation partiellement accueillie en l'espèce n'a pas fini de se propager. Sous les coups de boutoirs des exigences du procès équitable, elle pourrait atteindre toutes les institutions où règne la confusion des genres et des fonctions, qui sont encore nombreuses dans notre République.

Dans l'immédiat, c'est bien l'avènement d'une vraie Cour constitutionnelle qui se dessine, comme depuis longtemps le préconisent les promoteurs de la VI<sup>e</sup> République, sur laquelle ne planerait pas en permanence l'ombre de la suspicion. Une sorte de nouveau modèle qui serait sans doute repris dans tous les pays où cette juridiction suprême est, sous l'inspiration française, encore composée de manière exagérément politicienne. Une cour suprême doit avoir l'apparence irréprochable de la noble mission qu'elle prétend remplir, sans quoi elle prend le risque de la déconsidération.

# Petit six du Grand B

## Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel

**Julien Boudon**

Professeur à l'Université de Reims

**S**i la composition du Conseil a peu suscité le débat en 1958<sup>1</sup>, elle est aujourd'hui sévèrement critiquée. La doctrine juridique – celle des universitaires – s'émeut en effet depuis dix ou vingt ans de ce qui apparaît comme une remise en cause des principes d'indépendance, d'impartialité, de permanence et de compétence<sup>2</sup>.

1. En premier lieu, le sort des anciens présidents de la République a été discuté : on sait que De Gaulle voulait, en 1958, ménager une porte de sortie honorable à René Coty. Que celui-ci, ainsi que Vincent Auriol (jusqu'en 1960), aient activement participé aux travaux du Conseil ne gênait pas à l'époque : d'abord parce que les présidents de la IV<sup>e</sup> République n'étaient pas des capitaines, pour reprendre l'expression célèbre de Jean Massot, ensuite parce que le Conseil consti-

tutionnel se bornait à régler les rapports entre les pouvoirs publics, selon les termes de la décision du 6 novembre 1962 – le « bloc de constitutionnalité » ne comprenait pas encore les droits et libertés. Ce fut chose faite à partir de 1971, la protection des droits et libertés prenant un tour nouveau en 2008 avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans notre ordre juridique. Sous la V<sup>e</sup> République, les présidents de la République sont devenus des autorités politiques de premier plan et le contentieux constitutionnel a pris du muscle. C'est pourquoi, lors de la préparation de ce qui allait devenir la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il avait été question de supprimer le privilège des anciens présidents de la République, celui de siéger de droit au Conseil constitutionnel. L'actuel locataire

<sup>1</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, La Documentation française, t. 1, 1987, p. 383 et 535, t. 2, 1988, p. 145, t. 3, 1991, p. 162-163 et 372-375. Cela ne signifie pas que le projet de Constitution n'a pas été sérieusement amendé : on parlait d'un Conseil composé de neuf membres certes, mais nommés pour quatre d'entre eux par le président de la République, les présidents des deux assemblées parlementaires en désignant deux chacun – différence notable, le neuvième membre était élu par les huit premiers, c'est le Conseil qui choisissait son président, tandis qu'il

n'était pas prévu que les anciens présidents de la République viennent y siéger, enfin le mandat était de dix ans (t. 1, pp. 383 et 387). Le dispositif actuel prenait ses traits dès le milieu de juillet (p. 466), sauf la durée du mandat – il fut ramené à neuf ans lors de la discussion au Conseil d'État (t. 3, p. 162-163).

<sup>2</sup> P. Wachsmann, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus politicum* n° 5, disponible sur le site [www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com) ; O. Beaud et P. Wachsmann, « Révisons la Constitution », *Le Monde*, 11 mars 2011.

du palais de l'Élysée y aurait été favorable, dit-on dans les milieux autorisés, tandis que le comité Balladur préconisait la suppression pure et simple du deuxième alinéa de l'article 56. On envisageait même de leur accorder un siège de sénateur à vie, comme en Italie (article 59 de la Constitution de 1947). Finalement, le *statu quo* a prévalu, sans qu'on puisse en démêler les raisons : peur de vexer les présidents Giscard d'Estaing et Chirac ? De donner le sentiment d'un règlement de comptes tardif, qui aurait peiné une partie des troupes UMP ? Déjà, en 1958, c'est par un sec « N'insistons pas ! » que Paul Raynaud avait clos la discussion quant à la présence des anciens présidents de la République<sup>3</sup>.

2. En second lieu, on regrette souvent le mode de nomination « politique » des membres « ordinaires » du Conseil, c'est-à-dire la désignation par des autorités politiques, à raison de trois membres par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. Il s'agit d'un faux problème : ainsi que le prouvent nombre d'exemples étrangers, la nomination « politique » en tant que telle n'est pas contestable – ainsi aux États-Unis où la désignation des juges fédéraux suppose une proposition du président américain et un assentiment du Sénat. Le système français pêche parce que des hommes (dans la double acception du terme) politiques nomment des femmes et des hommes politiques. Le dernier renouvellement complet en 2010 est trop caricatural pour qu'on y revienne. Il est étonnant de lire ce propos du rapporteur Marcel Martin en août 1958 au Conseil d'État : « On peut penser, d'ailleurs, que ces personnalités seront choisies parmi des juristes et des personnes de classe<sup>4</sup> ». Or le personnel politique, quel que fût son parcours académique et quelles que fussent ses activités passées, n'est pas rompu au monde du droit comme le sont des professionnels. Il faudrait donc, comme en Italie (article 135 de la Constitution) ou comme aux États-Unis (dans les faits), que les conseillers fussent pris parmi les magistrats, les avocats ou les professeurs de droit. À l'heure actuelle, seuls les magistrats sont représentés : ils sont trois sur

neuf, deux de l'ordre administratif et un de l'ordre judiciaire (quatre si on veut bien y inclure Mme Bazy-Malaurie, qui vient de la Cour des comptes). De son côté, le président Debré a occupé des fonctions politiques éminentes, ainsi que les trois membres désignés au printemps de 2010 : MM. Jacques Barrot, Michel Charasse et Hubert Haenel. La politisation de l'institution est à nos yeux secondaire ; l'essentiel est que le Conseil constitutionnel n'est pas une juridiction peuplée exclusivement de juristes (comme c'est le cas à peu près partout dans le monde occidental). Les conséquences en apparaissent avec plus de clarté aujourd'hui qu'hier : la question prioritaire de constitutionnalité réclame des connaissances en droit privé et en droit pénal qui sont l'apanage d'un seul membre du Conseil sur neuf (le président Canivet). Ce qui était tolérable autrefois le devient moins. Il est hors de question de contester la compétence, de façon générale et abstraite, des membres du Conseil ; force est de constater, c'est un « publiciste » qui parle, que le Conseil est mieux armé pour résoudre les difficultés de droit public ou de procédure que celles qui ressortissent étroitement au droit privé (et au droit pénal, qui est un droit public, comme chacun sait).

3. Un troisième reproche peut enfin être adressé au Conseil – et il est la suite directe de sa composition. Il s'agit de la discontinuité au sein du Conseil : on se rappelle que M. Roland Dumas s'est mis en congé temporaire du Conseil – « même sans texte », pourrait-on dire malicieusement – le 24 mars 1999, avant d'en démissionner en 2000. De même, Mme Simone Veil s'est mise en congé du Conseil pendant quelques mois en 2005 pour défendre le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Que penser alors de l'indépendance et de l'impartialité de Mme Veil dès lors que la construction européenne eût été en cause dans le cadre d'un contrôle *a priori* des traités (article 54 de la Constitution) ? Le reproche s'adresse surtout aux membres de droit (si on accepte de mettre de côté l'examen des règles de dépôt dans les décisions « QPC »). Les anciens présidents de la République siègent au coup par coup,

<sup>3</sup> *Documents pour servir...*, t. 2, p. 171. Le Comité consultatif constitutionnel repoussait définitivement un amendement présenté par M. Bruyneel (pp. 145-146). Pourtant, c'est tardivement, le 15 juillet 1958, que le privilège des an-

ciens présidents de la République a été introduit dans le projet de Constitution (t. 1, p. 437).

<sup>4</sup> *Documents pour servir...*, t. 3, p. 372.

notamment en fonction de l'intérêt qu'ils accordent à telle ou telle matière : c'est vrai pour le contrôle « DC » (ainsi les présidents Giscard d'Estaing et Chirac ont statué le 7 octobre 2010 sur la loi « interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public »), c'est encore plus vrai pour le contrôle « QPC » : on sait que M. Giscard d'Estaing n'a jamais siégé en cette circonstance

(par hostilité au contrôle *a posteriori* des lois, dit-on), et que M. Chirac n'a siégé que pour les quatre premières décisions « QPC » – et plus jamais depuis. Pourtant, la permanence d'une juridiction – le Conseil d'État devrait aussi en tirer des leçons pour ce qui concerne la section du contentieux – est une qualité éminente : elle est bien souvent la garantie ou le signe de son impartialité.

# Petit sept du Grand B

## La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel<sup>1</sup>

**Olivier Beaud**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**Patrick Wachsmann**

Professeur à l'Université de Strasbourg

La défense de l'un des prévenus dans le procès relatif aux emplois fictifs de la Ville de Paris où se trouve également en cause Jacques Chirac a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) que le tribunal correctionnel a transmise à la Cour de cassation, comme la possibilité en est ouverte depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010.

De ce fait, il se trouve qu'en l'espèce, la réponse à cette question intéresse de fort près un ancien président de la République, en tant que tel membre de droit du Conseil constitutionnel, c'est-à-dire de l'instance qui serait appelée à trancher la question si celle-ci lui était renvoyée par la Cour de cassation.

Cette situation pose de très graves problèmes – si graves qu'il vaudrait mieux, pour la crédibilité de nos institutions et de la répression pénale que le Conseil ne soit pas saisi et que

l'épisode serve au moins à provoquer d'urgence une révision constitutionnelle portant sur la composition du Conseil.

Celle-ci présente, en effet, une double anomalie que l'« affaire Chirac » rend patente. La première tient à la présence des anciens présidents de la République. Voulu par de Gaulle pour procurer aux titulaires de la plus haute charge, après la cessation de leurs fonctions, une rémunération accordée à leur qualité, cette particularité française ne se justifie plus depuis que le Conseil constitutionnel a pour fonction principale de contrôler la conformité des lois à la Constitution, mission pour l'exercice de laquelle les anciens présidents de la V<sup>e</sup> République n'ont ni la formation ni le recul nécessaires.

Le Comité Balladur en avait pris acte et avait recommandé la fin de l'institution des membres de

<sup>1</sup> Cet article a fait l'objet d'une première publication dans le quotidien *Le Monde* du 11 mars 2011 sous le titre « Révisons la Constitution ».



droit. Cette suggestion n'a pas été retenue par M. Sarkozy et donc pas davantage par le Congrès qui a adopté la révision constitutionnelle de 2008 créant la procédure de la QPC. De sorte qu'on se retrouve aujourd'hui dans la situation pénible où l'un de ses membres a un intérêt majeur à ce que le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle une loi en application de laquelle il est poursuivi.

Il a certes indiqué qu'il ne siégerait pas dans cette affaire et même qu'il cesserait de paraître au Conseil tant que la chose ne serait pas réglée. Le problème n'en est pas résolu pour autant, puisqu'il ne cesse pas, et d'ailleurs ne peut cesser, d'appartenir au Conseil. Par ailleurs, les neuf membres nommés n'échappent pas à la malédiction de cette affaire, et c'est là une seconde anomalie. À l'inverse de toutes les cours constitutionnelles européennes dont il se proclame pourtant l'égal, le Conseil constitutionnel français ne voit sa composition soumise à aucune règle exigeant la moindre compétence de ses membres en matière juridique.

Président de la République, président de l'Assemblée nationale, président du Sénat désignent qui ils veulent et ne se sont jamais privés d'exercer ce pouvoir avec une désinvolture coupable, du général de Gaulle nommant un médecin à Bernard Accoyer désignant son mentor politique, en passant par François Mitterrand nommant un préfet en raison de sa connaissance approfondie des problèmes de terrain et de la province...

Alors que le dispositif de la QPC était adopté et que le Conseil constitutionnel était censé devenir une juridiction chargée de garantir concrètement les droits et libertés garantis par la Constitution, les trois nominations de février 2010 (MM. Michel Charasse, Jacques Barrot et Hubert Haenel) ont, de façon contradictoire, confirmé la tendance

à privilégier le recrutement d'anciens hommes politiques au sein du Conseil.

Les membres nommés par Jacques Chirac, au demeurant, ne devraient guère se sentir très à l'aise pour statuer sur une question déterminante pour son sort. L'un d'entre eux, le président du Conseil constitutionnel, a d'ailleurs annoncé qu'il se déporterait si la question devait être transmise.

Plus largement, cinq membres nommés sur neuf sont actuellement des hommes politiques, ce qui fait sept membres sur onze en comptant les anciens présidents de la République. Hors la Belgique, où la chose est institutionnalisée (la Cour constitutionnelle est composée pour moitié d'hommes politiques et pour moitié de personnalités aux compétences juridiques reconnues), cette présence massive des hommes politiques au sein de l'instance chargée de statuer sur la constitutionnalité des lois singularise regrettamment notre pays.

Elle ne doit pas être confondue avec la question des influences politiques qui ne peuvent pas ne pas s'exercer dans le choix des membres d'une cour constitutionnelle : du moins les personnalités nommées peuvent-elles justifier d'une capacité à juger attestée par une longue carrière de magistrat ou de professeur de droit. Cette singularité hypothèque fortement l'autorité du Conseil constitutionnel, particulièrement dans une affaire dont la dimension politique n'a que trop tendance à éclipser toutes les autres.

D'un mal peut naître un bien : cet épisode devrait appeler une révision de la Constitution supprimant les membres de droit et exigeant des futurs membres une compétence juridique reconnue. Cela ferait enfin de l'instance chargée de statuer sur la constitutionnalité des lois une Cour constitutionnelle à part entière.

# Petit huit du Grand B

## Appel au calme (sur la composition du Conseil constitutionnel)

**Denys de Béchillon**

Professeur à l'Université de Pau

**L**e thème de la composition du Conseil constitutionnel alimente une contestation de plus en plus stéréotypée. Il n'est donc pas inutile de s'efforcer à un peu de distance critique sur ce marronnier de la conversation juridique. Cela suppose de neutraliser autant que possible la pure subjectivité des aversions individuelles dont tel ou tel membre (variable) peut faire l'objet, postulant qu'aucun système au monde ne les évitera jamais et que *de gustibus et coloribus non disputandum...* Plus profondément, cela requiert de souhaiter faire la part du certainement contestable et de ce qui l'est beaucoup moins. Attachons nous-y un instant.

**I.** Au chapitre de ce qui gagnerait, sans guère de contredit, à faire l'objet d'une réforme rapide, retenons surtout que les anciens présidents de la République n'ont rien à faire là, et que leur remplacement par trois membres différemment nommés présenterait de sérieux avantages.

Sur le premier point, tout est dit depuis longtemps, et il faut regretter que la proposition (d'éviction) du comité Balladur n'ait pas été entendue par le constituant. Il est d'une rare évidence qu'une démocratie comme la nôtre ne peut pas ne pas se soucier de conserver un statut et une protection à celui qui a présidé à sa destinée. Mais on peine à trouver pire solution que celle consistant à lui attribuer la qualité d'un juge, désintéressé et impartial par construction<sup>1</sup>. Rien n'est plus politique que la fonction de président de la cinquième République élu au suffrage universel ; rien n'est donc plus éloigné du canon du ministère juridictionnel. S'ajoute à cela que, appliquée comme désormais à des élus encore jeunes, l'interdiction faite au président d'exercer plus de deux mandats le placerait en situation durable et quasi automatique d'avoir à connaître de lois qu'il a lui-même inspiré. On voit mal qu'il soit satisfaisant de régler cette problématique

<sup>1</sup> QPC aidant, c'est de cela qu'il s'agit sans conteste, aujourd'hui plus qu'hier. En outre, l'actuelle pratique d'absence des actuels intéressés aux séances de QPC n'est précisément rien d'autre qu'une pratique, d'ailleurs difficile à justifier de

manière sérieuse. Il n'y a donc pas lieu d'en tenir compte pour apprécier la vertu du modèle.

structurelle par l'usage – conjoncturel – du déport, voire de la récusation : la porte resterait trop grande ouverte à des contestations toxiques pour l'institution. Par ailleurs, il est dommage par principe d'affadir la parole politique des anciens présidents en les assujettissant à l'obligation de réserve des membres du Conseil. S'il est bien un domaine dans lequel leur capital d'expérience – et leur liberté de ton – peut continuer de servir l'État, c'est celui de l'expression publique la plus libre s'ils souhaitent en user. Raison de plus pour ne les en priver en rien. Décidément, la solution italienne du sénateur à vie n'est pas la plus mauvaise.

Sur le second point, on s'autorisera à redire qu'un bénéfice net s'attacherait à ce que le nombre de membres du Conseil soit porté de neuf à douze, les trois personnalités ajoutées étant respectivement nommées, non par l'autorité politique, mais par les trois juridictions supérieures du pays : la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour des comptes. L'avantage obtenu serait quadruple. En premier lieu, le Conseil serait mieux à même de faire face à l'important accroissement de sa charge de travail depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité. En deuxième lieu, l'assurance serait toujours donnée de disposer dans ses rangs de juges expérimentés, avec tout ce que cela comporte d'avantages, notamment au plan procédural. En troisième lieu, un lien organique constant serait tissé entre les juridictions du filtre et le Conseil constitutionnel, ce qui faciliterait la compréhension mutuelle. En quatrième lieu enfin, l'apparition d'une modalité non politique de nomination contribuerait sans doute au refroidissement de la critique rituelle dont le Conseil fait l'objet.

**II.** Reste à savoir si d'autres évolutions textuelles sont aussi nettement souhaitables. Rien n'est moins sûr.

Faut-il modifier les conditions posées *a priori* pour se voir nommer au Conseil constitutionnel ? Comme on le sait, il est souvent soutenu que l'instauration d'une garantie de compétence juridique serait de nature à améliorer les choses. On a le droit de n'être pas convaincu. *Primo*, il n'est pas interdit d'observer à la lumière de la situation actuelle que la quasi-totalité des membres du Conseil constitutionnel détient un diplôme de droit ou la qualité d'ancien élève d'une école

réputée n'être pas inapte à la formation juridique de ses ressortissants... Les textes seraient-ils différemment rédigés que cela n'aurait à peu près rien changé à la composition d'aujourd'hui. *Secundo*, mieux vaudrait ne pas sombrer dans l'aveuglement scolastique : la formation juridique, y compris de haut niveau, s'acquiert aussi à l'expérience de certains métiers, dans l'administration publique, dans les assemblées parlementaires, voire dans le secteur privé. En troisième lieu, on ne voit pas très bien où et comment placer sérieusement le curseur de ce que serait la dignité juridique suffisante. L'inscription dans le marbre de l'obligation de détenir un Master fermerait la porte du Conseil constitutionnel – entre autres – à l'immense majorité des anciens membres de l'École nationale d'administration et joindrait le ridicule au dysfonctionnel. Et s'il fallait resserrer la maille au niveau du doctorat, ce sont aussi les magistrats de l'ordre judiciaire qui, de nouveau dans leur immense majorité, se verraient interdire de siéger rue Montpensier... Dans ce domaine, la vérité des choses est, qu'on le veuille ou pas, que l'aptitude à mener une discussion juridique de haut niveau ne saurait se résumer à la détention d'un titre académique. Notre expérience universitaire nous enseigne assez l'existence, y compris dans nos propres rangs, de gradés peu aptes et de têtes aussi bien pleines que dépourvues de génie. Quant à l'expérience pratique – celle de la vie du droit comme celle de la vie politique – elle nous met, plus souvent qu'on ne le dit, au contact d'esprits « profanes » mais déliés et parfaitement capables de réfléchir avec finesse et puissance à des questions de droit difficiles dans un environnement idoine. La vérité du diplôme est que le diplôme ne suffit jamais à établir ces vertus et ces talents dont la Déclaration de 1789 a fait le seul critère qui vaille.

Ajoutons à cela deux précisions. D'abord, la diversité et la complexité des sujets que le Conseil constitutionnel a pour mission d'aborder s'accroissent au plus haut degré d'une forte diversité de sa composition. Il est intrinsèquement bon, pour l'intelligence des problèmes à traiter, que le Conseil comporte en son sein de fins connaisseurs des questions financières, d'excellents experts de la vie parlementaire, d'anciens hauts fonctionnaires ayant exercé d'importantes responsabilités exécutives, etc. Qu'une place doive

être faite à des spécialistes du droit constitutionnel *stricto sensu* n'est évidemment pas discutable. Mais cela n'enlève rien à l'importance qui s'attache au maintien d'une forte hétérogénéité des trajets personnels et des compétences des membres. Ensuite, et peut-être surtout, il serait déraisonnable – pour ne pas dire plus – de perdre de vue que les qualités les plus éminentes pour siéger au banc d'une Cour suprême sont et restent avant tout des *qualités*, c'est-à-dire des denrées éminemment subjectives et sensibles. Sous ce rapport, cela restera toujours l'affaire singulière des autorités de nomination – avec ce que cela peut supposer de courage et d'inconfort assumé – que de choisir les personnalités les plus stimulantes et les plus capables. Aucun texte, jamais, ne contraindra personne à agir de la sorte. L'acte de nomination, d'où qu'il provienne, reste et restera un acte de responsabilité, et comme tel fragile, aléatoire, exposé au renoncement et aux petits calculs. Une affaire humaine, en quelque sorte...

Faut-il renforcer les procédures de contrôle des nominations, en particulier dans l'arène parlementaire pour corseter tout de même un peu les choses ? Pas si facile. L'actuel système français – dans lequel une majorité de trois cinquièmes est requise pour que la confirmation du nom avancé par le président de la République soit refusée – n'a sans doute rien d'idéal, mais l'idéal n'est pas de ce monde. L'inversion de la règle actuelle, par exemple, qui imposerait l'*accord* de la commission parlementaire compétente à la majorité des trois cinquièmes, n'aurait pas forcément d'effet vertueux. Redoutable est en effet la perspective, très probable, d'un accord impossible des parlementaires sur autre chose que le personnage le plus gris et le moins gênant. On peut rêver mieux, surtout pour qui professe « d'améliorer » la composition du Conseil constitutionnel... Quant à la pratique américaine où, comme on le sait, les audiences de confirmation sont à la fois longues et dures, voire terriblement exigeantes, il n'est pas démontré qu'elle soit reproductible sous nos latitudes – ne serait-ce que parce que nos assemblées parlementaires n'ont pas (du tout) cette culture politique<sup>2</sup>. Rien ne les empêche, au demeurant, de

chercher à l'acquiescer, et à faire que les auditions apportent pour de bon le supplément d'âme que l'on attend d'elles, à savoir créer les conditions d'une confiance suffisante du peuple en l'intelligence, l'aptitude, l'objectivité et l'intégrité de ceux qui vont avoir pour office de juger ses lois<sup>3</sup>.

Faut-il aller encore plus loin, et donner aux assemblées parlementaires le pouvoir de nommer elles-mêmes les membres du Conseil constitutionnel ? C'est ce qu'il faut faire si l'on veut exposer l'institution à tous les maux. La nomination parlementaire apporte à coup sûr la tractation la plus éhontée<sup>4</sup>. Elle ne laisse le choix qu'entre la politisation la plus pure et l'émasculatation la plus certaine – rien ne portant mieux au gris le plus gris que le mélange du noir et du blanc, surtout lorsqu'il est agité par ceux qui ne peuvent ni ne veulent jamais s'entendre. On pourra toujours se raconter de belles histoires, mais l'idée d'un *Justice Holmes* élu au Parlement revient à rêver d'un rond carré ! Par voie de conséquence, si, comme l'auteur de ces lignes, on veut voir *Holmes* au Conseil constitutionnel, c'est exactement ce qu'il ne faut pas faire. En outre, l'exemple allemand et espagnol est là pour montrer que l'embolie du système se profile aussi dans le sillage de la nomination parlementaire : il s'y vérifie que l'on va jusqu'à ne nommer personne sur un poste vacant à la Cour constitutionnelle tant qu'un deuxième siège ne se libère pas afin que la majorité et l'opposition puissent faire leur petit marché en toute quiétude réciproque... Encore une fois, la nomination d'un juge constitutionnel procède d'un geste – politique – de responsabilité. Mieux vaut donc ne pas le diluer en le confiant à des entités collectives.

Finissons-en. En matière de justice constitutionnelle comme ailleurs, lorsque l'on ne poursuit pas d'objectif idéologique ou politicien, il faut juger l'arbre à ses fruits et l'ouvrier à ses œuvres. Dans l'esprit de beaucoup, le Conseil constitutionnel présente, sur le papier, de nombreux traits propres à susciter les plus grands dysfonctionnements. Mais le fait est qu'il ne dysfonctionne pas tant que cela. Le bilan de la QPC est, à cet égard, assez parlant. Tout un chacun peut, bien sûr, trouver, dans telle ou telle décision, matière à

<sup>2</sup> Il n'est pas démontré non plus qu'elle soit dépourvue d'inconvénients, le cas échéant graves. Mais ce n'est pas le lieu d'en débattre ici.

<sup>3</sup> Redisons que la télévision de ces audiences de confirmation conditionne leur fonction utile et qu'il n'est pas normal à cet égard que le Sénat ne s'impose pas la

publicité de ces séances comme une règle pure et simple. Il est d'ailleurs dommage qu'on ne l'ait pas inscrite, si ce n'est dans la Constitution, au moins dans les lois organiques.

pester ou, plus doucement, à formuler quelques regrets. Mais la qualité d'ensemble, elle, ne se discute pas si aisément que cela. D'importantes avancées ont été accomplies ; de sérieuses innovations ont été apportées, tant au plan procédural que dans les modes de raisonnement ; on peine à identifier le moindre sujet de scandale – y compris lorsque, comme à nouveau l'auteur de ces lignes, on préférerait que la décision *Burqa* n'ait pas été

ce qu'elle est<sup>5</sup>... C'est considérable. Et c'est en vérité l'essentiel. Tout autre objectif que celui d'une telle satisfaction globale serait, à bien y réfléchir, illusoire ou dément. Mieux vaudrait que les apôtres du changement radical, si prompts à dénoncer et à conclure à l'urgence du grand soir, y réfléchissent un peu plus. Comme disent nos calmes et flegmatiques voisins, *if it ain't broke, don't fix it*.

<sup>4</sup> À quoi s'ajoute le paradoxe piquant par lequel on prône l'indépendance et l'impartialité de celui qui doit être et se montrer *judge* chaque jour un peu plus, et à vouloir politiser à l'extrême les conditions de sa nomination pour produire

cet effet...

<sup>5</sup> D. de Béchillon, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA* 2010, p. 467.

# Exco SOCODEC



**AUDIT & CONTROLE INTERNE - EXPERTISE COMPTABLE & FINANCIERE  
CONSEIL & CORPORATE - EVALUATION & TRANSMISSION D'ENTREPRISE**

**Exco SOCODEC, c'est :**

- 80 spécialistes à votre service.
- 3 implantations en Ile de France et Bourgogne.
- La confiance de plus de 2.300 clients.
- Un environnement technologique de premier plan.
- L'appartenance à un groupe national de plus de 2.000 collaborateurs répartis sur quelques 110 bureaux.
- L'appartenance à un réseau mondial permettant de vous suivre dans le monde entier.

**58 rue de Ponthieu | 75008 PARIS | Tel: 01.70.61.22.00  
www.excocosodec.fr | olivier.perroud@exco.fr**

## **EEA Europe Expertise Assurances**

**L'expertise dans la gestion et l'analyse du risque et du préjudice**



**EEA EUROPE EXPERTISE  
ASSURANCES**

Cabinet d'expertise indépendant près les compagnies d'assurance, offrant réactivité et adaptabilité pour répondre à l'attente et aux besoins de ses clients partenaires.

- Structure indépendante et dynamique, créée à Paris en 1989.
- 25 ans d'expérience en matière d'expertise et de conseil.
- Deux experts, garants d'une approche technique et professionnelle explicite et transparente, mettant à profit leurs compétences pour répondre aux missions dans un souci de qualité et dans le strict respect des règles déontologiques de leur métier.
- Réalisation des travaux par les experts eux-mêmes.
- Implantation à Paris, interventions dans la France entière.

**PREVOIR**

**EVALUER**

**ASSISTER**

**EEA – 75 boulevard Haussmann | 75008 PARIS | Tel: 01.42.68.52.95  
www.europe-expertise-assurances.com | europexpertise@europexpertise.fr**

# Droits fois rien...

Denis Mazeaud, Directeur scientifique, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

---

Les Universités françaises, précisément celles d'obédience juridique, sont depuis quelque temps confrontées à un phénomène relativement récent, qui est celui de la concurrence sur le marché de la formation du droit.

Pendant des lustres, les Universités exerçaient, en ce domaine, un monopole, dans la mesure où tous les diplômés en droit, ou presque, sortaient de leurs rangs. Et puis, avec la bénédiction des autorités publiques, ce monopole s'est effrité. Ainsi, Sciences-Po a déjà créé son école de droit et on peut se demander combien de temps les grandes écoles de commerce vont encore attendre pour partir à l'assaut de ce marché juteux.

La question qui se pose alors inévitablement est celle de savoir si les Universités sont concurrentielles et compétitives, et si leurs offres de formation sont susceptibles de tenir la dragée haute à celles émises par la concurrence.

Plutôt que de tenter d'édifier des remparts institutionnels pour juguler, en pure perte, la concurrence actuelle et à venir, il convient d'adopter une démarche dynamique et offensive. D'autant que si on fait sien le mot de Jean Bodin selon lequel « *il n'est de richesses que d'hommes* », les Universités peuvent dormir sur leurs deux oreilles, tant il vrai que pour l'heure et sans doute pendant quelques décennies encore, l'essentiel des légions d'enseignants-chercheurs exercent leur art au sein de l'Université.

Reste que si elle a encore d'incontestables et incomparables atouts, l'Université souffre aussi de maux qui n'affectent pas ses concurrents. Passons sur les langues ! Tant que des centaines et des centaines d'étudiants pourront entrer à l'Université sans autre forme de procès et s'agglutiner sur les bancs des amphes, il sera impossible, matériellement et humainement, d'offrir à tous un enseignement de langues digne de ce nom, c'est-à-dire en petits groupes et dans des laboratoires spécialement conçus pour cet apprentissage spécifique.

Un autre vice apparent qui affecte les Universités de manière structurelle, entendons par là que dans la configuration actuelle des études universitaires, aucune amélioration digne de ce nom n'est envisageable, consiste dans l'impossibilité de former sérieusement et efficacement les étudiants à l'oral, à la prise de parole. Une fois encore, un tel apprentissage supposerait des investissements dantesques.

D'où le grand intérêt que présentent les associations qui essaient, avec leurs moyens, de combler cette grave lacune. C'est sur l'une d'entre elle qu'on aimerait braquer le petit projecteur incrusté au bout de notre plume, à savoir la conférence Lysias, qui depuis plusieurs années organise sans relâche et avec enthousiasme des concours de plaidoiries et des joutes oratoires.

On aimerait, dans ce petit billet, convaincre tous les étudiants de Paris 2 de s'inscrire à ces concours chaque année, notamment dès la première année. Ainsi, ils pourront se familiariser avec l'art oratoire, si déterminant dans la plupart des professions que beaucoup d'entre eux souhaitent embrasser.

Alors, assassien, assassienne, si vous ne voulez pas sortir muet des rangs de l'Université, ne perdez pas une seule des occasions que vous offre la conférence Lysias et devenez vous aussi des lysiasiens et des lysiasiennes. À chacun de nos lecteurs, j'ai une furieuse envie de dire « Lève toi et parle ! »



## 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*

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](http://www.u-paris2.fr)

## Généalogie successorale Recherche d'héritiers

PARIS

AIX EN PROVENCE

BAYONNE

BEAUNE

CLERMONT FERRAND

LYON

NICE

RENNES

ROUEN

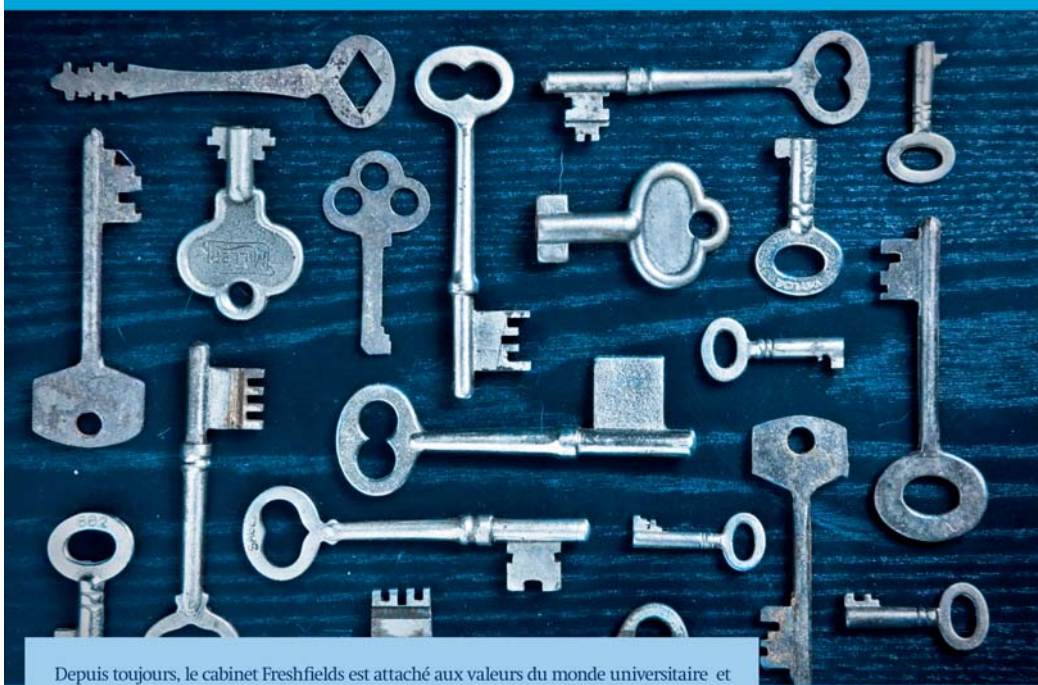
TOULOUSE

IRUN

VARSOVIE



# Relevons ensemble des défis inédits



Depuis toujours, le cabinet Freshfields est attaché aux valeurs du monde universitaire et s'investit auprès des étudiants en droit pour recruter ses futurs avocats.

Chaque année depuis plus de vingt ans, Freshfields s'associe au quotidien Les Echos pour récompenser le meilleur étudiant juriste d'affaires. Ouvert aux élèves de toutes les universités et écoles de droit en France, ce prix s'attache à établir un lien durable entre les praticiens du droit et les étudiants.

En tant que cabinet d'affaires international, Freshfields accompagne également de nombreux projets universitaires en Europe et dans le monde pour promouvoir la formation des juristes, qu'ils s'orientent vers la pratique ou vers la recherche.

Pour toute information sur Le Prix Freshfields du Meilleur Juriste d'Affaires 2012 contactez Alix du Halgouet : [alix.duhalgouet@freshfields.com](mailto:alix.duhalgouet@freshfields.com) – 01 44 56 44 14



## Freshfields

[freshfields.com](http://freshfields.com)

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP