



Revue de droit d'Assas

N° 28 Oct. 2024

Portrait

Philippe Conte, un Montagnard chez les Girondins

Par Maxime Brenaut

Projet

Amicus Radio

Par Sarah Albertin, Leobardo Arango,
Aubin Jupin, Sophie Sontag Koenig

Dossier

La qualité de la norme

Par Guillaume Beaussonie, Catherine Bergeal, Corine Bléry,
François Brunet, Raphaël Dalmasso, Pascale Gonod,
Antoine Gouëzel, Gaëlle Hardy, Sandrine Zientara-Logeay

Perspectives

Droit international privé

Par Bernard Audit, Pascal de Vareilles-Sommières,
Hugues Fulchiron, Hélène Gaudemet-Tallon,
Sarah Laval, Horatia Muir Watt

Rétrospective

« *Doctrine and Discretion in the Law of Contract* », Guenter Treitel

Par Yves-Marie Laithier

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions,
La Grande Arche – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

Lextenso

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

Directeur de la publication :

Stéphane Braconnier

Conseillère de la rédaction :

Emmanuelle Filiberti

Directrice scientifique :

Directeurs éditoriaux :

Nicolas Balat et Étienne Casimir

Cécile Chainais

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteurs en chef :

Loïc Bréhin et Ani Minasian

Comité de rédaction en chef :

Nicolas Chapalin, Stanislas Julien-Steffens,
Coline Mayaudon et Justine Moura

Chargés de la diffusion :

Adèle Geoffret et Zoé Morlan

Chargés du financement :

Mélinda Benhaïem et Clément Gaubard

Comité de rédaction :

Clara Amsallem, Pierre Barthélémy,
Dana Belgacimi, Mélinda Benhaïem,
Tristan Berthoumieux, Jan Borrego Stepniewski,
Alexandre Breteau, Thomas Caracache,
François Chevallier, Sabine Cornillat,
Camille David, Guygonne-Bettina Deker,
Raphaël Galvao, Gêrôme Legros,
Eloïse Le Hénaff, Ariane Leimdorfer,
Geoffrey Perrier, Victor Simon,
Samuel Vétier et Sarah Vivat

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Yves Gaudemet,

Membre de l'Institut,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Michel Humbert,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Yves Lequette,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Laurent Leveneur,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Martine Lombard,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Denis Mazeaud,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Ancien directeur scientifique de la revue

Jacques-Henri Robert,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Louis Vogel,

Membre de l'Institut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Président honoraire de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :

RDA, n° 28, oct. 2024, p. X

En ligne : www.u-paris2.fr

Quelques mots de la rédaction en chef

Loïc Bréhin et Ani Minasian, rédacteurs en chef

Si les rédacteurs en chef se demandent souvent pourquoi écrire ces « quelques mots de la rédaction en chef »¹, nos lecteurs pourraient, pour leur part, se demander pourquoi lire la *Revue de droit d'Assas*. Mais, fidèles et de plus en plus nombreux, ils connaissent déjà la réponse ! Tentons d'éclairer ceux qui commenceraient à reculer la lecture de notre nouveau numéro.

Pourquoi lire la *Revue de droit d'Assas*, donc ? Parce qu'elle œuvre à la connaissance et à la transmission du droit, qu'elle en explore des domaines classiques comme plus insolites et qu'elle vise à le rendre plus attrayant, plus familier, plus accessible.

Fort heureusement, la *Revue de droit d'Assas* n'est pas seule dans cette noble quête. C'est l'œuvre quotidienne de l'universitaire, qui forme les juristes de demain et suscite, souvent, des vocations. Nul doute que cela a été le cas de celui dont le lecteur découvrira, sous la plume du professeur Maxime Brenaut, le *Portrait* : le professeur Philippe Conte, pénaliste reconnu de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

De nouveaux acteurs contribuent également à la diffusion de la connaissance juridique et à la mise en lumière du rôle qu'elle joue dans la société. Le *Projet* se propose ainsi de partir à la rencontre d'*Amicus Radio*, qui produit des podcasts dédiés au droit et qui a pour ambition de le rendre « audible et accessible à tous ».

Une telle mission est d'autant plus ardue que l'objet à éclairer se complexifie. La question de l'accessibilité du droit est indissociable de la qualité de la norme. Le sujet est classique. Si le *Dossier* de ce numéro l'a fait sien, il en adopte une approche originale. Il rassemble des contributions consacrées à l'ensemble des normes, au-delà de la seule loi parlementaire, mêle enjeux théoriques et politiques et enjambe allègrement les frontières disciplinaires.

1. V. l'interrogation inquiète de l'un de nos prédécesseurs : M. Cormier, « Quelques mots de la rédaction en chef », *RDA* n° 19, déc. 2019, p. 3.

Enjamber les frontières, non plus disciplinaires mais étatiques, c'est également ce que font de plus en plus de professionnels comme de particuliers, qu'ils soient réfugiés, mariés à un beau ou une belle juriste rencontré(e) durant un séjour Erasmus ou tout simplement épris de liberté. Le droit international privé, qui est alors amené à intervenir, n'est plus, selon la célèbre formule, un droit « de princes et de princesses » et se doit d'être accessible à tous. Nos *Perspectives* y sont donc consacrées.

Si, comme le lecteur le découvrira, la règle de conflit de lois a connu d'importantes transformations, elle vise toujours à désigner les normes applicables, lesquelles sont parfois issues d'un autre système juridique. Rendre le droit accessible prend alors un autre sens : il faut aussi le rendre plus proche, plus compréhensible pour le juriste qui doit l'appliquer. Le droit comparé peut être mobilisé à cette fin. Il peut également aider le juriste à comprendre d'autres manières de concevoir le droit et à mieux saisir les spécificités de son droit national. Aussi le numéro se clôt-il sur une double invitation au voyage et à l'introspection. En guise de *Rétrospectives*, le lecteur pourra revivre la conférence prononcée, en mars dernier, par le professeur Yves-Marie Laithier et consacrée aux réflexions d'un éminent auteur britannique – Guenter Treitel – sur le pouvoir du juge en matière contractuelle. Pour le juriste français, c'est non seulement l'occasion d'en apprendre davantage sur la *common law*, mais aussi sur les évolutions potentielles de son propre droit des contrats.

Voilà ce que nos lecteurs auront le bonheur de découvrir dans les pages qui suivent. Espérons qu'ils soient rassurés et qu'ils sachent, s'ils l'ignoraient, pourquoi il est précieux de lire la *Revue de droit d'Assas* en général, et ce nouveau numéro en particulier.

Remercions, pour finir, celles et ceux qui ont permis de le rendre accessible, à portée de clic ou de main, sur un présentoir de l'un des centres de notre Université. Les auteurs des diverses contributions, cela va sans dire, mais aussi l'ensemble des doctorants, membres du comité de rédaction, chargés de la diffusion ou du financement, et, bien évidemment, notre directrice scientifique, la professeure Cécile Chainais.

Puisque vous savez désormais quoi faire (et pourquoi le faire), il ne nous reste plus qu'à vous souhaiter une excellente lecture !

Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 1

Portrait

Philippe Conte, un Montagnard
chez les Girondins
Maxime Brenaut

p. 5

Projet

Amicus Radio
Sarah Albertin, Sophie Sontag Koenig,
Leobardo Arango et Aubin Jupin

p. 9

Variétés autour du Droit

Le Palais de la Paix à La Haye,
tableau hollandais
Alban Guyomarc'h

p. 16

Les mots s'envolent, les plaidoiries avec
Léo Pédro

p. 24

Dossier

La qualité de la norme

L'emballage normatif : comment ne pas
se bercer d'illusions ?
François Brunet

p. 29

Menus propos d'une praticienne à propos
de la qualité de la loi
Catherine Bergeal

p. 37

Les avis du Conseil d'État : au-delà
de la consultation juridique
Pascale Gonod

p. 41

Les propositions de réformes législatives
et réglementaires à la Cour de cassation :
une contribution à l'amélioration des normes
et au dialogue des pouvoirs
Sandrine Zientara-Logeay

p. 49

Les études d'impact en droit de la famille
Antoine Gouëzel

p. 61

Les incidences du contrôle juridictionnel
de la qualité de la loi pénale
Guillaume Beaussonie

p. 68

La qualité de la norme décisionnelle
Corinne Bléry

p. 76

Plaidoyer pour évaluer la qualité
d'une norme au travers d'études
contentieuses statistiques
Raphaël Dalmasso

p. 87

Lobbying et Union européenne,
une composante délégitimée
du processus décisionnel
Gaëlle Hardy

p. 94

Perspectives

Droit international privé

Transformation d'une discipline
Bernard Audit

p. 107

Regards sur soixante ans d'évolution du droit
international français privé et européen
Hélène Gaudemet-Tallon

p. 113

Re(-)présenter le droit international privé
au premier quart du XXI^e siècle ?
Pascal de Vareilles-Sommières
et Sarah Laval

p. 119

Quelques réflexions prospectives sur
les évolutions du droit international privé
Hugues Fulchiron

p. 132

Perspective : l'altérité ou la double
scénographie du droit international privé
Horatia Muir Watt

p. 138

Rétrospective

« *Doctrine and Discretion in the Law
of Contract* », Guenter Treitel

Yves-Marie Laithier

p. 142

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Sarah ALBERTIN, Responsable scientifique et de programme à l'Institut des études et de la recherche sur le droit et la justice (IERDJ), Secrétaire générale d'*Amicus Radio*

Leobardo ARANGO, Directeur de production d'*Amicus Radio*

Bernard AUDIT, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Guillaume BEAUSSONIE, Professeur à l'Université Toulouse Capitole, Codirecteur de l'Institut Roger Merle

Catherine BERGEAL, Membre du Conseil d'État

Corinne BLÉRY, Professeur de droit privé à l'Université polytechnique Hauts-de-France (Valenciennes)

Loïc BRÉHIN, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Maxime BRENAUT, Agrégé de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Bordeaux

François BRUNET, Professeur de droit public à l'Université de Tours

Raphaël DALMASSO, Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine

Hugues FULCHIRON, Professeur agrégé des facultés de droit, Conseiller SE à la Cour de cassation, Directeur honoraire du Centre de droit la famille (Université Jean Moulin Lyon 3)

Hélène GAUDEMET-TALLON, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Pascale GONOD, Professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Antoine GOUËZEL, Professeur à l'Université de Rennes

Alban GUYOMARC'H, ATER au Collège de France, doctorant à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Gaëlle HARDY, Professeur agrégé de droit public à l'Université des Antilles (Guadeloupe)

Aubin JUPIN, étudiant du Master 2 Justice et droit du procès de l'Université Paris-Panthéon-Assas

Yves-Marie LAITHIER, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Sarah LAVAL, Professeur à l'Université du Littoral-Côte d'Opale

Ani MINASIAN, ATER à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Horatia MUIR WATT, Professeur des Universités à Science Po

Léo PÉDRO, Président de la Clinique Juridique d'Assas, étudiant en Master de droit pénal et sciences criminelles, Université de Strasbourg

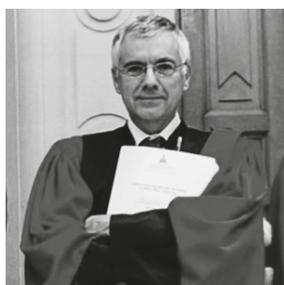
Sophie SONTAG KOENIG, Maître de conférences à l'université Paris Nanterre, Vice-présidente d'*Amicus Radio*

Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Sandrine ZIENTARA-LOGEAY, Présidente de chambre à la Cour de cassation, directrice du service de la documentation, des études et du rapport (SDER)

Portrait

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un universitaire ou d'un professionnel du droit qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.



Philippe Conte, un Montagnard chez les Girondins

Maxime Brenaut

Professeur agrégé de droit privé et sciences criminelles
à l'université de Bordeaux

Si, d'après La Bruyère, « il n'y a guère au monde un plus bel excès que celui de la reconnaissance », c'est précisément pour éviter de verser (trop tôt) dans un tel excès, auquel nous inclinons volontiers et qu'il détesterait, que nous choisisons de présenter *in limine* le professeur Philippe Conte avec les mots d'autrui. Les dithyrambes ne manquent pas : l'homme force l'admiration intellectuelle, et jusqu'à celle de ses ennemis (qui ne manquent pas non plus, pour son plus grand plaisir, semble-t-il, tant lui ont toujours paru « suspects les hommes sans ennemis ») !

L'éloge¹ le plus simple, minimaliste et, cependant, parmi les plus justes qu'il nous ait été donné d'entendre à son sujet précède de plusieurs années la cérémonie de septembre 2023 durant laquelle, en salle des Conseils, lui furent remis les mélanges rédigés en son honneur : c'est le regretté François Terré qui, d'une exclamation, avait, selon nous, déjà tout résumé. Apprenant que nous avions rédigé notre thèse sous la direction du Professeur Conte, l'éminent académicien avait spontanément réagi : « Quelle chance, Monsieur, pour vous, d'avoir un tel maître ! ».

Oui, c'est bien de *chance* (et peut-être même de *providence*, mais Philippe Conte goûterait-il ce mot ?) qu'il s'est agi – une chance que nous n'avons cessé de mesurer, avec une poignée de condisciples de l'Institut de criminologie et de droit pénal de Paris (et singulièrement le Professeur Farah Safi), depuis que nous avons rencontré l'iconoclaste Girondin, alors fraîchement nommé à Assas, lors de ses enseignements dans le master 2 de droit pénal : des cours magistraux qui consistaient en un chapelet de cas pratiques en droit pénal des biens et des affaires, discrètement insolubles, pour nous faire éprouver la difficulté de la qualification et de l'interprétation (« un juriste est là pour poser de bonnes questions ; quant aux réponses... »), nous faire redécouvrir les joies de l'exégèse des textes d'incrimination (« le principe de légalité, ça vous dit quelque chose ? ») et nous faire relativiser la pérennité et l'autorité de ce que, moutonniers, nous baptisons rapidement « jurisprudence » du fait d'une notule

1. À ce mot le concernant, déjà il doit fulminer, lui qui n'aime les éloges que s'ils couronnent autrui.

expéditive dans un code d'éditeur (« mais qu'est-ce que vous voulez que ça me f... que la chambre de l'instruction de Besançon ait dit ça en 1982 ? »).

Très tôt, nous avons compris que nous avons trouvé en lui un authentique *maître*, à au moins deux signes qui ne trompent pas : premièrement, depuis fort longtemps, cet éminent professeur des universités dédie, sobrement mais de façon littéralement *magistrale*, son œuvre « à [ses] élèves »²; deuxièmement, si un maître ne l'est jamais que pour autant qu'il se souvient de ceux qui furent les siens, alors c'est peu dire que Philippe Conte a, tout au long de sa riche carrière, su faire résonner dans les amphithéâtres le nom, la pensée vivifiante et les mots d'esprit de Jean Larguier.

De son propre maître à ses élèves, de ses élèves à son propre maître, ainsi va Philippe Conte qui, humblement, s'est toujours présenté à ceux qui travaillaient avec lui (notamment ses chargés de travaux dirigés et ses doctorants) comme un « simple maillon » d'une chaîne qui nous dépasse, l'Université. « Je ne fais que rendre un peu de tout ce que j'ai reçu » : cette phrase maintes fois entendue dans sa bouche, faisons-la nôtre, en ces pages d'une revue qui lui est chère³, pour « rendre un peu » compte de (et hommage à) celui qui (nous) a tant donné.

Fils d'un bâtonnier de Chambéry (le droit est-il un atavisme comme un autre ?), cet auteur d'une thèse rédigée à Grenoble sous la direction d'un Montpelliérain est reçu major au premier concours national d'agrégation de droit privé et de sciences criminelles en 1986 et pose ses bagages à Bordeaux, première affectation⁴ où il effectuera la première moitié de sa carrière, la seconde s'étant déroulée à Paris II à partir de 2006. Belle histoire, superbe géographie !

Pénaliste respecté (nous devrions écrire « admiré » mais il pourrait prendre cela pour de la flagorne rie et nous en vouloir en conséquence, ce qu'à Dieu ne plaise !) par la Doctrine, le Barreau et le Palais (voilà qui n'est pas une mince affaire), Philippe Conte a longtemps enseigné, notamment, la responsabilité extracontractuelle et le droit des incapacités – et c'est peut-être cet appétit pour le droit civil (« pour le droit, donc » diraient certains amis) qui en fait un criminaliste si subtil, moins soucieux de jargonage sociopolitique⁵ que d'exactitude technique.

Pourtant, en ces quelques lignes, ce sont d'autres aspects de l'homme que ses immenses et notoires qualités de juriste qui nous semblent devoir être mis en avant, pour que le portrait soit totalement fidèle à celui que des générations d'étudiants des amphithéâtres de Pessac ou de la rue d'Assas conservent en mémoire. Quatre mots viennent spontanément à l'esprit pour le décrire : *liberté, curiosité, partage, intransigeance*.

Liberté, d'abord : voilà bien le legs essentiel que chériront pour la plupart ses élèves et étudiants, Philippe Conte ayant donné en la matière l'exemple éclatant de ce que peut être la liberté universitaire pour qui se soucie davantage de demeurer fidèle à la noblesse de son office (nous allions écrire *de son sacerdoce*) que d'exhiber son prestige à sa boutonnière. Pour lui, priment la liberté de pensée, y compris contre la majorité, et donc, corrélativement, la liberté de ne pas plaire, dont il aura usé avec brio, dans les murs de la faculté comme dans les pages de quelques revues juridiques (celles dont les éditeurs ne sont pas trop frileux) où sa veine quasi-pamphlétaire aura pu s'épanouir⁶. Mais il accorde une

2. V. l'adresse initiale de *Droit pénal spécial*, LexisNexis. Notons que, lorsqu'il prit la parole quand lui furent remis ses *Mélanges*, ce fut pour honorer ses nombreux élèves, dont il égraina les prénoms au fil d'une émouvante litanie qui lui tenait manifestement à cœur.

3. Pensez donc : une revue d'universitaires dirigée par des universitaires et animée par des doctorants, soit des promesses d'universitaires ! Nous profitons de cette note de bas de page (la troisième : c'est raisonnable) pour remercier le Professeur Cécile Chaignais et l'équipe de la *Revue de droit d'Assas* de nous avoir confié le soin de rédiger ce petit portrait « à main levée » en hommage à notre *mentor*.

4. « Cela arrive à des gens vraiment très bien ! » (air connu).

5. Combien aura-t-il fustigé cette image qui colle, parfois encore, au droit pénal !

6. Les billets d'humeur à la revue *Droit pénal* de LexisNexis, notamment, ont été si prisés des lecteurs qu'un formidable recueil en a été tiré : *Écume de droit pénal*.

importance tout aussi (et peut-être encore plus) capitale à la liberté de ses interlocuteurs de n'être pas « d'accord » avec lui⁷. À cela s'ajoute la liberté de demeurer imperméable aux rumeurs, aux cabales, aux coteries ainsi qu'aux diktats « managérialisants » qui multiplient les tâches décérébrantes, sans rapport avec l'enseignement ou la recherche, à la charge des « enseignants-chercheurs » : le temps de l'universitaire a toujours été trop précieux à ses yeux pour qu'il pût déceimment songer, même un instant, à le perdre en de pareilles futilités.

Curiosité, ensuite, qui n'est jamais qu'un exercice concret de la liberté et que Philippe Conte a toujours pris soin d'honorer, quitte à dépasser ses appréhensions ou ses indifférences initiales. C'est la curiosité, inspirée par le conseil d'un fils, qui le conduit à ouvrir *Noces* et *L'Été* de Camus et à rêver de Méditerranée, loin des embruns médocains qui le charment habituellement. C'est la curiosité qui, tardivement, le transforme en *aficionado*, lui que la corrida rebutait mais qui, désormais, s'en fait un conteur aussi intarissable et passionnant que Montherlant ou Jean Cau. C'est la curiosité qui lui fait, finalement, tourner le dos à des décennies d'aversion pour le whisky (le temps qu'il fallait pour en trouver un à son goût, vieilli en fût de Sauternes), sans pour autant renoncer à sa belle théorie (aux airs de hiérarchie) des « deux Europe » éthyliques (celles des fruits et celle des céréales).

Partage, encore : nous n'évoquons la liberté et la curiosité de Philippe Conte que dans la mesure où il a choisi d'en faire profiter autrui. Ce goût de la liberté et des libertés, il l'a consciencieusement transmis aux étudiants, promotion après promotion, au fil de sa carrière, ne pouvant garder ce trésor pour lui-même ; quant à sa curiosité intellectuelle et son appétit de découverte, ils ne l'ont pas isolé dans une tour d'ivoire mais l'ont au contraire rapproché de ceux auxquels il aura généreusement conseillé telle étude sur « Mozart, l'unique », telle adresse où savourer un lièvre à la royale, tel livre sur une période oubliée de l'Histoire (et encore tout récemment les *Mémoires de la Comtesse de Boigne*)... Dilections (le panache de Delpierre en Cyrano mourant) et détestations (les films de Godard) sont également partagées, et comme aimablement distribuées, toujours avec une passion dense car contenue – c'est-à-dire exprimée avec *tenue*. Consubstantiel au métier d'enseignant-chercheur, le partage vous ouvre aux jeunes générations (« ce public qui, au fil d'une carrière, a toujours le même âge et vous fait parfois oublier le vôtre ») mais aussi aux pairs, aînés ou non, qui peuvent être, tout bonnement, tout simplement, tout merveilleusement, des amis⁸ (le temps d'un concours, d'un poste, d'une carrière ou d'une vie).

Intransigeance, enfin : seule à même de donner, sans doute, à ses yeux, de la valeur aux trois vertus de liberté, curiosité et partage, elle est, au fond, cette assurance de croire sérieusement que, loin des accommodements de ventre mou et des *combinazioni* aux relents de renoncement, les principes doivent rester des principes – sauf à rappeler, et c'est essentiel, que tout ne mérite pas d'être érigé au rang de principe. Intransigeant ? Oui : Philippe Conte est un universitaire debout et même, plus souvent qu'à son tour, *vent debout* contre l'avachissement de la pensée et la trahison d'*Alma Mater* par certains de ses clercs. La réputation qui le précède n'est donc pas usurpée⁹ et l'on ne doute pas qu'à ceux qui auraient, au fil de sa carrière, peu goûté son intransigeance légendaire, il opposera, goguenard, cette fameuse formule de son cher Maximilien, qu'il nous servit un soir de retrouvailles bordelaises dignement (donc amplement) arrosées : « Oui, nous sommes insupportables. Comme les principes ».

-
7. Souvenir ému d'un échange lors de la rédaction de notre thèse, sur un point de notre démonstration où nous cherchions fébrilement la protection d'un argument d'autorité (la sienne) : « Monsieur le Professeur, êtes-vous d'accord avec cette idée ? – Monsieur, qu'est-ce que ça peut bien vous faire que je sois d'accord avec cette idée ? C'est la vôtre ! ».
 8. Le formidable recueil de *Mélanges en l'honneur de Philippe Conte* qu'ont dirigé le Doyen Maistre du Chambon (frère parmi les amis) et le Professeur Bonis fourmille de magnifiques témoignages d'amitié sincère de grands noms de l'Université.
 9. Du moins si elle est bien comprise : cette belle intransigeance n'a rien d'un dogmatisme sectaire, c'est même tout le contraire, qui n'empêche pas le robespierriste de trinquer avec des lecteurs de Joseph de Maistre et Pierre Gaxotte, ni le Bordelais d'être charmé par les vins de Loire, ni le Savoyard de tomber amoureux des rouleaux d'Atlantique.

Ce qui nous a semblé insupportable, le 27 mars 2023, c'était que Philippe Conte donnât son dernier cours. Assurément, il est insupportable, sur l'instant, de voir certaines pages se tourner. Puis de l'eau (celle de la Garonne) coule sous les ponts (Pont de Pierre, Pont Saint-Jean) et l'on se souvient que la déception à l'idée de moins se voir à Paris est, somme toute, une promesse de se voir davantage rue du Loup ou place Fernand Lafargue (ou Cours du Chapeau Rouge : « avez-vous goûté le cochon de lait de ce restaurant sarde ? »).

Ce jour-là, lors de son ultime enseignement à Paris, pour respecter le souhait du Professeur Conte, nous n'avons été présents que par la pensée. Le soir même, à peine le cours achevé et la carrière accomplie, le maître a pris soin d'écrire un courrier à ses élèves ; et, pour achever ce portrait du Montagnard non pas égaré mais épanoui chez les Girondins, ce sont ses propres mots que nous souhaitons lui adresser, en retour, comme un témoignage de notre gratitude et de celle que lui doivent l'Université et les universités, particulièrement la ci-devant Bordeaux IV Montesquieu¹⁰ et, bien sûr, Assas où, à la suite notamment de son ami le Professeur Jacques-Henri Robert, il aura tant œuvré, durant ses quinze années à la tête de l'Institut de criminologie¹¹, pour le rayonnement académique du droit pénal :

« Merci, même accolé d'infiniment, ne dit pas assez. Mais je ne sais pas comment vous le dire. »

10. Sans trancher la question de l'existence ou non d'une « école de Bordeaux » (que d'aucuns évoquent avec la force de l'évidence), observons néanmoins que la vitalité scientifique de l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, jamais démentie (mais nous ne sommes pas très objectif sur le sujet), est un légitime motif de fierté pour celui qui en aura bâti les solides fondations pendant vingt ans.

11. « De criminologie... et de droit pénal ! » : sait-on que c'est à Philippe Conte que nous devons cet ajout dans la dénomination officielle de cette vénérable institution ?

Projet

Dans chaque numéro, la RDA permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

Amicus Radio

**Sarah Albertin, Sophie Sontag Koenig,
Leobardo Arango et Aubin Jupin**

Fondée en 2016, *Amicus Radio* est une radio en ligne, animée par des universitaires, des journalistes, des magistrats et des avocats, qui propose des podcasts visant à rendre le droit audible et accessible. Depuis 2023, elle est soutenue par la Fondation Panthéon-Assas et un partenariat s’est noué avec le Centre de recherche sur la justice (CRJ) et le Master Justice Procès et Procédures, dans le cadre duquel les étudiants de ce diplôme participent à la réalisation de certaines émissions.

Justine Moura et Stanislas Julien-Steffens, doctorants et membres du comité de rédaction en chef de la *Revue de droit d’Assas*, ont eu la chance de s’entretenir en avril 2024 avec Leobardo Arango, directeur de production au sein d’*Amicus Radio* et co-réalisateur de la série *L’Art au Parloir*, Sarah Albertin, directrice des projets et secrétaire général d’*Amicus Radio*, Sophie Sontag Koenig, vice-présidente d’*Amicus Radio* et animatrice de l’émission *Les Temps électriques* et Aubin Jupin, étudiant du Master 2 Justice et droit du procès de l’Université Paris-Panthéon-Assas.

Revue de droit d’Assas (RDA) – *Amicus Radio* est née dans le cadre de l’association *Amicus Curiae*, qui se donne pour objectif d’œuvrer au décloisonnement du droit. Quel est le rôle d’*Amicus Radio* dans la poursuite de cet objectif ? Sur son site internet, *Amicus Radio* indique vouloir rendre le droit « accessible à tous ». Pourquoi avoir choisi le podcast plutôt qu’une autre forme de média ?

Sarah Albertin – Au départ, nous avons pensé *Amicus Curiae* de façon large. Nous avons en 2016 l’ambition de créer un projet proche des citoyens et de la société civile sur les questions du droit et de la justice. Cherchant à créer une structure à vocation européenne, nous sommes partis des acteurs universels du droit dans un contexte de mondialisation et d’hybridation des systèmes juridiques, d’où le nom d’*Amicus Curiae* (littéralement, l’ami de la Cour) – celui qui, sans être partie à la procédure, donne un éclairage sur un dossier, une question juridique. L’idée était d’éclairer les acteurs du droit et de la justice avec des concepts différents.

Dans les réalisations, nous avons d’abord créé trois univers :

- *Amicus Radio* ;
- *Amicus Info*, une agence d’informations faites de partenariats avec des universités. L’idée était de valoriser la richesse linguistique des étudiants en droit, ayant accès à l’information dans des langues étrangères, et œuvrant dans une démarche journalistique dans le domaine du droit, avec des sources étrangères directes ;
- *Amicus Labo*, qui devait être le laboratoire d’idées de l’association.

La réalité a permis de développer un peu *Amicus Info*, mais avec des financements modestes. Nous avons pu faire une publication avec *Amicus Labo*. Mais l'univers qui a le plus fonctionné, celui sur lequel nous nous sommes concentrés, a été le podcast et la radio. Le besoin était d'autant plus fort que, l'émission d'Antoine Garapon « Le bien commun » venait d'être supprimée de France Culture, si bien qu'on ne trouvait plus, dans le paysage français, d'émission intéressante sur le droit et la justice. Nous nous sommes demandé ce qu'allaient devenir tous ces étudiants en droit sans l'émission « Le bien commun », qui m'avait personnellement donné envie de faire du droit.

Il nous semble que la radio et les voix présentent un intérêt autre que celui suscité par la simple lecture d'un article. Pour quelqu'un qui ne connaît pas le droit, c'est une fenêtre, un accès simplifié. La radio permet un rapport sensible au droit.

RDA – Selon les émissions, les productions d'Amicus Radio ont un aspect plus ou moins pédagogique et sont plus ou moins accessibles à un public profane. Quel est le public-cible de ces productions ? Est-il toujours le même d'une émission à une autre ?

Sarah Albertin – Le cœur du fonctionnement de l'association et du projet est l'idée que le podcast permet, à la fois dans la création d'un podcast et la rencontre qu'il met en scène, des vases communicants entre juristes et non-juristes. Les juristes ne sont pas forcément très visibles dans la société. Chez *Amicus*, nous pensons que la rencontre entre des juristes et des non-juristes permet une ouverture. D'abord pour le juriste, qui se rend compte qu'on peut penser le monde autrement qu'avec le droit, et pour le non-juriste, qui voit que le droit peut être un outil pour penser le monde. Cet objectif est plus ou moins facile à atteindre selon les sujets, mais le format radio, impliquant la création d'une identité sonore, d'un format et d'un rythme amène le juriste producteur à se mettre à la portée et à la hauteur de l'auditeur, souvent moins expert de ces questions. Le non-juriste est toujours la cible, mais il faut également veiller à répondre aux exigences des experts du secteur.

Sophie Sontag Koenig – Les émissions à plusieurs invités sont précieuses dans cet exercice. Les questions qui se posent entre experts de spécialités différentes aident à trouver le ton juste.

Sarah Albertin – La réception des questions qu'on se pose au sein d'une même discipline peut d'ailleurs servir cette recherche d'équilibre. Les spécialistes de certains domaines sont parfois surpris d'apprendre que la communication entre la théorie et la pratique est une vraie question en droit, tandis qu'elle ne se pose pas en chimie par exemple.

RDA – Dans cette perspective d'échanges entre les savoirs, plusieurs de vos émissions établissent des liens entre le droit et des disciplines artistiques ou d'autres sciences sociales. Cela manifeste-t-il une volonté de montrer que le droit n'est pas un domaine isolé, étanche aux évolutions de la société ?

Leobardo Arango – Pour moi, il s'agit d'une évidence. Les relations humaines sont régulées de multiples façons. Le droit n'est que l'une des manières de réguler la société et, de mon point de vue, il ne devrait intervenir qu'en dernier recours. Montrer que le droit n'est pas un domaine isolé permet de rendre perceptibles les liens qu'il entretient avec les autres domaines de régulation de la société.

Le droit dispose d'une dimension axiologique qui permet de faire apparaître comment les acteurs sociaux établissent une échelle de valeurs et de comprendre quelles sont les valeurs auxquelles ces derniers attachent le plus d'importance, précisément en les protégeant par le droit.

Sarah Albertin – À titre personnel, j'ai choisi de faire du droit avec la conviction que c'était peut-être la seule matière qui permet, en dernier ressort, d'étudier toutes les matières. Tous les domaines recèlent une part de droit, bien que ce ne soit pas la seule manière de les analyser. On aurait tort de s'enfermer dans l'idée que seul le droit explique les choses.

RDA – Venons en plus spécifiquement aux émissions que vous produisez. Madame Sontag Koenig, vous avez été avocate au Barreau de Paris, vous êtes docteure en droit et maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université Paris Nanterre. Vous collaborez à l'émission Les Temps électriques depuis 2018, dont vous êtes aujourd'hui l'animatrice. Cette émission porte sur les questions soulevées par le numérique. Quelles sont les raisons qui vous ont motivée à accepter d'animer cette émission ?

Sophie Sontag Koenig – C'est une émission imaginée par un ami magistrat, à l'époque en détachement au Conseil de l'Europe, Yannick Meneceur. Il m'a présenté les choses en passant par l'angle du numérique, un champ qui concernait nos pratiques professionnelles à tous les deux. Lui, dans sa profession de magistrat, moi, dans l'aspect-recherche de ma vie professionnelle, au cours de ma thèse, puis dans ma pratique d'avocat. Nous étions persuadés – et nous le restons – que le numérique allait bouleverser l'application du droit sur bien des plans, qu'allaient s'y jouer des enjeux importants dans le droit de demain. C'est pourquoi j'ai accepté de l'accompagner sur ce projet.

Il s'est également tourné vers moi pour des raisons pratiques liées à l'antenne, notamment au fait qu'une voix masculine et une voix féminine allaient pouvoir s'harmoniser. Il est arrivé avec une idée construite d'émission, avec en tête un générique, et des idées, en me demandant d'en apporter d'autres. J'ai par exemple introduit l'idée d'une lecture en fin d'émission.

Une autre raison de mon intérêt, et pas des moindres, était que j'étais très désireuse de découvrir l'univers de la radio. C'est un univers très différent de celui que je connaissais en tant que juriste et qu'enseignant-chercheur, et nous avons la chance de travailler avec de vrais professionnels de la radio, dans les conditions d'enregistrement spécifiques, à commencer par la diffusion en direct.

Enfin, j'étais séduite par l'idée de travailler avec des professionnels de divers univers, de partager mes objets d'étude (juridiques) avec des personnes qui en avaient une approche relevant d'autres domaines, et en dehors des contraintes universitaires.

RDA – En tant qu'enseignant-chercheur, dans quelle mesure vos travaux de recherche ont-ils une influence sur le choix des thématiques abordées dans vos émissions ? Vos émissions sont construites autour d'entretiens avec un ou plusieurs professionnels du droit, qui sont souvent des enseignants-chercheurs ; comment procédez-vous au choix des invités ?

Sophie Sontag Koenig – Les choix de thématiques sont d'abord contraints sur le plan matériel, car nous avons un partenariat avec la revue *Daloz Actus*. Pour proposer ce partenariat aux éditions Dalloz, j'ai suggéré qu'elles publient, le jour de la mise en ligne de l'émission, un article que je rédige afin de la présenter, en privilégiant, dans le cadre de ce partenariat, un thème en lien avec l'actualité du moment. Il peut s'agir d'une journée spécifique, comme la Journée relative aux droits des femmes, ce qui impose de sortir l'émission à date fixe, ou pour une période donnée (période électorale, rentrée de septembre, Jeux Olympiques...).

S'agissant du choix des invités, il arrive que le thème découle de la publication d'un ouvrage par exemple, auquel cas l'invité est l'auteur. De manière générale, les invités sont déterminés en fonction de plusieurs critères : leurs publications et leurs interventions sur le thème, leur rayonnement, parfois international. Mais il n'y a pas que des enseignants-chercheurs ; j'essaie également de privilégier le fait que, parmi les invités, il y ait des casquettes différentes, afin de multiplier les points de vue.

RDA – Quant à vous, Monsieur Arango, vous êtes musicien et diplômé en droit, en sociologie de la musique, en sciences politiques, ainsi qu'en ingénierie du son. Avec un parcours aussi riche, la création et l'animation d'une émission comme L'art au parloir ont dû vous sembler très naturelles. Cette interdisciplinarité est-elle à l'origine de la volonté d'aborder ces « rapports cachés » qui lient le droit et l'art ?

Leobardo Arango – Je dirais qu'il s'agit plutôt du contraire. Dans mon cas, c'est la difficulté à discerner les rapports qui existent entre le droit et l'art qui m'a amené à me construire une interdisciplinarité afin de pouvoir essayer de déceler ces rapports.

Je suis originaire de Colombie. J'y ai grandi à une période dans laquelle la régulation des conflits se faisait à travers la violence.

Avant de faire du droit, j'ai d'abord eu une formation de musicien. J'ai très tôt pris conscience d'un décalage entre la création artistique d'une part (et singulièrement la musique, supposée adoucir les mœurs), et la résolution des conflits. J'ai observé que la production esthétique, loin d'aider résoudre les conflits, tendait même surtout à aggraver les différences préexistantes entre les individus. La volonté de comprendre comment pouvaient se résoudre ces conflits m'a amené à m'intéresser aux sciences politiques et au droit.

À la fin de mes études en Colombie, j'ai réalisé un mémoire de Master sur les rapports entre le droit et l'art au sens large du terme. La volonté de prolonger ces réflexions m'a conduit sur le chemin de la France car je sentais qu'il y avait dans ce pays une efficacité du rôle de la création artistique pour permettre d'établir un dialogue entre les individus qui, de mon point de vue, manquait en Colombie.

Après avoir étudié la sociologie de la musique, j'ai décidé de revenir à la musique en entamant une formation d'ingénieur du son. De façon assez naturelle, j'ai entendu parler d'*Amicus Radio* car plusieurs personnes que je connaissais étaient liées à cette radio. C'est ainsi que j'ai commencé à y travailler, d'abord en tant qu'ingénieur du son. Ensuite, nous avons fait le constat avec l'équipe de la radio qu'il existait déjà des émissions qui abordaient des formes particulières d'art telles que le théâtre, la littérature ou la musique mais qu'aucune ne traitait des rapports entre le droit et l'art pris dans un sens plus global. C'est sur la base de ces réflexions qu'est né le projet de créer, avec Léa Delion, l'émission *L'Art au Parloir*.

RDA – Au début de chaque émission de *L'art au parloir* est prononcée la phrase suivante : « Ce que l'art nous apprend du droit, ce que le droit nous apprend de l'art ». Comment voyez-vous les relations entre droit et art, leurs influences réciproques ? Quel rôle jouent, selon vous, les acteurs des milieux intellectuels et artistiques dans l'évolution du droit ?

Leobardo Arango – À mon sens, l'art constitue l'une des formes permettant de réguler les questions sociales. Les intellectuels et les artistes expriment des réalités sociétales et des systèmes de valeurs qui sont présents dans la société, mais qui n'ont pas encore reçu une consécration rationnelle et explicite. Les artistes attirent ainsi l'attention de la société sur des éléments qui ne sont pas encore protégés ou pas suffisamment mis en valeur et qui devraient bénéficier d'une protection. La question de la création artistique relève beaucoup d'une forme d'attention particulière que l'on porte à ce qui nous entoure.

Ensuite, les juristes, à leur tour, s'intéressent à la création artistique. Ils reçoivent les informations émises par les artistes et peuvent agir sur le terrain juridique en prenant ces messages en compte. De même, les artistes peuvent s'intéresser aux questions juridiques. Ils vont les assimiler pour les intégrer ensuite dans leurs créations artistiques afin que ces aspects juridiques puissent être compris d'une autre façon que par la voie juridique.

RDA – Autre émission encore, *Les Amphis d'Amicus* consiste à inviter des professionnels du droit – essentiellement des universitaires, mais pas seulement – à donner un cours sur un sujet relevant de leur spécialité dans le cadre d'un format de cinq épisodes d'une durée d'une dizaine de minutes chacun. Quel a été l'objectif poursuivi par la création de cette émission ? Selon vous, le podcast peut-il constituer un bon vecteur de diffusion de l'enseignement universitaire en droit ?

Leobardo Arango – Cette émission vient d'une motivation qui est constamment présente chez *Amicus Radio* : rendre le droit plus accessible. Nous avons déjà des émissions dans lesquelles des experts venaient exposer des réflexions approfondies portant sur leur domaine de recherche. Nous souhaitons pouvoir disposer d'une émission qui établirait un pont entre des spécialistes du droit et des personnes qui n'ont pas forcément des connaissances juridiques très développées. Nous nous sommes alors construits une sorte d'auditeur-type de cette émission, qui se rapprochait du profil d'une étudiante ou d'un étudiant en première année de droit, c'est-à-dire d'une personne intéressée par le droit mais qui ne possède pas encore beaucoup de connaissances en la matière. Dès lors, *Les Amphis d'Amicus* poursuivent l'ambition de transmettre des éléments généraux relatifs à une thématique juridique afin que l'auditeur, même s'il ne dispose pas de connaissances préalables sur ce sujet, puisse commencer à entamer une réflexion.

Aubin Jupin – Comme auditeur de cette émission, je dirais que son intérêt réside dans le fait de remettre la recherche universitaire sur le devant de la scène, non seulement juridique, mais aussi médiatique. À mon sens, nous avons aujourd’hui trop souvent le sentiment que des personnes qui ne sont pas particulièrement spécialisées dans un domaine n’hésitent pas à s’en emparer et à s’exprimer longuement sur ledit domaine, comme c’est le cas dans de nombreuses émissions de télévision sur les chaînes d’information.

C’est pourquoi, le mérite des *Amphis d’Amicus* me semble être de parvenir à concilier le sérieux universitaire et la transmission de connaissances juridiques à destination d’un public d’étudiants en droit, et plus largement à des citoyens qui ne disposeraient pas de formation juridique mais qui seraient intéressés par les thématiques traitées dans les épisodes de l’émission.

RDA – À terme, dans un esprit similaire à celui de l’émission Les Amphis d’Amicus, prévoyez-vous de réaliser des captations de cours, de conférences ou de colloques qui seraient enregistrés en public dans les locaux d’universités, puis diffusés sur Amicus Radio ?

Leobardo Arango – Nous sommes dans une recherche constante pour trouver des outils qui permettent d’approfondir la mission que s’est donnée *Amicus Radio*, à savoir rendre le droit plus accessible. De ce fait, nous sommes ouverts à l’idée de travailler avec toute personne qui serait porteuse d’idées intéressantes qui iraient dans cette direction.

Récemment, nous avons par exemple eu des discussions avec des membres de l’administration de l’École Nationale de la Magistrature pour produire, à travers le format podcast, des formations qui seraient conçues à destination des magistrats. Nous travaillons également sur des projets qui portent sur la captation de journées d’études qui se tiendront dans des universités.

Notre réflexion actuelle porte sur le fait de savoir s’il est plus efficient de mettre à disposition du public l’entièreté d’une journée d’études ou d’une conférence ou s’il est préférable d’en faire un résumé ou d’en extraire les éléments les plus importants afin de parvenir à diffuser ce type de connaissances au plus grand nombre.

RDA – Pour en venir justement à la conception de vos diverses émissions, comment la création d’une nouvelle production a-t-elle lieu ? L’initiative vient-elle de votre équipe ou vous contactez-t-on avec des propositions ?

Leobardo Arango – Nous sommes disposés à aider les acteurs du milieu juridique, mais aussi plus largement les personnes intéressées par le droit, à s’exprimer. Concernant la création d’une production nouvelle, dans la plupart des cas, nous sommes contactés par des personnes qui nous soumettent une proposition, une idée ou une thématique d’émission. Nous commençons alors à discuter avec ces personnes des moyens à travers lesquels nous pourrions les accompagner pour porter leur projet. Nous jouons tout à la fois un rôle de facilitateur, d’accompagnateur et de formateur car s’exprimer dans un podcast n’est pas la même chose que de s’exprimer à l’écrit.

RDA – Outre les activités de création des émissions, vous prenez part à des activités annexes (participation à des festivals, à d’autres podcasts ou projets journalistiques, etc.). Comment s’articule l’organisation de ces projets avec les émissions que vous proposez ?

Sarah Albertin – Afin d’éviter le monopole d’une personne ou d’une école de pensée au sein des émissions, nous mettons en place un certain *turnover*, spécialement au sein des cases « documentaire » et « reportage ». Celles-ci sont très libres, avec une grande variété de formats. Par exemple, le reportage *Un jour avec...* permet de suivre une personne (avocat, magistrat, doctorant) pendant toute une journée pour découvrir le quotidien d’un métier. Les documentaires, comme *La magie et le droit*, offrent une ouverture originale, et généralement unique, autour d’un thème ou d’une problématique.

Nous avons aussi des projets annexes. Pendant deux ans, nous avons animé des ateliers-radio avec des personnes sous main de justice, dans un travail de réinsertion sociale par le biais de la radio. Nous avons par exemple réussi à faire une émission *Le bien commun inversé*, où les personnes placées sous main de justice ont interviewé Antoine Garapon. Nous poursuivons cette initiative. Ainsi j’ai dernièrement animé un atelier sur la représentation de la justice par des citoyens qui se trouvent être incarcérés.

J'ai également animé parfois des ateliers en collège. L'idée était d'utiliser l'outil pédagogique qu'est le podcast pour créer une discussion avec des collégiens autour de la justice et du droit.

Nous créons actuellement des partenariats avec des personnes ou institutions qui veulent réaliser leurs propres podcasts et que nous allons accompagner dans leur conception et leur réalisation. Nous accompagnons par exemple les podcasts de la Cour de cassation, pour l'instant avec la chambre sociale et la chambre criminelle. Nous réalisons également des podcasts avec l'administration pénitentiaire mais aussi avec des cabinets d'avocats.

Nous aimerions continuer à développer ces opérations visant à utiliser le podcast pour poursuivre des campagnes de sensibilisation, notamment au cyberharcèlement, mais face à ces ambitions, nous manquons souvent de moyens.

Notre studio est toujours à la Fondation Charles Leopold Mayer, qui nous a soutenus de 2016 à 2023. Nous devons désormais voler de nos propres ailes et nous sommes donc à la recherche de financements, tout en ayant à cœur de garder notre identité et notre liberté éditoriale.

RDA – S'agissant de vos partenariats, l'un d'entre eux nous intéresse particulièrement, puisqu'il vous lie à notre Université. Un soutien a été obtenu auprès de la Fondation de l'Université Paris-Panthéon-Assas, en partenariat avec le Master Justice, procès et procédures et le CRJ, afin de permettre la réalisation d'émissions d'Amicus Radio au sein de notre maison. Pouvez-vous nous en dire plus ? Comment ce partenariat s'est-il noué et quels en sont les objectifs pour Amicus Radio ?

Leobardo Arango – L'Université Paris-Panthéon-Assas faisait partie des interlocuteurs récurrents d'*Amicus Radio* depuis plusieurs années. Nous avons souvent eu des professeurs de l'Université Panthéon-Assas qui ont participé à nos émissions ou ont même construit nos émissions, et avons également à plusieurs reprises couvert des événements qui s'étaient tenus à l'Université Panthéon-Assas. Nous discutons depuis longtemps sur les manières d'enrichir et de diversifier cette relation. C'est ainsi que notre chargée de développement de l'époque a établi le contact avec Madame la Professeure Cécile Chainais, dont le Master 2 Justice et droit du procès entretenait des liens anciens avec Antoine Garapon (et l'ancien Institut des Hautes Études sur la Justice). Nous avons commencé à discuter des manières dont nous pourrions apporter nos connaissances et notre expertise à l'Université Paris-Panthéon-Assas et créer un projet qui permettrait d'approfondir les liens que nous entretenions déjà.

Depuis 2023, *Amicus Radio* fait partie des projets qui sont soutenus par la fondation Panthéon-Assas. Dans le cadre de ce partenariat, nous avons pensé que l'émission *Les Amphis d'Amicus*, qui est orientée à l'origine vers un public d'étudiants en droit, pourrait être un bon vecteur pour pouvoir travailler avec les étudiants de l'Université Paris-Panthéon-Assas afin que ceux-ci commencent à investir une émission de notre radio et qu'ils deviennent à leur tour des créateurs et des diffuseurs de connaissances.

Aubin Jupin – Le partenariat entre l'Université Paris-Panthéon-Assas et *Amicus Radio* inclut la participation, sur la base du volontariat, des étudiants de Master 2 rattachés au Master Justice Procès Procédures (Master 2 Justice et droit du procès, Master 2 Contentieux arbitrage et MARD et Master 2 Communication et sociologie du droit et de la justice).

Ce partenariat entre notamment en résonance avec le projet pédagogique du Master 2 que j'ai suivi, le Master 2 Justice et droit du procès (JDP), à deux égards.

D'une part, les enseignements du Master sont particulièrement transdisciplinaires. Dès la première année du Master, nous étudions notamment l'histoire du droit et le droit comparé. Nous suivons également un cours portant sur les grands enjeux de la justice contemporaine. Puis, en seconde année de Master, nous bénéficions des cours de droit et littérature, d'économie du droit et de philosophie du droit et de la justice. Le Master entretient ainsi une culture d'ouverture sur les autres disciplines, notamment sur les sciences sociales.

D'autre part, ce master est ouvert non seulement sur d'autres matières, mais aussi sur les autres acteurs du monde juridique, puisque nous avons également noué cette année un partenariat avec la cour d'appel de Paris afin de réaliser un panorama de la jurisprudence de cette cour d'appel qui sera

publié à la *Gazette du Palais*. Ce panorama de la jurisprudence comprendra une présentation d'un certain nombre de décisions qui ont été sélectionnées par les magistrats comme étant d'importance pour le développement du droit, dans le cadre du développement de l'*Open data* des décisions de justice.

Ce partenariat avec *Amicus Radio* fait donc écho à la tradition du Master 2 JDP de s'ouvrir à d'autres domaines par lesquels la production juridique peut trouver à s'exprimer et de former des juristes capables de comprendre les grands enjeux qui traversent la société.

RDA – Quel rôle incombe aux étudiants dans le cadre de ce partenariat ? Dans quelle mesure les étudiants participent-ils à la supervision éditoriale et à la réalisation technique des émissions d'Amicus Radio ? Dans quelles productions de la radio interviennent-ils ?

Leobardo Arango – Les étudiants du Master 2 réalisent, par petits groupes, plusieurs émissions des *Amphis d'Amicus*. Chaque émission comprend cinq épisodes d'une dizaine de minutes environ.

Du côté de l'équipe d'*Amicus Radio*, notre but est d'accompagner les étudiants dans la réalisation de ces émissions. L'une des dimensions importantes du projet se concentre autour d'un studio d'enregistrement qui a été construit au quatrième étage du Centre Assas de l'Université, dans le cadre des projets soutenus par la Fondation Panthéon-Assas. Les épisodes des *Amphis d'Amicus*, portés par les étudiants du Master 2 sont réalisés dans ce studio.

Ainsi, l'équipe d'*Amicus Radio* accompagne les étudiants afin qu'ils s'approprient ce studio, qu'ils puissent notamment en comprendre le fonctionnement. Pour ce faire, nous avons organisé plusieurs ateliers. D'abord, des ateliers concernant l'écriture et la façon de structurer les émissions, puis des ateliers portant sur des sujets plus techniques relatifs à la prise de son et à l'enregistrement des émissions.

Aubin Jupin – Les étudiants du Master sont impliqués dans toutes les étapes de la réalisation des émissions *Les Amphis d'Amicus*.

Il y a d'abord le choix de la thématique de l'émission, puis la rédaction du script et la mise en place d'un conducteur pour chacun des cinq épisodes qui composent les émissions. Ensuite, se pose la question de l'intégration dans l'émission de ce que l'on appelle les objets radiophoniques ; c'est-à-dire les musiques, les interviews, les micros-trottoirs ou les lectures qui vont être insérées pour rendre l'émission plus dynamique. Pour chacune des émissions, l'écriture du script est supervisée par un enseignant référent de l'Université Panthéon-Assas qui aura pour mission de vérifier l'exactitude du contenu du script. Enfin, ce sont les étudiants, et non des universitaires comme c'est le cas dans le cadre du format habituel des *Amphis d'Amicus*, qui animent les épisodes du podcast.

Cinq thématiques seront abordées au cours des prochaines émissions :

- L'adaptation de la procédure pénale au phénomène terroriste (émission supervisée par M^{me} Pauline Le Monnier de Gouville) ;
- La Cour de Justice de la République (supervision par M^{me} le Professeur Cécile Guérin-Bargues) ;
- La fin de vie (supervision par M^{me} le Professeur Dominique Fenouillet) ;
- La justice restaurative (supervision par M^{me} Diana Villegas) ;
- Le jury populaire (supervision par M. le Professeur Laurent Pfister).

Au total, vingt étudiants de l'Université Paris-Panthéon-Assas participent à ce projet. Les étudiants sont répartis en moyenne par groupe de trois ou quatre pour chacune des thématiques.

Le travail réalisé autour des émissions permet aux étudiants de s'entraîner à la prise de parole en public, mais aussi de développer de nouvelles facultés rédactionnelles, notamment de synthèse et de concision pour rendre compréhensibles des sujets juridiques assez complexes de prime abord. Cela rejoint la pédagogie dont doivent faire preuve, à l'écrit comme à l'oral, les différents acteurs du monde juridique, en particulier les magistrats qui doivent veiller à l'intelligibilité des décisions rendues afin qu'elles puissent ensuite être acceptées par les justiciables. Qu'elles leur soient accessibles, en somme.

Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la RDA donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

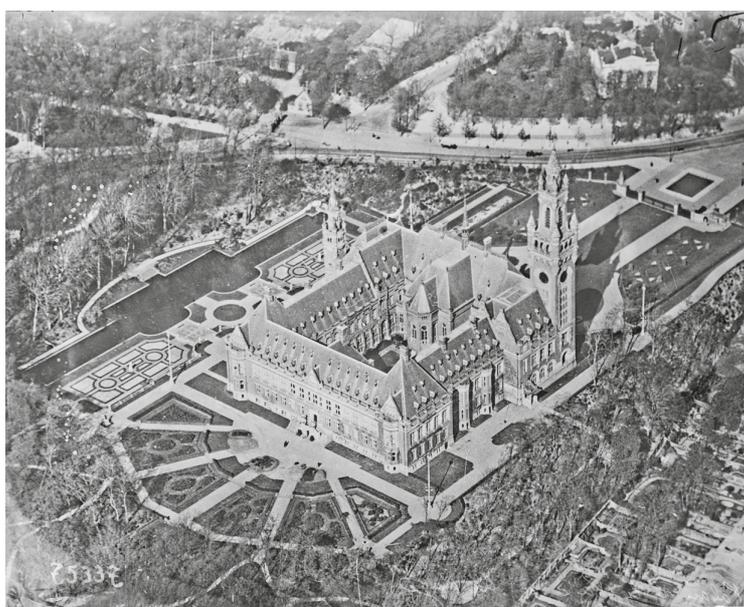
Le Palais de la Paix à La Haye, tableau hollandais

Alban Guyomarc'h

ATER au Collège de France, Doctorant
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

En me rendant à l'Académie de Droit International de La Haye pour la deuxième année consécutive, j'ai préféré le séjour néerlandais aux

torpeurs de la période estivale parisienne; torpeur doublée cette année des Jeux Olympiques. C'est ainsi que chaque matin j'ai eu l'opportunité



Photographie de l'Agence Rol. 1922. Source : gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

Figure 1 – Le Palais de la Paix, vue aérienne.

de franchir les grilles de ce lieu unique, le Palais de la Paix¹ et d'arpenter ses jardins. Alors, la silhouette si particulière de l'endroit se faisait davantage familière de jour en jour, mais l'émerveillement face au Palais, lui, demeurerait à chaque fois. Mieux, ce sentiment augmentait à mesure que j'en explorais les secrets, que je réalisais ce qu'il symbolisait dans sa matérialité même. J'en aborderai ici l'histoire singulière, dans ce qui s'apparente à un carnet de voyage... juridique.

* * *

« Un bonnet de coton, même sur une table de nuit du Palais de la Paix de La Haye, ne pourra jamais rien contre un escadron de cavalerie, ou une escouade d'infanterie. »²

28 août 1913, un jour de beau temps. Les annales l'ont noté, c'est rare en terres bataves. Sous un ciel clément, La Haye se pare de ses plus beaux atours pour célébrer à la fois le centenaire de l'indépendance des Pays-Bas³, l'anniversaire de la Reine⁴ et (surtout) l'inauguration d'un nouveau bâtiment au nord de la ville, à l'orée du bois de Scheveningen : le Palais de la Paix. À lire les récits des uns, des autres et de la presse de l'époque, c'est bien plus qu'une inauguration, c'est la dédicace d'un Temple de la Paix (*sic*) où les diplomates jouent le rôle de prêtres du droit international. « Des milliers de personnes se pressent dans les rues menant au Temple. Les cloches des églises ont sonné tout au long de la cérémonie. [...] Le Grand Hall du Palais fut bientôt rempli par les quatre cents invités [...] principalement des officiels » relate une revue pacifiste⁵. Une ferveur populaire et diplomatique entoure le Palais flambant neuf. Bientôt, la céré-

monie commence et les discours s'enchaînent, eux aussi empreints d'une solennité sacrée. Jonkheer Karnebeek le Président de la Fondation Carnegie, dit que ce Temple « ne sera pas seulement un office où l'on travaillera à faire régner la paix par le droit, mais il parlera aussi à l'imagination et sera un point de repère pour tous ceux qui grâce au progrès de l'humanité, vers un idéal de civilisation, voudront supprimer la guerre entre les peuples »⁶. L'utilisation même de l'expression « Temple de la Paix » n'est pas abusive quand on sait que c'est ainsi qu'en parlait son principal argentier, Andrew Carnegie qui, dans sa munificence, consentit le don qui permit la construction⁷. Dans l'humilité extravagante qui le caractérisait, le milliardaire américain écrivait même dans son autobiographie que son Palais était le « bâtiment le plus sacré au monde, dépassant par là-même Saint Pierre de Rome ou tout autre bâtiment construit à la gloire de Dieu »⁸. Sur un registre légèrement plus modéré on peut aussi citer la Baronne von Suttner – la première femme à recevoir le Prix Nobel de la paix en 1905⁹ – qui voyait dans le Palais « un temple, un symbole et un lieu de travail »¹⁰. Aussi, ceux qui pénètrent dans le hall du Palais de la Paix, foulent son sol de carreaux de marbre finement ciselés et disposés en d'élégants motifs, frôlent ses murs mêlant marbre et pierre taillée, mirent son plafond voûté, arpentent son escalier monumental sous une voûte décorée d'une mosaïque à l'allure orthodoxe et figurant les allégories du droit; ceux qui pénètrent donc, dans ce morceau d'architecture époustouflant, ne peuvent que sentir la solennité juridique monter en eux, être saisis par une sensation de sacré. Oui, il y a quelque chose d'un Temple dans ce

-
1. Qui héberge l'Académie de Droit International.
 2. Société française de l'arbitrage entre nations, « L'antimilitarisme chez les anarchistes », *Revue de la paix : organe de la Société française pour l'arbitrage entre nations*, n° 1, 1903, p. 812.
 3. Le pays étant libéré du joug napoléonien en 1813.
 4. Qui n'aura lieu que le 31 août – mais certains articles prennent le temps de mentionner la concomitance des dates.
 5. « The Temple of Peace at The Hague », *The Advocate of Peace (1894-1920)* 1913, n° 9, vol. 75, p. 200-201. Sauf mention contraire, les traductions d'articles et d'ouvrages anglophones vers le français sont le fait de l'auteur.
 6. Tel que relaté par le Figaro dans son édition du 29 août 1913.
 7. Impossible d'ailleurs de passer à côté du chèque d'Andrew Carnegie, qui accueille le visiteur et l'étudiant à l'entrée du *visitor center* du site.
 8. Ainsi qu'en fait état A. Eyffinger, *The Peace Palace: residence for justice, domicile of learning*, Carnegie Foundation, 1988, p. 111.
 9. Et qui devait mourir l'année suivant l'inauguration du Palais et à une semaine de l'attentat de Sarajevo.
 10. Cité par T. Aalberts et S. Stolk, « The Peace Palace: building (of) the international community », *AJIL Unbound* 2020, vol. 114, p. 112. La Baronne von Suttner est aujourd'hui encore l'une des seules femmes à être représentée au Palais de la Paix, la plupart des statues étant des statues d'hommes.

Palais. Mais justement, du temple, l'édifice tire une forme d'immobilité passive, presque figée; et l'on se demande s'il est bien possible de pratiquer la paix au sein de murs qui sont avant tout la figuration d'un idéal. Un idéal et une mission : faire la paix par le droit; encourager la connaissance du droit international et régler les conflits par la justice – c'est-à-dire l'arbitrage systématisé via la Cour Permanente d'Arbitrage. Missions nobles. Pourtant près d'un an après son inauguration, en 1914, l'Europe éprise d'une fièvre belliqueuse sombrait dans le premier conflit mondial¹¹ – celui-là même qui verra la plupart des puissances présentes à l'inauguration se faire la guerre. Celui-là, aussi, qui mènera vers sa fin la dynastie des Romanov et à l'exécution du Tsar Nicolas II, lui qui avait œuvré aux Conférences de la Paix – celles à l'origine du Palais de la Paix.

Revenons justement sur cette origine¹². Au tournant du XIX^e siècle, la planète prend l'échelle du monde¹³. Doucement, l'on assiste à la « clôture du système international »¹⁴ à mesure que les voies de communication, de navigation et de transport connaissent une accélération majeure, servie par les progrès les plus récents : le navire et le train à vapeur, le câble sous-marin, la télégraphie et l'industrialisation¹⁵. Le droit international n'est pas en reste¹⁶ et réagit à cette nouvelle mondialisation : les premières organisations techniques internationales voient le jour, le courant positiviste se consolide grandement. De même, naissent deux associations appelées à un

grand destin, l'*Institut de Droit International* et l'*International Law Association*. En parlant des progrès du droit et de la technique, une affaire importante – celle de l'*Alabama*¹⁷ – va renforcer l'intérêt de doter le système international de mécanismes d'arbitrage des différends interétatiques. Aussi, au cœur de l'été 1898, un appel de Nicolas II est distribué par son ministre des Affaires étrangères, Muraviov, aux diplomates présents dans la capitale des Tsars, Saint Pétersbourg. « Dans sa circulaire, le Tsar appelle avec panache à l'organisation d'une conférence internationale pour assurer à toutes les nations les bienfaits d'une paix authentique et durable, de même que pour freiner rapidement l'intensification des armements »¹⁸. Pour faire face aux réactions hostiles sinon sceptiques des chancelleries étrangères, une seconde lettre est envoyée, signée de la main du ministre et proposant un agenda en huit points à la conférence à venir. C'est le huitième point qui ouvrira la voie à la construction du Palais de la Paix : l'arbitrage comme mode de règlement des différends internationaux¹⁹. Aussi, du 18 mai 1899²⁰ au 29 juillet de la même année, se tient à La Haye la Première Conférence de la Paix. À son actif figure la Convention sur le règlement pacifique des différends dont le quatrième titre porte sur l'arbitrage international et met en place une Cour Permanente d'Arbitrage, dotée d'une continuité organisationnelle par l'institution d'un Conseil d'administration et d'un Bureau international

-
11. Une autre phrase, tirée du discours de Karnebeek, prend alors une tournure prophétique : « Ce palais sera un temple de la paix, dans lequel, même lorsque les vagues de la guerre surgissent à l'horizon, les meilleurs sentiments pourront trouver un refuge pour reprendre leur vol après la tempête, comme les colombes de l'arche de Noé. »
 12. Voir pour des développements plus importants sur l'histoire du Palais de la Paix et les liens entre les Conférences de la Paix et sa construction : T. Aalberts et S. Stolk, « The Peace Palace: building (of) the international community », préc. ; B. Duynstee, D. Meijer, F. Tilanus e.a. (dir.), *The building of peace: a hundred years of work on peace through law: the Peace Palace, 1913-2013*, Carnegie Foundation, 2013 ; A. Eyffinger, *The Peace Palace*, op. cit. ; R. Judith et D. Curtis, « Multi-Jurisdictional Premises: From Peace to Crime » in *Representing Justice: Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtroom*, Yale University Press, 2011, p. 24.
 13. P. Verley, *L'échelle du monde : essai sur l'industrialisation de l'Occident*, Gallimard, coll. « NRF essais », 1997.
 14. R.-J. Dupuy, *La clôture du système international : la cité terrestre*, 1^{re} éd., PUF, coll. « Perspectives internationales », 1989. Voir aussi la définition précise de cette clôture du système international in R.-J. Dupuy, *Leçon Inaugurale de la Chaire de Droit international*, Collège de France – Chaire de droit international, 1980.
 15. B. Duynstee, D. Meijer, F. Tilanus e.a. (dir.), *The building of peace*, op. cit., p. 23.t
 16. M. Forteau, A. Miron, et A. Pellet, *Droit international public*, 9^e édition, LGDJ, coll. « Traité », 2022, p. 88 et s.
 17. T. Arb., 14 sept. 1872 (sentence), *Réclamations relatives à l'Alabama (États-Unis c. Grande-Bretagne)*. Durant la guerre de Sécession aux États-Unis, des navires marchands de l'Union sont attaqués par des navires commerciaux confédérés construits dans des chantiers navals britanniques. Le gouvernement des États-Unis faisant grief au gouvernement britannique de ne pas respecter ses obligations de neutralité, introduit une série de demandes en réparation contre le Royaume-Uni.
 18. B. Duynstee, D. Meijer, F. Tilanus e.a. (dir.), *The building of peace*, op. cit., p. 13.
 19. *Ibid.*, p. 15.
 20. Pour l'anecdote, le jour de l'anniversaire de Nicolas II.

permanents. Mais encore lui fallait-il un bâtiment tout aussi permanent. Aussi, au cours des années 1901-1903, une série de négociations entre politiques et diplomates américains et européens et Andrew Carnegie²¹ – alors réputé pour ses actions philanthropiques en faveur de la paix – ont lieu, afin d’obtenir le financement de la construction d’un bâtiment qui hébergerait à la fois une bibliothèque de droit international et le siège de la nouvelle CPA. Au début, Andrew Carnegie émet de sérieuses réserves, mais il se laisse progressivement convaincre. Il finira par faire un don d’un million et demi de dollars (soit quarante-huit millions de dollars d’aujourd’hui) pour la construction du Palais. Afin d’accueillir cet argent, une fondation est créée dont l’objet est la construction, l’établissement et la maintenance permanente d’une Cour et d’une bibliothèque : la Fondation Carnegie.

Accueillant la CPA à partir de l’ouverture du Palais en 1913, d’autres institutions viennent s’installer par la suite dans ses murs. C’est le cas de l’Académie de Droit International, fondée officiellement en 1914 par la Fondation Carnegie pour la Paix Internationale avec le concours du Prix Nobel de la Paix, Tobias Asser. Elle voit toutefois son ouverture décalée à raison de la Guerre, et les cours ne démarreront qu’en 1923. L’Académie est intimement liée à une autre institution, la Bibliothèque du Palais de la Paix, une des plus vieilles bibliothèques dédiées au droit international. L’Académie et la Bibliothèque sont aujourd’hui hébergées dans un nouvel édifice, construit au début des années 2000 et relié au Palais par une passerelle. Le Palais de la Paix va également accueillir deux des juridictions internationales les plus célèbres. D’abord la Cour Permanente de Justice Internationale (la CPIJ) de 1922 à 1946, puis la Cour Internationale de Justice qui lui succède. C’est depuis le *Great Hall of Justice*, une salle impressionnante aux allures de chapelle de château que la CIJ rend ses décisions et avis consultatifs. Illuminés par six lustres en cristal et siégeant le long d’une table apte à tous les accueillir, les quinze juges de la Cour trônent sous le regard de vitraux réalisés par

l’Écossais Douglas Strachan et décrivant les quatre étapes du *Developpement of the Peace Idea*²². Toutefois, s’ils y rendent leurs décisions, les juges ne travaillent pas dans le Palais. Ils disposent d’une aile ajoutée dans les années 1970 à l’arrière du bâtiment, aux frais du gouvernement néerlandais.

Le Palais de la Paix est l’œuvre d’un architecte français, Louis Cordonnier. Il fut choisi parmi les 216 candidatures reçues lors du concours ; quoiqu’aucune, d’après le jury, n’avait vraiment respecté le cahier des charges. Le choix de l’architecte français fit l’objet de vives critiques. Maladroitement, le jury avait répondu que son choix s’était porté sur le projet sélectionné, car il avait adopté le style architectural néerlandais du *xvi^e* siècle – un style *Deutsch Renaissance*²³. Ce critère, qui n’était pas retenu pas dans le cahier des charges, laissa pantois nombre d’architectes ayant concouru, au point d’ailleurs que le résultat du concours fut contesté devant les tribunaux néerlandais. Les dessins gagnants de Cordonnier figuraient alors un bâtiment qui ressemble assez bien à celui que l’on connaît aujourd’hui, si ce n’est qu’au lieu d’un seul beffroi, le projet est flanqué de quatre tours (qui disparaîtront pour certaines d’entre elles, semble-t-il pour des raisons budgétaires). Aussi, et contrairement à de nombreux autres projets proposés, le Palais de Cordonnier utilise comme matériau principal la brique, cette brique qui fait les murs des pays ayant peu de ressources en pierres²⁴, des briques typiques du style *Deutsch Renaissance*. Le résultat, c’est le Palais que l’on connaît aujourd’hui. Sa façade la plus connue, celle que l’on voit depuis la Place Carnegie, se compose d’un volume central sur deux étages dotés de fenêtres à meneaux au second. Entre chacune des fenêtres, des statues allégoriques supportent la façade. À gauche du bâtiment, on trouve un beffroi orné d’une horloge offerte par la Suisse ; à l’exact opposé et en retrait par rapport à la façade, un vitrail annonce la présence du *Great Hall of Justice*. M’avouant meilleur juriste que critique d’architecture, le mieux est encore de s’appuyer sur une photo – et d’époque ! :

21. Voir le récit de ces négociations dans : A. Eyffinger, *The Peace Palace*, op. cit.

22. En tout cas dans une vision très occidentalisée de ce développement.

23. B. Duynstee, D. Meijer, F. Tilanus e.a. (dir.), *The building of peace*, op. cit.

24. Voir la page Wikipédia dédiée à l’architecture néerlandaise.



Photographie de presse – Agence Rol. 1922. Source : gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France.

Figure 2 – Photographie de la façade du Palais de la Paix en 1922.

À l'auditeur des cours d'été de l'Académie de La Haye, et tant qu'à faire aux connaisseurs du droit international, le Palais devient au fil des jours une silhouette connue, presque familière mais toujours époustouflante. Il trône, sage, depuis plus d'un siècle au cœur de la capitale administrative néerlandaise, entouré d'un jardin finement entretenu sur lequel flotte le drapeau des Nations-Unies. Vaisseau minéral aux faces lourdement ornées, il écrase par ses dimensions tout juriste qui arrive un jour à ses pieds; tranchant alors avec la modestie de l'architecture batave. Celui qui décrit très bien ce contraste des dimensions entre le Palais de la Paix et le reste de la ville, c'est Karel Čapek, figure de la littérature tchèque du xx^e siècle. Citons-le dans ses *Tableaux hollandais*, tirés des récits de voyage dans l'Europe de l'entre-deux-guerres que l'auteur livrait au journal *Lidové Noviny* : « Il semble que les Hollandais se soient forgé un style greffé, pourrait-on dire, sur des dimensions réduites. Leurs petites maisons sont plus petites que partout ailleurs. [...] Leurs villes tiendraient dans la paume de la main. À l'exception du Palais de la

Paix à La Haye et de la Bourse d'Amsterdam, vous ne tomberez jamais sur aucun exemple de monumentalité colossale ou d'épique grandeur, sur rien qui s'écarte de l'échelle d'un petit pays. Une certaine intimité, une relative parcimonie des dimensions, semblent être une loi formelle ancrée dans l'esprit de cette nation. »²⁵. Lors de sa construction au début des années 1905, le bâtiment, massif, tranchait avec les rues environnantes toutes faites d'alignements de maison bourgeoises mais mitoyennes, sobres car protestantes, ne s'élevant vers le ciel qu'avec deux sinon trois étages. De même, le cœur du pouvoir néerlandais – le *Binnenhoff* – qui ne se trouve qu'à quelques centaines de mètres, fait figure d'un modeste complexe de bâtiments aux styles variés, selon qu'il s'agit d'héberger le Parlement ou le siège du pouvoir exécutif. D'ailleurs, c'est sans doute pour lui donner une importance certaine qu'on a jugé bon de laisser à ses pieds un plan d'eau carré – le *Hoffijver* – afin que par un jeu de reflets, les façades doublent de surface. Tout dans la bonne ville de La Haye était, et demeure relativement encore, à la mesure de ce

25. Č. Karel, *Tableaux hollandais : avec quarante-six dessins de l'auteur*, traduit par M. Chasteau, Éditions La Baconnière, 2024, p. 88.

que l'on attend d'une ville protestante d'Europe du Nord : une sobriété bourgeoise, une propreté savamment entretenue, une absence revendiquée d'excès architecturaux.

Certes, la ville n'est plus la même que celle que connût Karel Čapek, ni même d'ailleurs les bâtiments autour du Palais. À la place de l'élégante maison qui lui faisait directement face, il y a désormais le siège d'une banque, un bâtiment banalement triste, orné d'un logo. Dans le même temps, la ligne d'horizon haguenoise a pris quelques hauteurs supplémentaires : de nos jours, il y a non loin du Palais ces gratte-ciel du quartier d'affaire qui entourent la gare de *Den Haag Centraal*. À quelques arrêts de tram de là, il y a encore ces rues commerçantes, entourées de bâtiments bétonnés et lourdeux, abritant ce que le commerce international fournit de magasins standardisés. Ainsi, le Palais pourrait se trouver aujourd'hui enseveli sous les dimensions nouvelles de sa ville – mais il n'en est rien. À l'inverse des constructions alentour, il n'est pas encastré entre deux bâtiments mitoyens. Il siège au contraire entouré d'un vaste jardin. Ses proportions ont su garder une grandeur assumée ; son beffroi est visible des kilomètres à la ronde. Aujourd'hui encore, il tranche avec son environnement.

Mais plus encore que le bâtiment lui-même, c'est ce qu'il représente qui nous intéresse. Car l'architecture institutionnelle est toujours une métaphore du pouvoir ; et « cette fonction du bâtiment en tant que vecteur de valeurs et d'identité institutionnelle revêt une importance particulière dans la sphère internationale, où la légitimité institutionnelle n'est pas acquise »²⁶. Un article récent propose d'explorer l'architecture des institutions internationales sur la

période 1922-1952, notamment les bâtiments hébergeant l'Organisation Internationale du Travail, la Société des Nations et les Nations Unies²⁷. Ces constructions « qui allaient abriter ces organisations constitueraient les espaces dans lesquels le droit international et la politique internationale allaient littéralement prendre forme et serviraient de métaphores fonctionnelles et symboliques d'une nouvelle ère de coopération juridique et politique internationale »²⁸ ; ce faisant, et c'est primordial, « leur conception et leur réalisation (notamment en termes architecturaux) ont eu une grande influence sur l'imaginaire du droit international »²⁹. Ce qui vaut pour les sièges des organisations internationales précitées, plus jeunes que le Palais, vaut aussi pour ce dernier. Dans une perspective critique le Palais de la Paix incarne davantage un droit international facilitateur des rapports fraternels entre nations, plutôt qu'un droit international inscrit dans une perspective supranationale. Il figure alors ce que le droit international était au début des années 1900. De même, dans une internationalisation du monde marquée par le commerce international, le style architectural choisi représente assez justement « les piliers du Siècle d'or néerlandais : la foi Chrétienne, la richesse d'une classe marchande, le savoir classique »³⁰. Dans la même veine, le Palais « reflétait les préférences d'une élite choisie, composée principalement de diplomates et d'universitaires occidentaux (à l'instar des idéaux prétendument universels que le Palais était censé incarner) »³¹. Dans un contexte où les fondements occidentaux du droit international sont de plus en plus critiqués³², on ne peut que se refaire de l'écho des critiques qui, dès 1913, s'inquiétaient du choix d'une esthétique européenne classique pour un bâtiment représentant

26. V. Renske et S. Sofia, « Law in concrete: institutional architecture in Brussels and The Hague », *Law and Humanities* 2020, n° 1, vol. 14, p. 57.

27. M. Bak McKenna, « Designing for international law: The architecture of international organizations 1922–1952 », *Leiden Journal of International Law* 2021, n° 1, vol. 34, p. 1. Les organisations internationales qui sont étudiées dans l'article adoptent des choix architecturaux différents de ceux qui ont présidé à l'édification du Palais de la Paix. Si nous ne les mentionnons pas directement, j'invite toutefois le lecteur à aller jeter un œil à l'article.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*

30. A. Eyffinger, *The Peace Palace*, op. cit. Voir aussi T. Brook et O. Demange, *Le chapeau de Vermeer: le XVII^e siècle à l'aube de la mondialisation*, Éd. Payot & Rivages, coll. « Petite bibliothèque Payot », 2012.

31. M. Bak McKenna, « Designing for international law », préc.

32. Voir, pour une synthèse et des indications bibliographiques, les chapitres dédiés aux perspectives critiques et aux *Third World Approaches to International Law* dans A. Bianchi, *Penser différentes manières de penser : théories de droit international*, traduit par A. Hamann, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2023.

la communauté internationale³³. Les choix architecturaux ultérieurs démontreront la tendance à adopter des constructions aux styles plus neutres³⁴.

Le droit international métaphorisé dans l'architecture se ressent également dans la décoration intérieure du Palais de la Paix. Elle est pour beaucoup faite de cadeaux offerts par les États. Certains monumentaux, à l'instar du vase de jaspe de plusieurs tonnes offert par Nicolas II, d'autres plus discrets comme la fontaine au centre de la cour intérieure et ses ours polaires. L'idée des cadeaux d'État avait été émise par le délégué français à la Seconde Conférence de la Paix, le Baron d'Estournelles. Chaque nation participante avait été invitée à fournir, en accord avec l'architecte, des matériaux de constructions et de décoration, ainsi que des objets d'art caractéristiques de leurs productions nationales. Outre la tradition diplomatique des cadeaux³⁵, il y a aussi dans cette logique de don-contre-don la représentation de l'émergence d'une communauté internationale faite d'États-Nations souverains, apportant d'eux-mêmes au concours de la formation d'un esprit international³⁶. Ils sont alors pris entre deux tensions supposément contradictoires : « Les cadeaux reflètent l'engagement en faveur de l'idéal de paix universelle, mais ils mettent aussi l'accent sur la souveraineté et le nationalisme et sur le souhait des États de matérialiser leur rôle et leur influence individuels »³⁷.

Les jardins sont l'écrin accueillant le Palais. Là aussi, la Fondation Carnegie procède à un concours pour désigner le paysagiste en charge de concevoir les jardins – mais, contrairement au concours ouvert qui avait été celui du Palais, le concours des jardins est un concours fermé et trois jardiniers-architectes célèbres en leur temps sont mis en compétition³⁸. Ce sera le britannique Thomas H. Mawson qui remportera le projet. Voulant lier Palais et Jardin, le paysagiste adopte le thème de la Paix, servi par des ornements et

des statues, des fontaines et des plans d'eau, le tout devant laisser un sentiment de repos et d'espace³⁹. Car pour l'architecte, « Le mot "paix" évoque à l'esprit quelque chose de spacieux et d'étendu, et implique des étendues calmes, des effets ouverts et des avenues isolées de méditation et de tranquillité »⁴⁰. Il ne faudra pas moins de trois versions pour que le Conseil d'administration de la Fondation Carnegie et Thomas H. Mawson tombent d'accord sur des plans respectant les contraintes budgétaires et esthétiques. C'est ainsi, par exemple, qu'une fontaine disparut des pieds de la façade du Palais – laissant jusqu'à aujourd'hui cet espace vide de toute plantation – et que certaines figures ornementales furent abandonnées. Malgré ces modifications, les jardins du Palais de la Paix sont une tapisserie botanique, mêlant les essences d'arbres aux variétés de fleurs, locales ou étrangères, européennes ou exotiques. Le bassin aux nénuphars et le doux bruit du ruissellement dans les fontaines apportent une sérénité à l'ensemble. Si le Palais tient quelque chose du temple, le jardin tient quelque chose de l'Éden.

Justement. Dans ce Palais et ses jardins où s'affairent juristes, internationalistes et diplomates, une interrogation est permise : n'est-il pas étrange d'avoir à travailler sur les différends interétatiques les plus intenses, les conflits géopolitiques les plus graves, les tragédies humaines les plus sanglantes dans un lieu si calme, si serein et si beau ? N'y a-t-il pas une dissonance cognitive entre l'endroit et ce dont il connaît ? N'y a-t-il pas quelque chose d'étrange à passer une partie de l'été au Palais de la Paix quand l'Europe connaît une guerre à ses portes, quand le Moyen-Orient se déchire sur un conflit interminable (et dont le Palais a déjà eu à connaître à de multiples reprises) et qu'ailleurs dans le monde les mêmes maux reviennent encore et encore, les conflits et les guerres, la violence de la condition humaine ? Soudain, on est pris d'un doute, sans forcément avoir à recourir à l'altitude nihiliste du réaliste qui

33. J. Resnik et D. Curtis, « Multi-Jurisdictional Premises: From Peace to Crime », préc., p. 251.

34. *Ibid.*

35. T. Aalberts et S. Stolk, « The Peace Palace: building (of) the international community », préc.

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*

38. E. W. Leeuwijn, « "The Arts of Peace": Thomas H. Mawson's Gardens at the Peace Palace, the Hague », *Garden History* 2000, n° 2, vol. 28, p. 262.

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

rejette l'efficacité du droit international quand ce n'est pas son existence même; de même que l'on peut douter sans sombrer dans un pacifisme naïf. La question qui se pose au juriste du ^{xxi}^e siècle est alors de savoir comment faire du droit un levier réel pour la Paix, apte à assujettir vraiment les États mêmes qui en sont les plumes. Comment imposer réellement le droit au cœur des affres du monde.

C'est l'enjeu. Car voilà plus d'un siècle, quelques hommes effrayés que la paix puisse s'en aller errer librement par le monde lui firent ériger un Palais. Depuis lors elle rôde dans ces jardins édeniques et propres mais semble ne jamais passer les grilles pour se propager. À lui construire un Palais, on l'avait enfermée. Peut-être faut-il l'aider à en sortir.

Variétés autour du droit

Les mots s'envolent, les plaidoiries avec

Léo Pedro

Président de la Clinique Juridique d'Assas.

Étudiant en Master de droit pénal et sciences criminelles,
Université de Strasbourg.

*« Si la société nous a donné le duvet des oreillers,
elle a certes compensé le bienfait par la goutte,
comme elle a mis la procédure pour tempérer la justice,
et les rhumes à la suite des châles de Cachemire. »*
Honoré de Balzac, *La Peau de chagrin*, 1855.

La plaidoirie, acte d'éloquence et de rhétorique par excellence, est rarement envisagée sans la justice, laquelle, dans l'esprit collectif, est indissociable de celle-ci. Pourtant, alors que l'institution judiciaire est « au bord de la rupture »¹, la plaidoirie semble progressivement disparaître, exposant ainsi les juridictions françaises à des risques de graves dérives, où les considérations politiques et économiques l'emportent sur la garantie d'une justice de qualité pour les justiciables. C'est ici bien la justice des litiges quotidiens, civile, qui en pâtit. À l'heure des réflexions sur la dématérialisation, les intelligences artificielles et les nouveaux modes de règlements des litiges, la question de la place de la plaidoirie n'a rien de secondaire. Celle-ci constitue un élément traditionnel du procès qui ne peut être négligé sans assurance préalable d'une protection effective des droits des justiciables. Si le législateur moderne ne cesse d'amoindrir la place de cette dernière pour atteindre les objectifs d'une politique judiciaire guidée par l'efficacité (I) des solutions préservant l'oralité semblent viables (II).

I. La justice civile, terre fertile du silence

La complexité des contentieux et l'encombrement des tribunaux définissent le cadre judiciaire dans lequel se pratique la procédure civile. Cependant, il est important de mentionner d'autres préoccupations, plus ou moins liées à la justice. Elles correspondent principalement aux délais de traitement des affaires, aux moyens économiques et humains accordés ainsi qu'au nombre croissant de litiges portés devant les juridictions françaises². Le législateur, face à des difficultés tant juridiques – tenant au droit d'accès à un juge –, que politiques – avec des critiques populaires à l'égard de la justice –, est nécessairement tenu de faire des choix. Une partie de ces derniers consiste en des modifications de la procédure civile et le développement de modes de règlement des litiges alternatifs au contentieux judiciaire classique. Il s'agira de rappeler brièvement l'état du procès civil en procédure écrite (A) avant d'analyser les causes des difficultés que la plaidoirie y rencontre (B).

1. Rapport du comité des États généraux de la justice, p. 36.

2. O. Dufour, *Justice, une faillite française ?*, LGDJ, 2018.

A. Une procédure écrite

Selon les dispositions du code de procédure civile, tant en première instance qu'en appel, la procédure est principalement écrite lorsque le ministère d'un avocat est obligatoire³. Ce régime a pour effet de dématérialiser les débats judiciaires et de les faire intervenir, majoritairement, en amont de l'audience de plaidoiries. La juridiction saisie ne se fondera que sur ces écrits et, sauf exceptions, jugera irrecevable toute nouvelle prétention ou nouveau moyen invoqué lors de l'audience. L'usage moderne de la procédure écrite au sein du procès civil peut s'expliquer en partie par une complexification des litiges demandant un travail de réflexion plus conséquent au juge. À cet endroit, l'écrit s'impose comme une solution efficace, réduisant notamment le temps de désaccord à l'audience puisque les parties auront eu l'occasion d'amplement se répondre en amont. Néanmoins ce système emprisonne les mots dans les lignes des conclusions déposées par les parties, la plaidoirie revêt donc, matériellement, un intérêt limité.

B. Le temps et les maux

La justice civile doit aller plus vite, nul ne saurait, semble-t-il, le contester sérieusement. Force est de constater que les délais s'allongent de plus en plus, certaines juridictions se voient même condamnées pour déni de justice quand les délais excèdent le raisonnable⁴. L'urgence est manifeste, les tribunaux « craquent de partout »⁵ et il faut faire des choix de politique juridictionnelle pour tenter de répondre à ces difficultés. En dépit de réelle prise en charge par le politique, la pratique judiciaire a dû compenser en trouvant

des moyens de dynamiser l'audience. Le résultat se traduit par la pratique du « dépôt de dossier ». Au moment de l'appel des causes⁶, les avocats soumettent leur dossier de plaidoirie avant de pouvoir quitter sereinement l'audience, permettant ainsi à celle-ci de se poursuivre sans nécessiter leur présence. Cette pratique représente un gain de temps objectivement considérable pour les parties impliquées dans le procès⁷. Néanmoins, cette réponse n'apparaît pas satisfaisante pour une partie des professionnels du droit et de la doctrine en ce qu'elle fait reposer le fardeau du manque de moyens sur la qualité de la justice. Ses détracteurs pointent plutôt le manque d'attractivité des chambres civiles pour les magistrats⁸ qui délaissent ces dernières ainsi que le manque de moyens accordés à la justice comme causes réelles du déclin de cette dernière⁹. Face à ces critiques, certaines juridictions ont ainsi instauré de nouvelles pratiques.

II. Des solutions, du dialogue

Là où de nombreux professionnels demeurent attachés à la plaidoirie considérant qu'elle ne doit pas être réduite à un passage facultatif du procès civil, les juridictions cherchent des solutions conciliant sauvegarde de la parole et efficacité de la justice. Si les préoccupations diffèrent entre les parties (A) une solution reposant sur un nouveau modèle d'audience semble viable (B).

A. Des intérêts divers

Il est tout à fait compréhensible que les juges et les avocats aient des besoins différents. Cependant, il ne semble pas souhaitable de hiérarchiser

3. V. CPC, art. 761 et 817 et, en cause d'appel, CPC, art. 900 et s., 954, 960 et 961.

4. TI Orléans, 13 juin 2019, n° 11-18-002021, voir <https://www.francebleu.fr/infos/politique/a-orleans-l-etat-condamne-car-la-justice-a-rendu-une-decision-dans-un-delai-deraisonnable-1560784466>.

5. C. Fleuriot, « Le tribunal de grande instance de Bobigny est en état de faillite », *Dalloz actualité* 8 déc. 2015; Rapport du groupe de travail sur la simplification de la justice civile au sein du rapport sur les états généraux de la justice du 8 juill. 2022, p. 5 et 6. V. aussi, M. Babonneau, « Le tribunal de grande instance d'Évreux en "grave péril" », *Dalloz actualité*, 15 juill. 2014.

6. L'appel des causes a lieu au début de l'audience. Le président appelle chaque dossier afin de vérifier l'état de la procédure et de s'assurer de la présence des parties. À ce moment-là, les avocats peuvent informer la juridiction de leur intention de s'en remettre à leurs écritures et déposent leur dossier de plaidoirie.

7. M^e Olivier Laval, Avocat au barreau d'Orléans, ancien avoué, spécialiste de la procédure civile, entretien du 30 sept. 2022 « Cela ne plairait pas forcément à tous (surtout chez les avocats) mais permettrait aux acteurs du monde judiciaire de perdre moins de temps » à propos de la procédure écrite et de la pratique du dépôt de dossier.

8. Selon les observations du 28 janv. 2021 de l'union syndicale des magistrats sur le rapport sur l'attractivité des fonctions civiles en juridiction de l'IGJ, avril 2021 : « tout le monde n'a pas envie d'aller à la commerciale et à la sociale en cour d'appel. Il ne s'agit pas la plupart du temps de fonctions choisies mais subies ». Voir également observations du syndicat de la magistrature du 17 janv. 2023 devant le groupe de travail sur l'attractivité des fonctions civiles de l'ENM, p. 2 et 3.

9. Cf. not. les manifestations du corps des magistrats et des greffiers organisées durant l'année 2023.

ces derniers. En effet, il convient de souligner qu'un point commun existe entre eux : minimiser le temps perdu. Les magistrats des chambres civiles sont submergés et peu nombreux, tandis que les avocats perdent un temps considérable à l'audience lorsqu'ils sont obligés d'attendre le passage de chaque plaidoirie. D'un côté, les magistrats disposent des écrits et ne souhaitent pas que l'avocat répète ce qu'ils ont pu lire¹⁰, de l'autre, nombreux sont les avocats pour qui la plaidoirie est indispensable à la justice et ce, même en matière civile¹¹. Bruno Lasserre alors vice-président du Conseil d'État, parlait de la plaidoirie comme une « condition de la justesse, de la pertinence et de la praticabilité des décisions rendues par le juge »¹², arguments qui s'appliquent *a fortiori* aux débats judiciaires. Ces deux positions sont légitimes et se placent en réalité dans deux paradigmes différents, bien qu'ils visent à leur manière l'idéal d'une « bonne » justice. Au regard de ces éléments, nous croyons que la solution qui doit être apportée ne doit pas instaurer un déséquilibre. C'est pourtant, semble-t-il, déjà le cas avec l'ajout de l'article 440, al. 3 du code de procédure civile qui permet au président « lorsque la juridiction s'estime éclairée » de faire « cesser les plaidoiries ou les observations présentées par les parties pour leur défense », il s'agit là d'une forme de régulation unilatérale du temps d'audience. Surabondamment, le renforcement des contraintes formalistes introduit en 2019 par la loi de programmation et de réforme pour la justice¹³ renforce ce déséquilibre. En somme, deux dispositions mal perçues et qui ne pèsent que sur les avocats. Il convient donc de ne pas davantage dégrader les relations entre ces deux parties du procès civil. Enfin, au-delà des acteurs de l'au-

dience, c'est également l'intérêt de la justice en tant qu'institution qu'il faut considérer. Se posent alors des questions essentielles relatives à la proximité entre le justiciable et son juge¹⁴ mais aussi quant à l'arrivée dystopique d'une justice prédictive facilitée par la disparition de l'avocat à l'audience¹⁵. En réalité derrière la survie des plaidoiries se cache, peut-être, un dernier rempart à l'avènement d'une justice déshumanisée.

B. L'audience interactive

Avant toute chose il convient d'évoquer la place du législateur¹⁶, lui revient-il d'agir en la matière ? De nombreux magistrats sont opposés à l'ajout de nouveaux textes, considérant que ces derniers sont déjà trop nombreux¹⁷. Il faut dire que la procédure civile a souvent été modifiée ces dernières années¹⁸ ce qui ne fait que contribuer à l'inflation législative majoritairement dénoncée¹⁹. Peut-être la loi n'est-elle pas un instrument adéquat pour régler la plaidoirie. Le cas échéant, la solution pourrait alors venir, naturellement, de la pratique judiciaire. En ce sens, de nombreuses juridictions ont pu notamment s'essayer à la pratique l'« audience interactive »²⁰ proposée par le rapport Magendie-1. Cette dernière consiste en l'avènement d'un procès intelligent dans lequel les acteurs s'écoutent et ne se coupent plus la parole. Elle nécessite un réel dialogue entre le magistrat et l'avocat et s'appuie sur les atouts du caractère écrit de la procédure civile. Il s'agirait en effet de permettre aux magistrats d'établir un rapport sur le dossier à plaider et de poser dès le début de l'audience des questions aux avocats sur des points précis suscitant des difficultés. Ces derniers pourraient ensuite y répondre et ajouter quelques observations qu'ils croient essentielles. Cette manière de

10. C. Bergère-Mestrinaro « Le timbre ou la plume » *Gaz. Pal.* 16 juin 2020, n° 381h6, p. 3.

11. B. de Belval, « La justice défaite par KO technique, ou le refus de la disparition de la plaidoirie », *Gaz. Pal.* 5 mai 2020, n° 378m0, p. 8.

12. Rapport public 2019 du Conseil d'État du 27 avr. 2020, propos tenu dans le cadre du développement de l'oralité devant la section du contentieux du Conseil d'État.

13. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

14. O. Bluche, « On est en train de priver les justiciables français de leur droit au procès », *Petites Affiches* 22 juill. 2020, n° 146 155h9.

15. C. Lhermitte « Plaidoyer pour une réforme de la plaidoirie », *Gaz. Pal.* 31 mai 2016, n° 266h6, p. 12.

16. Sens large, le législateur en matière de procédure civile étant principalement le pouvoir réglementaire.

17. M-L. Blanc, Premier Président de la Cour d'Appel d'Orléans par intérim, entretien du 7 déc. 2022.

18. Décret n° 2019-1333 du 11 déc. 2019; Décret n° 2020-1452 du 27 nov. 2020.

19. V. not. Y. Benhamou, « Réflexions sur l'inflation législative », *D.* 2010, p. 2303.

20. C. Caillard, alors Présidente de la chambre économique et commerciale de la Cour d'Appel d'Orléans, aujourd'hui Conseillère près la troisième chambre civile de la Cour de Cassation, observation en stage en mai et juin 2022.

tenir l'audience semble en cohérence avec les enjeux déjà exposés et paraît à la portée des juridictions. Enfin, l'audience interactive n'est pas nécessairement incompatible avec celle du « dépôt de dossier », un arbitrage intelligent

pourrait permettre un dynamisme cohérent faisant la distinction entre des dossiers qui nécessitent des observations orales utiles et ceux pour lesquels il n'y a pas de difficultés techniques.

Dossier

La qualité de la norme

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

L'emballage normatif : comment ne pas se bercer d'illusions ? <i>François Brunet</i>	p. 29	Les études d'impact en droit de la famille <i>Antoine Gouëzel</i>	p. 61
Menus propos d'une praticienne à propos de la qualité de la loi <i>Catherine Bergeal</i>	p. 37	Les incidences du contrôle juridictionnel de la qualité de la loi pénale <i>Guillaume Beaussonie</i>	p. 68
Les avis du Conseil d'État : au-delà de la consultation juridique <i>Pascale Gonod</i>	p. 41	La qualité de la norme décisionnelle <i>Corinne Bléry</i>	p. 76
Les propositions de réformes législatives et réglementaires de la Cour de cassation : une contribution à l'amélioration des normes et au dialogue des pouvoirs <i>Sandrine Zientara-Logeay</i>	p. 49	Plaidoyer pour évaluer la qualité d'une norme au travers d'études contentieuses statistiques <i>Raphaël Dalmasso</i>	p. 87
		<i>Lobbying</i> et Union européenne, une composante délégitimée du processus décisionnel <i>Gaëlle Hardy</i>	p. 94

Dossier

La qualité de la norme

L'emballlement normatif : comment ne pas se bercer d'illusions ?

François Brunet

Professeur de droit public à l'Université de Tours

La *qualité de la norme* : encore ? Tout semble pourtant avoir été dit sur un thème qui couvre tous les champs du savoir et de la pratique juridiques. La préparation des textes, la délibération des choix, la motivation des décisions, l'évaluation des résultats : rien n'échappe à la question de la qualité de la norme juridique, puisque toute la vie du droit peut s'y rattacher. Malgré la profusion d'études, de réflexions et de rapports, le thème est donc apparemment inépuisable. Il ne faut pas négliger non plus l'actualité vive de la question, qui explique l'attrait qu'il continue d'exercer. Cette actualité est essentiellement celle d'une *crise* de la qualité de la norme, si évidente que sa dénonciation perd au fil du temps sa fonction de réveil et de sursaut. Il s'agit toujours davantage de déplorer la faible qualité des normes juridiques : leur nombre trop important, leur évolution intempestive ou précipitée, leur complexité regrettable, leur incompatibilité grandissante, leur teneur incertaine...

Pour les besoins de la cause, admettons ici le constat d'une crise, c'est-à-dire d'une pathologie. Celle-ci implique l'éradication de ce qui la cause. Or, en dépit des efforts, les solutions efficaces semblent toujours introuvables. Certes, la crise fait naître des vocations enthousiastes de la part

d'experts décidés à rendre au droit sa « santé », c'est-à-dire sa qualité. Mais les décideurs et les juristes (qui ne sont pas forcément les mêmes...) ne savent plus quoi faire, ni quoi inventer pour conjurer le mauvais sort. Tous se désolent d'un emballlement normatif contre lequel tout semble avoir été tenté – en vain ou presque.

Ces derniers temps sont marqués par une forme de surenchère, puisque même le lexique psychiatrique s'est invité dans ces débats. Une « thérapie de choc » face à l'addiction à la norme est ainsi préconisée¹, comme si la machine à créer du droit était devenue folle à lier. Va-t-il falloir interdire les juristes, les administrations et/ou les parlementaires ? Faudra-t-il bientôt décréter un moratoire sur l'édiction du droit, déclarer « hors la loi » le droit nouveau, sous prétexte de sa nouveauté même ? Après tout, une circulaire de 2017 prévoyait que « toute nouvelle norme réglementaire doit être compensée par la suppression [...] d'au moins deux normes existantes »² : pourquoi pas demain une norme sortante pour chaque norme entrante, voire plus de norme entrante du tout ? Cette surenchère – au moins lexicale – pourrait être considérée comme insignifiante, si elle n'était le signe d'un profond malaise. L'affolement répond à « l'emballlement

1. *Normes applicables aux collectivités territoriales : face à l'addiction, osons une thérapie de choc !*, rapport d'information n° 289 (2022-2023) déposé le 26 janv. 2023 au Sénat par F. Gatel et R. Pointereau.

2. Circulaire du 26 juill. 2017 relative à la maîtrise du flux des textes réglementaires et de leur impact.

normatif généralisé »³, cependant que la qualité du droit continue de décliner.

Au demeurant, personne ne sait exactement ce que désigne la notion de « qualité ». Stendhal avait glissé une fois (était-ce une boutade ?) avoir trouvé dans le style limpide et concis du Code Napoléon une inspiration littéraire : « pour prendre le ton, je lis chaque matin deux ou trois pages du Code civil ». Il ajoutait dans sa lettre à Balzac : « je ne vois qu'une règle : être clair »⁴. Mais s'il est indéniable qu'une certaine qualité linguistique est inhérente au droit, la clarté littéraire n'a pas la même fonction que la clarté juridique.

Par ailleurs, des demi-habiles estiment pouvoir indexer la qualité du droit sur la quantité des textes, par exemple sur le nombre de pages des codes⁵. S'il est indéniable que l'on mesure ainsi quelque chose, qui plus est de façon apparemment univoque, est-il certain que l'on mesure toutefois une quelconque « qualité » du droit ? La méthode est congruente avec ce travers caractéristique de notre époque, qui fait comme si la qualité était une « propriété émergente de la quantité »⁶. En abordant les choses de façon aussi abrupte, on fait évidemment l'impasse sur les raisons justifiant (ou non) l'édiction des règles ou leur modification. De ce point de vue, le droit « modeste » n'est pas nécessairement le meilleur, puisqu'il faudrait s'assurer que cette modestie ne soit pas le signe d'une démission de la norme juridique face à la complexité du monde social. La liberté, par exemple, n'équivaut pas à l'absence de norme juridique; elle ne serait pas grand-chose sans le droit. Mais il est tout aussi clair qu'un maillage normatif est d'autant plus menaçant pour les libertés qu'il est nourri, dense et intransigeant.

Il ne faut donc pas s'y tromper. Les enjeux autour de la qualité du droit ne peuvent se résoudre en termes purement techniques. La

raison en est simple : la technique juridique n'est jamais une pure technique. Les débats sur la qualité du droit relèvent toujours de jugements de valeur : un droit dit de mauvaise qualité n'est pas jugé digne de son nom ou digne de valeur. Il est considéré comme dépourvu des caractéristiques que l'on attend de lui, ou que l'on est en droit d'attendre de lui. Et pourtant, la mauvaise qualité du droit – quel que soit le sens que l'on donne à ce terme – ne suffit pas en soi à lui dénier la qualité de droit. En critiquant les défauts du droit actuel, nous révélons attendre davantage du droit que ce qu'il nous offre. Tel est précisément l'enjeu que soulève la qualité du droit : un jugement de qualité ne se confond pas avec un jugement d'existence. Le droit peut exister et subsister malgré ses défauts; plus encore, tout jugement de qualité sur le droit suppose que ce droit préexiste à ce jugement, avec précisément ses défauts et ses défaillances. Critiquer la valeur du droit actuel, c'est par définition ouvrir l'horizon sur un droit potentiellement meilleur. Reste à savoir ce que l'on cherche exactement en mettant ainsi en contraste un droit (de qualité) contre le droit (de mauvaise ou de moins bonne qualité). En réalité, dans les débats sur la qualité du droit, s'imisce inmanquablement une autre question, plus complexe et profonde : *quel droit voulons-nous exactement ?*

Fort opportunément, le thème du présent numéro de la *Revue de droit d'Assas* invite à ne pas dissocier les enjeux techniques sur la norme juridique de leur horizon proprement politique. Le problème de la qualité de la norme (juridique) doit être envisagé du point de vue de la technique juridique : c'est le ressort d'un *droit contre le droit*, qui aboutit aujourd'hui au constat d'une certaine impuissance. Mais il convient aussi de l'examiner sous l'angle de notre rapport collectif au droit, où la qualité du droit comme idéal se révèle impossible.

3. H. de Castries et N. Molfessis (dir.) (Club des juristes), *Sécurité juridique et initiative économique*, Mare&Martin, 2015, p. 16 (rapport également disponible en ligne sur le site du Club des juristes).

4. Pour le texte original de la lettre, v. P. Arbelet, « La véritable lettre de Stendhal à Balzac », *Revue d'histoire littéraire de la France* 1917, n° 4, p. 573 et s.

5. V. les « indicateurs de suivi de l'activité normative » publiés chaque année par le SGG. V. aussi les premières lignes du rapport d'information de F. Gatel et R. Pointereau, rapport n° 542 (2022-2023) déposé au Sénat le 20 avr. 2023, « Simplification des normes imposées aux collectivités territoriales : des paroles aux actes. Compte-rendu des États généraux du 16 mars 2023 ».

6. Ph. Büttgen et B. Cassin, « "J'en ai 22 sur 30 au vert". Six thèses sur l'évaluation », *Cités* 2009, n° 37, p. 27.

I. L'impuissance du droit contre lui-même

Les questionnements sur la qualité du droit impliquent souvent... la technique juridique. En d'autres termes, le droit lutte donc contre lui-même⁷.

Le phénomène peut se manifester d'abord lorsqu'une fonction critique joue contre les dysfonctionnements de la fonction d'édition des normes. Ainsi, ni les institutions (à travers des rapports parlementaires, les rapports du Conseil d'État ou les prises de position publiques notamment), ni la doctrine juridique n'hésitent à porter un regard critique sur la fabrique du droit. Elles formulent ainsi, comme de l'extérieur, un jugement de qualité sur le droit positif.

Une deuxième illustration tient aux possibilités qu'offre le droit de faire prévaloir sur certaines normes juridiques les exigences issues d'autres normes. Grâce à la distinction des niveaux normatifs, le droit de mauvaise qualité peut ainsi être interdit (et le cas échéant annulé ou abrogé) par des exigences normatives qui s'imposent à lui. Certaines propositions vont en ce sens, en faveur par exemple de l'insertion d'une disposition (constitutionnelle ou organique) imposant au législateur une forme ou une autre de modération normative, considérée comme gage de qualité. C'est particulièrement vrai de la procédure législative depuis la réforme constitutionnelle de 2008, au moins dans ses intentions.

Plus généralement, nombre d'exigences juridiques de forme et de procédure entendent contribuer à la qualité des normes qu'il s'agit d'édicter. Raymond Odent rappelait que « chacune des prescriptions de forme, chacune des règles de procédure qu'une autorité publique doit observer pour prendre une décision a pour objet de l'éclairer, de lui imposer un délai de réflexion, de l'obliger à examiner les divers aspects d'une question, à peser les avantages et

les inconvénients de chacune des solutions possibles, à entendre les arguments en sens contraire des intéressés »⁸. Le formalisme du droit est censé être un gage de qualité de celui-ci, en instaurant un rapport au temps plus serein, condition du mûrissement de la règle. Les études d'impact sont l'un des récents avatars de cette tendance à exiger des acteurs du droit une « auto-discipline »⁹, même si la pratique ne semble pas toujours à la hauteur des attentes.

Enfin, le mécanisme du contrôle juridictionnel est un instrument privilégié de censure, au nom du droit, d'un droit de mauvaise qualité. Les politiques jurisprudentielles de renforcement de la qualité du droit sont désormais nombreuses. Le Conseil d'État veille à ce que les lois soient accompagnées dans un délai raisonnable de leurs décrets d'application¹⁰, ou encore les décrets de leurs arrêtés¹¹. À défaut d'un texte constitutionnel explicite, le Conseil constitutionnel vérifie notamment que les lois contiennent bien de véritables « normes » (jurisprudence *Avenir de l'École*¹²), qu'elles sont suffisamment intelligibles, qu'elles ne troublent pas démesurément la sécurité juridique et/ou les attentes légitimes de leurs destinataires.

Pour autant, censurer du droit au nom d'exigences de qualité du droit supposerait que ces exigences de qualité soient elles-mêmes... de qualité ! Or cela peut parfois se discuter, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes. Lorsqu'elle doit s'exprimer par les voies contentieuses, la mise en cause de la mauvaise qualité du droit ne peut intervenir que ponctuellement – sans remédier à des défaillances systémiques, sauf à penser qu'une condamnation ponctuelle puisse y parvenir, grâce à son exemplarité... Plus grave : les règles juridiques en matière de qualité des normes ne sont pas toujours limpides. Par exemple, les contours exacts de la « normativité de la loi » au sens de la jurisprudence *Avenir de l'École* demeurent opaques ou, lorsqu'ils s'inspirent d'une conception vulgaire de la norme

7. N. Molfessis, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Conseil d'État, Rapport public annuel 2006, Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 391.

8. R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 2, p. 425.

9. Le terme est utilisé par Mme F. Gatel, présidente de la Délégation aux collectivités territoriales, lors des États généraux de la simplification au Sénat, le 16 mars 2023 (v. rapport précité).

10. Pour un exemple récent, v. CE, 27 sept. 2023, n° 471646, *Fédération internationale des associations de personnes âgées*, avec une injonction assortie d'une astreinte.

11. CE, 7 oct. 2022, n° 438233, *Fédération nationale des étudiants en kinésithérapie*.

12. C. const., 21 avr. 2005, n° 2005512 DC.

juridique, discutables. En effet, les fonctions normatives du droit ne se réduisent pas à l'impérativité. On le sait d'ailleurs fort bien désormais : une norme juridique peut remplir une fonction persuasive, sans perdre sa... qualité normative¹³. L'on pourrait même démontrer que la norme juridique exerce avant tout une fonction expressive. Le droit commence par *dire*, ensuite vient la technique opérationnelle. Il est vrai qu'il y faut les deux : l'énonciation est vaine si elle se croit suffisante, mais la technique n'est rien sans ses principes.

Ces exemples donnent en tout cas l'idée qu'un droit contre le droit n'est pas une contradiction pure et simple. Mais ils témoignent aussi des limites inhérentes aux techniques de lutte juridique contre la mauvaise qualité du droit. Par exemple, la légistique montre qu'il est difficile d'écrire dans le droit les règles d'écriture du droit. Le problème est logique, mais aussi pratique : une composante importante de la légistique relève de la pratique, des usages, des *manières de faire*, lesquelles échappent en partie à la forme-norme juridique. Plus largement, la norme juridique « de qualité » doit échapper au mal qu'elle entend endiguer, si elle veut vraiment l'endiguer. Elle doit faire exception à la dynamique qu'elle veut freiner, sauf à rester vaine. Or la promotion de la qualité des normes n'empêche pas le droit d'être emporté par des dynamiques qui contrarient plus ou moins ouvertement cet idéal. L'impuissance de la technique juridique à freiner les maux du droit montre que les causes de ces maux échappent, au moins en partie, au droit lui-même. En dernier ressort, la qualité du droit ne se décrète pas ; la norme juridique ne peut maîtriser ce qui la rend critiquable, ce qui explique au demeurant la difficulté à résoudre au-dedans du droit l'enjeu de sa qualité.

II. L'impossible qualité du droit

L'impuissance à juguler les maux dont souffre le droit conduit dès lors à envisager différemment

la question. Tout d'abord, les dénonciations d'une crise de la qualité du droit sont nombreuses et anciennes. Si crise il y a, elle n'empêche manifestement pas la machine juridique de tourner. Malgré la crise, les normes juridiques assurent encore pour l'essentiel leur fonction de « régulation sociale ». Dès lors, il est permis de tenir ce constat de crise en suspicion : et si la crise était inhérente au droit ? En ce sens, Georges Burdeau pouvait remarquer dès 1956 : « je ne me souviens pas d'avoir rencontré une seule notion "saine" parmi toutes celles qui forment les assises de notre droit. Dès l'instant où mes maîtres m'initient à leur science, c'est dans un univers pathologique qu'ils me firent pénétrer »¹⁴. Autrement dit, le discours de la crise paraît n'être qu'un hommage appuyé à un âge d'or perdu du droit.

Une perspective plus réaliste pourrait donc éviter une posture de déploration, qui semble désormais si entendue qu'elle perd progressivement en efficacité. Le Conseil d'État écrivait en 1991 que « quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »¹⁵. Ne peut-on pas ajouter aujourd'hui que « lorsque les critiques deviennent répétitives, plus personne n'y prête attention » ? Contre la tentation nostalgique, peut-être faut-il admettre que le droit ne peut qu'être en crise, dans la mesure précisément où il est vivant, c'est-à-dire *en travail*. La crise est son état normal, à défaut d'être son état normatif, lequel ne correspond qu'à une conception idéalisée, voire mythique, du droit.

Le monde juridique n'est pas un monde de l'ordre et de l'univocité. C'est un tissu d'équivoques, fait d'interprétations hétérogènes et divergentes, où le moment décisionnel n'étouffe que ponctuellement et partiellement le travail juridique continu. L'unité du droit est purement et simplement une utopie¹⁶. Cette utopie est sans doute nécessaire aux acteurs sociaux, dont il est sans doute préférable qu'ils ne sachent pas combien les solutions juridiques sont beaucoup plus incertaines qu'ils ne peuvent l'imaginer. L'utopie d'un droit unifié et cohérent est égale-

13. Si les arguments théoriques ne suffisent pas, il suffit de considérer la jurisprudence *Fairvesta Numéricable* et *GISTI* du Conseil d'État pour s'en convaincre.

14. G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », in *Mélanges Achille Mestre*, Sirey, 1956, reproduit in *Écrits de Droit constitutionnel et de Science politique*, LGDJ, 2011, p. 235.

15. Rapport public du Conseil d'État, *De la sécurité juridique*, 1991.

16. R. M. Kiesow, *L'unité du droit*, éd. EHESS, coll. « Cas de figure », 2014.

ment indispensable à l'étude et l'enseignement du droit, mais précisément au prix d'une déformation qui confine parfois à l'exagération (qui-conque fait profession d'enseignant le sait¹⁷). Mais l'utilité sociale d'une utopie ne saurait autoriser à faire fi de la réalité désordonnée du droit. L'instabilité du sens est une donnée primordiale de la vie juridique. C'est même devenu un secret de Polichinelle, par exemple depuis que les justiciables tirent avantage de cette cacophonie du droit, en ayant recours à toutes les ressources juridiques disponibles, dans l'espoir de trouver une arène qui saura reconnaître leurs prétentions.

Dès lors, la crise du droit mérite d'être relativisée, c'est-à-dire rapportée à deux éléments de contexte qui permettent de circonscrire son sens et sa portée : l'absence de monopole normatif du droit d'une part ; le rapport de la norme juridique à la société d'autre part.

Contrairement à ce que soutiennent encore certains juristes, le droit n'a pas le monopole de la norme. Bien que s'insérant dans une revue de droit, le titre du présent dossier – « la qualité de la norme » – manie à juste titre l'ambiguïté : la norme n'est pas toujours juridique. Le monde social est composé de corpus normatifs distincts, dont le droit. Ces différents « ordres » ne concordent pas nécessairement : parfois redondants, éventuellement superposés, souvent contradictoires, ils se conforment très peu à l'idéal d'un pavage bien délimité de normes. Sur ce chantier, les travaux ne s'achèvent jamais et les corps de métiers ne se coordonnent pas, ou si peu. Il n'est même pas certain que le droit tienne le haut du pavé. L'ambition du droit est (ou était) sans doute d'être un ordre normatif de surplomb, bénéficiant d'un prestige particulier. Pourtant, un brin d'histoire suffit à montrer que le droit a toujours été instrumentalisé, soumis à des logiques qui ne sont pas les siennes ou orienté selon des vues imposées d'ailleurs. La pureté du droit dans sa tour d'ivoire omnisciente est une vue de l'esprit.

La norme juridique est donc constamment aux prises avec d'autres logiques normatives : elle est toujours en crise à cet égard, puisqu'elle

est précaire. Cette sorte d'instrumentalisation constitue au demeurant l'un des facteurs aujourd'hui les plus puissants de la « mauvaise » qualité du droit. Le droit est sollicité pour traiter des questions formulées ailleurs, dans des sphères où les juristes sont au mieux des « facilitateurs », voués à la conversion d'objectifs normatifs externes dans la forme normative du droit. Parfois, la logique même du droit est abandonnée au nom d'impératifs bien plus puissants : l'efficacité économique, l'évaluation managériale, la propagande politique, l'affichage ou la notoriété médiatique, la satisfaction coûte que coûte d'intérêts catégoriels... La normativité juridique semble alors n'être plus qu'une coquille vide, une girouette fondamentalement offerte à tous vents, incapable de faire valoir quoi que ce soit en propre.

A. La consistance propre du droit

Pourtant, l'indexation du droit sur des logiques qui ne sont pas les siennes est bien souvent une déformation, c'est-à-dire un forçage des rationalités du droit. Ce forçage se paye d'un défaut du droit, c'est-à-dire de sa mauvaise qualité.

La simplification du droit en est une illustration éclatante. Évidemment indispensable pour le profane, et jamais suffisante pour lui, la simplification du droit ne peut être pourtant que relative. Le droit a sa propre logique, qui ne peut être « simplifiée » au nom du sens commun rétif aux subtilités de la matière juridique, qui passent à ses yeux pour des complications dispensables. Simplifier en s'obstinant à méconnaître la résistance du matériau juridique aboutit précisément à un droit de mauvaise qualité : s'il se simplifie peut-être pour le commun des mortels, le système normatif devient en revanche un cauchemar pour lui-même, puisqu'il ne se comprend plus. Et comme le droit n'est pas malléable à merci, cela le conduit à résister malgré tout aux forçages qu'il subit : il faut alors réintroduire des distinctions, des exceptions et des normes, qui alimentent en retour le symptôme d'une crise infernale. Le Conseil d'État rappelait récemment ce paradoxe : « une démarche de simplification suppose, pour atteindre pleinement son objectif,

17. V. P. Boucheron, *Faire profession d'historien*, Publications de la Sorbonne, 2010, p. 74 : « je définirais volontiers la pédagogie comme l'art d'exagérer : on n'explique rien si on laisse tout à plat, noyé dans un dégradé de gris, où tout est juste mais où rien ne parle ».

une étude approfondie des dispositions dont la modification est proposée »¹⁸. Une façon pudique de dire que la simplification peut devenir un facteur de complication, et que les effets délétères des bonnes intentions peuvent contribuer au mal qu'elles dénoncent...

Ce mouvement de conflit interne au droit est subtil ; il cherche encore son nom exact. Le terme d'*internormativité* en rend assez mal compte, puisqu'il se contente de décrire un mouvement d'imprégnation, sans voir en général que la perméabilité du droit n'est pas totale et qu'elle ne doit pas l'être. Or c'est précisément parce que la « plasticité des normes juridiques »¹⁹ n'est pas absolue que l'on peut penser un conflit interne au droit, lequel peut se formuler en termes de *qualité des normes juridiques*.

Le problème épistémologique est de taille : les études sur l'internormativité donnent souvent une image trop pacifiée de la fabrique de la norme juridique, où le droit l'emporte au bout du compte, se maintenant comme tel, comme si de rien n'était. Cette manière de concevoir le phénomène tend à rendre invisibles les influences extérieures sur le droit : le droit a toujours raison de ces influences, puisqu'il les incorpore. Dès lors, il n'y a rien à penser : l'analyse juridique, incapable de rendre compte du phénomène, est toujours à contretemps. Elle refuse d'envisager les influences sur le droit au stade de sa préparation, au nom de l'autonomie du droit et/ou de la neutralité de la science juridique. Mais elle refuse tout autant d'analyser les conséquences de ces influences sur le droit, une fois celui-ci modifié. Une fois acclimatée, cette influence est du droit, donc ce n'est plus *que* du droit : l'influence extérieure se dissipe. L'idée même d'une influence normative externe au droit est refoulée. Cette méthode néglige ainsi une partie essentielle de la vie du droit, se condamnant à ne pas comprendre ce que l'imprégnation de logiques externes *fait* à la rationalité juridique. C'est pourtant précisément ce qui permettrait de mieux comprendre comment les influences exercées sur le droit font

évoluer sa qualité, en quoi elles contribuent à la qualité (bonne ou mauvaise) du droit.

C'est donc *du dedans* du droit qu'il faut étudier l'internormativité et analyser la façon dont le droit s'adapte à des logiques autres, y résiste le cas échéant ou au contraire se laisse saisir. La mauvaise qualité du droit est précisément le signe de cette lutte interne et des contradictions auxquelles elle peut mener. Encore faut-il, pour mener à bien une telle analyse, accepter de s'interroger sur ce qui fait en propre la rationalité du droit²⁰. Ne pas se poser la question, le cas échéant au nom du refus de l'essentialisme, c'est abandonner le droit aux tendances qui le rendent vulnérable et qui menacent sa qualité. Christian Atias interpellait tous les juristes en ces termes : « qui peut croire qu'il n'y ait qu'une pure coïncidence entre l'inflation législative et le recul de la théorie juridique ? »²¹. L'exigence de « théorie » doit s'entendre ici non pas au sens du plus étroit positivisme, mais dans la perspective d'une pensée du droit qui sache être pertinente pour la pratique juridique, c'est-à-dire ancrée dans sa rationalité spécifique. Ne pas penser le droit – ce qui suppose aussi de penser les limites de la technique juridique –, c'est effectivement se condamner à un droit de mauvaise qualité, ou plus exactement s'interdire de combattre efficacement les défauts du droit.

Seul ce *travail du droit* serait de nature à permettre d'opposer durablement – pour aujourd'hui comme demain – une parole juridique crédible et rigoureuse aux séductions ou assauts venus de normativités externes, qu'elles soient économiques, politiques, religieuses, morales, techniques ou encore médiatiques. Si le droit n'est plus que la mise en forme de considérations extérieures, comment peut-il espérer résister à sa propre dissolution dans des logiques qui ne sont plus les siennes ? À cet égard, il faut avoir abandonné toute dialectique de la forme et de la substance pour prétendre que le droit serait une neutralité. Que le droit soit constamment sous l'emprise de considérations qui ne sont pas

18. CE, Ass. gén., 22 avr. 2024, n° 408246, *Avis sur le projet de loi de simplification*, p. 1. Plus loin, le Conseil d'État note par exemple, au sujet d'une mesure envisagée, qu'elle « peut à son tour soulever des interrogations ou complications » (p. 6).

19. J. Chevallier, « L'internormativité », in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Presses universitaires Saint-Louis, 2012, p. 701.

20. V. F. Ost, « De l'internormativité à la concurrence des normativités : quels sont le rôle et la place du droit ? », *Les Cahiers de Droit* mars 2018, vol. 59, n° 1, p. 7.

21. C. Atias, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM, 1991, p. 85.

les siennes participe de sa vie ordinaire et normale ; mais il appartient aux juristes de rappeler que la normativité juridique a ses raisons propres, peut-être faibles, mais que les autres normativités ne devraient pas pouvoir ignorer.

De ce point de vue, par exemple, les récents débats sur la place du consentement en matière de répression des agressions sexuelles ont mis en évidence d'étonnants malentendus. Alors que de nombreuses voix s'élèvent pour l'introduction formelle dans la loi de la notion de consentement, d'autres soulignent que, si le mot n'y est pas formellement, la chose est présente et même omniprésente en pratique dans les opérations de qualification pénale, à travers les quatre critères alternatifs que la loi pénale énumère actuellement : la violence, la contrainte, le menace ou la surprise²². Dans ces conditions, une référence explicite au consentement pourrait n'être qu'inutile (car redondante avec les quatre hypothèses de la loi existante), voire néfaste (la notion de consentement étant particulièrement vague et d'un maniement difficile en droit²³). Si en revanche il s'agit de remédier à des *pratiques* répressives insuffisantes, on peut douter de l'efficacité d'un changement législatif *formel*, car le droit positif offre déjà, semble-t-il, toutes les marges d'action nécessaire – à condition de s'en servir. Penser que l'on puisse changer une pratique par un texte participe précisément de l'un des fantasmes contemporains qui survalorise la norme, au détriment précisément de sa qualité. On voit ainsi combien, sur une question qui fait l'objet de nombreux débats publics, le maniement de la rationalité juridique est délicat – et mérite de conserver sa spécificité.

B. La norme juridique et le réel

Il reste toutefois une dernière difficulté, sans doute plus considérable encore : le rapport entre la norme juridique et le réel. De ce point de vue, le droit paraît excessivement démuné face à des tendances qui le dépassent, impuissant à régir efficacement des phénomènes qui lui échappent

d'avance. Ces difficultés ont nourri à juste titre le débat de la crise du droit et de sa mauvaise qualité. Mais ces débats ont surtout été l'occasion de faire le deuil d'un certain idéal de la norme juridique, autant que de la structure du monde social. Durkheim écrivait que « le droit n'est autre chose que [l']organisation même [de la société], dans ce qu'elle a de plus stable et de plus précis »²⁴. Mais la sociologie montre précisément que le droit n'est qu'un reflet (déformé et déformant) de l'état du monde et des rapports sociaux qu'il entend régir. Dans une société fragmentée, « liquide »²⁵, comment le droit ne le serait-il pas irrémédiablement ?

Les juristes le savent d'ailleurs, même s'ils ne se l'avouent pas toujours : ce droit idéal – permanent, clair, cohérent – est un vœu pieux face à la complexité du monde contemporain. Penser que la technique juridique puisse échapper à la dispersion des modes de vie, des valeurs, des conceptions du monde repose paradoxalement sur une conception beaucoup trop exigeante ou idéaliste du droit. La rationalité juridique ne peut harmoniser le monde social : elle se contente de l'ordonner comme elle le peut. Si l'on voulait un droit idéal, il faudrait lui donner une société qui le soit également. Des sirènes nous chantent ce monde idéal, mais la démocratie libérale ne devrait pas y céder, sauf à méconnaître son principe fondateur, garant des droits fondamentaux : la relativité des points de vue.

Les politiques publiques, aujourd'hui extraordinairement dépendantes des contraintes économiques et médiatiques, sont marquées par la contingence. Le temps des grands desseins politiques est apparemment fini : la société est traitée comme une machine à réguler au nom de la « politique des choses »²⁶ et/ou comme un faisceau de revendications multiples à satisfaire ou à faire taire. Cela ne donne pas aux affaires de la Cité une direction franche et décidée. Pour l'heure, la norme juridique est donc forcément à l'image de cette conception dominante de la société et du politique. C'est là le ressort princi-

22. C. pén., art. L. 222-23. En 2021, le législateur a créé une exception à l'exigence de rechercher l'un des quatre éléments constitutifs en ce qui concerne les mineurs (C. pén., art. 222-23).

23. V. not. C. MacKinnon, *Le Viol redéfini. Vers l'égalité, contre le consentement*, Flammarion, coll. « Climats », 2023.

24. É. Durkheim, *De la division du travail social*, PUF, 1930, rééd. PUF, coll. « Quadrige », 1991, p. 29.

25. V. not. Z. Bauman, *Le présent liquide. Peurs sociales et obsessions sécuritaires*, Seuil, 2007.

26. J.C. Milner, *La politique des choses. Court traité politique*, t. 1, Verdier, 2011. Sur la métaphore de la régulation, v. G. Canguilhem, « Le problème des régulations dans l'organisme et dans la société », in *Écrits sur la médecine*, Seuil, coll. « Champ freudien », 2002, p. 101 et s.

pal d'un droit dégradé, résigné à accompagner des mouvements eux-mêmes contradictoires. Le droit interprète le monde social et il conduit fatalement à des désillusions similaires.

Et pourtant : malgré sa qualité parfois douteuse, le droit demeure présent dans nos sociétés. En dépit de signes inquiétants mettant frontalement en cause l'État de droit (notion que la théorie juridique française avait cru devoir abandonner il y a quelques décennies...), la normativité juridique n'est toujours pas massivement contestée. Le discours juridique continue au contraire de bénéficier d'un crédit social qui, pour l'essentiel, lui reconnaît une aptitude à énoncer des normes et, ce faisant, à pacifier

quelque peu les relations sociales. Ce crédit ne va pas de soi ; il est fragile.

Dans un domaine où la crédibilité de la norme juridique est particulièrement mise en doute en raison des avancées de la science, des technologies et du marché, le récent Règlement européen sur l'intelligence artificielle (*IA Act*) a pu montrer que le droit même « liquide » pouvait conserver une fonction importante. Est-ce un petit miracle ou un mirage, dernier sursaut de la norme juridique face à l'arbitraire de la loi du plus fort ? L'avenir seul le dira. Une chose est sûre : tant que le droit vivra, sa qualité sera mise en question. La qualité de la norme est autant un objectif impossible qu'une exigence indispensable.

Dossier

La qualité de la norme

Menus propos d'une praticienne à propos de la qualité de la loi¹

Catherine Bergeal
Membre du Conseil d'État²

Tout n'a-t-il pas déjà été dit et très bien dit sur les « enjeux et l'instrumentalisation de la notion de qualité législative », cette notion « vague et polysémique »³ ? Nombre d'ouvrages consacrés à la légistique se sont en effet multipliés depuis une vingtaine d'années qui – sous une approche pratique ou plus théorique – tentent de définir les éléments constitutifs de cette « qualité ».

Certains auteurs appartiennent à des États où le plurilinguisme officiel impose à la norme des qualités minimales pour franchir l'obstacle de devoir traduire le droit en plusieurs langues officielles, comme le Québec⁴ ou la Suisse⁵. D'autres appartiennent à des États qui se sont préoccupés de longue date, en tout cas avant la France, de guider leur législateur dans la rédaction des lois⁶.

Si les meilleurs moyens de faire des lois et les critiques de leur mauvaise qualité sont aussi anciennes que les lois elles-mêmes, bien avant Montesquieu, la science de leur écriture qui a pris le nom au ^{xx}e siècle de « légistique » est demeurée longtemps affaire de spécialistes. La question n'a pris, en France, de l'ampleur – et de la popularité – qu'en devenant, en 1995⁷, un enjeu politique important de la modernisation de l'État et, dans les années 2000, une priorité de la réforme de la politique européenne avec le « mieux légiférer ». Depuis se sont multipliés colloques, ouvrages, articles, missions parlementaires et formations universitaires⁸.

Mon propos n'est pas ici d'ajouter à ce corpus en expansion ou d'en faire la recension, ni de détailler les multiples aspects des principes cardi-

1. J'entends dans cet article « loi » dans un sens large qui comprend les textes réglementaires. Le guide de légistique traite de l'ensemble.
2. Ces propos n'engagent que leur auteur, non le Conseil d'État.
3. A. Flückiger, « Qu'est-ce que "mieux légiférer" ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in A. Flückiger et C. Guy-Ecabert (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Schulthess, 2008, p. 11.
4. Cf. R. Tremplay (dir.), *Éléments de légistique : comment rédiger les lois et les règlements*, Yvon Blais, 2010.
5. A. Flückiger, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Stämpfli, 2019. Cet ouvrage est librement consultable sur internet (<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:116477>).
6. Cf. pour le Royaume-Uni notamment H. Xanthaki, *Thornton's Legislative Drafting*, 1^{re} éd., Bloomsbury Professional, 1970 ; et, pour notre sujet, le chapitre intitulé, « *Drafting Manuals and Quality in Legislation* » ; pour les États-Unis, J. G. Sutherland, *Statutes and Statutory Construction*, 1^{re} éd., Chicago and Callaghan Company, 1891, régulièrement mis à jour.
7. À la suite de la publication du rapport : J. Bignon et F. Sauvadet, *L'insoutenable application de la loi : rapport de la mission d'information commune sur les problèmes généraux liés à l'application des lois*, Assemblée nationale, X^e législature, doc. n° 2172, 21 juill. 1995.
8. Cf. K. Gilbert et C. Groulie (dir.), « *Former à la légistique : les nouveaux territoires de la pédagogie juridique*, LexisNexis, 2019.

naux qui font la qualité de la norme – solidité juridique, clarté, stabilité et opérationnalité –, principes qui, ainsi exprimés, ne peuvent que recueillir l'accord général.

Je me bornerai à faire quelques observations inspirées de presque quarante années de pratique dans différentes fonctions qui ont affaire avec la qualité de la loi : celle de juge administratif chargée d'appliquer, d'interpréter et, y a lieu, de censurer ou d'écarter la norme, celle de conseillère du gouvernement au secrétariat général du gouvernement et dans les sections consultatives du Conseil d'État, de productrice de la norme en administration centrale, d'enseignante de légistique notamment à l'École nationale d'administration (ENA), celle aussi de corédactrice de la circulaire du Premier ministre de septembre 1997, relative aux règles de rédaction des textes législatifs et réglementaires, puis du guide de légistique dans ses diverses éditions dont encore celle actuellement en cours de mise à jour.

La solidité juridique de la norme est l'élément de la qualité de la loi qui est aujourd'hui le mieux assuré...

Assuré traditionnellement par le Conseil d'État dans ses fonctions consultatives et dans ses fonctions contentieuses, ainsi que par le Conseil constitutionnel, le contrôle de la qualité de la loi sous l'angle de la solidité juridique s'est, sans conteste, sensiblement renforcé au Conseil d'État avec le développement de la jurisprudence issue de la décision d'assemblée du 20 octobre 1989, dite « Nicolo », et l'essor de son nouveau rôle de juge des référés ainsi qu'au Conseil constitutionnel avec la création de la question prioritaire de constitutionnalité.

La qualité de la loi sous ses autres aspects n'a cependant guère progressé...

Certes, les outils de contrôle de cette qualité ont considérablement augmenté depuis que le Conseil constitutionnel a donné valeur constitu-

tionnelle à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁹. On sait que cet objectif impose notamment d'adopter « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »¹⁰ et de ne limiter les libertés que par des énonciations « claires et précises »¹¹.

Soulignons aussi la création d'un service de la qualité du droit au sein du secrétariat général du gouvernement en 1996 et l'apparition du guide de légistique en 2005, à l'image de la plupart de nos voisins européens, œuvre commune du secrétariat général du gouvernement et du Conseil d'État largement diffusée dans les administrations et disponible en ligne.

Force cependant est de constater que le Conseil constitutionnel fait un usage extrêmement mesuré de sa jurisprudence sur la clarté et l'intelligibilité de la loi et n'a donné lieu qu'à fort peu de censures, bien qu'elle soit souvent invoquée par les requérants.

Il n'est pas évident, par ailleurs, que le guide de légistique, malgré les précisions des sept-cents pages atteintes avec l'édition de 2017, ait produit beaucoup plus d'effet sur la qualité de la législation que les chartes de la qualité de la réglementation que chaque ministère avait dû élaborer en 2004, oubliées dès qu'elles furent rédigées.

Force est aussi de constater que le périmètre d'examen du Conseil d'État, dont le rôle est central dans le modèle français du contrôle de la qualité de la loi, se restreint. Si le nombre de décrets examinés reste à peu près constant, représentant la moitié environ des décrets publiés, en revanche ne sont plus aujourd'hui soumis à l'examen du Conseil d'État, du fait du nombre croissant des lois issues de propositions parlementaires¹² et du nombre élevé des amendements, qu'entre 25 et 30 % des articles de loi publiés au Journal officiel¹³.

Le modèle français de qualité de la loi repose, par ailleurs, largement – spécificité française – sur le principe de la primauté de la codification. Les qualités de la rédaction d'un code sont

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

10. Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455.

11. Cons. const., 7 déc. 2000, n° 2000-425.

12. Le nombre de propositions de loi soumises par le Parlement à l'avis du Conseil d'État depuis la réforme constitutionnelle de 2008 est faible : depuis 2008 ont été examinées quarante-sept propositions de loi.

13. Le nombre d'articles examinés de la loi de finances initiale est passé de 80 % des articles publiés de la LFI pour 1980, à 50 % de celle pour 2015 et 25 % de celle pour 2022. En prenant en compte les ordonnances qui sont obligatoirement soumises à l'examen du Conseil d'État, la part de ce dernier dans la fabrique de la loi était de 51 % en 2022.

connues : en principe complétude, rigueur et cohérence. La réalité peut être un peu différente, notamment du fait de modifications incessantes, de la difficulté des rédacteurs à maîtriser les règles sophistiquées de la codification et de l'insertion, enfin et surtout de l'insuffisance de la maintenance des codes dont la charge augmente chaque année. Il est des codes qui ne sont principalement que des collections de renvois à d'autres codes, tel le récent code de l'artisanat, il en est d'illisibles et complexes, tel le code général des impôts. La multiplication des codes (plus de soixante-dix-sept) participe de l'émiettement de la législation.

Observons, enfin, que le développement dans les universités notamment des formations en légistique, longtemps cantonnées aux écoles de fonctionnaires telle l'ENA, devenue l'Institut national du service public (INSP), s'il a pour effet d'attirer des étudiants en nombre croissant et de nourrir les colloques, est aujourd'hui sans effet notable ni sur le recrutement, ni sur la formation des rédacteurs effectifs de la norme qu'ils soient en administration centrale ou au Parlement. L'apprentissage de la légistique reste, en France, un apprentissage du fonctionnaire assuré principalement par la pratique, appuyée par quelques formations internes en nombre limité, la consultation épisodique du guide de légistique et la fréquentation du Conseil d'État au moment de l'examen d'un texte. Il n'y a pas, par ailleurs, de lien, même de simple coordination avec les assemblées parlementaires qui ont élaboré, au nom du principe de séparation des pouvoirs, leurs propres guides de rédaction en 2007 dont les préconisations peuvent différer de celles prônées par le guide de légistique¹⁴.

Et n'est pas une réelle priorité pour les pouvoirs publics.

La question de la qualité de la loi demeure exclusivement abordée par les pouvoirs publics, approche largement partagée par la Commission

européenne, comme une question politique¹⁵ présentée sous deux bannières réductrices.

La première bannière est celle de la lutte contre la prolifération normative, lutte illusoire qui conduit à faire des lois pour simplifier les lois ou abroger des lois obsolètes ; la seconde est celle de la simplification du droit, vite assimilée à l'allégement des normes, allégement lui-même assimilé à la diminution des charges pesant sur les entreprises. C'est l'approche des questionnaires de *Doing business*, indicateur créé par la Banque mondiale en 2003 ou celle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Il est à cet égard caractéristique que la circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit commence ainsi : « à la qualité de la règle de droit s'attachent des enjeux déterminants pour l'attractivité de notre système juridique et pour notre compétitivité économique ».

Force est de constater que pour de multiples raisons qui peuvent avoir leur légitimité, la recherche de la qualité de la loi, même comprise dans l'acception réductrice de la lutte contre la prolifération législative et de la simplification du droit n'est pas la première priorité de l'organe législatif, ni toujours celle de l'organe réglementaire. La France ne se distingue pas en cela, au demeurant, de ses partenaires.

En conclusion à ces propos quelque peu désabusés, une question : dans quelle mesure l'intelligence artificielle pourra-t-elle contribuer à améliorer la qualité de la loi ? Elle aidera sans doute le rédacteur à mobiliser des précédents, offrira des modèles types, identifiera des incohérences ou des redondances et favorisera l'uniformisation du langage. Mais il est difficile d'en mesurer aujourd'hui les développements possibles.

L'utilisation des systèmes d'information dans le processus de rédaction – la « légimatique » – a certes rencontré quelques succès, tel celui du logiciel Magicode en 1995 pour la rédaction des codes ou les logiciels de traitement des amendements.

14. Les quelques tentatives de coordination ont pu aboutir à des résultats curieux : cf. pour la querelle des alinéas, *Guide de légistique*, La Documentation française, 3^e éd., 2017, p. 286.

15. Je me permets sur ce sujet de renvoyer à mon article : « La qualité de la réglementation en France, question politique ou juridique ? », in A. Wagner et S. Cacciaguidi-Fahy (dir.), *Legal language and the search for clarity*, Peter Lang, 2006, p. 203.

ments introduits au Sénat et à l'Assemblée nationale. Mais la légimatique est restée jusqu'à ce jour un domaine séparé de la légistique¹⁶. Le principal obstacle au développement de ces outils semble avoir été la volonté de conserver

une maîtrise du contrôle humain sur le processus de rédaction. La simplicité d'accès à l'intelligence artificielle lèvera-t-elle, au moins partiellement, ce frein ?

16. Le secrétariat général du gouvernement travaille depuis 2021 à la mise au point du dispositif « nouveaux outils de la production normative » (NOPN), qui en uniformisant les pratiques rédactionnelles devrait faire davantage contribuer la légimatique au progrès de la légistique...

Dossier

La qualité de la norme

Les avis du Conseil d'État : au-delà de la consultation juridique

Pascale Gonod

Professeur de droit public à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

« Par ses missions, le Conseil d'État est l'un des piliers de l'État de droit. D'une part, il tranche les litiges qui opposent les citoyens, entreprises et associations aux administrations. D'autre part, il propose au Gouvernement et au Parlement des améliorations pour sécuriser les lois et réglementations, avant qu'elles ne soient votées ou entrent en vigueur. ». Cette mention figurant sur le site du Conseil d'État est précisée de la manière suivante, sous une rubrique « Rendre des avis juridiques au Gouvernement et au Parlement » : « Le Conseil d'État assure un rôle de conseiller juridique pour le Gouvernement, l'Assemblée nationale et du Sénat. Il rend des avis juridiques sur les lois et réglementations avant qu'elles ne soient débattues et votées au Parlement ou entrent en vigueur. Son rôle est de garantir la sécurité juridique des projets de textes qui lui sont soumis. Il veille à ce que ces projets respectent la Constitution, le droit européen et

national, soient cohérents, compréhensibles et applicables dans la vie quotidienne. Le Conseil d'État rend des avis consultatifs et ne se prononce pas sur les choix politiques du Gouvernement ou des parlementaires »¹.

Dans le cadre d'un dossier consacré à « la qualité de la norme », aborder le rôle du Conseil d'État à partir de la seule analyse de la portée de la production de son activité consultative est sans doute un mouvement naturel, en raison tout à la fois de la tradition et de la nature constitutionnelle de sa fonction consultative². Néanmoins, une telle démarche contraint l'analyse, dans la mesure où elle impose incontestablement une vision doublement réductrice. D'une part en effet, et à suivre la présentation par le Conseil d'État lui-même de sa fonction consultative³, son rôle se cantonnerait à une intervention sur le seul terrain juridique : la qualité de la norme devrait aussi être envisagée au seul point

1. Dans le glossaire consultable sur le site du Conseil d'État, la conception de l'« Avis consultatif » omet de rappeler tous les chefs de compétences du Conseil d'État, pour n'en faire notamment que le conseiller du seul gouvernement, ce qu'il n'est plus depuis 2008. On y lit : « Le Conseil d'État peut ou doit être consulté par le Gouvernement sur ses projets de textes. Son avis est obligatoire sur les projets de loi et d'ordonnance avant qu'ils ne soient soumis au Conseil des ministres, et sur certains projets de décret, certaines grandes opérations d'équipement... À l'issue de son examen, le Conseil d'État propose un texte amendé au Gouvernement qui peut le suivre, ou non ».

2. Le projet initial avait pour intitulé et objet, « la portée des avis du Conseil d'État ».

3. Ou des autres rubriques de son site, dont l'onglet « avis consultatifs », et sachant que sont ici exclus les avis dits contentieux rendus par le Conseil d'État en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative (CJA).

de vue de sa rectitude juridique, de sa « sécurité juridique », alors qu'elle la dépasse assurément⁴. D'autre part, la contribution du Conseil d'État à la qualité de la norme ne s'exprime pas exclusivement, loin s'en faut, à travers l'exercice de sa fonction consultative : le Conseil d'État déploie d'autres modalités lui permettant de peser dans le processus d'élaboration des normes, propres à servir sa qualité. Or, si celles-ci ne sont – curieusement – pas affichées par le Conseil d'État dans la présentation de ses missions, l'exercice et la progression des fonctions d'étude et de prospective n'existent pas moins en marge – ou complément – de sa fonction consultative. Autrement dit, la fonction consultative du Conseil d'État ne peut être considérée isolément, mais comme l'élément, certes privilégié, d'une action plus globale de cette institution sur les terrains de l'élaboration et de la qualité de la norme. Or, à cet égard, un double dépassement est observable, celui de la fonction consultative d'un côté, celui de la seule expression d'une expertise juridique de l'autre.

L'intervention du Conseil d'État dans le processus normatif s'opère en effet de la consultation à la décision⁵ (I) ainsi qu'en amont de la consultation (II).

I. La fonction consultative : de la consultation à la décision

À suivre la communication du Conseil d'État au grand public, et afin de traiter de la portée des avis du Conseil d'État à destination de lecteurs juristes, il suffit de rappeler que la portée desdits avis s'apprécie du point de vue de la nature de l'action consultative (soit éclairer l'autorité investie d'une compétence pour poser un acte) et de celui du terrain de l'intervention du conseiller dont est requise l'expertise (soit le terrain juridique). Il est indéniable que le Conseil d'État ne dispose juridiquement d'aucune compétence normative, mais quelques singularités de sa consultation ont pu conduire certains à le qualifier de co-auteur de l'acte sur lequel il a été

appelé à émettre un avis (A). Surtout, si la consultation du Conseil mobilise son expertise juridique, elle ne s'y arrête certainement pas (B).

A. Conseiller, décider

La consultation est certes appréciée de longue date comme un élément essentiel des procédés administratifs égalant l'action de décider⁶ ; toutefois, les deux actions sont juridiquement distinctes. La consultation a pour finalité d'éclairer l'autorité normative – titulaire d'une compétence –, et l'avis rendu – qu'il soit ou non suivi – participe à ce titre du processus d'élaboration de la norme édictée. L'auteur de l'avis n'en a cependant pas l'initiative et, de surcroît, ne dispose d'aucun pouvoir pour la déterminer et la rendre opposable. Il est en effet consubstantiel à l'avis de ne pas lier l'autorité qui l'a sollicité. Tout au plus cette dernière peut-elle avoir pour obligation de solliciter l'avis, et non pas une simple faculté de l'obtenir.

Plaçant résolument le Conseil d'État aux côtés d'un exécutif qui partage avec le Parlement l'exercice de la fonction normative, l'ordonnance du 31 juillet 1945 rend obligatoire sa consultation en vue de l'adoption des projets de loi, d'ordonnance et de décret. De plus, sa consultation, facultative, est possible pour les propositions de loi, ou pour tout texte ou question que le gouvernement juge bon de lui soumettre. Dans les situations de consultation obligatoire, consacrées par la Constitution de 1958, le gouvernement n'est point lié. L'avis du Conseil d'État n'a en effet aucun caractère contraignant ; reste que la liberté du gouvernement demeure contrainte, dans la mesure où il est soumis à l'alternative suivante : retenir le texte tel qu'amendé par le Conseil d'État – lequel se présente sous la forme d'un « contre-projet », au besoin accompagné d'une note – ou conserver le projet initial qui lui a été soumis. Ainsi, « l'organisme dont une disposition législative ou réglementaire prévoit la consultation avant l'intervention d'une décision doit être mis à même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions

4. Dans une littérature abondante, s'orienter notamment à partir des études du Conseil d'État de 1991 et de 2016 ; R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », 2004 ; E. Bonis, V. Malabat (dir.), *La qualité de la norme*, Mare&Martin, 2016.

5. Pour reprendre le titre d'un article de M. Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA* 1992, p. 787.

6. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 11^e éd., Sirey, 1927, p. 88.

soulevées par cette décision ; que, par suite, dans le cas où, après avoir recueilli son avis, l'autorité compétente pour prendre ladite décision envisage d'apporter à son projet des modifications qui posent des questions nouvelles, elle doit le consulter à nouveau »⁷. En ce sens, le Conseil constitutionnel estime de son côté que « l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation », et que la procédure est irrégulière dès lors que « le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'État » en retenant un dispositif qui « n'a été évoqué à aucun moment lors de la consultation » du Conseil d'État⁸.

Partant, est avancée l'idée que l'avis obligatoire, dit alors conforme, érigerait le Conseil d'État en co-auteur de la norme⁹. S'il n'est pas besoin ici de discuter de la pertinence d'une telle thèse, il est possible d'apporter au débat, en raison du régime juridictionnel des avis conformes. D'une part, quand bien même l'exécutif peut passer outre cet avis, l'absence de saisine du Conseil d'État est analysée par le juge administratif comme un cas d'incompétence¹⁰. D'autre part, en tant qu'actes préparatoires, les avis sont insusceptibles d'être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et leur légalité ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours formé contre l'acte adopté. Pourtant, il est admis qu'un avis conforme défavorable puisse faire l'objet d'une demande d'annulation de la part de celui auquel il s'impose¹¹.

Indépendamment du degré de contrainte juridique qui pèse sur l'autorité décisionnaire, il est communément admis que les avis du Conseil d'État sont le plus souvent suivis. On le conçoit aisément s'agissant de la rectitude juridique des projets soumis, l'autorité compétente prenant le risque, à ne pas suivre l'avis, de s'exposer à des

sanctions. Reste qu'une autre analyse pourrait consister à évaluer, à partir de la norme édictée, l'apport de l'expertise réalisée au cours du processus de sa fabrication, c'est-à-dire à rechercher le degré d'influence sur les normes adoptées des expertises opérées par le Conseil d'État. Depuis qu'a été adopté le principe de la publicité des avis, ces derniers sont certes aisément accessibles au juriste, mais il demeure mal armé pour opérer une telle exploitation, et, sauf erreur, il n'existe pas d'études sociologiques et/ou statistiques sur le « suivi » des avis qui puissent lui servir de guide¹². Car si l'appréciation de l'influence de la consultation est en effet une tâche difficile quand elle ne mobilise que l'expertise juridique mise en œuvre, elle est plus redoutable encore s'agissant de l'ensemble des opérations comprises dans la consultation.

B. Régularité juridique, qualité rédactionnelle, opportunité administrative

La présentation de sa fonction consultative par le Conseil d'État sur son site Internet est réductrice : en faisant appel à « l'avis juridique » pour qualifier le produit de son examen des textes à titre consultatif, sont écartées d'autres tâches réalisées dans le cadre de la consultation, et revendiquées pourtant de longue date par les autorités du Conseil d'État. Par ses avis, le Conseil d'État veille en effet à la régularité juridique, à la qualité rédactionnelle et à l'opportunité administrative¹³ des projets qui lui sont soumis. En revanche, comme le suggère sa propre qualification de « conseiller juridique pour le Gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat », la délimitation des responsabilités respectives du Conseil d'État et de ceux qui le consultent est *a priori* claire : le premier est cantonné à l'exercice d'une fonction juridique, les seconds assument une fonction politique. La réalité est sans doute plus complexe.

7. CE, 23 oct. 1998, n° 169797, *UFA-CFDT*.

8. Cons. const., 3 avr. 2003, n° 2003-468 DC, cons. 5, 6, 7, 8, 9, *JO* du 12 avr. 2003, p. 6493.

9. P. Ferrari, « Essai sur la notion de co-auteur de l'acte unilatéral en droit administratif français », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 215 ; G. Drago, « Fonction consultative du Conseil d'État et fonction de gouvernement : de la consultation à la codécision », *AJDA* 2002, p. 948.

10. CE, 4 avr. 1997, *Marchal*, R. 131.

11. CE, 29 janv. 2024, n° 473507, *IDFM et a.*

12. Pour information, le Conseil d'État rend actuellement de l'ordre de 1000 avis annuellement (il a rendu 1162 avis en 2020, 921 avis en 2023) ; la plupart des avis du Conseil d'État sont rendus publics depuis 2015, et consultables via *Consilaweb*.

13. L'expression est due au président Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », préc.

Tout d'abord, le Conseil d'État s'assure d'une part de la bonne rédaction des textes et de la mobilisation d'une langue suffisamment correcte et précise pour éviter toute ambiguïté qui puisse être à l'origine de contestation, d'autre part de leur conformité au droit. À ce double chef, les avis du Conseil d'État sont le plus souvent suivis, et particulièrement pour les textes réglementaires qui s'exposent à la censure du Conseil d'État statuant au contentieux. Même si le risque est moindre pour les textes appelés à être votés par le Parlement, il est probable qu'un projet jugé par le Conseil d'État comme portant atteinte à la Constitution puisse être censuré à cet égard par le Conseil constitutionnel. À l'inverse, et ensuite, les appréciations d'opportunité formulées par le conseiller sont plus susceptibles d'être écartées par le décideur, ce qui tient évidemment à la nature même de cet aspect de l'avis rendu. Alors, en effet le Conseil d'État s'interroge « sur les justifications et sur l'intérêt du projet qui lui est soumis. Il dresse le bilan de ses avantages et de ses inconvénients, vérifie son efficacité et ses chances de réussite. Il s'assure en particulier des capacités de l'Administration à mettre en œuvre et à assimiler une réforme. Le Conseil d'État veille aussi à ce que les différentes décisions arrêtées par le Gouvernement soient cohérentes entre elles [...]. Aucun des aspects de l'opportunité de l'affaire n'échappe au Conseil d'État »¹⁴. Reste qu'alors le Conseil s'approche incontestablement de la sphère de la décision.

Par suite, on comprend aisément que le terrain de l'intervention puisse susciter des questionnements. En premier lieu, la consultation à objet strictement juridique et rédactionnel est conçue comme une démarche technique, experte, dont on postule la neutralité : le légiste est perçu comme une autorité neutre, dénuée de toute préoccupation politique, désintéressée, soumise à la seule influence de la science dont elle est détentrice. Il n'est pas besoin de revenir ici, tant la question est connue, sur la classique

– et bien contestable – dissociation entre expertise juridique et décision politique, mais il y a lieu de remarquer que le recours à l'idée d'une intervention en opportunité du Conseil d'État aurait vocation à déplacer le terrain de la discussion. Ensuite, en effet, l'intervention en opportunité est admise aujourd'hui sans détour par ceux qui président aux destinées du Conseil d'État¹⁵, après qu'en 1992, Marceau Long la revendique, en précisant : « Mais il s'agit de l'opportunité entendue d'un point de vue administratif et non pas politique. Les choix politiques relèvent du Gouvernement seul. Le rôle du Conseil d'État est d'aider le Gouvernement à prendre les décisions les plus adaptées à la mise en œuvre de ces choix, compte tenu des différents paramètres, notamment juridiques et administratifs, à prendre en considération. Aussi son intervention ne met-elle pas en question le pouvoir de décision. Tout en étant proche de celui-ci, le Conseil d'État ne se substitue nullement à celui-ci. Au contraire, il l'éclaire de façon à le rendre plus efficace »¹⁶. Autrement dit, l'idée que la mission du Conseil consiste à assurer la protection des citoyens contre l'arbitraire administratif et les conditions d'une bonne administration justifie qu'il prenne en considération de l'opportunité administrative.

Il n'est pas certain qu'en déclinant l'expertise en trois types d'action (régularité juridique, correction rédactionnelle, opportunité administrative) et en distinguant entre l'opportunité administrative et l'opportunité politique, l'on puisse davantage fixer une ligne de partage entre l'exercice des fonctions juridique et politique. L'opération est parfois délicate, et d'ailleurs l'articulation de ces deux champs de compétences est à la source des vicissitudes rencontrées par le Conseil d'État au cours de son histoire. La rivalité entre la représentation nationale et le Conseil d'État lors de l'installation de la République s'exprime de manière significative lors de l'adoption de l'article 8 de la loi du 24 mai 1872

14. M. Long, *ibid.*

15. Par exemple, J.-M. Sauvé, « Les avis du Conseil d'État », Discours, 2016, <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions>.

16. M. Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », préc.; v. également, M. Long, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État », *RDP* 1998, p. 427.

– lequel mutile la fonction législative passée du Conseil¹⁷ –, comme elle n'est pas absente des débats dont sont issues les récentes réformes constitutionnelles¹⁸. En revanche, c'est bien l'autorité acquise par le Conseil d'État dans la réalisation de sa fonction consultative, tirée de son expertise technique, qui explique son enrichissement, notamment par la réforme constitutionnelle de 2008¹⁹ : d'une part, son champ d'action est étendu aux propositions de loi, l'article 39-5 de la Constitution lui permettant d'être sollicité à titre facultatif par le Parlement ; d'autre part, la consultation en opportunité est susceptible d'être approfondie grâce aux études d'impact qui accompagnent les projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État, dans cette mesure où l'étude d'impact permet de fixer les objectifs poursuivis, les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles, et les motifs du recours à une nouvelle législation²⁰. Il est possible d'y ajouter la décision prise en 2015 par le président de la République de mettre fin à la tradition de secret des avis : l'avis du Conseil d'État « est d'intérêt public et son expertise sera donc rendue publique. Le Conseil d'État, par ses avis, informera donc les citoyens, mais il éclairera aussi les débats parlementaires »²¹. La publicité assure tout à la fois la promotion des avis comme éléments du débat public²², et son auteur dans la cité.

L'exercice de la fonction consultative place le Conseil d'État au cœur de la confection du droit, et ce non pas seulement en raison de l'importance des textes soumis à son examen, du régime juridique de ses avis, mais plus encore du fait de la généralité de sa compétence autant que de

l'éventail de ses compétences. Reste que l'intervention du Conseil d'État dans l'élaboration des normes ne s'y arrête pas. La consultation est l'élément premier et le plus ancien d'un espace plus vaste, qu'occupe l'exercice d'une mission plus récente, et en perpétuelle évolution dans les récentes décennies, à savoir l'étude et la prospective. Alors que la fonction consultative s'exerce au cours du processus d'élaboration, étude et prospective se situent-elles bien en amont d'une initiative, seulement possible, de mise en œuvre d'un tel processus.

II. La fonction d'étude et de réflexion prospective : en amont de la consultation

L'ordonnance du 31 juillet 1945 ajoute aux missions traditionnellement confiées au Conseil d'État, soit une mission de conseil et une mission juridictionnelle. En effet, son article 24 prévoit que « le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ». Longtemps peu mobilisée, cette attribution est réactivée à l'occasion de la réforme née de la crise de 1962, l'article 3 du décret du 30 juillet 1963 instituant une commission du rapport dont il est alors entendu qu'il comportera mention des « réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif sur lesquelles le Conseil d'État entend appeler l'attention du Gouvernement ». Dans ce cadre, la production d'études se développe et se formalise ; lui a été récemment annexée la tâche de mener

17. Une telle situation a conduit beaucoup à affirmer, et répéter – à tort –, que la fonction législative du Conseil d'État sous la III^e République était inexistante, alors que pourtant, pratiquement, il n'est pas inactif : d'une part, le Conseil d'État est obligatoirement saisi des règlements d'administration publique auxquels le législateur renvoie de plus en plus largement au fil du temps, et, d'autre part, le recours à la législation déléguée le fait également collaborer à la confection de la loi.

18. De plus, les analyses des délibérations du Conseil d'État accessibles attestent que si le respect du droit demeure un principe directeur qui domine très largement les débats, cela ne signifie pas pour autant que le Conseil ne soit pas attentif en effet, dans l'exercice de sa mission, aux contraintes de l'action gouvernementale. Par exemple, P. Gonod, « Les avis du Conseil d'État en matière coloniale 1870-1914 : l'administration des colonies », in *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*, Litec, 2008, p. 113.

19. Et la rénovation des conditions d'accomplissement de cette fonction, notamment par le décret du 6 mars 2008.

20. B.-L. Combrade, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, coll. « NBT », 2017.

21. Vœux aux corps constitués de 2015. Reste que cette publicité a été encadrée : à l'exception des lois financières, des lois de ratification d'ordonnance et des lois autorisant la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux, les avis sur les projets de loi sont désormais rendus publics sur Légifrance, puis sur le site du Conseil d'État à la date de leur transmission au Parlement, c'est-à-dire le jour de leur adoption par le Conseil des ministres.

22. Il est difficile de saisir si cette publicité infléchit ou non le cours et la nature des délibérations, mais elle a assurément alimenté le débat public (et les critiques), comme en atteste par exemple ceux initiés par les états d'urgence.

des réflexions prospectives. La mission nouvelle ainsi constituée s'est étoffée de manière telle qu'il est permis d'y voir une activité à part entière, et non pas seconde, en marge de la dualité fonctionnelle du Conseil d'État. Or, dans l'élaboration des normes, cette fonction complète assurément la fonction consultative.

A. L'étude

La mission initiale de la commission du rapport est modeste mais est l'expression d'une ambition plus forte, dont la concrétisation n'a de cesse de progresser : le décret du 26 août 1975 crée la commission du rapport et des études et renforce sa structure ; son activité se déploie et s'épanouit. En vingt ans²³, elle rend des rapports annuels au contenu de plus en plus riche – puisqu'il y est procédé à des « réflexions d'ensemble » – réalise annuellement quatre à cinq études, lesquelles sont suivies d'effets dans une proportion élevée, ce qui a conduit alors à « s'interroger sur l'insertion de l'activité d'étude dans la vie même du Conseil d'État »²⁴. Ces activités, en croissance, gagnent en reconnaissance et en prestige en trouvant à se loger en 1985 au sein d'une section administrative, la section du rapport et des études²⁵.

Cette section a fait évoluer significativement la composition des « productions » du Conseil d'État et s'est assurée de manière significative de leur bonne diffusion. D'une part, elle élabore un rapport annuel²⁶ qui, dès 1988, fait l'objet d'une publicité intégrale et, dès 1990, contient des « considérations générales » ordonnées autour d'une thématique choisie par le Conseil d'État. Il s'agit de livrer la réflexion collective du Conseil d'État au débat public. D'autre part, le Conseil d'État entend peser dans la

détermination et la réalisation des « réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ». C'est pourquoi les considérations générales du rapport public ne se contentent pas de dresser un état des lieux du droit en vigueur, mais comportent des prescriptions en vue de son amélioration, et, de plus, que les études thématiques comportent la formulation de propositions, livrant en quelque sorte « clés en mains » aux titulaires du pouvoir de décision un document permettant aisément la « mise en normes » des propositions formulées. L'extension du champ de ces études est remarquable : alors qu'elles ont longtemps porté sur des questions administratives, elles embrassent aujourd'hui, sans abandonner ce terrain, toute question de société²⁷. C'est que la fonction d'études est conçue et revendiquée comme une fonction faisant du Conseil d'État un « initiateur de réformes »²⁸, un « réformateur »²⁹, ou encore le « laboratoire du gouvernement »³⁰.

Avec un certain succès si l'on en juge de ce que nombre de ces études sont à la source de réformes, certes à des degrés divers. Si les propositions formulées par Conseil d'État peuvent faire l'objet une simple transposition dans un projet de loi (l'étude sur les sciences de la vie en est une illustration³¹), la plupart d'entre elles ne trouvent de traduction normative qu'après l'écoulement d'un certain délai ; alors, leur influence sur les décideurs est plus difficile à cerner. L'étroitesse des relations institutionnelles entre le principal promoteur des études – le gouvernement – et le Conseil d'État dont il est principalement l'auxiliaire, laisse toutefois à penser qu'une telle influence existe, et l'intention d'agir du gouvernement s'exprime d'ailleurs par la commande

23. V. vol. « Études et documents du Conseil d'État » qui célèbre son vingtième anniversaire, n° 34, 1982-1983, p. 121 et s.

24. Y. Cannac, « Les études réalisées par le Conseil d'État », EDCE n° 34, 1982-1983, p. 142.

25. Décret n° 85-90 du 24 janv. 1985.

26. V. notamment P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État*, Cujas, 2010.

27. Une liste exhaustive des études menées depuis 1992 figure sur le site du Conseil d'État.

28. J.-P. Costa, « Une nouvelle section au Conseil d'État, la section du rapport et des études », *AJDA* 1985, p. 265. Sur ces questions, v. P. Gonod (dir.), « La section du rapport et des études du Conseil d'État, anniversaire du décret du 24 janvier 1985 », colloque Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, *RFDA* 2015, n° 2.

29. G. Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus*, 1992, Montchrestien, p. 102.

30. G. Braibant et J.-M. Pauti, « La section du rapport et des études, le laboratoire du gouvernement », *Profession Politique* 1990, p. 20.

31. CE, « Sciences de la vie : de l'éthique au droit », 1988 ; et v., sur ses suites : <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19234-les-questions-de-bioethique-la-chronologie-de-1983-2023>.

même de l'étude³². De surcroît, la publicité donnée aux études ne peut que favoriser leur mise en œuvre, l'opinion publique autant que les parlementaires pouvant alors s'en saisir : expression d'un discours institutionnel, l'étude pèse d'autant plus qu'elle bénéficie du prestige et de la position de son auteur au sein de l'État. La force de propositions traduit un approfondissement de la fonction d'étude assurée par le Conseil d'État, lequel travaille aussi à irriguer le champ de la réflexion intellectuelle.

B. La réflexion prospective

La section du rapport et des études constitue au sein du Conseil d'État un support de réflexion intellectuelle ayant vocation à assurer une emprise sur l'analyse des conditions de l'action étatique et des améliorations susceptibles de leur être apportées. Elle développe une « diplomatie d'influence »³³ à travers notamment ce que le Conseil d'État désigne être sa fonction de « débats »³⁴. Cette contribution du Conseil d'État à l'analyse des grandes questions de l'action publique s'inscrit dans l'approfondissement de sa fonction d'études. Le décret du 1^{er} mars 2024 créant la section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État lui confie une nouvelle mission, celle d'une réflexion prospective³⁵. Certes, le texte réglementaire enregistre un état de fait – la section du rapport et des études se livrant déjà à une telle réflexion –, mais procède d'un déplacement du centre de gravité du champ d'action de la section nouvelle³⁶.

Le Conseil d'État « n'est nullement un organisme à vocation académique »³⁷ se défend-on ; pourtant, à sa seule initiative, et dans le cadre de sa politique d'ouverture vers l'extérieur, il assure depuis près de vingt ans une activité consistant principalement en l'organisation de conférences, entretiens, séminaires et colloques. C'est à la section du rapport et des études que revient le

rôle de pilotage des diverses manifestations, dont les programmes – et les thèmes de réflexion – sont arrêtés en réunion plénière de la section. Les conditions d'organisation et de fonctionnement de la section se caractérisent par une certaine souplesse – dont témoigne le fait qu'elle mène ses travaux dans le cadre de groupes spécifiquement constitués – et en font un lieu fédérateur de compétences diverses, dans cette mesure où s'y mêlent, outre les personnels qui y sont spécifiquement rattachés, des membres du Conseil d'État issus d'autres de ses composantes d'un côté, et des personnalités qui lui sont extérieures de l'autre, issues des juridictions, des universités et des organismes de recherche.

Les travaux qui en sont issus ont toujours fait l'objet d'une diffusion, et, depuis 2011, d'une publication au sein d'une collection dédiée de la Documentation française (« Droit et débats »). La présentation de la collection par son éditeur est des plus explicites sur le projet poursuivi par les manifestations dont elle accueille les contributions : être le « témoignage vivant de l'actualité du droit public » par la présentation « des thématiques riches et variées dans de nombreuses branches du droit public qui s'inscrivent en résonance avec les préoccupations de la société civile ». Il s'agit d'opérer une « convergence de l'expertise juridique et du débat public » en offrant « une publication durable et cohérente des échanges pluridisciplinaires qu'il [le Conseil] engage, année après année, avec la doctrine, les praticiens du droit, l'administration, les experts, les partenaires économiques et sociaux et les citoyens qui prennent part aux débats ».

L'évaluation de la portée d'une telle activité n'est pas aisée, mais pour nombre d'observateurs avisés, le Conseil d'État y apparaît comme un « intellectuel collectif, chargé de penser au nom de l'État et d'orienter des choix collectifs », se montrant habilité à « lire le monde où inter-

32. Des rencontres régulières avec le secrétaire général du gouvernement ont pour objet de faire le point sur les suites données aux recommandations du Conseil d'État.

33. D'après O. Schrameck, « Nouveau triptyque de la section du rapport et des études, Diversification, communication et coopération », *AJDA* 2012, p. 1216.

34. P. Gonod, « La section du rapport et des études, instrument d'un repositionnement institutionnel du Conseil d'État ? Le redéploiement de la participation à l'élaboration des normes », *RFDA* 2015, p. 249.

35. V. CJA, art. L. 123-5, lequel consolide une pratique ainsi que ses modalités d'exercice.

36. P. Gonod, « La section des études, de la prospective et de la coopération du Conseil d'État : "section du progrès" ? », *Droit administratif* 2024, n° 7, étude 7.

37. J. Massot et T. Girardot, *Le Conseil d'État*, La Documentation Française, 1999, p. 193.

vient l'État »³⁸. La présence du Conseil d'État dans les cercles de réflexions, notamment sur l'État, n'est pas une innovation, qu'elle soit directe ou indirecte, organique ou à travers l'action individuelle de ses membres ; c'est une tradition ancienne. Un incontestable mouvement de réappropriation et de recentrage de cette réflexion en son sein n'en est pas moins sensible. Il suffit pour s'en convaincre d'explorer le site internet du Conseil d'État : les manifestations y sont aussi nombreuses que sont variés les domaines de la réflexion engagée.

La section qui succède à la section du rapport et des études s'inscrit certes dans ce mouvement, mais y ajoute, comme le symbolise sa nouvelle dénomination. Outre que cette activité dispose d'un fondement juridique, par son inscription dans le code de justice administrative, la section des études de la prospective et de la coopération se voit en effet confier la conduite d'« une réflexion prospective sur la conception et la mise en place des politiques publiques ». À la réflexion prospective, assumée, est donc associé un objet, sur lequel elle s'exerce : les « politiques publiques », lesquelles constituent, aux yeux du Conseil d'État l'un des volets de l'action publique, à côté des services publics³⁹. Ce redéploiement de la participation du Conseil d'État à l'élaboration des normes en amont de sa traditionnelle fonction consultative, conduit à s'interroger sur la part qui revient au Conseil d'État dans la conception et la mise en œuvre de ces politiques publiques. Elle prend place, à part entière, aux côtés de l'exercice de ses fonctions consultatives et juridictionnelles.

Depuis 1872, la reconquête de l'association du Conseil d'État à l'élaboration des normes est une préoccupation constante du Conseil d'État. Ainsi, lors de la (seconde) suppression de la section de législation, en 1934, le rapporteur du projet de règlement d'administration publique devant le Conseil d'État, André Cuvelier, émet des regrets et formule des espoirs : « on peut certes regretter la disparition de ce mot (législation) dans l'appellation de nos sections; il reste attaché à de grands souvenirs dans l'histoire du Conseil d'État telle qu'elle apparaît sous les vicissitudes des divers régimes qui se sont succédés dans notre Pays. Peut-être, l'avenir lui réserve-t-il une résurrection possible, pour le cas où une réorganisation de nos institutions politiques entraînerait de nouveau une collaboration plus étroite entre le Parlement et le Conseil d'État ». Et alors, le rapporteur prend bien soin de spécifier la nature de cette collaboration, restreinte à l'expertise juridique (« en ce qui concerne sous l'angle juridique l'étude et la rédaction des projets et propositions de loi »)⁴⁰. Recouvrée en 1945, enrichie en 2008, la consolidation de la fonction consultative – ou fonction législative – n'épuise cependant pas les potentialités d'une association du Conseil d'État à l'élaboration du droit. Certes, il ne s'agit pas de faire retour aux racines de cette institution, ce que l'on s'est d'ailleurs abstenu de faire lors de la relance de la codification en confiant cette attribution à une commission supérieure de codification⁴¹. Toutefois, dans cette perspective, le Conseil d'État fait incontestablement montre d'une capacité à se réinventer : l'affirmation de son rôle dans la détermination des politiques publiques en est une manifestation éclatante.

38. J. Caillousse, « Le discours de la réforme administrative », in P. Mbongo, O. Renaudie (dir), *Le rapport public annuel du Conseil d'État*, op. cit., p. 125.

39. V. « L'usager du premier au dernier kilomètre de l'action publique : un enjeu d'efficacité et une exigence démocratique », La Documentation française, 2023.

40. V. « Le Conseil d'État, son histoire à travers les documents d'époque 1799-1974 », CNRS, 1974, p. 743 et s.

41. M. Guyomar (dir.), *Les 25 ans de la relance de la codification*, LGDJ, 2017.

Dossier

La qualité de la norme

Les propositions de réformes législatives et réglementaires de la Cour de cassation : une contribution à l'amélioration des normes et au dialogue des pouvoirs

Sandrine Zientara-Logeay

Présidente de chambre à la Cour de cassation, directrice du service de la documentation, des études et du rapport (SDER)

Depuis 1969, chaque année, la Cour de cassation publie un rapport annuel, par lequel elle rend compte de son activité, en application des dispositions du décret n° 67-1208 du 22 décembre 1967 qui prévoit qu'« [i]l est fait rapport annuellement au garde des sceaux, ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution »¹.

Le décret de 1967 instituant le rapport annuel énonçait aussi que « [l]e premier président et le procureur général peuvent appeler l'attention du garde des sceaux, ministre de la justice, sur les constatations faites par la Cour à l'occasion de l'examen des pourvois et lui faire part des améliorations qui leur paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées ». Cette disposition est reprise à l'identique dans la version

actuelle de l'article R. 431-10 du code de l'organisation judiciaire (COJ).

La formulation du texte n'est guère explicite, mais dès l'origine le décret a été compris et interprété comme ouvrant la possibilité pour la Cour de cassation d'effectuer des suggestions de modifications de règlements et de lois ou d'adoption de nouvelles dispositions normatives.

Le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Charles Choucroy, à l'occasion du 20^e anniversaire du rapport analysait l'invitation à faire part d'améliorations comme une « offre de collaboration du législateur »². Dans le premier rapport annuel de 1968-1969, le premier président Aydalot et le procureur général Touffait adhéraient à cette ambition en concluant que « peut-être ce rapport sera-t-il

1. L'article R. 431-9 du COJ en sa version actuelle, issue du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 énonce qu'« [i]l est fait rapport annuellement au président de la République et au garde des sceaux, ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution ».

2. C. Choucroy, « À propos du 20^e anniversaire du rapport annuel de la Cour de cassation : séparation et décloisonnement des pouvoirs » in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1989, p. 23.

de la sorte l’amorce d’une collaboration entre l’autorité judiciaire d’une part, les pouvoirs législatif et exécutif, de l’autre, dont tout permet d’espérer qu’elle sera féconde, et à laquelle, en tout cas, nous sommes prêts à consacrer nos meilleurs efforts »³.

La reconnaissance de la légitimité de la Cour à proposer des modifications des textes pourrait de prime abord surprendre dans un pays de tradition légicentriste, qui, au nom de la séparation des pouvoirs, avait voulu cantonner « les juges de la nation » à un rôle d’automate, qui, selon la célèbre formule de Montesquieu, ne devaient être « que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». En réalité, cette possibilité offerte à la Cour suprême de critiquer la loi et de suggérer sa modification s’analyse également comme une contrepartie nécessaire à la limitation rigoureuse de son pouvoir d’interprétation de la loi. La loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) avait d’ailleurs énoncé : « le Tribunal de cassation enverra chaque année au gouvernement une députation pour lui indiquer les points sur lesquels l’expérience lui aura fait connaître les vices ou l’insuffisance de la législation ». Cette disposition n’a guère été appliquée⁴ mais elle procède d’un principe de réalité : dès lors que la loi ne peut être absolument dénuée d’imperfections, qu’elle peut être obscure, ambiguë, insuffisante, si aucun pouvoir d’interprétation n’est théoriquement reconnu au juge pour suppléer ces imperfections, le meilleur moyen d’en assurer la correction est de lui conférer un tel pouvoir de critique, qu’on pourrait qualifier d’adresse au Parlement.

Depuis le premier rapport de 1968-1969, comment la Cour a-t-elle exercé cette faculté qui lui était offerte de suggérer des réformes ? Cet instrument a-t-il conservé sa pertinence, alors

que le pouvoir d’interprétation des textes par la Cour suprême ne fait désormais plus débat, y compris, s’il s’agit non pas d’interpréter un texte obscur mais de l’adapter aux évolutions, techniques, sociales, sociétales ou économiques ? Comment son usage a-t-il été articulé avec le rôle normatif de la Cour suprême, désormais assumé, du fait de la constitutionnalisation et de l’internationalisation du droit, qui conduisent le juge non seulement à interpréter la norme mais encore à la contrôler, par exemple au regard de sa conventionnalité⁵ ? Dans ce contexte, la Cour suprême s’est-elle cantonnée à utiliser cette « adresse au Parlement » pour dénoncer les imperfections des textes ou bien s’est-elle aventurée sur un terrain plus substantiel, voire axiologique ? Ses suggestions de modifications des textes ont-elles été suivies d’effets ? Cette « collaboration » s’est-elle muée en dialogue de pouvoirs et ce dialogue a-t-il rencontré des obstacles et/ou s’est-il avéré fructueux ?

On ne saurait répondre de manière rigoureuse à ces questions, sans une étude complète des suggestions de réformes législatives et réglementaires, qui depuis le premier rapport annuel sont de l’ordre de plusieurs centaines, de leur modalité d’élaboration et de leur devenir. Peu de recherches récentes ont été consacrées au sujet, pourtant particulièrement intéressant au regard de l’articulation entre les différents pouvoirs et du fonctionnement des institutions démocratiques⁶.

Si le service de documentation des études et du rapport de la Cour de cassation (SDER), en charge de l’élaboration du rapport, a pu conduire quelques travaux ponctuels sur ces sujets, en l’absence d’une étude complète, le présent article n’a pas d’autres ambitions que de proposer un état des connaissances et d’ouvrir quelques pistes de réflexion.

3. *Rapport annuel de la Cour de cassation, 1968-1969*, p. 37.

4. C. Choucroy, « À propos du 20^e anniversaire du rapport annuel de la Cour de cassation : séparation et décloisonnement des pouvoirs », préc., p. 24.

5. *Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030*, juill. 2021, p. 34 à 41 et 44 à 50.

6. Il faut néanmoins citer la thèse de C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l’élaboration de la norme*, IRJS Éditions, 2011, qui porte plus particulièrement sur la période de 1990 à 2006.

La formulation de propositions de réforme : une mission pleinement exercée par la Cour de cassation

A. Le périmètre des propositions : de suggestions techniques pour corriger les malfaçons vers des suggestions touchant au fond du droit

À première vue, on pourrait penser que la Cour allait entendre son rôle en la matière en un sens étroit, visant principalement à la correction des malfaçons de la loi.

Dans le premier rapport annuel de 1968-1969, le premier président Aydalot et le procureur général Touffait précisaient en effet que le rapport avait « signalé une lacune de la loi » ou « suggéré un remède à son obscurité ou à son insuffisance ».

Ultérieurement dans une lettre-cadre du 9 mars 1990⁷, le président Draï, proposait que soit retenue comme condition à la formulation de suggestions de modifications législatives ou réglementaires, le fait qu'elles fassent suite à des « difficultés rencontrées à plusieurs reprises par une chambre dans l'application de textes et qui, sans pouvoir trouver de solution purement jurisprudentielle, marqueraient la nécessité d'une modification des dispositions en vigueur ». Le président Draï soulignait que les avis et suggestions ainsi émis « ne revêtiraient en aucune manière le caractère de critiques » et qu'« ils pourraient être un précieux apport, tant à l'autorité législative, qu'à l'autorité réglementaire, car l'expérience judiciaire est irremplaçable : elle est d'ailleurs incontestable et incontestée et il serait, sans aucun doute, fâcheux qu'elle ne fut pas portée à la connaissance de l'autorité compétente, celle-ci agissant dans la plénitude de ses prérogatives propres ». Cette dernière condition, relative à l'impossibilité de résoudre la difficulté rencontrée par la jurisprudence, est explicitée par la chambre criminelle dans son observation liminaire figurant au rapport 1990. Elle précise que « les suggestions de modifications législatives faites [...] sont purement ponctuelles et ne

portent que sur des lacunes, insuffisances ou contradictions de textes que la jurisprudence ne paraît pas en mesure de combler ou de compenser, même en faisant appel [...] au raisonnement téléologique, aux principes généraux du droit ou aux dispositions de textes conventionnels [...] »⁸.

Cependant la chambre criminelle indiquait que « ces suggestions, par ailleurs, ne sont pas exclusives de réformes le plus souvent envisagées ou à l'étude, dont l'opportunité ou la nécessité a pu apparaître à l'occasion de l'examen de certains pourvois mais qui impliquent, de la part du gouvernement et du Parlement, la prise en compte de considérations d'ordre économique, social ou politique ne ressortissant pas directement à l'autorité judiciaire : il en est ainsi notamment à titre d'exemple non limitatif du problème des écoutes téléphoniques »⁹.

En réalité, la frontière entre des propositions techniques, visant à remédier à des contradictions, lacunes, incohérences des textes en procédant à de simples ajustements et des propositions davantage politiques, touchant au fond du droit et renvoyant à des considérations d'équité, d'opportunité ou de faisabilité, s'avère parfois ténue et a été franchie dès l'origine.

L'étude de C. Choucroy¹⁰ qui a analysé près de 150 propositions de modifications législatives ou réglementaires, émises dans les vingt premières années du rapport, de 1969 jusqu'en 1989, montre que si la majeure partie des propositions avait une portée « pédagogique », dénonçant les imperfections techniques (manque de clarté, contradictions, et lacunes tenant notamment à l'absence de décrets d'application d'un texte), d'autres avaient « une fonction critique, voire provocatrice », qui « en ce qu'elle[s] touche[nt] au bien-fondé même de la règle de droit; [...] porte[nt] contestation du fond même de la loi, et appelle[nt] à sa réforme »¹¹. Il est à cet égard intéressant de noter que dès le rapport 1968-1969, la Cour invitait, par exemple, à une réforme du régime d'indemnisation des maladies professionnelles, indiquant que l'application de la loi l'avait contrainte à rejeter la demande d'in-

7. Cette lettre-cadre sera reproduite dans les rapports annuels de 1989 à 1995.

8. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1990, p. 31.

9. *Ibid.*

10. C. Choucroy, « À propos du 20^e anniversaire du rapport annuel de la Cour de cassation : séparation et décloisonnement des pouvoirs », préc.

11. *Ibid.*, p. 32.

démision d'un médecin qui avait contracté la poliomyélite dans l'exercice de sa profession, puisque d'une part la poliomyélite n'était pas inscrite aux tableaux relatifs aux maladies professionnelles et que, d'autre part, la simple contagion ne pouvait être assimilée à un traumatisme et être considérée comme un accident du travail. Elle estimait que cependant « la question paraît se poser, pour des considérations d'humanité évidentes, de savoir si lesdits textes ne devraient pas être modifiés pour tenir compte de situations semblables »¹².

Charles Choucroy donne un autre exemple topique de ces suggestions inspirées par une recherche d'équité : la proposition formulée dans le rapport 1972-1973 qui préconise une intervention législative pour permettre au juge civil de modérer la clause pénale, arguant de ce que l'application stricte des textes en la matière pouvait aboutir dans certains cas à des conséquences par trop rigoureuses. La Cour de cassation a déclaré de ce fait « vraiment souhaitable » une réforme pour autoriser le juge à moduler la clause pénale¹³.

L'étude de Cyrille Charbonneau portant sur les 85 suggestions (dont 71 suggestions nouvelles) formulées par la Cour en matière civile entre 1990 et 2006¹⁴ confirme la place prise, au côté des propositions techniques, par celles qui relèvent d'une recherche d'équité. On peut citer à cet égard la proposition rappelée à plusieurs reprises à compter du rapport de 2001 en faveur de l'unification des délais de prescription en matière d'action en responsabilité contractuelle comme délictuelle à 10 ans¹⁵ ou encore la réforme de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985 ou de l'article 1648 du Code civil¹⁶. On peut aussi souligner les propositions formulées dans le rapport de 2002 en matière d'entreprises en difficulté. Ce faisant la Cour, sous l'impulsion du président Tricot, a pris une initiative nouvelle puisque ces propositions ne procèdent pas d'une

analyse des questions soumises à la Cour dans le cadre du traitement de pourvois mais visent à apporter une contribution au débat portant sur la réforme de la loi relative aux entreprises en difficulté¹⁷.

Une rétrospective des suggestions de réforme qui ont été formulées en matière civile et pénale entre 2014 et 2023, soit environ 200, permet de confirmer encore ces tendances et d'affiner l'analyse de la typologie des propositions.

La catégorie des suggestions que l'on peut qualifier de techniques demeure prédominante et s'appuie sur des constats objectifs relatifs aux insuffisances des textes ou à leur manque de cohérence.

Plusieurs propositions visent ainsi à *combler un vide législatif* révélé par des situations de fait, telle celle sur la réforme du code de la santé publique sur le contrôle par le juge des libertés et de la détention de la mesure d'hospitalisation complète sans consentement, en cas de fugue du patient hospitalisé. La 1^{re} chambre civile a formulé cette suggestion de réforme, de manière réitérée, dans les rapports de 2019 à 2023. Elle a, de manière intéressante et nouvelle, fait un état des lieux des divergences de pratiques entre juges sur cette question. En outre, elle ne s'est pas contentée de pointer le vide législatif mais a proposé une solution avec l'instauration d'une procédure de suspension de la mesure puis de reprise de la procédure en cas de réintégration du patient.

De plus en plus de propositions répondent à un *souci de simplification du droit*, telles les propositions d'alignement de délais (par exemple des délais de prescription du droit des assurances sur le délai de droit commun¹⁸, d'harmonisation des causes d'interruption et de suspension des délais de forclusion et de prescription en droit de la construction¹⁹) ou encore d'harmonisation des textes (par exemple ceux relatifs à la charge des frais et dépens afférents aux procédures judi-

12. *Rapport annuel de la Cour de cassation, 1968-1969*, p. 19.

13. C. Choucroy, « À propos du 20^e anniversaire du rapport annuel de la Cour de cassation : séparation et décloisonnement des pouvoirs », préc., p. 32 ; *Rapport annuel de la Cour de cassation, 1972-1973*.

14. C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, op. cit., n° 334, p. 212.

15. *Ibid.*, n° 340, p. 216.

16. *Ibid.*, nos 358 et 359, p. 230 et 231.

17. *Ibid.*, n° 364, p. 234. Selon C. Charbonneau le législateur s'est montré globalement favorable à ces suggestions, validant nombre des propositions techniques ; le bilan étant en revanche plus nuancé quant aux propositions tenant au fond du droit.

18. Cette proposition figure dans les rapports annuels de 2016 à 2023.

19. Cette proposition figure dans les rapports annuels de 2021 à 2023.

ciaires, en cas de mise en cause d'un fonds de garantie dans les rapports de 2011 à 2023 ou encore ceux relatifs à la compétence territoriale du juge des requêtes depuis le rapport de 2016).

Se plaçant sur un terrain plus général, et non directement rattaché à des constats effectués à la faveur du traitement des pourvois, la Cour a préconisé en outre chaque année depuis le rapport de 2018 le regroupement des dispositions législatives relatives à la procédure civile dans un souci d'accessibilité, de visibilité et cohérence.

Est apparue ensuite une *seconde catégorie de propositions visant à mettre en conformité le droit interne avec les règles et principes du droit international, du droit de l'Union européenne et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*. La Cour peut à cet égard souligner une incompatibilité dont elle a eu connaissance. Elle peut aussi décider de préconiser une réforme des textes, même lorsqu'elle a été amenée à écarter l'application d'un texte qui ne serait pas conforme aux normes européennes dans le cadre de son contrôle *in concreto* comme *in abstracto*, ou qu'elle a fait évoluer sa jurisprudence pour garantir une interprétation du droit conforme à des textes à valeur supra législative. En effet l'instauration de règles nouvelles est souvent indispensable, en complément de la jurisprudence ou de l'effacement de la règle interne en cause.

À titre d'exemple, on peut citer la proposition, formulée au rapport de 2022, de modification du code de procédure civile pour garantir sa compatibilité avec le dispositif du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis).

La proposition formulée au sein des rapports annuels depuis 2020 de réforme des dispositions du code du travail sur l'allaitement d'un enfant sur le lieu de travail, pour notamment assurer la conformité du droit français à la Charte sociale européenne en permettant la rémunération des

pauses d'allaitement sur le lieu de travail, mérite aussi d'être soulignée²⁰.

Pendant plusieurs années, la Cour a proposé de mettre en conformité le code du travail avec le droit de l'Union européenne s'agissant des droits à congé payé du salarié en arrêt maladie. Finalement, par deux arrêts du 13 septembre 2023²¹, la chambre sociale de la Cour a modifié sa jurisprudence afin de réaliser cette mise en conformité²².

Une troisième catégorie est constituée des propositions qui concernent la procédure devant la Cour de cassation.

La plus emblématique de ces propositions est certainement celle visant à l'extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle qui est réitérée chaque année depuis 2000.

On peut également citer la proposition de réforme de la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation dans les dossiers à délais contraints, qui figure dans le rapport de 2019 à 2023, afin de permettre aux juges des libertés et de la détention, toujours contraints de statuer dans des délais très courts, de saisir la Cour de cassation pour avis, dans des contentieux posant pourtant régulièrement des questions de droit nouvelles, dans de nombreux litiges et qui souvent divisent les juges du fond.

Enfin *une quatrième catégorie, celle des propositions davantage politiques que techniques*, s'est étoffée et diversifiée dans la période.

Persistent des *propositions fondées sur un souci d'équité ou d'égalité de traitement*, telle celle sur la revalorisation légale des rentes indemnitaires qui figure dans les rapports de 2014 à 2023, afin de mettre un terme à l'inégalité de traitement entre les victimes d'accident de la circulation et les autres victimes, ou encore celle de modification de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale afin de garantir l'indemnisation intégrale des victimes d'accidents du travail dus à la faute inexcusable de leur employeur, qui figure régulièrement dans tous les rapports depuis 2010.

20. On peut citer aussi la proposition sur la rémunération du temps de trajet des salariés itinérants.

21. Soc., 13 sept. 2023, n° 22-17.638 et n° 22-17.340. La notice au rapport énonce : « La Cour de cassation était de nouveau saisie de la question des droits à congé payé du salarié en arrêt maladie et dès lors de la conformité du code du travail au droit de l'Union européenne. La contrariété de notre droit interne avec le droit de l'Union européenne avait été soulignée à de nombreuses reprises par les Rapports annuels successifs de la Cour qui avaient suggéré une réforme législative sur ce point ».

22. Le législateur est lui aussi intervenu par la loi n° 2024-364 du 22 avril 2024 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne (DDADUE) afin de consacrer cette mise en conformité avec le droit de l'Union.

Elle a été réitérée encore dans le rapport annuel de 2023 nonobstant les arrêts d'assemblée plénière du 20 janvier 2023²³, qui constituent un revirement à cet égard.

Apparaissent aussi des propositions répondant au *souci d'alléger la charge de travail des juridictions du fond*. Il en va ainsi de celle sur la mise en place d'une certification ou reconnaissance administrative des médiateurs « afin de ne pas faire supporter par les juridictions la procédure lourde – et le contentieux qui s'y attache – de la constitution de listes de médiateurs »²⁴ qui figure dans les rapports de 2019 à 2023, ou encore de la proposition visant la constitution d'un statut de traducteur assermenté distinct de celui d'expert judiciaire formulée depuis le rapport de 2017.

D'autres propositions visent à *garantir l'efficacité de la procédure*, notamment en matière pénale. Ainsi la chambre criminelle a-t-elle préconisé d'encadrer dans un délai déterminé le dépôt par les parties d'une question prioritaire de constitutionnalité à compter de leur renvoi devant le tribunal correctionnel ou après la saisine de la cour d'appel afin d'éviter des remises en cause excessives du calendrier des juridictions du fond de nature à empêcher le déroulement des procès dans les rapports annuels de 2011 à 2016. De même, elle a proposé dans le rapport annuel de 2023 de conférer un pouvoir d'évocation à la chambre de l'instruction en matière de détention provisoire, lui permettant de statuer dans un bref délai à la place du juge des libertés et de la détention dont elle a annulé l'ordonnance²⁵.

Plusieurs propositions visent à garantir une application effective des nouvelles dispositions légales. Ainsi la proposition de création d'un répertoire unique et centralisé des personnes majeures protégées formulée dans les rapports annuels successifs de 2018 à 2023 qui a pour but de faciliter la mise en œuvre des dispositions imposant l'information du curateur ou du tuteur en cas de garde à vue ou de comparution devant une juridiction pénale, dans un souci de protection des personnes vulnérables²⁶.

Enfin, dans cette quatrième catégorie, de nombreuses propositions visent à **garantir l'effectivité des droits fondamentaux**, notamment en complément d'une jurisprudence de la Cour, afin que le législateur puisse encadrer les droits consacrés par une jurisprudence.

Ainsi, en application du principe de l'égalité des armes, tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre commerciale, financière et économique a préconisé la création d'un recours incident au bénéfice de la personne sanctionnée en cas de recours principal par le président de l'Autorité des marchés financiers (AMF) à l'encontre des décisions de la commission des sanctions, faisant suite à son arrêt du 8 novembre 2023²⁷.

De même en application des principes relatifs aux droits de la défense, la chambre criminelle a proposé que la personne mise en examen soit avisée de la date du débat contradictoire en vue de la prolongation de sa détention provisoire afin qu'elle puisse préparer sa défense même si elle n'est pas assistée d'un conseil²⁸.

23. Ass. plén., 20 janv. 2023, n° 20-23.673 et n° 21-23.947, publiés au *Bulletin* et au *Rapport annuel*.

24. On retrouve cette formulation de la proposition à partir du rapport annuel de 2021.

25. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2023, p. 93. En l'absence de pouvoir d'évocation, l'irrégularité commise par le juge des libertés et de la détention, à l'occasion du débat de placement en détention provisoire ou de prolongation de cette mesure, est nécessairement sanctionnée par la remise en liberté de la personne concernée.

26. Bien que cette suggestion ait suscité des réserves de la DACG, la loi n° 2024-317 du 8 avril 2024, dite loi « Bien vieillir » est venue la mettre en œuvre en actant la création d'un registre national dématérialisé des mesures de protection juridique.

27. Com., 8 novembre 2023, n° 21-18.318, publié au *Bulletin*. Dans cet arrêt la chambre a jugé que lorsque le recours principal du président de l'AMF se borne à contester la décision de la commission des sanctions en tant qu'elle a écarté certains griefs, la personne sanctionnée doit pouvoir encore disposer, à compter de la notification du recours principal du président de l'AMF, d'un délai raisonnable lui permettant d'exercer de manière concrète et efficiente son propre recours principal par lequel elle conteste la décision de la commission des sanctions en tant qu'elle a retenu des griefs à son encontre. Cette proposition apparaît au rapport annuel de la Cour de cassation de 2023, p. 55 et s.

28. Cette suggestion datant du rapport annuel de 2022 a été suivie d'effet dans le cadre de la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

En outre, la chambre criminelle a proposé une modification destinée à permettre la comparution du condamné devant la chambre de l'application des peines²⁹.

Ainsi l'étude des propositions de réforme formées par la Cour montre que cette dernière ne s'est pas cantonnée à des propositions techniques, d'ajustement et de correction des malfrçons et lacunes des textes, directement issues de questions apparues à l'occasion du traitement des pourvois et pour lesquelles elle tirait sa légitimité de son expertise juridique de haut niveau. Elle a en effet élargi son prisme pour proposer des réformes touchant au fond du droit, et supposant un choix dicté par des considérations d'opportunité.

Toutefois, comme l'atteste l'analyse rapide des propositions formulées ces dix dernières années, la Cour ne s'est aventurée sur ce terrain axiologique ou politique que de manière toujours prudente et avec mesure. Par un processus en quelque sorte d'autolimitation, et dans le souci du respect des prérogatives des différents pouvoirs, elle s'est toujours référée pour ce faire, implicitement ou explicitement, à des principes généraux, relatifs au bon fonctionnement de la justice, à l'égalité de traitement, au procès équitable etc. Ses propositions se sont souvent inscrites dans un mouvement initié par le législateur lui-même³⁰ ou bien dans un débat public faisant apparaître des éléments de consensus (dans la doctrine, les rapports publics, ...).

Ce faisant la Cour s'est parfaitement inscrite dans son rôle à la fois d'harmonisation de la jurisprudence et de garante de l'État de droit et des libertés fondamentales.

Parallèlement à cette acception large de son rôle, la Cour s'est efforcée d'améliorer la visibilité et la légitimité de ses propositions dans le débat public.

B. L'évolution dans les modes d'élaboration et de présentation des propositions

Ainsi, alors qu'à l'origine, les propositions de réformes ne donnaient pas lieu à une partie spécifique dans le rapport annuel et étaient développées, de manière souvent incidente, à l'occasion de la présentation de la jurisprudence des chambres, le rapport de 1986 a créé une partie spécifique intitulée « Suggestions de modifications législatives ou réglementaires ». Cette partie, bien que constituant un progrès évident en termes d'impact, ne consistait qu'en un simple récapitulatif des présentations d'arrêts de la partie « Jurisprudence de la Cour » comportant de telles suggestions.

À compter de 1990 cependant, et à la suite de la lettre-cadre du premier président Draï précitée, les propositions formulées par la Cour deviennent beaucoup plus visibles en étant développées dans la partie intitulée « Suggestions de modifications législatives ou réglementaires » qui leur est consacrée. Dans le même temps, le premier président, certainement dans le souci de conforter la légitimité de ces propositions, mettait en place une procédure d'élaboration de ces suggestions. Alors que jusqu'à cette période ces propositions étaient formulées par les seuls conseillers auteurs des études comprises dans le rapport, le premier président préconisait dans sa note-cadre, qu'à l'initiative du président de la chambre, ces propositions soient examinées dans un premier temps par l'ensemble de la chambre puis que les propositions de réforme motivées de la chambre soient ensuite examinées par le bureau de la Cour de cassation³¹, lequel déciderait après examen celles susceptibles de figurer au rapport.

Une nouvelle évolution est intervenue ensuite, à compter de 2001, sous l'impulsion du premier président Canivet. Ce dernier a décidé de la créa-

29. Cette suggestion datant du rapport annuel de 2020 a été suivie d'effet dans le cadre de la loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

30. Par exemple, le mouvement de judiciarisation des peines pour la proposition de comparution du condamné devant la chambre de l'application des peines.

31. Aux termes de l'article R. 421-2, dans sa rédaction issue du décret n° 2008-522 du 2 juin 2008 (anciennement R. 121-2) du COJ, le bureau est un organe qui règle par délibération les matières dans lesquelles compétence lui est donnée par les lois et règlements. Il est composé du premier président, des présidents de chambre, du procureur général, du premier avocat général dont le rang est le plus élevé ainsi que de deux avocats généraux désignés par le procureur général. Il siège avec l'assistance du directeur du greffe de la Cour.

tion d'un « comité de suivi des propositions de réforme des textes de nature législative et réglementaire paraissant de nature à remédier aux difficultés dans l'interprétation et l'application de la loi constatées par la Cour de cassation et figurant dans ses rapports annuels ». Ce comité, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que du directeur des affaires criminelles et des grâces (DACG), du directeur des affaires civiles et du sceau (DACS) et du directeur des services judiciaires avait pour mission d'examiner les suites éventuellement données aux propositions de réforme des textes figurant dans les rapports annuels. Le rapport annuel de 2001 précise que « les réunions du comité de suivi ont permis au ministère de la justice, à partir de la mise à jour par la Cour de cassation du recensement de l'ensemble des propositions formulées depuis 1990, de faire connaître les suites qu'il entend donner à celles qui restent pertinentes, sous réserve des exigences du travail d'élaboration des textes et en particulier de l'accord des ministères contre-signataires »³². À compter du rapport annuel de 2001, apparaît dans la 1^{re} partie du rapport intitulée « Suggestions de modifications législatives ou réglementaires », une sous-catégorie relative au suivi des propositions de réforme précédemment formulées. Le livre contenant les suggestions de réforme est alors organisé en une première partie consacrée au suivi des suggestions de réforme et une seconde partie relative aux suggestions nouvelles. Les rapports précisent à partir de 2005 et de manière progressive si la proposition a reçu ou pas un accueil favorable des directions des affaires civiles et du sceau ou des affaires criminelles et des grâces.

À compter de 2007, la présentation gagne encore en lisibilité, avec une partie sur les propositions de réforme en matière civile (elle-même divisée par chambre à partir de 2018) et une partie sur les propositions de réforme en matière pénale.

Enfin, depuis le rapport 2019, est apparue une troisième partie consacrée aux propositions de réforme antérieures non suivies sous forme de tableau synthétique. Elle figure depuis dans tous

les rapports annuels où elle est chaque année actualisée.

Désormais les propositions sont transmises par les présidents de chambre après consultation du premier avocat général. Elles donnent lieu en outre à une réunion annuelle entre les chefs de Cour, les présidents de chambre et les premiers avocats généraux avec les directeurs de la DACG et de la DACS qui permet un échange de vues et le recueil de l'avis des directions sur les propositions anciennes et nouvelles.

La prise en compte des propositions de réforme par les pouvoirs publics : des résultats satisfaisants mais perfectibles

A. Les propositions suivies d'effet : un bilan mitigé

Aucune étude exhaustive sur l'ensemble des quelques centaines de propositions formulées par la Cour depuis l'origine n'a été effectuée qui permette d'avoir un pourcentage certain du nombre de suggestions suivies d'effet. Une telle étude serait d'autant plus délicate à effectuer que les propositions sont souvent reprises d'années en années, et parfois abandonnées sans qu'il soit possible de déterminer si cet abandon procède d'une forme de lassitude ou du constat que la proposition est devenue inopportune ou obsolète (du fait d'une évolution de la jurisprudence ou d'une évolution de la position de la chambre par exemple).

Toutefois quelques éléments peuvent être soulignés qui donnent *a minima* des ordres de grandeur.

Selon l'étude de Cyrille Charbonneau précitée, sur les 85 suggestions de réforme proposées entre 1990 et 2006 (dont 71 nouvelles), environ 40 % des suggestions ont été suivies d'effet, notamment à partir des années 2000. Entre 2000 et 2006, ce sont ainsi 29 textes qui ont été adoptés à la suite des recommandations de la Cour. Le chercheur souligne cependant que la durée moyenne de réponse sur l'ensemble de la période est très longue, s'élevant à quatre ans et huit mois³³.

32. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001, p. 11. De 2002 à 2016 les rapports mentionnent la réunion du comité de suivi. Le comité n'est plus mentionné à partir de 2017.

33. C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, *op. cit.*, n° 348, p. 220 et 221.

Ce taux d'effectivité semble avoir tendance à légèrement diminuer ensuite, puisqu'environ un tiers des propositions de réforme sont reprises par les pouvoirs législatif ou réglementaire³⁴ sur la période de 2014 à 2023³⁵. En fin de période, 19 propositions sont cependant satisfaites par des réformes adoptées de 2020 à 2023³⁶.

Pour déterminer les causes de ces résultats non négligeables, mais pas totalement satisfaisants, il conviendrait certainement d'entreprendre une analyse des différentes propositions, tant sur le plan juridique que politique, au regard de leur objet, de leur cible (le pouvoir législatif ou réglementaire) et de leur devenir. Quelques hypothèses peuvent cependant être avancées pour nourrir la réflexion sur le sujet.

Un premier constat s'impose : très rares sont, depuis que ces éléments sont pris en compte dans le rapport annuel, les propositions qui reçoivent un avis défavorable des directions législatives du ministère de la justice, la DACS et la DACG.

À titre d'exemple sur les 44 propositions non suivies d'effet formulées dans les rapports de 2018 à 2022³⁷, seule une d'entre elle avait donné lieu à un avis défavorable (7 à un avis réservé et 6 à une absence d'avis, au motif notamment que les propositions relevaient de la compétence d'un autre ministère).

Cet accueil très favorable corrobore, s'il en était besoin, la pertinence des propositions qui sont souvent le fruit du haut niveau d'expertise des magistrats de la Cour sur le droit et la législation, de leur expérience de praticiens et de leur vision d'ensemble de la jurisprudence des juges du fond et des problèmes auxquels ils sont confrontés dans l'application de la règle de droit. Il atteste aussi de la mesure et de la prudence dont fait preuve la Cour lorsqu'elle s'avance sur

les terrains politique ou axiologique. Au demeurant et s'agissant de l'adoption des dispositions législatives issues d'une proposition de la Cour, les travaux préparatoires (exposés des motifs du projet, études d'impact, exposés des motifs de l'amendement, qu'il soit d'origine gouvernementale ou parlementaire, rapports des commissions...) font état, dans 40 % des cas environ, du rapport annuel de la Cour. Cette référence vient conforter la légitimité du texte, dans une mesure toutefois relative puisque le plus souvent, quand la disposition donne lieu à des débats dans l'hémicycle, le rapport annuel n'est quasiment jamais mentionné. Une exception notable mérite cependant d'être notée. Lors des débats sur les dispositions de la loi du 20 juin 2014³⁸ relatives à la conservation des scellés dans les affaires criminelles définitivement jugées, plusieurs parlementaires se sont référés au rapport annuel de la Cour pour justifier des difficultés suscitées par la destruction des scellés en cas de procédure de révision des condamnations³⁹.

Les rares avis défavorables peuvent relever de choix budgétaires, politiques, plus rarement d'une analyse juridique des services du ministère distincte de celle de la Cour quant au caractère techniquement indispensable de la modification proposée. Ces avis défavorables peuvent s'appuyer sur une expertise complémentaire menée par les services du ministère ou confiée à une mission dédiée, sur une étude d'impact, ou encore faire suite à la saisine par le ministère de la justice des autres ministères concernés, notamment les ministères sociaux ou le ministère de l'économie et des finances.

Les directions peuvent aussi évoluer et après avoir commencé par donner un avis défavorable, se ranger à l'avis de la Cour ou proposer une solution de compromis. La DACS avait émis par

34. Selon l'étude du SDER durant la période, parmi les textes adoptés consécutivement à des propositions de la Cour, on compte un tiers de décrets et deux tiers de lois ou ordonnances.

35. À noter que ce calcul effectué par le SDER intègre les propositions abandonnées avant d'avoir été suivies d'effet.

36. Selon le rapport du groupe de travail présidé par le président Jean-Michel Sommer, directeur du SDER, sur la réforme du rapport annuel, institué par la première présidente Chantal Arens, entre 2014 et 2020, 43 suggestions ont été suivies d'effet sur 182 proposées (24 %), avec une certaine variation suivant les chambres : pour la première chambre civile, 1 suggestion suivie d'effet sur 9, soit 11 % ; pour la deuxième chambre civile : 15 suggestions suivies d'effet sur 59, soit 25 % ; pour la troisième chambre civile, 7 suggestions suivies d'effet sur 20, soit 35 % ; pour la chambre commerciale, 2 suggestions suivies d'effet sur 19, soit 10,5 % ; pour la chambre sociale, 10 suggestions suivies d'effet sur 45, soit 22 % ; pour la chambre criminelle, 8 suggestions suivies d'effet sur 30, soit 27 %.

37. Ne sont ici pas prises en compte les propositions abandonnées.

38. Loi n° 2014-640 du 20 juin 2014 relative à la réforme des procédures de révision et de réexamen d'une condamnation pénale définitive.

39. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2013, p. 727.

exemple un avis réservé sur la réforme de la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation dans les dossiers à délais contraints lors des rapports de 2019, 2020 et 2021, puis s'est déclarée, à l'issue des discussions engagées avec la Cour, favorable en 2022 et a indiqué en 2023 que la modification demandée interviendrait dans un décret de procédure civile prévu pour l'année 2024.

Il en a été de même de la proposition sur la représentation obligatoire devant la chambre criminelle, proposée par la Cour depuis 2000. La DACG a fini par se déclarer favorable à une position de compromis consistant à limiter la représentation obligatoire à la matière contraventionnelle ou aux pourvois portant sur des arrêts ayant prononcé une peine autre qu'une peine privative de liberté sans sursis. Ce compromis a été envisagé en 2016 dans le cadre de l'examen du projet de loi sur la justice du *xxi*^e siècle, mais les amendements en ce sens ont été rejetés par le Parlement, qui a estimé que cette disposition aurait pour effet de limiter l'accès au juge en matière pénale.

Dans toutes ces hypothèses, le non-aboutissement des propositions de la Cour s'inscrit dans le jeu institutionnel démocratique normal, fondé sur la séparation des pouvoirs et le respect des prérogatives de chacun. Les suggestions formées par la Cour n'ont en effet pas d'autre objet que d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur les difficultés qu'elle a repérées et de susciter le débat public. D'ailleurs, ces dernières années, les chambres ont eu tendance à ne pas maintenir dans le rapport annuel des propositions qui avaient reçu de manière réitérée un avis défavorable, prenant en quelque sorte acte de ce refus.

Ce qui interroge bien davantage, c'est la proportion de *propositions non suivies d'effet qui ont pourtant reçu un avis favorable de la part du ministère de la justice* : soit presque deux tiers d'entre elles depuis 2014.

Ces échecs tiennent au fait que, le plus souvent, les propositions de modification de textes, nonobstant l'avis favorable donné, ne sont ensuite pas portées au niveau du ministère qui n'élabore ni projet de décret ni projet de loi. Il serait hasardeux de déterminer si cette absence de portage relève de l'administration, indifférente ou confrontée à un manque de moyens suffisants pour mener à terme ces projets, ou au choix du pouvoir exécutif de ne pas y donner

suite, soit faute d'y adhérer, soit parce que d'autres projets lui apparaissent prioritaires. À cet égard, la Cour ne recueille que l'avis des directions législatives du ministère de la justice et ignore si ces propositions sont ensuite soumises au ministre et à son cabinet. En outre, la Chancellerie a pu souvent faire valoir que les propositions ne relevaient pas de sa compétence mais de celle d'autres ministères. S'agissant des lois, c'est le plus souvent le manque de vecteur législatif qui est invoqué. Dans un contexte d'inflation normative, l'ordre du jour des assemblées est très chargé, ce qui ne permettrait pas facilement d'inscrire de nouveaux textes. La crainte de voir la modification être censurée comme cavalier législatif, si elle était introduite par amendement à un texte déjà inscrit à l'ordre du jour, est aussi invoquée par les directions du ministère pour justifier d'une absence de suites données à ces propositions.

Quelles qu'en soient les causes, cette absence de portage suffisant paraît dommageable, dans un contexte où l'inflation législative a pour corollaire une baisse de la qualité de la norme et où le renforcement de la sécurité juridique et de l'État de droit, dont la Cour est garante, est de l'intérêt de tous.

À tout le moins, elle invite à mener une réflexion sur les moyens à mettre en œuvre pour renforcer l'effectivité des suggestions de réforme de la Cour.

B. Les perspectives d'amélioration

Pour renforcer la qualité et l'effectivité de la contribution de la Cour à l'élaboration de la norme, dans le respect des prérogatives de chacun des pouvoirs, plusieurs leviers peuvent être envisagés, afin de cadrer davantage le dialogue des pouvoirs, que vient incontestablement renforcer cette possibilité offerte à la Cour de formuler et de rendre publiques ses propositions de réforme des textes.

En 2020, un groupe de travail, interne à la Cour, piloté par le président Jean-Michel Sommer, alors directeur du SDER, avait été chargé par la première présidente Chantal Arens de mener une réflexion sur la réforme du rapport annuel, visant notamment à renouveler et élargir la communication aux autorités publiques des propositions de modifications de textes.

Le groupe de travail avait ainsi préconisé que les propositions de la Cour soient non seulement

présentées au garde des sceaux, comme le prévoit le COJ, mais également aux deux chambres composant le Parlement.

Cette proposition paraît particulièrement intéressante. Le rapport annuel est public, et les parlementaires s'en emparent parfois pour pallier le manque d'initiative gouvernementale. Cet impact demeure cependant assez marginal. Ainsi, entre 2014 et 2023, les suggestions de réforme de la Cour ont été reprises dans trois propositions de loi (contre seize projets de loi) et dans neuf amendements d'origine parlementaire (contre sept d'origine gouvernementale). Une adresse du rapport au Parlement aurait le mérite d'une interpellation plus directe et plus visible de la représentation nationale.

Un conseil de juridiction de la Cour, auquel participeraient notamment les présidents des deux commissions des lois des assemblées, tel que préconisé par le rapport de la mission « Cour de cassation 2030 » présidée par André Potocki⁴⁰, afin de donner un cadre concret au dialogue entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire, pourrait aussi constituer une instance adaptée à la présentation de ces propositions.

Poursuivant le même objectif affiché de renforcement du dialogue entre les pouvoirs, la mission sénatoriale sur la judiciarisation de la vie publique a, de son côté, proposé que les chefs de la Cour de cassation viennent présenter devant le Parlement leur rapport annuel, lors d'une audition devant la commission des lois ou d'un débat en séance publique, pour notamment faire état des propositions de réformes des textes législatifs ou réglementaires⁴¹.

Institutionnaliser de la sorte le dialogue et lui donner un cadre, quelles que soient les modalités retenues, donnerait une plus grande visibilité à ces propositions qui pourraient ainsi plus fréquemment être soumises au débat public.

De manière plus technique, et s'agissant du suivi de ces propositions, le dialogue, au moins avec le pouvoir exécutif, gagnerait peut-être à être davantage organisé, selon une procédure à définir.

Le groupe de travail précité avait à cet égard préconisé de compléter la présentation des pro-

positions aux deux directions législatives de la Chancellerie par des échanges plus précis et plus réguliers, notamment auprès des administrations centrales d'autres ministères, à la diligence des présidents de chambre, doyens et premiers avocats généraux.

Cette préconisation a été mise en œuvre notamment par la chambre sociale en 2022 et 2023 qui a pu rencontrer la direction générale du travail.

La DACS elle-même, à la suite de la réunion annuelle présidée par le premier président Christophe Soulard et dédiée tant au suivi des propositions qu'au recueil de l'avis des directions sur les suggestions nouvelles, a engagé un travail avec les directions concernées d'autres ministères (par exemple direction de la sécurité sociale, direction générale du trésor, direction générale des entreprises, direction de l'habitat, de l'urbanisme et des paysages, direction générale du travail). Grâce à ce travail, dans le rapport annuel de 2023, ont pu figurer, dans davantage de cas, l'avis de ces directions sur les propositions, lesquelles se trouvent de ce fait en quelque sorte engagées.

De plus, en 2023, le directeur des affaires civiles et du sceau a-t-il très opportunément proposé un projet de décret dit « Magico-bus 2024-1 ». Grâce à cette initiative, plusieurs propositions, notamment de réforme de la procédure civile, devraient aboutir à l'adoption d'un texte en 2024. De même, la loi n° 2023-1059 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 a-t-elle permis l'adoption de plusieurs réformes proposées par la chambre criminelle (l'avis donné à la personne mise en examen de la date du débat contradictoire en vue de la prolongation de sa détention provisoire ou encore la possibilité de la comparution du condamné devant la chambre de l'application des peines). D'une manière générale, grâce à l'intensification d'échanges fructueux entre la Chancellerie et la Cour, le rapport de 2023 a pu faire état de six propositions qui ont été satisfaites.

Outre le recours régulier à des textes à vocation générale et corrective, notamment en

40. Rapport de la commission de réflexion sur la Cour de cassation 2030, juill. 2021, p. 85.

41. Sénat, *La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ?*, rapport d'information fait au nom de la mission d'information présidée par C. Cukierman et ayant pour rapporteur P. Bonnacarrère, 29 mars 2022, p. 132.

matière décrétole, d'autres améliorations seraient certainement susceptibles d'être apportées afin de structurer encore davantage le suivi du devenir des propositions.

Ainsi, en complément de la réunion annuelle avec notamment les chefs de Cour et les directeurs de la DACG et de la DACS, évoquée *supra*, pourrait être institué un nouveau comité de suivi, plus technique et opérationnel, qui se réunirait deux à trois fois par an. Ce comité pourrait veiller à ce que les propositions ne soient pas perdues de vue et à ce qu'il y ait une identification effective des différents vecteurs possibles. De même, pourrait-il être le lieu d'une concertation sur la rédaction des textes qui auraient donné lieu à un avis favorable de la part du pouvoir exécutif.

Enfin, et en amont, les modalités d'élaboration de ces propositions gagneraient certainement à être définies, afin d'harmoniser les pratiques, de donner des repères aux magistrats de la Cour pourvoyeurs de suggestions et de dynamiser le processus. Par exemple, les modalités de repérage des sujets ou des difficultés (lors du traitement de pourvois ou de réflexions internes, plus transversales) susceptibles de déboucher sur des propositions de modifications de texte, comme les critères justifiant, et le cas échéant limitant, l'exercice de cette prérogative par la Cour, pourraient être précisés, à l'instar des pre-

mières tentatives en ce sens rappelées *supra*. La question pourrait aussi se poser de l'intérêt d'une classification ou d'une hiérarchisation des propositions, au regard de leur importance et des enjeux qui s'y attachent. De même pourrait-on réfléchir à la pertinence de suggestions formées par la Cour sur des sujets généraux, d'intérêt public majeur ou liés à la préservation de l'État de droit. À cet égard, on peut relever que l'initiative prise en 2002 par la chambre commerciale d'apporter sa contribution à la réforme du droit des entreprises en difficultés a été très utile et qu'un nombre important de ses préconisations a été suivi d'effet⁴².

En conclusion, on mesure l'étendue du chemin parcouru depuis l'entrée en vigueur, il y a un demi-siècle, du décret autorisant la Cour à faire part au garde des sceaux des améliorations qui lui paraissent de nature à remédier aux difficultés constatées à l'occasion de l'examen des pourvois.

Ce texte aux potentialités insoupçonnées a quelque peu vieilli. Il mériterait certainement d'être revu non seulement pour que sa lettre soit plus conforme à la réalité des pratiques, mais encore pour permettre à la Cour de jouer de manière encore plus efficiente son rôle d'instance de la démocratie, qui participe de sa vitalité.

42. C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, op. cit., n° 364, p. 234.

Dossier

La qualité de la norme

Les études d'impact en droit de la famille

Antoine Gouëzel

Professeur à l'Université de Rennes

1. L'obligation d'étude d'impact a été introduite par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République et la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Plus précisément, l'article 8 de cette dernière affirme que les documents joints au projet de loi « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ». Il fixe ensuite une liste d'items devant être exposés « avec précision », parmi lesquels on peut citer : « l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne », « l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi » ou encore « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie

d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ». Le *Guide de légistique* apporte diverses précisions sur le contenu de l'étude d'impact¹, une trame ayant en outre été élaborée par le secrétariat général du Gouvernement.

2. Selon l'exposé des motifs de la révision constitutionnelle, l'objectif de ce mécanisme est double : d'une part « améliorer la qualité de la loi », d'autre part « renforcer le Parlement »². Il s'agit ainsi de lutter contre l'instabilité et l'inflation législatives, en imposant au Gouvernement de mieux mesurer la nécessité des normes qu'il propose et leurs incidences, et en fournissant davantage d'informations au Parlement afin d'améliorer la qualité et l'efficacité du travail de ce dernier.

3. Quinze ans après son entrée en vigueur, le mécanisme des études d'impact a d'ores et déjà fait l'objet de nombreux travaux, aussi bien doctrinaux³ que parlementaires⁴. Le bilan est généralement nuancé : l'étude d'impact apparaît

1. *Guide de légistique*, La documentation française, 3^e éd., 2017, p. 14 et s.

2. Pour plus de précisions sur ces objectifs, v. B.-L. Combrade, *L'obligation d'étude d'impact des projets de loi*, Dalloz, 2017, préf. M. Verpeaux.

3. V. not., parmi une abondante bibliographie : M. Philip-Gay (dir.), *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012 ; S. Gerry-Vernières, « L'argument sociologique dans les études d'impact », in D. Fenouillet (dir.), *L'argument sociologique en droit*, Dalloz, 2015, p. 165 ; B.-L. Combrade, *op. cit.* ; P. de Montalivet (dir.), *Changer de culture normative*, JCP G 2021, suppl. au n° 3.

4. V. not. *Rapport n° 2268 d'information fait au nom de la Mission d'information sur la simplification législative*, Assemblée nationale, 9 oct. 2014 ; J.-L. Cabrespines, *Étude d'impact : mieux évaluer pour mieux légiférer. Rapport au nom de la délégation à la prospective et à l'évaluation des politiques publiques*, Les études du CESE, 2019.

comme un progrès par rapport aux pratiques antérieures mais elle présente certaines limites et faiblesses. Différentes propositions d'améliorations ont ainsi été formulées afin d'étendre son champ d'application, d'introduire davantage de contradictoire et d'objectivité dans sa rédaction ou encore de rendre plus effectif le contrôle du respect du dispositif, mais elles suscitent elles-mêmes la controverse⁵.

4. L'objectif de la présente contribution est de dresser un bilan des études d'impact en droit de la famille. Le domaine est ainsi plus restreint que celui des analyses précédentes qui s'intéressaient aux études d'impact en général. Cette réduction du champ permet d'avoir une vision exhaustive de la question : toutes les études d'impact correspondantes ont été examinées. Elle pose par ailleurs la question de l'éventuelle spécificité de la matière familiale : le bilan est-il le même pour les études d'impact en général et pour les études d'impact en droit de la famille en particulier ?

5. L'obligation de rédiger une étude d'impact est applicable à tous les projets de lois « déposés à compter du 1^{er} septembre 2009 »⁶. L'analyse a donc porté sur l'ensemble des lois présentées depuis cette date et qui, soit ont pour objet principal le droit de la famille, soit ont un objet principal différent mais comportent une ou plusieurs dispositions ayant une incidence significative sur le droit de la famille. Ont en revanche été exclues les lois qui ne concernent qu'à la marge le droit de la famille, en ce qu'elles apportent à cette branche du droit des modifications que l'on peut considérer comme mineures⁷. L'échantillon des lois analysées est le suivant :

- loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, qui crée l'ordonnance de protection ;
- loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ;
- loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, qui réforme l'ordonnance de protection ;
- loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, qui habilite le Gouvernement à réformer par ordonnance les règles relatives à l'administration légales et celles relatives à l'intervention du juge aux affaires familiales pour la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux au moment du divorce ;
- loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant ;
- loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui d'une part crée le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, et d'autre part prévoit l'enregistrement des Pacs en mairie et non plus au greffe de feu le tribunal d'instance ;
- loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui modifie la procédure des divorces contentieux ;
- loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020, qui met en place l'intermédiation financière des pensions alimentaires ;
- loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille, qui modifie de nouveau l'ordonnance de protection ;
- loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales qui, notamment, remet une fois de plus sur le métier l'ordonnance de protection ;
- loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique ;
- loi n° 2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022, qui généralise l'intermédiation financière des pensions alimentaires ;
- loi n° 2022-301 du 2 mars 2022 relative au choix du nom issu de la filiation ;

5. La question se pose par exemple de savoir si la rédaction (ou le contrôle) des études d'impact devrait être confiée à une instance indépendante, v. par ex. en faveur de cette solution H. Novelli, « Le mythe de Sisyphe », *JCP G* 2021, suppl. au n° 3, dossier 13 ; et contre cette solution G. Drago, « Renforcer la maîtrise du Parlement sur la loi », *JCP G* 2021, suppl. au n° 3, dossier 21.

6. Loi organique n° 2009-403 du 15 avr. 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, art. 20.

7. L'appréciation est inévitablement affectée d'une certaine subjectivité ; mais les réformes ponctuelles sont nombreuses si bien qu'un tri était indispensable.

- loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption.

6. Le premier enseignement de l'analyse est quantitatif : sur ces quatorze lois, seules huit ont fait l'objet d'une étude d'impact⁸. La raison en est simple : seuls les projets de lois déposés par le Gouvernement doivent être accompagnés d'une étude d'impact ; il n'en va pas de même pour les propositions de lois émanant des parlementaires, lesquelles se sont multipliées au cours des dernières années en droit de la famille. Sur les huit études d'impact, deux sont en outre partielles. D'une part, celle relative à la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 : il s'agit en effet, pour ce qui nous concerne, d'une loi d'habilitation ; la loi organique prévoit dans ce cas qu'elle doit être accompagnée d'une étude d'impact, mais au contenu largement édulcoré, ce qui est inévitable puisque la teneur des mesures que le Gouvernement a vocation à prendre n'est pas encore fixée⁹. La réforme du droit positif a été opérée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, qui n'a quant à elle fait l'objet d'aucune étude d'impact¹⁰. Il faut d'autre part évoquer la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : si la modification du mode d'enregistrement du Pacs figurait dans le projet de loi initial et est donc examinée dans l'étude d'impact, la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel a été introduite par amendement du Gouvernement au cours de la procédure parlementaire, si bien que cette modification pourtant majeure n'a fait l'objet d'aucune étude d'impact. En définitive, une étude d'impact n'a donc été rédigée que pour environ la moitié des réformes du droit de la famille réalisées lors des quinze dernières années, ce qui appelle deux observations.

7. Première observation, l'intérêt de l'étude d'impact saute aux yeux lorsqu'on la compare à l'ex-

posé des motifs qui accompagne les propositions de lois ou les amendements et qui est pour le moins lacunaire. Par exemple, l'exposé des motifs de la proposition de loi sur le changement de nom tient en moins de quatre pages et n'évoque aucun des impacts attendus de la loi : ne sont en particulier évalués ni le nombre de personnes susceptibles de recourir à cette nouvelle possibilité, ni la charge supplémentaire de travail qui en résultera pour les officiers d'état civil, ni la diminution attendue du nombre de demandes de changement de nom adressées au ministère de la justice sur le fondement de l'article 61 du Code civil. Autre exemple, l'« exposé sommaire » de l'amendement gouvernemental prévoyant la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel fait une page, ne contient aucun élément chiffré sur la durée ou le coût des procédures de divorce, qu'il dénonce pourtant, ne se réfère à aucune étude d'opinion, n'évoque ni les économies qui résulteraient de la déjudiciarisation pour l'institution judiciaire¹¹, ni les coûts supplémentaires qui pourraient procéder, pour les époux et pour l'aide juridictionnelle, de l'intervention obligatoire de deux avocats, etc. On constate d'ailleurs que l'une des difficultés majeures d'application du divorce sans juge, à savoir sa circulation internationale, n'a jamais été évoquée lors des débats parlementaires. On peut penser que, si ce texte avait fait l'objet d'une étude d'impact – laquelle doit apporter des éléments précis sur « l'articulation du projet de loi avec le droit européen » –, Gouvernement et Parlement ne seraient pas passés à côté de cette question cruciale.

8. Deuxième observation, au regard de la problématique de la qualité de la loi, il est possible d'émettre l'hypothèse que la difficulté principale ne porte pas sur les insuffisances éventuelles des études d'impact mais sur la manière dont les réformes sont menées. Il est frappant de consta-

8. Lois n° 2013-404, 2014-873, 2015-177, 2016-1547, 2019-222, 2019-1446, 2021-1017, 2021-1754. Les projets de lois de financement de la sécurité sociale échappent à la loi organique n° 2009-403 du 15 avr. 2009 précitée, mais l'article LO111-4 du code de la sécurité soumet nombre des dispositions qui y figurent à une obligation d'étude d'impact similaire ; c'est pourquoi elles ont été comptées.

9. V. l'al. 2 de l'art. 11 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avr. 2009 précitée.

10. Plusieurs circulaires prévoient dans ce cas la réalisation d'une « fiche d'impact », version simplifiée de l'étude d'impact, ne faisant pas l'objet d'une publication, v. *Guide de légistique*, préc., p. 26 et s.

11. Alors même que l'on se souvient que la question du divorce sans juge a émergé dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP) mise en place lors de la présidence de Nicolas Sarkozy, v. *RGPP, 1^{er} rapport d'étape au Président de la République*, 2008.

ter que, sur les quinze dernières années, un seul projet de loi porté par le Gouvernement a eu pour objet principal la famille : il s'agit de la loi de 2013 sur le « mariage pour tous ». Toutes les autres réformes soit n'abordent le droit de la famille qu'à titre accessoire, soit sont d'initiative parlementaire. Cette pulvérisation du processus de réforme, qui n'envisage les questions familiales que de manière parcellaire et éclatée, dans un mouvement incessant, sans vision d'ensemble à la fois de l'évolution passée et des changements souhaités, ne peut conduire qu'à une législation médiocre¹². Mais il faut reconnaître que, sur le terrain politique, l'expérience de la loi de 2013 et les oppositions massives qu'elle a suscitées, n'a guère incité les gouvernements ultérieurs à envisager une grande loi sur la famille.

9. Si l'on se concentre désormais sur les mesures ayant fait l'objet d'une étude d'impact, les critiques formulées de manière générale à l'encontre de ce mécanisme apparaissent-elles fondées en droit de la famille ?

10. Une première critique est relative à l'inutilité des études d'impact : systématiquement rédigées après la prise de décision politique voire après l'élaboration du projet de loi, elles ne permettraient pas d'éclairer le Gouvernement¹³. La critique est indiscutable pour certains des textes examinés. L'ouverture du mariage aux couples homosexuels figurant dans le programme présidentiel de François Hollande, il est évident que l'étude d'impact n'a joué aucun rôle. Il en va de même pour l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules, annoncée par Emmanuel Macron lors de sa campagne. Pour ces lois à forte teneur politique, l'étude d'impact ne peut avoir aucune incidence sur le principe de la décision – ni pour

le Gouvernement, ni d'ailleurs pour les parlementaires.

11. Pour d'autres mesures au contraire, il est fort possible que l'étude d'impact ait été utile voire décisive. On pense en particulier à la mise en place de l'intermédiation financière des pensions alimentaires (IFPA). Les controverses idéologiques sont réduites en la matière – on se souvient d'ailleurs qu'un mécanisme similaire avait été proposé dès le début des années 1970¹⁴. Le problème est fondamentalement budgétaire, une telle mesure étant coûteuse pour les finances publiques. Dès lors, l'évaluation de ce coût est indispensable pour que le Gouvernement puisse prendre sa décision. Les études d'impact des lois de financement de la sécurité sociale pour 2020 et 2022 fournissent ainsi des chiffres très précis, dont on imagine qu'ils ont été nécessaires pour que le Gouvernement rende son arbitrage. Ce constat ne concerne pas uniquement les mesures financières. Pour le mode d'établissement de la filiation à l'égard des couples de femmes ayant recours à une PMA, l'étude d'impact présente les différentes options qui étaient envisageables : l'adoption, la possession d'état, l'application des règles de la filiation biologique ou l'établissement de la filiation par déclaration de volonté d'être parent. On peut supposer que ces différentes options ont été proposées au Garde des Sceaux qui a ensuite tranché¹⁵. En définitive, les réformes relatives au droit de la famille sont de natures très différentes, si bien que l'on ne peut pas toujours attendre le même apport des études d'impact y afférentes.

12. Une deuxième critique souvent formulée à l'encontre des études d'impact porte sur leur qualité¹⁶. L'analyse révèle que celle-ci est très variable en droit de la famille. La faiblesse de l'étude d'impact relative au mariage pour tous a

12. V. P. Malaurie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, LGDJ, 8^e éd., 2023, n° 95.

13. V. par ex. J.-J. Urvoas, cité par S. Soleil, *Les modèles juridiques. Histoire, usages et théorie*, SLC, 2023, p. 91 : « l'étude d'impact ne précède jamais les choix politiques et n'a donc jamais pour objet d'éclairer le ministre et son cabinet sur les solutions qui s'offrent ; elle est rédigée pour justifier le choix politique qui a été fait en amont de l'étude ».

14. V. J. Carbonnier, « La question du divorce », *D.* 1975. chr. 115, spéc. p. 118.

15. La qualité de l'étude d'impact n'a cependant pas empêché le Gouvernement de proposer des amendements modifiant substantiellement le dispositif au cours du travail parlementaire (insertion du dispositif dans le titre VII et non plus dans un nouveau titre VII bis ; utilisation du terme « reconnaissance » ; établissement de la filiation à l'égard de la mère qui accouche par les voies classiques).

16. V. par ex. le rapport d'information n° 2268 du 9 oct. 2014 précité, p. 40 et s.

ainsi été abondamment dénoncée¹⁷, y compris semble-t-il par le Conseil d'État¹⁸. L'absence quasi-totale d'analyse des impacts de l'ouverture de l'adoption aux couples homosexuels, alors que cette loi est la première à avoir admis l'homoparenté en droit français, est frappante. En sens inverse, les études d'impact sur l'IFPA sont riches, avec des chiffres précis. Celle sur la loi de bioéthique de 2021 fournit également de très nombreuses informations et fait référence à de multiples études scientifiques.

13. Il faut toutefois reconnaître que, lorsque l'on sort de la sphère économique¹⁹, il est souvent difficile de mesurer précisément les impacts d'une réforme. Prenons l'exemple du mariage pour tous : l'étude d'impact se garde bien de fournir la moindre indication sur le nombre de mariages homosexuels ayant vocation à être conclus après son entrée en vigueur ou sur le nombre d'adoptions susceptibles d'être prononcées par la suite. On pourrait y voir une lacune de l'étude ; mais force est de reconnaître qu'une telle projection est extrêmement délicate à réaliser et donc inévitablement hasardeuse ; aussi la prudence du Gouvernement est-elle compréhensible. De la même manière, les désaccords sont fréquents entre les experts, spécialement dans le domaine des sciences sociales ; dès lors, quelle que soit la qualité de l'étude d'impact sur la loi de bioéthique, il est normal que le débat parlementaire ait été nourri à propos de la situation des enfants élevés par des couples de femmes, afin de déterminer s'il était opportun ou non de leur ouvrir la PMA. En bref, il ne faut pas attendre de l'étude d'impact ce qu'elle ne peut pas offrir²⁰.

14. L'invocation du droit comparé est tout aussi inégale. Certaines études d'impact sont d'excellente facture sur ce point ; tel est le cas en particulier de celle relative à la loi de bioéthique. Ainsi, pour n'évoquer que l'article ouvrant la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules, seize États européens sont évoqués, clas-

sés en quatre catégories selon qu'ils autorisent la PMA : 1° aux couples de femmes et femmes seules, 2° aux couples de femmes, 3° aux femmes seules, 4° uniquement aux couples hétérosexuels. La diversité des solutions est reconnue. En sens inverse, l'étude d'impact sur la réforme de la procédure de divorce est beaucoup plus contestable : quatre droits seulement sont évoqués, dont on se demande comment ils ont été choisis, et qui permettent aux auteurs de l'étude de conclure que « le dispositif français, qui repose sur trois séquences différentes (la phase de conciliation, la phase de réflexion qui peut durer jusqu'à 30 mois, la phase de divorce) et deux temps procéduraux, semble relativement isolé ». L'argument de droit comparé est ici clairement instrumentalisé. Enfin on peut s'étonner de l'absence de tout élément de droit comparé dans d'autres études d'impact. Par exemple, celle relative à la loi sur l'égalité réelle qui réforme l'ordonnance de protection n'évoque aucun exemple étranger, alors que l'on sait que le modèle espagnol a été une importante source d'inspiration pour les autorités françaises.

15. Une troisième critique, liée à la précédente, porte sur le caractère partial des études d'impact : le Gouvernement et l'administration étant les auteurs à la fois du texte et de l'étude d'impact, celle-ci ne sert qu'à légitimer la décision prise et est dépourvue d'objectivité²¹. L'analyse confirme pleinement cette critique. Alors même que nombre des réformes étudiées ont été extrêmement controversées, les arguments allant dans le sens contraire du texte rédigé par le Gouvernement sont quasiment inexistantes. La lecture de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi de bioéthique est particulièrement révélatrice, qui constitue un véritable plaidoyer en faveur des dispositions proposées. De manière moins ostensible, les avantages de la réforme semblent régulièrement surévalués et les inconvénients à l'inverse minorés. Si l'on prend l'exemple du

17. V. par ex. les textes des saisines du Conseil constitutionnel par des députés et des sénateurs, disponibles sur le site internet du Conseil constitutionnel ; S. Gerry-Vernières, « L'argument sociologique dans les études d'impact », préc.

18. À cette époque, les avis du Conseil d'État n'étaient pas encore publiés ; cependant, la grande presse s'est fait l'écho des critiques formulées par celui-ci.

19. Même dans cette matière, on sait que les modes de calcul prêtent à controverse, v. par ex. T. Eisinger, « Études d'impact : à la recherche du chaînon manquant », *JCP A* 2020, 2246.

20. Rapp. B.-L. Combrade, « L'impact de l'étude d'impact », *RFDC* 2018, p. 889 : l'étude d'impact n'a « pas vocation à énoncer une vérité scientifique objective à laquelle il faudrait se soumettre sous peine de "mal légiférer" ».

21. V. par ex. A.-S. Denolle, « Les études d'impact : une révision manquée ? », *RFDC* 2011, p. 499.

transfert de l'enregistrement des Pacs du greffe du tribunal d'instance aux mairies, l'étude d'impact indique d'un côté que « le nombre de fonctionnaires de greffe déclarés pour cette activité est de 79 en ETPT²² », lesquels ont donc vocation à être économisés, et de l'autre que l'accroissement de la charge pesant sur les officiers d'état civil « doit être relativisé par plusieurs éléments » longuement développés, aucun chiffre n'étant ici fourni. La ficelle est grossière. On peut encore citer l'étude d'impact relative à la réforme de la procédure des divorces contentieux qui insiste sur la longueur des délais entre l'ordonnance de non-conciliation et l'assignation en divorce, que la réforme permettrait de supprimer... sans préciser que ces délais n'étaient pas imputables aux textes, puisque l'époux demandeur pouvait immédiatement assigner et l'époux défendeur n'était tenu d'attendre que trois mois ; l'étude n'indiquait pas davantage que ces délais n'étaient pas inutiles puisqu'ils permettaient aux époux de négocier et atténuait la brutalité de la rupture²³.

16. Pour autant, un parlementaire d'opposition a pu expliquer que, « tout orientées soient-elles, les études d'impact sont une mine d'informations. Elles offrent en creux des arguments pour contester ceux des gouvernements »²⁴. On observe ainsi que les études d'impact sont, en droit de la famille, fréquemment évoquées lors des travaux parlementaires. Ainsi, pour le projet de loi de bioéthique, le tome 1 du rapport de la commission spéciale à l'Assemblée nationale utilise le terme « étude d'impact » cent soixante-treize fois, et le tome 1 du rapport de la commission spéciale au Sénat soixante fois. On voit donc que les parlementaires se sont appropriés les études d'impact, que ce soit pour soutenir le

texte ou pour le critiquer²⁵. Il est vrai que l'invo-cation est plus rare en séance : lors de l'examen en première lecture du texte au Sénat, le terme « étude d'impact » n'a été utilisé que six fois. Il n'en reste pas moins que l'étude d'impact semble avoir au moins en partie atteint son objectif de rééquilibrage des relations entre le Gouvernement et le Parlement.

17. À titre de conclusion, l'évaluation *ex ante* par les études d'impact ne doit pas masquer l'importance de l'évaluation *ex post* qui permet de vérifier si les projections initiales se sont confirmées²⁶ et d'examiner l'opportunité de procéder à une nouvelle réforme. Or sur ce point l'inquiétude est de mise en droit de la famille. Il est vrai que le Parlement insiste aujourd'hui fortement sur sa mission de contrôle ; des rapports d'information sur l'application de la législation peuvent ainsi être rédigés ; cela a été par exemple le cas pour la réforme de l'ordonnance de protection²⁷. Mais le préalable de toute évaluation est de disposer de données statistiques solides. Or l'incertitude est aujourd'hui de mise s'agissant de deux réformes récentes majeures du droit de la famille. D'abord la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel : le nombre de ces divorces n'apparaît plus dans les chiffres du ministère de la justice ni dans ceux de l'Insee ; la seule ressource est le chiffre fourni par le Conseil supérieur du notariat mais il procède uniquement d'une « enquête en ligne »²⁸ et ne peut donc être considéré comme exact. Le résultat est plus qu'interpellant : en France en 2024, on ne sait pas combien de couples divorcent²⁹ ! Ensuite la réforme de la procédure des divorces contentieux de 2019 : les *Références Statistiques Justice 2023* indiquent, sans fournir aucune explication, que « les données relatives aux ruptures d'union, pour 2021

22. Équivalent temps plein annuel travaillé.

23. V. J. Garrigue, « Faut-il vraiment supprimer la tentative de conciliation précédant l'instance en divorce ? », *RJPF* déc. 2018.

24. P. Kaltenbach, in Sénat, *Rapport n° 509 de la commission des lois sur la proposition de loi organique de M. Jacques Mézard et plusieurs de ses collègues visant à supprimer les alinéas 8 à 10 de l'article 8 de la loi organique n° 2009 403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} juillet 2014*, par H. Portelli, 10 juin 2015, p. 25.

25. S'agissant de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le terme « étude d'impact » apparaît quarante-trois fois dans le rapport présenté à l'Assemblée nationale, et quatre-vingt-dix-neuf fois dans le rapport présenté au Sénat.

26. V. la démarche suivie par M. Pichard, « Mariage pour tous : une étude d'impact rétrospective », *Dr. famille* oct. 2023.

27. Assemblée nationale, *Rapport d'information n° 3431 sur la mise en application de la loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille*, A. Pradié et G. Vuilletet, 14 oct. 2020.

28. CSN IEJ, *Le divorce par consentement mutuel 5 ans après*, juill. 2022, p. 14.

29. Il en résulte en outre une impossibilité d'avoir des informations sur les prestations compensatoires fixées dans les divorces déjudiciarisés.

et 2022, ne sont pas disponibles à la date de la publication de cet ouvrage »³⁰. Faut de connaître la durée actuelle des procédures de divorce, il est donc impossible de savoir si la réforme de 2019, qui entendait les réduire, a atteint ou non son

objectif³¹. Avant de commencer à rédiger l'étude d'impact de la prochaine réforme du droit de la famille, il serait donc bon que l'État commence par établir de nouveau des statistiques fiables en la matière.

30. Ministère de la Justice, *Références Statistiques Justice 2023*, p. 54.

31. Les témoignages sur la situation de la justice familiale dans la grande presse laissent cependant peu d'espoir, v. par ex. *Le Point*, 5 janv. 2023 : « Un an pour une première audience de divorce, c'est dramatique ».

Dossier

La qualité de la norme

Les incidences du contrôle juridictionnel de la qualité de la loi pénale

Guillaume Beaussonie

Professeur à l'Université Toulouse Capitole
Codirecteur de l'Institut Roger Merle

La loi pénale est la plus dangereuse pour nos libertés et, partant, la plus contrôlée. Cette évidence ne s'est pas toujours imposée. Des origines de la norme légale, durant l'époque révolutionnaire, à l'essor des normes supra-législatives, au cours de la seconde moitié du ^{xx}^e siècle, la loi était présumée posséder toutes les qualités requises pour réprimer avec justice : « expression de la volonté générale » par les représentants élus par le peuple, elle ne pouvait que respecter les principes de *nécessité* – « ne défendre que les actions nuisibles à la société »¹, notamment en établissant « des peines strictement et évidemment nécessaires »² – ; d'*égalité* – « être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse »³ – et de *sécurité* – être claire et précise afin d'« exclure l'arbitraire »⁴. Depuis lors, parce que les lois se sont multipliées et que leurs destinataires n'en sont plus perçus comme de simples sujets passifs, dans un cadre propice fait de consensus, national ou international, – à la suite de la Seconde Guerre mondiale –, sur des principes et des valeurs dont on ne doit plus pouvoir disposer, serait-ce par la loi, et de regain de

confiance envers la justice – même si c'est peut-être un peu moins vrai ces dernières années... –, ces qualités ont moins paru décrire la loi que devoir s'imposer à elle.

Le phénomène est bien connu, aujourd'hui, de la consécration de normes au-dessus de la loi, de la naissance consécutive de contrôles de la loi, puis du développement de ces derniers par la possibilité de recours exercés par les citoyens eux-mêmes. Pour ne prendre qu'un exemple, les différentes étapes de la naissance et de l'évolution du contrôle de constitutionnalité correspondent parfaitement à ce schéma : création du Conseil constitutionnel avec et dans la Constitution de 1958 ; insertion par lui, par sa décision « Liberté d'association » du 16 juillet 1971⁵, du préambule de la Constitution au sein des normes de référence utilisées pour effectuer son contrôle puis, par sa décision « Taxation d'office » du 27 décembre 1973⁶, affirmation qu'il peut désormais contrôler la conformité d'une loi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; possibilité offerte à soixante parlementaires, depuis 1974, de saisir le Conseil constitutionnel,

1. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC), art. 5.
2. DDHC, art. 8.
3. DDHC, art. 6.
4. Cons. const., 19 et janv. 1981, n° 802-127 DC.
5. Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC.
6. Cons. const., 27 déc. 1973, n° 73-51 DC.

ce qui a conduit à une explosion des saisines, notamment dans le domaine pénal – à quelques exceptions notables près dont, quand même, les lois qui ont instauré le code pénal de 1992 –; depuis le 1^{er} mars 2010, instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, bref d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* ou par exception qui a non seulement permis de mettre en œuvre un examen de toutes les dispositions pénales qui, préalablement, y avaient échappé, mais surtout autorisé chaque justiciable à solliciter un tel examen dans le cadre de son affaire, moyennant la mise en place de filtres successifs et, plus largement, d'une procédure adaptée. *Mutatis mutandis*, le processus a été très comparable en ce qui concerne les droits issus du Conseil de l'Europe – un peu avant – et de l'Union européenne – un peu après.

Les institutionnalistes, constitutionnalistes, européenistes et internationalistes, s'intéressent la plupart du temps à l'organisation de ces contrôles; les pénalistes, quant à eux, étudient surtout leurs résultats ponctuels, c'est-à-dire loi par loi. Chaque décision rendue par les juridictions impliquées qui, d'une façon plus ou moins explicite, ne s'ignorent pas les unes les autres, conduit néanmoins à la création d'un ensemble normatif tourné notamment vers un façonnage fondamental de la loi. Cet ensemble, au surplus, s'avère conséquent en droit pénal, la loi répressive étant, assez logiquement, la plus contrôlée. Qu'en est-il, à la fin, à l'aune de ces différents examens, de la qualité de la loi pénale en général ?

Les deux idées premières, totalement contradictoires, seraient de croire que la loi est sortie, soit améliorée par ces contrôles, autrement dit qu'elle aurait inéluctablement gagné en qualité, soit affaiblie, puisqu'elle ne s'applique plus désormais de façon inconditionnelle.

Comme toujours une vérité plus nuancée transparaît entre ces deux évidences : si l'existence et le résultat de ces contrôles participent à maintenir la loi au centre du système pénal (I), leur mise en œuvre, par l'entremise du juge, porte de plus en plus à la diluer au sein d'une plus large norme pénale, qui inclut la jurisprudence (II).

I. La loi au centre du système pénal

Il a beaucoup été écrit sur le « déclin » de la loi, qui n'a pourtant pas tant changé que cela, si ce n'est dans l'ordre quantitatif. Il y a assurément trop de lois, en droit pénal comme ailleurs, le principe – dit pour cette raison de « légalité » – restant d'y recourir, en droit pénal plus qu'ailleurs (A), mais plus n'importe comment (B).

A. Le maintien du support qualitatif

Qu'il s'agisse d'interdire – préalablement – ou de punir – conséquemment –, ou de se donner les moyens entre les deux pour rechercher la vérité pour ne pas réprimer n'importe quoi et n'importe qui, il est toujours question, en droit pénal, de restreindre, voire de priver une personne de sa liberté. Or, dans toute société démocratique, la liberté doit toujours demeurer le principe. C'est ce que l'on appelle le « droit à la sûreté » – à ne pas confondre avec le droit à la sécurité –, de valeur constitutionnelle en vertu de l'article 2 de la Déclaration de 1789. À cette fin, la principale garantie dont disposent les individus est la soumission absolue du droit pénal à la loi.

La loi, en effet, est et reste l'alpha et l'oméga de la matière pénale : de l'incrimination à la peine, en passant par la procédure consécutive à la commission de l'infraction, c'est au législateur, et au législateur seul, de poser ce qui doit être. À cela, il est de bonnes raisons : par son origine et son encadrement, la loi demeure la source normative la plus souveraine et la plus sûre, ce qui légitime son monopole en matière de libertés. Aussi, la loi fait-elle, en France, l'objet d'un amour immodéré depuis la Révolution française; elle est, par exemple, partout dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le principe dit « de légalité » constitue ainsi, en France, le symbole de l'avènement de la modernité en matière pénale. Il résulte essentiellement de la rencontre des idées de Cesare Beccaria, selon lequel « les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et [...] le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »⁷, et de celles de Jean-Jacques Rousseau, selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale »⁸. Et on le

7. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, chap. III.

8. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, livre II, chap. VI.

trouve exprimé dans le plus symbolique des textes juridiques français : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁹.

Mais ce principe dépasse, à la fois, la France et le droit pénal : d'une part, on en trouve l'expression dans la plupart des systèmes juridiques ; d'autre part, ce principe ne concerne pas que la répression. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par exemple, fait de l'existence d'une loi – certes entendue largement – la condition *sine qua non* d'une ingérence légitime – pas forcément pénale – dans l'exercice d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale. Pour autant, cette exclusivité de la compétence légale en matière de limitation des libertés connaît nécessairement une acuité particulière en droit pénal où, précisément, absolument tout est affaire de liberté(s). C'est pourquoi, le principe de légalité reste, avant tout, le moteur de la branche pénale du droit, son incidence ne se limitant néanmoins pas à imposer le recours à une loi. Il ne saurait effectivement plus s'agir de n'importe quelle loi.

B. L'évolution de l'exigence qualitative

Si le principe de légalité a, comme manifestation substantielle du droit à la sûreté, toujours porté l'idée d'impératifs imposés à la norme pénale, seule la création de contrôles a autorisé la vérification et, le cas échéant, la sanction de lois qui ne les respecteraient pas spontanément. Ainsi, c'est à travers les contrôles que sont apparus clairement les impératifs.

On peut résumer ces exigences fondamentales à trois grands principes dont les combinaisons et les déclinaisons finissent toujours par s'y rattacher plus ou moins manifestement : nécessité, égalité et sécurité.

Le principe de nécessité, d'abord, implique un recours exceptionnel à la loi pénale : l'incrimination, la peine et les actes procéduraux privatifs ou restrictifs de liberté ne se justifient qu'afin de protéger la société et qu'à la condition qu'il n'existe pas d'autre moyen de le faire. À défaut, la réaction de l'État sera perçue comme étant disproportionnée par rapport à l'atteinte subie. L'exigence est générale, qui confronte *la* liberté à l'ordre public¹⁰, mais elle est aussi déclinable à *telle ou telle* liberté, par exemple la liberté de communication¹¹.

Il faut considérer le principe d'égalité, ensuite, la promotion de la loi comme cause de l'ensemble du droit pénal ayant eu pour principal but de mettre fin au caractère arbitraire de la répression durant l'Ancien Régime. Désormais, les règles seront les mêmes pour tous ceux qui, placés dans une situation similaire, doivent être traités de façon similaire – égalité géométrique et non arithmétique –, l'égalité légale devant prendre le pas sur l'équité judiciaire¹². Le principe étant entendu, c'est la portée de cette égalité qui fait peut-être encore polémique. Par ailleurs, petit à petit, l'égalité a quitté le fond du droit pour rejoindre la procédure. En 1791 et durant le droit intermédiaire, on fondait totalement l'égalité dans la loi, cette dernière prévoyant non seulement les incriminations qu'il fallait sanctionner, mais aussi les peines qu'il fallait corrélativement prononcer. Ainsi, à une peine fixe unique a d'abord succédé une fourchette, puis un simple maximum. Sauf résurgence de la fourchette à travers l'instauration ponctuelle, voire épisodique – ponctuelle pour certaines situations, par exemple celle des peines de réclusion ou de détention criminelles¹³; épisodique pour les récidivistes, les alternances politiques conduisant, en la matière, à créer puis à supprimer les « peines

9. DDHC, art. 7.

10. Par ex., Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, où il a été considéré qu'il n'y avait pas de disproportion manifeste entre la peine de deux ans et de 45 000 euros d'amende et la répression de la conduite sous usage de stupéfiants.

11. Par ex., Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC et n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, où les dispositions de l'article 421-2-5-2 du code pénal qui incriminaient la consultation habituelle de sites internet terroristes, ont été perçues comme portant une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'était « pas nécessaire, adaptée et proportionnée ». Non seulement, il existait d'autres moyens de prévenir et réprimer un tel comportement, mais sanctionner « d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation [...] sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction » apparaissait disproportionnée.

12. Cons. const., 23 juill. 1975, n° 75-56 DC.

13. C. pén., art. 132-18.

planchers »¹⁴ – de peines dites « planchers », la règle est donc, aujourd’hui, que le juge n’est contraint dans sa décision en matière de peine que par un plafond à ne pas dépasser. La garantie demeure, puisque le juge ne peut aller au-delà de la loi, en créant des infractions ou en les punissant trop, mais elle laisse la place à une individualisation de la répression inéluctable. Quand les choses deviennent concrètes, en effet, la situation d’un individu n’est comparable à celle d’aucun autre. L’égalité ne peut alors être qu’abstraite, à travers l’existence de garanties et de principes communs à tous, bref, à travers l’assurance d’un traitement égal des personnes mises en cause¹⁵. Elle n’en est pas moins puissante, d’ailleurs, car, ayant de la sorte basculé vers la procédure, c’est cette idée qui est en train de faire du mis en cause, ou encore de la victime, des parties disposant des mêmes armes que le ministère public. Ce basculement ne rend pas pour autant l’égalité totalement absente au fond, le fait – pas si rare – de créer deux incriminations faisant encourir des peines différentes pour un même comportement ayant, par exemple, pu être sanctionné par le Conseil constitutionnel¹⁶.

Enfin, le principe de sécurité juridique se rapporte à l’impératif d’assurer la connaissance de l’interdit que, pour cette raison, nul n’est censé ignorer. Chacun doit, en effet, être en mesure de savoir et de comprendre ce que, d’un point de vue social, il peut – voire doit – faire ou ne pas faire, moyennant quoi il encourra une peine; ainsi tous et chacun ont la possibilité de peser le

poids de leur action, condition préalable de leur punition. Or, outre que la connaissance exhaustive de cet ensemble exponentiel s’avère impossible, les textes qui le composent ne sont pas toujours suffisamment compréhensibles. C’est pourquoi, ce qui fonde la punition d’un individu doit certes précéder son action, mais il doit aussi être, pour cet individu, suffisamment accessible, prévisible et stable¹⁷. Le législateur a donc l’obligation de faire œuvre de clarté, de précision et d’intelligibilité lorsqu’il incrimine un comportement, mais aussi d’exhaustivité, en déterminant, à la fois, un interdit et une peine. Il s’agit alors tout autant de permettre aux citoyens de connaître et de comprendre les infractions, que d’empêcher le législateur lui-même, puis le juge, de donner trop de portée à ces dernières, bref de fixer et de diffuser un domaine d’application restreint et ostensible pour la répression pénale. Le Conseil constitutionnel l’a bien exprimé dès son importante décision des 19 et 20 janvier 1981 et dans quelques autres ultérieures : tirant de l’article 8 de la Déclaration de 1789 « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l’arbitraire »¹⁸, il a précisé que ce dernier devait alors rédiger la loi « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d’interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d’arbitraire »¹⁹. À la fin, tout cela signifie surtout qu’un texte trop flou n’est pas susceptible de constituer une incrimination²⁰. Dans les censures susvisées

14. Création par la loi n° 81-82 du 2 févr. 1981, puis suppression par la loi n° 83-466 du 10 juin 1983; recréation par la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007, puis nouvelle suppression par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014...

15. Cons. const., 27 juill. 1978, n° 78-97 DC, où il est dit qu’il n’y a pas de contrariété entre égalité et individualisation.

16. Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC, à propos de l’escroquerie, punie de cinq ans d’emprisonnement et de 375 000 euros d’amende, et de la fraude ou de la fausse déclaration pour obtenir le revenu de solidarité active, l’aide personnalisée au logement ou l’allocation aux adultes handicapés, punie d’une amende de 5 000 euros par l’art. L. 114-13 du code de la sécurité sociale.

17. CEDH, 26 avr. 1979, n° 13166-87, *Sunday Times c/ R.-U.*, § 49; Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, cons. 13; CJCE, 20 mai 2003, n° C-465/00, *Rechnungshof*.

18. Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, cons. 7.

19. Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, cons. 11.

20. Ex : Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, où la définition du harcèlement sexuel comme « le fait de harceler autrui dans le but d’obtenir des faveurs de nature sexuelle » a été perçue comme insuffisamment précise, ce qui a conduit à l’abrogation du délit; Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, où le Conseil constitutionnel a invalidé une loi qui prévoyait que « les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d’incestueux lorsqu’ils sont commis au sein de la famille sur la personne d’un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s’il s’agit d’un concubin d’un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Passé le constat commun de la difficile compréhension de ce langage technique pour un profane, le Conseil souligne, quant à lui, qu’il y a méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines à « s’abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme

de l'incrimination du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, le Conseil constitutionnel a également pris en considération le fait que « les dispositions contestées [faisaient] peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations »²¹. C'est dire que, bien souvent, les différents impératifs qui s'imposent à la loi pénale se rejoignent, sa qualité dépendant de leur corrélation, le cas échéant avec l'aide ou l'aval de la jurisprudence.

II. La loi au centre de la norme pénale

La conséquence la plus remarquable de l'essor des contrôles de la loi réside sans doute dans l'évolution du rôle des juges et, par là même, de la jurisprudence. Le juge, en effet, ne récite plus la loi ; il dit le droit au-dessus ou au-delà d'elle, ce qui implique, le cas échéant, de l'écarter, de la modifier ou de la censurer. La loi, même pénale, n'étant ainsi plus étanche au pinceau du juge, elle ne se lit plus qu'en symbiose avec la jurisprudence qui s'y rapporte. Le problème est que, sur cette base, de nouvelles jurisprudences se forment à côté de celle, légitime, qui consiste à appliquer la loi en l'interprétant : jurisprudence relative à la façon de réaliser les contrôles, indispensable et peu abondante, mais aussi jurisprudence qui s'autonomise par trop du domaine des lois-supports, beaucoup plus polémique, surtout en droit pénal. Ainsi, aujourd'hui, la qualité de la loi ne peut plus s'éprouver sans son interprétation (A), la question se posant même, au-delà et de façon sans doute plus inattendue, de la qualité de l'interprétation de la loi (B).

A. La qualité de la loi interprétée

Comme toute loi, la loi pénale nécessite un interprète en la personne du juge. L'interprétation participant ainsi de la loi, il n'est pas inenvisageable que, à certaines conditions, elle s'y subs-

titue. Il s'agit même, en un sens, de l'aboutissement d'une conception matérielle de la loi que ni la Cour de Strasbourg²², ni le Conseil constitutionnel²³ ne rejettent. Pour le moins, la qualité de la loi est appréciée à l'aune de la jurisprudence qui s'y rattache. Plus encore, l'intervention du juge peut conduire à un gain de qualité de la loi, devenue par l'interprétation plus claire et, partant, plus accessible et plus prévisible.

Toutefois, ce rôle inévitable de la jurisprudence demeure encadré davantage en droit pénal qu'ailleurs. On sait, en effet, que l'interprétation ne doit pas y aggraver le droit écrit, en durcissant la répression. En droit pénal, toujours par application du principe de légalité, la loi pénale, de fond comme de forme, est « d'interprétation stricte »²⁴, ce qui est tant la conséquence du caractère exceptionnel de ce droit, que la cause du caractère mesuré de l'intervention du juge pénal. Invoquée à d'innombrables reprises, peut-être plus par la doctrine que par le juge, la règle doit ainsi être bien comprise, qui impose au juge pénal de rester serré à la loi.

L'interprétation stricte ne s'assimile pas tout à fait à une interprétation littérale. La loi est, avant tout, l'expression de la volonté générale, l'expression ne devant logiquement pas aller contre cette volonté. En conséquence, le juge pénal n'est pas censé appliquer le texte *ex verbis*, à la lettre – ce qui, comme nul ne l'ignore, a pu permettre de rejeter l'application absurde de ce fameux décret de la police des chemins de fer qui interdisait aux voyageurs, sous menace pénale, de descendre « ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté » – ; il l'applique *ex sententia*, à la volonté, se fondant sur le but recherché. En cela son interprétation peut-elle être téléologique (du grec *telos* : but), sauf à préciser qu'en recherchant le but, on peut se tromper plus ou moins consciemment et, par là même, s'en éloigner. La lettre, en ce sens, reste nécessairement le cadre d'une interprétation qui demeure « stricte », en quoi il est faux de ne pas la poser comme une interprétation essentielle-

membres de la famille ». À noter que, dans un cas comme dans l'autre, les infractions ont été réintroduites dans le code pénal, avec plus de précision : L. n° 2012-954 du 6 août 2012 pour le harcèlement sexuel ; L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant pour l'inceste.

21. Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC et Cons. const., 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC, cons. 15.

22. Cf. bien sûr CEDH, 24 avr. 1990, n°s 11801/85 et 11105/84, *Kruslin c/ France* et *Huvig c/ France*.

23. Ce qui est plus surprenant : v. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, cons. 13 et 14.

24. C. pén., art. 111-4.

ment littérale²⁵. Le juge a ainsi le devoir de faire preuve, dans son interprétation de la loi pénale, de rigueur et d'exactitude : appliqué aux règles, l'adjectif « strict » signifie effectivement « qui se réalise avec rigueur » et « qui est tout à fait conforme à ce qui est exigé »²⁶. L'interprétation stricte représente, du point de vue du juge pénal, plus une attitude raisonnable qu'un processus mécanique. Telle est la forme la plus évidente qu'emprunte son respect de la loi et, à travers elle, sa considération envers les libertés.

C'est pourquoi, par exemple, le juge ne peut pas considérer lui-même que le domaine de l'incrimination d'homicide involontaire s'étend à l'enfant à naître²⁷. Sauf à percevoir que telle est – et non devrait être – la volonté du législateur. La Cour de Strasbourg, elle, s'est dite « convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention [qui protège le droit à la vie] »²⁸. À l'inverse, il arrive que le juge fasse preuve – de trop – d'audace, comme ce fut le cas dans un arrêt remarqué autorisant la mise en cause d'une personne morale absorbante pour des faits commis au nom et pour le compte d'une personne morale absorbée, dans l'hypothèse où une fusion-absorption est intervenue avant la condamnation de cette dernière²⁹. Nous y reviendrons.

À l'exception du contrôle *a priori* effectué, le cas échéant, par le Conseil constitutionnel, l'objet des différents contrôles juridictionnels de la loi pénale représente donc moins un texte figé qu'un cadre – raisonnablement – évolutif. Plus encore, certains de ces contrôles sortent totalement de l'abstrait – serait-ce un abstrait « vivant » – pour s'intéresser à l'application de la loi interprétée à un cas spécifique. Cet examen concret, dont l'archétype est bien sûr celui qui est opéré sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, a pour originalité d'éprouver la loi dans un cas particulier et polémique plus que de façon générale. Aussi ne

conduit-il pas inéluctablement à la disparition de la loi pourtant prise à défaut. Elle est simplement écartée dans la situation considérée. Ce contrôle n'en introduit pas moins un nouveau point de vue qui, dans certains cas, peut commander la réforme, voire la suppression, de la loi remise en cause. Il peut aussi, plus simplement, appeler une nouvelle interprétation de la loi.

Tout cela est bien connu et ne serait guère original si l'on n'en était pas venu, dans certains cas, à faire de l'interprétation de la loi la loi elle-même.

B. La qualité de l'interprétation de la loi

En droit pénal comme ailleurs, il n'est plus nécessaire de gloser sur le pouvoir normatif du juge aujourd'hui pleinement assumé³⁰. La norme, en effet, doit être à la fois adaptée et concrétisée pour s'appliquer. En droit pénal à la différence d'ailleurs, néanmoins, l'étendue de ce rôle légitime doit rester mesurée, ce qui semble de moins en moins le cas dans plusieurs décisions récentes rendues par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

À cet égard, il n'est pas anodin que ces audaces aient toutes pour fondement des règles de valeur supra-législative, l'occasion ou la perspective d'un contrôle ayant autorisé la chambre criminelle à imposer une interprétation du texte non prévue par la loi et non prévisible au regard de la loi. Pour ne prendre qu'un exemple déjà évoqué, l'évolution de la position de la Cour de cassation sur la question de la responsabilité d'une personne morale ayant absorbé une autre personne morale qui avait commis une infraction sans avoir encore été condamnée, a été fondée sur une nouvelle interprétation de l'article 121-1 du code pénal³¹. Ce texte permettrait désormais le « transfert de responsabilité pénale » entre la société absorbée et la société absorbante, en raison de la consistance plus économique que juridique d'une personne morale, mais surtout de l'absence de contrariété d'une telle interprétation avec le droit de la Convention européenne

25. En ce sens, v. S. Khedoumi, *L'analogie en droit civil et pénal : étude de méthodologie juridique*, thèse Aix-Marseille, 2023.

26. Dictionnaire CNRTL, « strict » (<https://www.cnrtl.fr/definition/strict>).

27. Ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973.

28. CEDH, 8 juill. 2004, n° 53924/00, *v° cf France*.

29. Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955.

30. V. par ex. le rôle normatif de la Cour de cassation, in *Rapport de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2018.

31. Cass. crim., 25 nov. 2020, *préc.*

des droits de l'homme et, plus encore, de la nécessité de se conformer au droit de l'Union européenne, autant de points qui pourraient être discutés³².

La règle, ici, s'éloigne et de la lettre et de l'esprit de la loi, prenant une norme supérieure comme source. Pour être possible, ce processus normatif n'en pose pas moins deux problèmes : d'une part, la norme supérieure est, elle aussi, interprétée par le juge compétent, qui ne la maîtrise peut-être pas aussi bien que la loi ; d'autre part, le support de la règle n'est alors plus vraiment la loi...

D'où, notamment, le développement d'une jurisprudence normative qui, remplaçant la loi, doit également en posséder les qualités, ce que le juge – et partie – doit alors vérifier lui-même. Non qu'il soit inenvisageable que d'autres juges – Conseil constitutionnel, Cours de Strasbourg et de Luxembourg – contrôlent une telle jurisprudence mais, dans certaines situations, la Cour de cassation peut faire blocage. On connaît, en effet, la propension de cette dernière à considérer, pour refuser le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité, que celle-ci « ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que l'interprétation de [tel texte], qui définit de manière suffisamment claire et précise [telle infraction], entre dans l'office du juge pénal, de sorte qu'il n'est porté aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines »³³.

Dans le même sens, que penser de son affirmation, en ce qui concerne l'hypothèse précise de la responsabilité pénale d'une personne morale absorbante pour des faits commis par une personne morale absorbée en cas de fraude à la loi, que « si la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, sa doctrine, qui ne saurait ainsi constituer un revirement de jurisprudence, n'était pas imprévisible. Elle est donc applicable aux fusions-absorptions conclues avant le présent arrêt »³⁴ ?

Il est heureux, encore que schizophrénique, que la Cour de cassation soumette sa propre

jurisprudence aux impératifs qui s'imposent à la loi, en l'occurrence le « principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme dont il résulte que tout justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef ».

L'idéal demeure qu'un autre juge ait à le vérifier, comme ce put être le cas à propos de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de recel de fichiers faisant l'apologie du terrorisme. Dans la continuité de la – double – censure du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes³⁵, une question prioritaire de constitutionnalité a été transmise au Conseil constitutionnel afin qu'il éprouve la conformité de la jurisprudence de la chambre criminelle selon laquelle « entr[ait] dans les prévisions des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal le fait de détenir, à la suite d'un téléchargement effectué en toute connaissance de cause, des fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme », une telle condamnation n'étant « compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers »³⁶. Le Conseil constitutionnel a décidé que « le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme port[ait] à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'[était] pas nécessaire, adaptée et proportionnée », censurant de la sorte moins un texte que la combinaison entre le délit d'apologie du terrorisme et le recel établie par la seule jurisprudence³⁷.

En conclusion, l'essor des contrôles juridictionnels de la qualité de la loi semble avoir moins conduit à un gain de vertu de cette norme qui demeure centrale en droit pénal, qu'à une redéfinition du périmètre de la norme pénale. Celle-ci

32. V. par ex. notre étude : « La responsabilité pénale "pécuniaire". Quand Mammon se fait trop présent en droit pénal », in *Mélanges F. Stasiak*, EDUL, 2023, p. 328.

33. V. par ex., pour la définition de l'agression sexuelle par l'article 222-22 du code pénal : *Crim.*, 3 oct. 2012, n° 12-90.052.

34. *Crim.*, 25 nov. 2020, *préc.*

35. *Cons. const.*, 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC et *Cons. const.*, 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC, *préc.*

36. *Crim.*, 7 janv. 2020, n° 19-80.136 pour la position ; *Crim.*, 24 mars 2020, n° 19-86.706 pour le renvoi.

37. *Cons. const.*, 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC.

accueille désormais aussi bien la jurisprudence que la réalité, les contrôles devant également concerner ces nouveaux aspects de la règle répressive. Cela n'est pas regrettable en soi, car il ne faut exagérer ni la capacité de la loi à être parfaite, ni l'empiètement des normes garantistes, ni la tentation du juge à utiliser celles-ci pour gagner sur celle-là. Cela n'empêche que, la

jurisprudence affirmant et assumant de plus en plus son rôle normatif, il faut rester vigilant afin que le grand principe qui gouverne toutes les répressions soit sauf : le recours aux restrictions et privations de liberté(s), quelle qu'en soit la cause, doit toujours être parcimonieux et prudent. Pas de sécurité pour tous au détriment de la sûreté de chacun.

Dossier

La qualité de la norme

La qualité de la norme décisionnelle

Corinne Bléry

Professeur de droit privé à l'Université polytechnique Hauts-de-France (Valenciennes), directrice du master Justice, procès et procédures, membre du conseil scientifique de Droit & Procédure

1. Norme décisionnelle. Dossier « qualité de la norme » oblige, c'est à la qualité de la « norme décisionnelle » qu'il me revient de m'intéresser, en précisant d'emblée que je me cantonne aux décisions émanant des juges judiciaires non répressifs étatiques.

Qu'est-ce que la « norme décisionnelle » ? Le terme « décision » (de Justice) est générique, comme celui de « jugement » entendu au sens large : les décisions et les jugements peuvent être rendus par toutes les juridictions. Les décisions (comme les jugements) sont déclinées selon les juridictions : les tribunaux de première instance statuant collégalement¹ rendent des « jugements » – le terme est ici entendu au sens strict ; les juges uniques – juridictions existant au sein d'un tribunal à part entière, comme le juge aux affaires familiales ou le juge de l'exécution – rendent des « ordonnances » ; les cours d'appel et la Cour de cassation rendent des « arrêts ». Les différents juges prennent aussi des « mesures d'administration judiciaire » : ce sont en fait des actes purement administratifs, pris pour les

besoins du service de la juridiction ; ne portant pas préjudice – en principe – aux plaideurs, elles sont insusceptibles de recours et ne sont pas des normes.

Lorsqu'un jugement est rendu, une modification des droits substantiels des parties en résulte, qui réside dans la concrétisation du droit subjectif du demandeur, accompagnée d'une concrétisation du droit objectif : après l'intervention du juge, le demandeur ne tient plus son droit de la règle abstraite, mais du jugement, décision concrète².

La norme décisionnelle, c'est la décision ou le jugement au sens large – à l'exclusion de la mesure d'administration judiciaire – qui est une norme individuelle. S'arrêter là serait oublier que la prise en compte de l'ensemble des décisions, tout au moins des plus importantes d'entre elles, va donner naissance à la jurisprudence, c'est-à-dire une norme collective qui est une règle.

2. Qualité. *Avoir* qualité est une notion procédurale : c'est être destinataire de la règle de droit que le plaideur invoque devant une juridiction.

1. Voire à juge unique (COJ, art. L. 212-2 et R. 212-8) : dans un tel cas, le tribunal judiciaire (éventuellement son émanation le tribunal proximité) rend des jugements.

2. Plus précisément, le résultat du travail du juge lorsqu'il rend un jugement, c'est une double concrétisation, celle du contenu, c'est-à-dire du droit subjectif du demandeur et celle du contenant, à savoir le droit objectif, la norme : la première est l'effet constitutif, la seconde est l'effet novateur. Ainsi, la victime d'un accident de la circulation tient son droit à réparation de la loi du 25 juillet 1985 ; c'est une règle de droit, une norme abstraite. Seule une décision, une norme individuelle et concrète, va pouvoir constater et déclarer la réalité du droit de la victime, évaluer le montant de la réparation. C'est là l'effet du jugement. V. C. Bléry, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2000, dir. J. Héron, préf. P. Mayer, spéc. n^{os} 150 et s.

Mais il s'agit ici de se demander si la norme décisionnelle est de qualité. De manière générale, la qualité d'une chose est définie comme la « manière d'être non mesurable (d'une chose) qui donne une valeur plus ou moins grande (s'oppose à quantité) »³.

Considérer la « qualité de la norme décisionnelle » implique dès lors de (se) poser des questions et d'y répondre, plutôt que de se contenter d'un constat. Qu'est-ce que la *qualité* d'une norme décisionnelle, qu'elle soit individuelle ou collective ? Ou plutôt la norme décisionnelle est-elle de *bonne* ou de *mauvaise* qualité ? Tout au moins, est-ce le cas actuellement devant les juridictions civiles françaises ? Que faut-il faire pour qu'elle soit de *bonne* qualité ? Y a-t-il eu des changements à saluer ou déplorer ? D'autres sont-ils à espérer ou redouter ? Cela implique aussi de se demander si la norme décisionnelle prise collectivement est bien une source du droit, si elle a cette qualité ? Et quelles sont alors ses qualités ou ses défauts ?

3. Avantages de la qualité d'une norme.

Pourquoi, pour qui, une norme devrait-elle être de (bonne) qualité ? Nombre d'avantages peuvent être mentionnés. Une décision de qualité sera plus facilement acceptée par le perdant, plus facilement comprise – aucun recours ne sera formé pour critiquer le fond ou la forme ; elle suscitera l'approbation de la doctrine et pourra (peut-être) plus facilement « faire jurisprudence »... Si la question de savoir si la jurisprudence est source de droit a été discutée, une réponse positive semble aujourd'hui à peu près unanimement admise⁴... ce qui justifie *a fortiori* de s'intéresser à sa qualité.

4. Contenu et contenant de la décision.

Notons que la qualité est d'abord celle du contenu de la norme décisionnelle, tout particulièrement individuelle.

La décision concrétisant la règle de droit, le contenu du jugement concret est tributaire de la

qualité de la norme générale et abstraite : si la qualité de la règle laisse à désirer, la qualité de la décision s'en ressent. Or la qualité n'est pas toujours au rendez-vous aujourd'hui. C'est particulièrement le cas en procédure civile : les réformes successives, censées accélérer le cours des procès – spécialement en appel – ont suscité de nombreuses difficultés, de sorte que les procès de pure procédure se sont multipliés : la règle procédurale étant de mauvaise qualité, les juges ont dû l'interpréter, la compléter...⁵ L'encombrement des tribunaux, auquel contribue la (mauvaise) qualité de la règle procédurale mais aussi de droit substantiel n'aide pas à ce que la norme décisionnelle individuelle soit de qualité : qui peut travailler *très vite et bien*, longtemps ? Les juges civils doivent rendre un si grand nombre de jugements, d'arrêts, qu'ils n'ont pas le loisir d'y consacrer autant de temps que chaque affaire l'exigerait.

Notons ensuite que la forme (du contenant) participe de la qualité de la norme décisionnelle individuelle. Pour cette raison, le code de procédure civile (CPC) prévoit que des règles de rédaction de l'*instrumentum* du jugement doivent être respectées. Certaines indications sont de pure forme ; ainsi, l'article 454 exige-t-il l'indication de la juridiction dont le jugement émane, de sa date, du nom du greffier, ... et l'article 456, la signature (éventuellement électronique) du président et du greffier. Si le président est empêché, la minute du jugement doit mentionner cet empêchement et être signée par un autre juge qui a délibéré de l'affaire. La signature du président et du greffier fait du jugement un acte authentique, l'article 457 lui reconnaît donc la force probante d'un tel acte. D'autres permettent de vérifier la régularité de la procédure antérieure ; c'est le cas, par exemple, de l'indication, exigée par l'article 454, du nom des juges qui ont délibéré du jugement⁶. La sanction du non-respect de certaines de ces règles est la nullité prévue à l'article 458. La qualité peut aussi être liée

3. Dictionnaire *Le Robert*, « Qualité » : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/qualite>. Cette définition est complétée ainsi : « La qualité d'un produit. Marchandise de bonne, de mauvaise qualité. Améliorer la qualité. Rapport qualité-prix. Bonne qualité. Des produits de qualité ». Pour ce qui est de la qualité d'une personne, « une » ou « des qualités » sont décrites comme un « trait de caractère (d'une personne) qui correspond à une valeur morale », comme une « vertu ».

4. V. Vigneau, « Les sources du droit des affaires : la jurisprudence », *JCP E* 2024, étude 1168.

5. C. Bléry, « Le droit en décadence ? – L'exemple de la procédure civile, entre légistique défaillante et numérique envahissant... », *D. actu.*, 9 mars 2022. Ajoutons que la technique informatique, qui devrait être un simple outil, crée aussi des difficultés juridiques dont la résolution incombe aux juridictions.

6. V. J. Héron, T. Le Bars et K. Sahli, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Lextenso, 2019, n^{os} 489 à 491.

au support du jugement, aujourd'hui papier ou électronique, comme le permet, depuis 2012 l'article 456 du CPC⁷.

Mais ce n'est pas là l'essentiel...

5. Plan. Nous nous attacherons à la qualité de la norme décisionnelle émanant des juridictions civiles françaises tant dans son aspect individuel (I) que dans son aspect collectif – lorsqu'elle devient jurisprudence (II).

I. La qualité de la norme décisionnelle individuelle : la qualité du jugement

6. Plan. La qualité de la norme décisionnelle individuelle – du *negotium* – dépend de sa rédaction. Or, si des progrès ont été accomplis en la matière, qui obligent le juge, son auteur, à produire une norme décisionnelle de bonne qualité (A), des points négatifs demeurent ou apparaissent qui nuisent à la qualité (B).

A. L'amélioration réalisée de la qualité du jugement

7. CPC, art. 455. Une rédaction de *qualité* est indispensable à une *bonne* norme décisionnelle. Or, qu'est-ce qu'un jugement bien rédigé ?

L'article 455 du CPC⁸ donne des directives au juge pour parvenir à ce résultat, exigeant qu'apparaissent dans la décision, trois sortes d'énonciations qui touchent au fond de l'affaire⁹. L'alinéa 1^{er} dispose que « le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. [...] », et que « le jugement doit être motivé » ; l'alinéa 2 ajoute que le jugement « énonce la décision sous forme de dispositif ». L'énonciation des prétentions et

moyens prend place dans la première partie de la décision, le plus souvent intitulée « faits et prétentions des parties » – les faits étant ceux non sujets à discussion¹⁰. Elle est suivie de la partie du jugement dans laquelle le juge va donner son opinion, c'est-à-dire motiver la décision qu'il retiendra finalement : il doit indiquer les faits qu'il a constatés, puis qualifiés (ou requalifiés) en leur appliquant un texte qu'il cite dans l'arrêt ; ensuite figurent les conséquences qu'il a tirées de l'application du droit à ces faits. La motivation suppose donc un ensemble complet et cohérent¹¹.

La partie contenant l'exposé des prétentions et moyens, ainsi que la motivation conduit à la partie essentielle pour le justiciable, à savoir le dispositif¹².

8. Jugement (en principe) auto-suffisant. Si le juge respecte les dispositions précitées de l'article 455, son jugement est complet, « auto-suffisant », en ce sens que le lecteur de celui-ci – plaideur directement concerné ou juriste – pourra se contenter de le lire pour comprendre la question posée et la réponse donnée. Un jugement bien rédigé sera intelligible et permettra son auto-contrôle par le juge.

En effet, « l'obligation pour le juge d'énoncer les prétentions respectives des parties et leurs moyens fait qu'à la seule lecture du jugement, on peut connaître les points essentiels du litige », tandis que « l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties ; elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que ses moyens ont été sérieusement examinés ; et en même temps, elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de cassation » ;

7. V. C. Bléry, in S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile – Droit interne et européen 2024-2025*, Dalloz Action, 11^e éd., 2024, n° 273.41.

8. Décret n° 98-1231 du 28 déc. 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile.

9. Pour les énonciations procédurales du jugement, v. *supra* n° 4.

10. V. J. Héron, T. Le Bars et K. Sahli, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 493. Rappelons que les prétentions, c'est l'objet des demandes et des défenses. Les moyens, ce sont les éléments de fait et de droit allégués par les parties au soutien de leurs prétentions. Les tribunaux doivent répondre aux moyens des parties mais ils ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation.

11. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, v° « Motivation » : c'est « l'ensemble des motifs d'un jugement », tandis qu'un « motif » est une « raison de fait ou de droit qui commande la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif ».

12. La pratique le désigne comme étant le « par ces motifs », tant il découle de la partie qui le précède.

juge qui est ainsi obligé « à un raisonnement rigoureux pour fonder sa décision »¹³.

Aujourd'hui l'obligation de motiver n'est plus que très rarement écartée : c'est le cas, notamment, lorsque le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire ; en matière de divorce pour faute, dans le souci de respecter la vie privée des ex-conjoints¹⁴, ou lorsqu'il prononce une adoption¹⁵ et la jurisprudence dispense aussi de motivation les ordonnances portant injonction de payer...

C'est là le résultat d'une évolution. Sous l'Ancien régime, les décisions de justice étaient très peu motivées, sauf exception. Cela rendait très difficile la constitution d'une jurisprudence¹⁶. La Révolution a renversé le principe en la matière : l'absence d'obligation générale de motiver a laissé la place à une obligation générale de motiver ; autrement dit, l'Ancien régime n'ignorait pas totalement la motivation, mais la Révolution a, tout à la fois, interrompu l'évolution relative à une motivation et mené celle-ci à son terme¹⁷.

9. Cour de cassation. Les arrêts et avis de la Cour de cassation occupent une place à part qui mérite attention tant leur qualité rédactionnelle a évolué rapidement et récemment, de manière originale puisque à la faveur d'une auto-réforme.

Jusqu'à une date récente, les avis de la Cour de cassation, n'étaient pas motivés : « aux questions posées, la Cour répond[ait] sous forme d'oracle »¹⁸ ; ce que rien ne justifiait vraiment. Mais un avis du 29 février 2016¹⁹ a, pour la pre-

mière fois été accompagné de motifs détaillés et explicatifs. C'est un premier résultat de la réflexion – menée au sein d'un groupe constitué à cet effet – qui s'est engagée, à la Cour de cassation, sous l'impulsion du premier président d'alors, M. Bertrand Louvel, sur la question de la motivation²⁰. Puis, la Haute juridiction a changé la motivation de ses arrêts, dont certains bénéficient d'une motivation enrichie, tandis que les autres sont moins lapidaires.

Ainsi « [d]epuis 2019, la Cour de cassation a adopté de nouvelles normes de rédaction de toutes ses décisions.

Le style en est direct, sans "attendu" ni phrase unique. Les paragraphes sont numérotés. Les grandes parties composites de l'arrêt sont clairement identifiées : "Faits et procédure", "Examen des moyens", "Dispositif".

La motivation enrichie, pour les arrêts les plus importants (revirements de jurisprudence, solutions nouvelles, unification de la jurisprudence, mise en cause de droits fondamentaux...). Celle-ci :

- met en évidence la méthode d'interprétation des textes pertinents retenue par la Cour ;
- évoque les solutions alternatives écartées, si celles-ci ont été sérieusement discutées ;
- cite les "précédents" pour donner plus de lisibilité aux évolutions de la jurisprudence ;
- fait état des études d'incidences effectuées lorsqu'elles ont joué un rôle conséquent dans le choix de la solution adoptée... »²¹

13. V. E. Faye, *La Cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Duchemin, 1970, p. 106 et s.

14. C. civ., art. 245-1.

15. C. civ., art. 353.

16. V. Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, 2^e éd., LGDJ, 2022, p. 51 et s.

17. C. Bléry, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790 ? », *Revue de l'Histoire de la Justice* 1991, n° 4, p. 79 ; C. Bléry « La motivation des sanctions : les fondements historiques », in C. Chainais, D. Fenouillet et G. Guerlin (dir.), *Les sanctions en droit contemporain (vol. II : La motivation des sanctions prononcées en justice)*, Dalloz, coll. « Esprit du droit », 2013, p. 5.

18. H. Fulchiron, « Le juge et l'oracle, brèves observations sur la (non)-motivation des avis de la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 21.

19. V. Cass. avis, 29 févr. 2016, n° 16002, P., *JCP G* 2016, 324, obs. P. Deumier.

20. V. « Cour de cassation : deux arrêts "tests" pour une motivation enrichie et innovante », *JCP G* 2016, 458 et R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G* 2016, 632 à propos de Civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-10.552, FS P+B+R+I et Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, FS P+B. – Adde « Entretien avec B. Louvel », *JCP G* 2015, act. 1122 et Supplément au *JCP G* n° 1-2, 11 janv. 2016, « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation » ; *Le blog du professeur Bruno Dondero*, « Du juge qui dit le droit au juge qui explique le droit (Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14218) », 17 avr. 2016 : <https://brunodondero.com/2016/04/17/du-juge-qui-dit-le-droit-au-juge-qui-explique-le-droit-cass-com-22-mars-2016-n-14-14218/>.

21. Cour de cassation, « Mode de rédaction et motivation des arrêts de la Cour de cassation », <https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/comprendre-une-decision-de-la-cour/mode-de-redaction-et-motivation-des-> – Adde (même lien) les guides à télécharger, consacrés à « la rédaction en motivation enrichie » (26/09/2023) et aux « nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts » (05/06/2019).

Comme toute norme décisionnelle individuelle, les arrêts de la Cour de cassation ont un dispositif.

10. Distinction des motifs et du dispositif. Le dispositif contient la décision proprement dite, ce qu'ordonne le juge. Le juge ne doit pas faire figurer sa décision dans les motifs. Cela résulte de l'article 455, qui doit être complété par les articles 480 et 482 relatifs aux jugements auxquels est attribuée l'autorité de la chose jugée : selon le premier, « le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident, a dès son prononcé, l'autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche » ; selon le second, « le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal, l'autorité de chose jugée ». Ces articles, inchangés depuis 1975, ont été rédigés par les rédacteurs du CPC dans un souci de rigueur et de sécurité pour les plaideurs. Ils constituent une réaction contre une pratique antérieure au code, celle des « motifs décisifs » : il s'agissait de morceaux de décision (de dispositif) égarés dans les motifs. Avant l'entrée en vigueur du CPC, la jurisprudence estimait que la décision pouvait être contenue dans les motifs – on parlait de « motifs décisifs ». Aujourd'hui, si des morceaux de décision sont égarés dans les motifs, le plaideur n'a pas à en tenir compte pour savoir, par exemple, s'il peut interjeter appel : ils ne permettent de transformer un jugement avant-dire droit en jugement mixte et de le rendre susceptible d'appel²².

11. Améliorations mais... Malgré les progrès effectués à la faveur du CPC de 1975, de décrets postérieurs, voire d'auto-réformes (de la Cour de cassation), la qualité de la norme décisionnelle pourrait encore faire l'objet d'améliorations.

B. L'amélioration souhaitée de la qualité du jugement

12. Jugement (parfois) non auto-suffisant. Si l'article 455 du CPC est un facteur de qualité de la norme décisionnelle en ce qu'il oblige le juge à énoncer un certain nombre d'informations dans leur décision – ce que la Cour de cassation contrôle²³ –, il n'est plus tout à fait satisfaisant.

Le pouvoir réglementaire est en effet venu alléger la tâche du juge : depuis le 1^{er} mars 1999²⁴, l'article 455 alinéa 1^{er} autorise les juges, au lieu de faire eux-mêmes l'exposé des faits de la cause et de la procédure, à renvoyer aux exposés qui figurent dans les écritures contradictoirement déposées devant eux, pourvu qu'ils précisent la date et l'auteur de celles-ci : c'est ainsi que « cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date » – un simple renvoi étant suffisant, puisqu'il ne leur est pas imposé d'annexer à leur jugement une copie de ces écritures²⁵. Dès lors, le jugement n'est plus auto-suffisant : il en manque un morceau. Le travail de rédaction est facilité mais diminue la possibilité d'auto-contrôle par le juge et complique la lecture par les parties – gagnantes et perdantes.

Ce mode de rédaction pose aussi la question de savoir si le directeur de greffe peut, voire doit, délivrer à un tiers à la procédure une copie des conclusions auxquelles un jugement rendu en audience publique renvoie en les visant par application de l'article 455 du CPC ? Cette question n'a, semble-t-il, jamais été tranchée par la jurisprudence et s'est pourtant posée en pratique. Il faut permettre aux tiers d'avoir accès au morceau manquant. Ce nécessaire accès est autorisé et même imposé par l'article 455 lui-même : en permettant de rédiger par renvoi aux conclusions, il incorpore en quelque sorte les conclusions visées au jugement, il en fait un accessoire indissociable de la décision, qui ne peut se comprendre sans cet acte de procédure²⁶.

22. V. CPC, art. 454 et 455.

23. V. Civ. 1^{re}, 25 oct. 2023, n° 21-17.940, NP : elle reproche à une cour d'appel de ne pas avoir exposé même succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens pour déclarer l'appel d'un jugement sans objet, mais de s'être bornée à en reproduire le dispositif et à énoncer que le juge de première instance a rendu une nouvelle décision.

24. Date d'application du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile.

25. Vraisemblablement parce que cela aurait risqué de le rendre trop volumineux : v. Civ. 3^e, 30 nov. 2011, n° 10-18648, *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2012, p. 14, obs. M. Foulon et Y. Strickler.

26. C. Bléry, « Quel statut pour les conclusions visées au jugement ? », *Gaz. Pal.* 20-22 déc. 2015, p. 45.

13. Difficultés persistantes relatives à la motivation. De son côté, la motivation est encore une source de difficultés, ainsi qu'en attestent une jurisprudence fournie.

Tout d'abord, qu'une motivation soit présente n'est pas suffisant, encore faut-il qu'elle soit de *qualité*, qu'elle ne soit pas qu'une apparence de motivation, faisant craindre la partialité du juge : elle doit en effet montrer que le juge a tenu un raisonnement rigoureux fondant sa décision. Ce n'est pas le cas lorsqu'il recopie les conclusions d'une des parties au litige ou du ministère public²⁷. De même les motifs ne doivent pas se contredire, car la contradiction entre les motifs équivaut à un défaut de motifs²⁸; les motifs doivent être intelligibles²⁹... Les juges doivent répondre aux conclusions, le défaut de réponse aux conclusions constituant un défaut de motifs³⁰.

Des permissions peu conformes aux exigences d'une vraie motivation sont à déplorer, comme l'adoption des motifs du jugement par l'arrêt d'appel qui le confirme³¹.

Notons au passage que la réglementation relative au dispositif – ou plutôt son interprétation par la jurisprudence – suscite aussi des regrets : elle réduit l'autorité de la chose jugée de la norme décisionnelle, fragilise celle-ci et nuit, de ce fait, à sa qualité. En effet, après des divergences, la Cour de Cassation juge que « l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif »³²; pourtant, les articles 480, 482 et 455³³ ne disent pas qu'on ne doit accorder aucune autorité de chose jugée au contenu des

motifs, ils déterminent quels sont les jugements qui ont autorité de chose jugée³⁴.

14. Difficultés nouvelles relatives aux outils.

Plus encore, le risque aujourd'hui est de recourir à des outils qui ont vocation à faciliter la tâche du juge mais pas de remplacer son travail, son raisonnement. Depuis un certain nombre d'années déjà, les juges disposent de « bibles d'attendus » – sortes de trames, de modèles – qu'ils peuvent utiliser pour simplifier leur tâche de rédaction. Il semble que la qualité de la décision n'en soit pas affectée, – au contraire, si les juges s'en servent de manière pertinente et mesurée. Cette façon de procéder laisse cependant planer la crainte de voir s'appauvrir les décisions de justice.

Qui plus est, l'outil peut aujourd'hui être totalement autonome : c'est le cas des « intelligences artificielles (IA) génératives » aptes à fournir un jugement dès lors qu'un juge leur aura fourni les données de l'affaire qu'il doit trancher. Un juge colombien a défrayé la chronique : il a rédigé un jugement à l'aide de ChatGPT, devenant « le premier cas officiel d'utilisation du *chatbot* d'OpenAI dans une procédure judiciaire »³⁵. Dans cette affaire, le juge n'a, semble-t-il, pas laissé l'outil « travailler » seul. Le risque est en revanche que l'humain ne contrôle plus le robot, dans un souci de facilité, de rapidité... Une telle confiance serait extrêmement dangereuse, tant les IA ne sont pas infaillibles³⁶.

Dans le même ordre d'idées, l'accès à de très nombreuses décisions de justice grâce à « l'*open data* » peut être à double tranchant : si un juge de première instance découvre une décision prise

27. V. notamment Cass. com., 13 juill. 2010, n° 09-14121, *RLDC* 2010/76, p. 61, obs. C. Bléry; Soc., 28 mars 2018, n° 16-24.264, NP; Civ. 1^{re}, 4 nov. 2020, n° 19-17.897, NP.

28. V. notamment Civ. 2^e, 30 mai 2024, n° 22-19.224, NP.

29. V. notamment Civ. 3^e, 27 juin 2024, n° 23-15.285, NP.

30. V. notamment Civ. 2^e, 27 juin 2024, n° 22-15.259, NP.

31. V. CPC, art. 955. – *Adde* J. Héron, T. Le Bars et K. Sahli, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 498.

32. V. Cass. ass. plén., 13 mars 2009, *Beatrix*, n° 08-16033, *Bull. ass. plén.*, n° 3; Civ. 1^{re}, 16 avr. 2015, n° 14-13.280, *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, p. 20, obs. C. Bléry; Civ. 2^e, 13 mai 2015, n° 14-13.801, FS-P+B+R+I, *D.* 2015, p. 1423, obs. C. Bléry et L. Raschel. Si elle a admis la validité de ces motifs soutien nécessaire du dispositif, dans un arrêt inédit (Civ. 3^e, 12 déc. 2019, n° 18-13.757, NP, *JCP G* 2020, 223, avis B. Sturlèse et 224, note Y. Strickler), elle a ensuite rejeté à nouveau les motifs décisifs et les motifs décisifs (Civ. 2^e, 10 déc. 2020, n° 19-12.140, F-P+B+I, *D. actu.* 19 janv. 2021, obs. C. Bléry).

33. V. *supra* n° 10.

34. L'autorité de chose jugée couvre, au contraire, la vérification juridictionnelle, c'est-à-dire la première étape du travail du juge, qui se trouve décrite dans les motifs du jugement. La doctrine (non unanime) déduit pourtant des articles précités que les motifs n'ont pas autorité de chose jugée – sous réserve des motifs décisifs ou « motifs-soutien nécessaire du dispositif » : parce que le dispositif ne peut se comprendre sans eux, ces motifs, auraient, exceptionnellement, autorité de chose jugée.

35. *Les Numériques*, « Un juge colombien utilise ChatGPT pour rendre une décision de justice », 9 févr. 2023 : <https://www.lesnumeriques.com/vie-du-net/un-juge-colombien-utilise-chatgpt-pour-rendre-une-decision-de-justice-n206493>.

36. ChatGPT invente lorsqu'il ne connaît pas la réponse.

dans un cas identique ou similaire à l'affaire qu'il doit trancher, il peut être tenté de se contenter d'un quasi copié-collé : c'est plus simple, plus rapide et évite une divergence de jurisprudence... mais risque d'empêcher un traitement totalement adapté à chaque cas et une évolution de la jurisprudence qui pourrait être bénéfique.

15. Cour de cassation : trop ou trop peu. Pour en revenir à la motivation des arrêts de la Cour de cassation, rédigés par les conseillers humains, il est permis de penser que la nouvelle méthode, en particulier la motivation enrichie, a envoyé aux oubliettes des critiques qui avaient été émises : une amélioration de la lisibilité des arrêts de la Haute juridiction elle-même était souhaitée, car il n'était pas toujours facile de cerner exactement la question posée par le pourvoi en cassation et les raisons justifiant la réponse donnée par la Cour³⁷. Les juristes étrangers, notamment anglais ou américains, avaient pu penser que les décisions françaises ne sont pas motivées ; il a été regretté que la justice ne s'explique pas plus complètement devant les justiciables, laissant croire à un certain arbitraire de la part de la Haute juridiction, rendant incertaine la portée des principes, difficiles à analyser par les juges du fond et la doctrine... En réalité, cette nouvelle motivation ne rend pas forcément simples à lire les arrêts de la Haute juridiction. Sans l'arrêt d'appel³⁸, les faits et la procédure sont parfois difficiles à « reconstituer », alors que le « moyen » n'est plus « annexé » et alors que le rapport du conseiller rapporteur n'est pas (encore) accessible : même quand l'arrêt de la Cour se suffit à lui-même, il faut rechercher cette chronologie judiciaire dans ses différents numéros. En outre,

là où les arrêts ont gagné en développements – donc en longueur –, ils ont perdu en efficacité : l'attendu de principe n'est plus aussi lisible qu'auparavant – il faut même parfois dégager péniblement la règle, là où elle « sautait aux yeux » et un raisonnement filandreux remplace mal une synthèse percutante.

Il faut en outre ajouter une communication autour des arrêts les plus importants qui va parfois au-delà des décisions elles-mêmes et qui ne contribue guère à la qualité de la norme décisionnelle en l'« encombrant » : ainsi des communiqués, des lettres des chambres, des panoramas, qui attirent l'attention sur ces décisions et tentent d'en faciliter la compréhension par le profane sur le site de la Cour de cassation³⁹... en plus du Rapport annuel.

À l'inverse de ces réponses développées, il y a – dans certains cas – des réponses trop laconiques, autorisées par l'article 1014 du CPC⁴⁰ : la Cour de cassation⁴¹ peut décider « qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée lorsque le pourvoi est irrecevable ou lorsqu'il n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ». Cette formule stéréotypée donne une mauvaise image de cette procédure, alors que les parties ont accès au rapport du conseiller rapporteur qui expose précisément pourquoi les moyens ne sont pas de nature à justifier une motivation spéciale⁴².

16. Bilan. La qualité de la norme décisionnelle individuelle dépend de sa rédaction : des progrès ont été accomplis, d'autres pourraient l'être, en veillant surtout à laisser le juge maître de sa décision. Mais la qualité de la norme décisionnelle est aussi celle de la jurisprudence.

37. V. X. Henry, « La motivation des arrêts et la technique du moyen. Propositions de réforme », *JCP G* 2010, n° 1130.

38. Par ex, Civ. 2^e, 2 févr. 2023, F-B, n° 21-15.924, *D. actu.* 17 févr. 2023, obs. C. Bléry. Nous écrivions : « les faits sont assez complexes – ce dont atteste l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 18 février 2021 (n° 20/04243), dont la lecture s'impose ».

39. V. P. Deumier, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTD civ.* 2006, p. 510.

40. V. E. Baraduc et L. Boré, « La simplification de la procédure devant la Cour de cassation. – À propos du décret n° 2014-1338 du 6 novembre 2014 », *JCP G* 2014, 1242 ; C. Bléry, *RLDC* 2015/126, n° 5855, p. 63. Auparavant, et depuis 2001, le texte prévoyait que la Cour de cassation pouvait rendre des arrêts de non-admission des pourvois, « lorsqu'ils sont irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation » ; dans ces cas, l'arrêt indiquait seulement que « le moyen n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ». Le mécanisme instauré par ce texte est maintenu, mais la terminologie a changé en mieux puisqu'elle traduit la réalité.

41. Ce pouvoir appartient à la formation restreinte, après le dépôt des mémoires (al. 1^{er}), ou à toute formation (al. 2).

42. V. L. Poulet, « La pratique des déclarations de non-admission. Le point de vue d'un avocat à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.* 8 mai 2014, p. 9.

II. La qualité de la norme décisionnelle collective : la qualité de la jurisprudence

17. Plan. L'addition des normes décisionnelles individuelles forme une norme décisionnelle collective, à savoir la jurisprudence. Comme « ses parties », le « tout » a évolué : si la jurisprudence a désormais acquis la qualité de source du droit sans plus guère de débat (A), cette norme souffre d'une certaine infériorité technique par rapport à la loi⁴³ – sa qualité est moindre (B).

A. La qualité de source du droit de la jurisprudence

18. Juge « bouche de la loi » ? L'article 5 du Code civil, en interdisant aux juges de « se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises » est venu combattre le système de l'Ancien droit et retirer aux tribunaux leur pouvoir de prendre des arrêts de règlement. Cette règle est renforcée par le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée, ainsi qu'en dispose l'article 1355 – ex-1351 – du Code civil. Ces deux principes semblent s'opposer à ce que la jurisprudence soit source du droit. Or, avant même d'interdire au juge de statuer par dispositions générales (art. 5), le Code civil (art. 4) l'oblige à toujours juger, puisque le magistrat ne peut refuser de statuer « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi »⁴⁴. Si le juge peut – et doit – se contenter d'être la « bouche de la loi » lorsque celle-ci est claire, il lui appartient d'interpréter la loi obscure ou lacunaire, en s'aidant au besoin de décisions antérieures, identiques ou similaires, rendues par d'autres juridictions, éventuellement de créer une solution de droit. Et puisqu'il doit dire sur quelle règle il appuie son raisonnement et sa décision, il se trouve parfois contraint d'inventer un principe général et abstrait avant de pouvoir l'appliquer au cas concret qu'il a à trancher⁴⁵.

19. Jurisprudence source du droit. L'article 4 l'emporte sur l'article 5, si bien que la jurisprudence est vraiment une source du droit⁴⁶ – seules les décisions les plus importantes étant susceptibles, en raison de cette qualité, de devenir des règles de droit, les arrêts rendus par une chambre mixte ou l'assemblée plénière ayant une importance toute particulière. Plusieurs manifestations de ce phénomène peuvent être signalées (sans exhaustivité).

Il arrive de plus en plus que la Cour de cassation invoque des règles qu'elle a créées. Dans un premier temps, « la référence précise à l'arrêt n'était jamais donnée, celui-ci n'existant que par sa date, sans mention de chambre, de publication voire de pourvoi »⁴⁷, il en va différemment depuis les arrêts « tests » de la Cour de cassation. Aujourd'hui, avec la motivation enrichie⁴⁸, les précédents apparaissent dans le corps de l'arrêt : ce « chainage » des arrêts atteste clairement que la jurisprudence est une source du droit.

Les juges se sont arrogé le pouvoir de procéder à un « contrôle de conventionnalité », c'est-à-dire au contrôle de la conformité de la loi à la Convention européenne des droits de l'homme et à un contrôle de la conformité de cette même loi aux traités internationaux et communautaires : la jurisprudence peut alors combattre la loi si elle la déclare non conforme aux règles supranationales⁴⁹.

Depuis le 1^{er} mars 2010, date d'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, tout juge interne – juge du fond ou du droit, judiciaire⁵⁰ ou administratif – peut émettre une opinion sur la constitutionnalité de la loi applicable au litige dont il est saisi. Si le Conseil constitutionnel estime la loi inconstitutionnelle, il l'annulera. Le juge a donc un rôle direct sur la « survie » ou la « mort » des lois, même s'il ne peut se saisir d'office et doit donc attendre qu'un plaideur soulève le moyen d'inconstitutionnalité.

43. V. J. Héron, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993-4, p. 1084.

44. Un tel « déni de justice » est passible d'une sanction pénale (v. C. pén., art. 434-7-1).

45. Le juge n'est pas autorisé à dire qu'il tranche le litige « en équité » (sauf rares exceptions) ou « par application de telle solution qu'il vient de créer » ; il doit invoquer une loi, une coutume.

46. Pour cette évolution en droit des affaires, v. V. Vigneau, « Les sources du droit des affaires : la jurisprudence », préc.

47. R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », préc.

48. V. *supra* n° 9.

49. Faisant craindre l'apparition d'un « gouvernement des juges » (H. Croze, « De la garde à vue et des experts-comptables. Propos impertinents sur le gouvernement des juges », *Procédure* 2011, repère n° 6).

50. V. CPC, art. 126-1 et s.

En 1991 a été instituée une procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation⁵¹, qui permet de demander à la Cour de cassation son avis sur une question juridique posant difficulté. Si l'avis ne lie pas le juge qui l'a demandé et encore moins les autres, il est généralement suivi puisqu'il indique comment la Cour de cassation statuera en cas de pourvoi. La Cour de cassation a même été au-delà de la procédure « normale » pour avis en n'hésitant pas à rendre des « avis spontanés »⁵².

De plus en plus aussi, le juge doit procéder à une « balance des intérêts » : il doit rendre des décisions de compromis entre des droits fondamentaux supposés avoir une égale valeur hiérarchique⁵³. La Cour de cassation est même allée plus loin, se livrant à un contrôle de « proportionnalité privatisée »⁵⁴, qu'elle demande aux juges du fond de pratiquer : il ne s'agit ni plus, ni moins que d'écarter la loi si elle doit avoir des conséquences trop rudes pour une partie ! C'est le retour à l'équité des parlements d'Ancien régime, à l'insécurité juridique qui va avec ; c'est l'affaiblissement de la loi et le renforcement de la jurisprudence⁵⁵.

20. Source *secundum, praeter ou contra legem*. En l'état actuel du droit, la jurisprudence, comme la coutume, complète la loi et, plus encore que la coutume, elle peut contredire la loi.

Les exemples ne sont pas rares où des solutions dégagées par la jurisprudence sont reprises par la loi. Le plus célèbre est peut-être celui de l'arrêt *Desmares* du 21 juillet 1982⁵⁶ dont la jurisprudence a été reprise – tout au moins en partie

– par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 en matière d'accident de la circulation⁵⁷. À l'inverse, des lois sont adoptées pour mettre un terme à une jurisprudence. Par exemple, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a été adoptée pour briser la jurisprudence *Perruche* : le 17 novembre 2000⁵⁸, la Cour de cassation, en assemblée plénière, avait consacré le droit pour l'enfant né handicapé d'être indemnisé de son propre préjudice, consistant dans le seul fait d'être né.

Parfois, il est vrai, le législateur reste léthargique et ne répond pas aux « provocations » jurisprudentielles. Par exemple, en 2006, par l'arrêt *Cesareo*⁵⁹, la Cour de cassation a créé une nouvelle obligation procédurale de concentration des moyens⁶⁰, sur le fondement de l'article 1355, ex-1351 du Code civil relatif à l'autorité de la chose jugée : la Cour de cassation considère qu'un changement de fondement juridique ne constitue pas un changement de cause, de sorte que si les faits n'ont pas évolué entre la première et la seconde demande, la seconde sera irrecevable car elle se heurtera à l'autorité de la chose jugée... telle que la Cour de cassation la comprend désormais : cela oblige les plaideurs à penser à tous les fondements (moyens) possibles d'emblée. Or, la jurisprudence *Cesareo* n'est toujours pas codifiée⁶¹...

Dans le même ordre d'idées, lors de l'adoption de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires (loi Bêteille), les parlementaires ont renoncé à une réforme prévue en raison d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation⁶². Selon le

51. V. CPC, art. 1031-1 et s. pour la procédure, encore modifiée dernièrement par le décret « *Magicobus 1* », décret n° 2024-673 du 3 juillet 2024 portant diverses mesures de simplification de la procédure civile et relatif aux professions réglementées.

52. Sur lesquels, v. N. Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 37. À l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la Haute juridiction s'est en effet arrogé le pouvoir d'interpréter des textes sans être sollicitée en ce sens.

53. Ce qui est loin d'être évident : v. P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », *D.* 2015, p. 2189.

54. P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD Civ.* 2016, p. 70.

55. P.-Y. Gautier, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », préc.

56. Civ. 2^e, 21 juill. 1982, n° 81-12850, *Bull. civ.* II, n° 111.

57. Sur l'histoire de la jurisprudence *Desmares* et les critiques doctrinales, v. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^e éd., 2000, n°s 204-206 (et les références citées).

58. Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13701, P.

59. Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, P.

60. M. Plissonnier, *Concentration et procès civil*, LGDJ, coll. « *Bibl. dr. privé* », 2024, préf. S. Amrani Mekki, n° 641.

61. Il en va de même de la jurisprudence *Dauvin*.

62. Réalisé par un arrêt de 2009 : Civ. 2^e, 18 juin 2009, n° 08-10843, P, *JCP G* 2009, 191, obs. Y. Desdevises.

rapporteur du Sénat⁶³, « la constitution des blocs de compétence que permettait la proposition de loi a été fragilisée par un revirement de jurisprudence récent de la Cour de cassation ». Pourquoi la Cour de cassation ne se comporterait-elle pas comme un « jurislatureur » ou en « légisprudent »⁶⁴, puisque le Parlement lui reconnaît ce droit ? Le pouvoir réglementaire a aussi récemment renoncé à apporter des précisions au régime de la péremption⁶⁵, car la Cour de cassation a reviré sa jurisprudence par quatre arrêts rendus le 7 mars 2024⁶⁶. Le projet de décret Magicobus 1 était moins protecteur des parties en appel ; il l'était davantage en revanche en ce qu'il traitait du cours de la péremption devant le tribunal judiciaire et le conseil de prud'hommes. La Chancellerie a abandonné son projet alors même qu'il était « loisible au pouvoir réglementaire de consacrer la présente jurisprudence de la Cour de cassation tout en affirmant généralement l'effet suspensif de la demande de clôture et fixation au regard du cours de la péremption »⁶⁷, donc y compris en première instance : de fait, le décret n° 2024-673 du 3 juillet 2024⁶⁸ est muet. Or, « il est permis de regretter cette absence de consécration réglementaire de la jurisprudence nouvelle... qui ne résout pas toutes les difficultés posées par le régime actuel de la péremption et n'est pas à l'abri d'un nouveau revirement »⁶⁹.

21. Qualité mais... Complémentaire de la loi, la jurisprudence a acquis la qualité de source du droit, en tant que norme décisionnelle collective ;

sa qualité en fait cependant une norme inférieure techniquement à la loi.

B. La qualité inférieure de la norme décisionnelle

22. Un contenu difficile à déterminer. Lorsqu'une loi est insuffisamment claire et précise, le juge est obligé de créer une règle. Cette nouvelle règle va constituer le soutien de la décision : elle n'est posée par le juge que pour relier les faits concrets et la solution qu'il a donnée au litige. Il est difficile de dégager la règle du jugement. C'est à la doctrine qu'il incombe d'analyser la décision, de remonter à la règle pour savoir l'apport exact de l'arrêt ; ce qui n'est pas toujours simple. Pire, l'observation de décisions rendues dans des affaires semblables peut révéler des divergences⁷⁰ de jurisprudence entre les chambres de la Cour de cassation, voire une incohérence de la jurisprudence d'une même chambre ! Le « chainage » des arrêts⁷¹ pourrait cependant y remédier... au moins en partie, car « ce ne sont pas toutes les décisions qui bénéficient de ce travail d'explication »⁷².

23. Un manque de sécurité juridique... parfois atténué. L'insécurité tenant à la jurisprudence vient de ce que les juges peuvent modifier leur compréhension d'une règle de droit, changer leur façon de juger, c'est-à-dire opérer des revirements de jurisprudence. L'inconvénient pour les justiciables est qu'ils apprennent le contenu de la jurisprudence au moment même où celle-ci est utilisée pour trancher leur litige. La jurisprudence s'applique à des faits antérieurs à

63. V. le Rapport n° 129, 24 nov. 2010, p. 25 : <https://www.senat.fr/rap/10-129/10-1291.pdf>.

64. V. T. Revet, « La légisprudence », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377 et s.

65. M. Aynès et G. Cassou de Saint-Mathurin, sous la modération de C. Bléry, « Le projet de décret Magicobus 1, Les Ateliers de procédure civile, Fiche n° 1 », *Gaz. Pal.* 2 juill. 2024, n° GPL465k1, p. 54.

66. Civ. 2^e, 7 mars 2024, n° 21-19.475, FS-B ; Civ. 2^e, 7 mars 2024, n° 21-19.761, FS-B ; Civ. 2^e, 7 mars 2024, n° 21-20.719, FS-B ; Civ. 2^e, 7 mars 2024, n° 21-23.230, FS-B. Adde S. Amrani-Mekki, « Revirement sur la computation du délai de péremption : vers un principe de réalité en procédure civile ? », *Gaz. Pal.* 16 avr. 2024, n° GPL462e9 ; M. Barba, « Revirement sur la péremption d'instance : un beau moment de justice », *D. actu.* 20 mars 2024.

67. M. Barba, « Revirement sur la péremption d'instance : un beau moment de justice », préc.

68. Le décret n° 2024-673 du 3 juillet 2024 portant diverses mesures de simplification de la procédure civile et relatif aux professions réglementées a été publié au *Journal officiel* du 5 juillet 2024 (v. <https://www.actu-juridique.fr/breves/procedure-civile/simplification-de-la-procedure-civile-publication-du-decret-magicobus-1-relatif-a-la-1re-instance/>).

69. M. Aynès, G. Cassou de Saint-Mathurin, sous la modération de C. Bléry, « Le projet de décret Magicobus 1, Les Ateliers de procédure civile, Fiche n° 1 », préc.

70. V. P. Deumier, « Les revirements de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », *RTD civ.* 2013, p. 557.

71. V. *supra* n° 9.

72. V. B. Dondero, « Cour de cassation : des arrêts plus explicites ? », *Gaz. Pal.* 24 mai 2016, p. 51.

sa création par le juge : elle est donc forcément rétroactive⁷³, donc cause d'insécurité. Si chaque juridiction a une tendance naturelle à juger de la même manière, si la Cour de cassation fait souvent précéder ses grands revirements par des arrêts annonciateurs, ce n'est pas toujours le cas et le choc n'est pas toujours atténué pour les justiciables et leurs conseils⁷⁴.

Le danger indéniable de cette conception classique est actuellement davantage pris en compte par le juge... mais pas systématiquement. La Cour de cassation a consacré depuis quelques années la technique des revirements « prospectifs » ou « pour l'avenir », admettant que le juge puisse décider lui-même de la façon dont s'appliquera la décision qu'il a prise, et, plus généralement, sa jurisprudence. Or, lorsqu'il accepte de ne pas appliquer tout de suite la solution donnée par l'arrêt de revirement, le juge se comporte un peu comme un législateur, car il crée un droit transitoire : il prévoit l'application dans le temps de sa propre jurisprudence. La Cour de cassation a pu statuer ainsi en matière procédurale : si la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence aboutit à priver les plaideurs d'un procès équitable, au sens de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en leur interdisant l'accès au juge, il faut l'écartier. La procédure d'appel est l'illustration de ce que la Cour de cassation est stricte ou souple. Par exemple, la deuxième chambre civile a créé elle-même la sanction de l'absence d'effet dévolutif de la déclaration d'appel par un arrêt du 30 janvier 2020⁷⁵ – cet « objet procédural non identifié »⁷⁶ (OPNI) entrant dans la catégorie des « insaisines »⁷⁷. Or, l'arrêt de 2020 s'est appliqué à l'instance en cours, sans que la Cour de cassa-

tion y voie une atteinte portée à l'article 6§1, alors que c'était une jurisprudence nouvelle qui avait pu surprendre les plaideurs. En revanche, la Cour de cassation prévoit une telle modulation, parfois, en cas de revirement mais aussi de jurisprudence nouvelle, lorsqu'il en résulte une charge nouvelle pour les plaideurs : la Cour de cassation a exigé dans un arrêt du 17 septembre 2020⁷⁸ que l'appelant demande, dans le dispositif de ses conclusions, l'infirmité ou l'annulation du jugement, sous peine que la cour d'appel confirme le jugement ; le même arrêt a considéré que l'application immédiate de cette règle de procédure, qui résulte de l'interprétation nouvelle d'une disposition au regard de la réforme de la procédure d'appel avec représentation obligatoire issue du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 et qui n'a jamais été affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt publié, dans les instances introduites par une déclaration d'appel antérieure à la date du présent arrêt, aboutirait à priver les appelants du droit à un procès équitable...

24. Bilan. Quelles que soient encore les hésitations et réticences, il est permis d'affirmer que, norme certes techniquement inférieure à la loi, la jurisprudence n'en est pas moins une source du droit ; c'est même de plus en plus vrai.

25. Qualité de la norme décisionnelle. La qualité de la norme décisionnelle, c'est celle de la norme individuelle – le jugement – et celle de la norme collective – la jurisprudence.

Cette qualité est évolutive et fragile ; elle dépend des textes mais aussi de la pratique, notamment de l'encombrement des tribunaux et de nouvelles techniques dont l'utilisation doit être observée et encadrée.

73. On peut parler de rétrospectivité. *Contra* P. Fleury, « De l'application de la loi dans le temps à l'application de la jurisprudence dans le temps : l'ascension de l'échelle de verre », in *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2008, p. 230 et s.

74. Qui engagent leur responsabilité s'ils ne connaissent pas l'évolution de la jurisprudence : v. Civ. 1^{re}, 14 mai 2009, n° 08-15899, *Bull. civ. I*, n° 92 ; Procédures 2009, comm. 263, obs. R. Perrot ; P.-Y. Gautier, « Le "devoir de compétence" de l'avocat, ou l'invitation à être à jour des manuels et revues juridiques », *RTD civ.* 2009, p. 744.

75. Civ. 2^e, 30 janv. 2020, n° 18-22.528, FS-P+B+I, *D. actu.* 17 févr. 2020, obs. R. Laffly ; *D. avocats* 2020, 252, étude M. Bencimon. *Gaz. Pal.*, 26 juill. 2022, p. 45, N. Hoffschir.

77. G. Sansone, « L'absence d'effet dévolutif, à la recherche d'une inconnue du droit », *D.* 2023, p. 1910 ; G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2023, préf. E. Putman, n° 338, p. 356.

78. Civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 18-23.626, FS-P+B+I, *D.* 2020, p. 2046 ; M. Barba, *Procédures* 2020, comm. 190, obs. R. Laffly ; *Gaz. Pal.* 26 janv. 2021, p. 79, obs. N. Hoffschir.

Dossier

La qualité de la norme

Plaidoyer pour évaluer la qualité d'une norme au travers d'études contentieuses statistiques

Raphaël Dalmasso

Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine

Évaluer la qualité d'une norme est un exercice redoutable pour tout juriste, tant la définition du terme de « qualité » peut apparaître évasive, voire incongrue. Le rôle de la doctrine, cependant, est en filigrane toujours d'apprécier la pertinence d'une norme, donc indirectement sa qualité. Derrière ce mot se trouve cependant une multitude d'acceptions possibles, avec différents buts et enjeux : un législateur souhaitera une loi conforme à ses objectifs politico-juridiques, et bien appliquée par les citoyens et le cas échéant les tribunaux ; un juriste praticien s'appropriera, lui, ce texte avec ses propres intentions et intérêts ; un chercheur, enfin, essaiera d'en comprendre le sens, la justification et la pertinence. Si, comme le signalait Gérard Lyon-Caen, le droit du travail est une « technique réversible »¹, alors la détermination de la qualité d'une norme de ce droit est, *a fortiori*, réversible, contingente, et toujours à remettre en cause.

Cependant, ce caractère incertain de la notion de qualité ne doit pas interdire de pratiquer l'évaluation des normes. La première interrogation posée au juriste est dès lors celle du *moment*

de l'évaluation. Un texte juridique peut être évalué quand il se crée, puis quand il s'applique, et enfin éventuellement quand il est susceptible d'être modifié ou abrogé.

Pour évaluer, nous avons donc tous bien souvent, temporellement, deux réflexes utiles et compréhensibles : évaluer la qualité de la norme *a priori*, pendant sa rédaction ou dès sa promulgation, et évaluer cette norme une fois qu'elle fait l'objet de recours en justice, le plus souvent en commentant soit un arrêt de principe d'une cour suprême, soit un jugement ou un arrêt révélateur d'un contentieux. Un de nos maîtres en droit social comme Jean-Jacques Dupeyrou a ainsi, toute sa vie, pratiqué ces deux méthodes. Il n'hésitait jamais à commenter des lois au stade de leur élaboration, prévoyant souvent avec un sens de l'anticipation hors pair leurs apories ou écueils. Ainsi, en matière de licenciement, il commenta au plus tôt les évolutions successives des lois sur la cause réelle et sérieuse de licenciement². Il pratiquait également, plus rarement, la technique du commentaire d'arrêt, montrant, souvent de manière caustique, les absurdités

1. G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995. L'auteur y indiquait notamment : « le droit du travail, c'est Pénélope devenue juriste ».

2. V. notamment avant tout projet de loi, J.-J. Dupeyrou, « Vers une révolution du droit du travail », *Le Monde*, 4 juill. 1972, puis commentant le projet lui-même, J.-J. Dupeyrou, « Le projet de réforme du droit du licenciement, un compromis ambigu », *Le Monde*, 22 mai 1973. Ces deux articles figurent dans l'ouvrage, J.-J. Dupeyrou, *Œuvres choisies de droit social*, Dalloz, 2023.

d'un texte en pratique, et/ou d'une décision de justice³.

Sans remettre en cause la pertinence de ces deux voies pour évaluer la qualité d'une norme, nous avons, concernant le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse mis en place par l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre 2017, exploré une autre voie, désormais possible grâce aux progrès dans l'accessibilité des décisions de justice : celle de l'évaluation d'une norme à l'aune de son contentieux. Par contentieux, nous entendons l'ensemble des décisions de justice rendues sur un problème de droit particulier. Il s'agit donc de se centrer sur les décisions des juges du fond, et non sur les grands arrêts de principe de la Cour de cassation. Nous tenterons dans cet article de montrer comment ce type d'évaluation d'une norme permet de donner de nouveaux outils méthodologiques au juriste pour déterminer et mettre en perspective les qualités et les défauts d'une norme donnée.

Ainsi, nous indiquerons dans un premier temps l'objet de la recherche voulu par le financeur, et la définition qu'il sous-entend de la qualité d'une norme, notre méthodologie et notre réponse à cette demande (I). Ensuite, nous exposerons nos principaux résultats correspondant à notre vision de l'évaluation de la norme, et de sa qualité (II). Enfin, nous montrerons l'utilité de ces résultats pour les praticiens, et en particulier les juges et le comité d'experts de l'Organisation internationale du travail (OIT) (III).

I. Utilité de la recherche pour le financeur : une certaine idée « économique » de la qualité de la norme

Cette recherche⁴ est une réponse à un appel à projet de la Direction de l'Animation de la recherche, des Études et des Statistiques (DARES) et de France Stratégie en vue d'évaluer les « ordonnances Macron ». Celles-ci ont, fin 2017, réformé en profondeur le droit du travail français. Nous avons été sélectionnés sur le volet de cette recherche relatif aux indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse et aux accords de performance collective (APC, seconde contribution). Nous n'évoquerons ici que le volet « licenciement ».

Cette recherche, menée au sein de l'Institut François Génys, comprenait des juristes, mais également des économistes⁵. C'est donc une véritable recherche bi-disciplinaire qui s'inscrit dans la continuité de travaux précurseurs sur les licenciements menés avant la réforme⁶.

Concernant la recherche sur les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse plus particulièrement, la commande était d'évaluer en pratique l'impact de la barémisation obligatoire de ces indemnités sur les décisions de justice. La DARES précisait ainsi sa demande : évaluer « le contentieux du licenciement (ampleur, délais, ...) et notamment l'impact du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, sur le coût des ruptures (montant et

3. V. notamment, pour une belle critique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, J.-J. Dupeyroux, « Le Conseil constitutionnel et le droit de grève », *Le Monde*, 3 nov. 1982.

4. R. Dalmasso et C. Signoretto (dir.), *Relations de travail et d'emploi et comportements des acteurs dans un contexte de réformes législatives. Rapport en réponse à l'APR Dares/France Stratégie « Évaluation des ordonnances du 22 septembre 2017 (volet 1) »*, juin 2023, p. 297, disponible en ligne.

5. C. Signoretto et J. Valentin étaient les deux économistes de l'équipe. A. Etiennot, P. Etiennot, R. Marié, A.-L. Mazaud, et K. Meiffret complétaient l'équipe des juristes.

6. V. les deux premières recherches prospectives menées à partir du contentieux antérieur au barème : S. Gerry-Vernières (dir.), *La barémisation de la justice. Barémisation et contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse, Rapport final de recherche pour la Mission de recherche Droit et Justice*, nov. 2019 ; C. Bourreau-Dubois (dir.), *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit, Rapport final de recherche, réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice*, février 2019. De par leur temporalité, ces deux recherches ne pouvaient pas encore prendre en considération le contentieux post-réforme.

dispersion des indemnités), sur les motifs invoqués (en particulier les causes de nullités qui rendent le barème non applicable)⁷ ». La DARES précisait : « au-delà des effets sur le fonctionnement du marché du travail, les projets pourront envisager l'impact plus global des mesures des ordonnances relatives aux contrats de travail sur la performance économique et sociale des entreprises ».

Pour avoir accès aux décisions de justice, il a fallu signer une convention avec la Cour de cassation afin de pouvoir interroger la base « juriCA » d'arrêts de cours d'appel, base exhaustive des arrêts de cours d'appel en France. Cette convention a permis de réaliser des « tirages » d'arrêts relatifs à ces indemnités de licenciement, avant et après la réforme. Ces arrêts ont été la matière première du travail d'évaluation. La recherche a porté sur plus de 200 arrêts, avec des décisions rendues avant et après la réforme de 2017, afin de pouvoir faire une comparaison⁸.

Ces arrêts ont tous été lus en intégralité, et leurs informations recueillies dans un tableau. Nous avons recueilli pour chaque arrêt un maximum d'informations sur le salarié, l'employeur, et les indemnités versées.

La DARES a validé cette méthode, même si elle aurait préféré un travail directement sur le contentieux prud'homal. Celui-ci n'a cependant pas été possible, faute de pouvoir recueillir un échantillon représentatif de jugements.

Le souhait principal du financeur, derrière cet appel à projet, était de répondre à une inquiétude alors dominante en 2019 : quelle était concrètement l'attitude des juges du fond par rapport au barème ? Les juges respectaient-ils les

plafonds posés par le nouvel article L. 1235-3 ? En effet, le ministère du Travail gardait le souvenir de la réforme instaurant les contrats nouvelles embauches (CNE)⁹, et du rejet très tôt de cette loi par les juges requalifiant les ruptures de CNE en licenciements sans cause réelle et sérieuse. Le financeur souhaitait donc en priorité savoir si les barèmes étaient en pratique respectés. Le financeur avait une seconde demande : vérifier, comme le souhaitait la ministre du Travail de l'époque¹⁰, que les indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse soient plus prévisibles et moins discordantes entre tribunaux. Ici, la réforme était vue comme bonne, de qualité, car permettant aux parties au procès prud'homal de mieux prévoir leurs indemnités futures.

II. Utilité de la recherche pour notre équipe de chercheur : une idée complémentaire de la qualité

Il convient, pour comprendre nos résultats, de repreciser les changements effectués en 2017. Avant 2017, il n'y avait pas de plafonds d'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le juge déterminait donc le préjudice subi par la perte d'emploi du salarié, et l'indemnisait en conséquence. Il y avait, par contre, si le salarié avait plus de 2 ans d'ancienneté et travaillait dans une entreprise de onze salariés et plus, un plancher d'indemnisation de 6 mois. Le principal point de la réforme est donc la réécriture de l'article L. 1235-3 du code du travail, qui instaure, en fonction de l'ancienneté, un plancher et un plafond d'indemnisation.

7. Appel à projet de recherche DARES diffusé sur le site du ministère du Travail le 17 avril 2019.

8. Une étude sur un nombre aussi restreint d'arrêt (un peu plus de 200) peut faire l'objet de critiques légitimes sur la validité statistique des chiffres produits. Elle permet cependant de donner des tendances, qui pourront être confirmées ou infirmées à l'avenir par d'autres recherches. Plusieurs éléments ont guidé ce choix d'un nombre réduit d'arrêts codés. Tout d'abord, nous avons voulu tous les lire *in extenso*, et non laisser un logiciel le faire. Ensuite, notre recherche a porté sur le contentieux de la fin de l'année 2020 et du début de l'année 2021. C'est uniquement à ce moment que les cours d'appel commencent à appliquer le nouveau droit. Nous avons donc recueilli les premiers arrêts rendus, qui étaient encore en nombre relativement réduits. Enfin, dans la convention juriCA, il était prévu un accès relativement limité aux arrêts, nous contraignant à quelques tirages mensuels. Pour rappel, nous avons eu accès aux arrêts non anonymisés, dont la diffusion doit demeurer restreinte et contrôlée.

9. Contrat à durée indéterminée avec une procédure simplifiée de licenciement instaurée par ord. n° 2005-893 du 2 août 2005. De nombreux juges du fond refusèrent vite d'appliquer cette norme, la déclarant contraire au droit international du travail. V. F. Guiomard et É. Serverin, « Le contrat nouvelles embauches à l'épreuve du contentieux prud'homal », *RDT* 2007, p. 502. V. également R. Dalmaso, « La vie contentieuse du contrat nouvelles embauches après son abrogation », *RDT* 2011, p. 327.

10. V. l'audition de la ministre du Travail Mme Muriel Penicaud, Assemblée Nationale, 9 nov. 2017. Les objectifs de la ministre étaient, entre autres : « sécuriser les relations de travail, et offrir aux salariés et aux entreprises – notamment aux TPE-PME – davantage de prévisibilité » ou encore « lever l'incertitude pesant sur l'employeur relative au coût d'une rupture potentielle, et garantir [...] une plus grande équité pour les salariés, grâce à une homogénéisation des dommages et intérêts versés ».

Nous avons documenté trois informations intéressantes sur l'évaluation du barème Macron.

Tout d'abord, et c'est une première surprise, nous avons constaté qu'en général les cours d'appel respectent ce nouveau barème. Moins de 10 % des arrêts codés devant appliquer le barème d'indemnité l'ont ainsi dépassé. Il n'y a donc pas de rébellion massive des cours d'appel contre ce barème, malgré quelques arrêts très médiatisés. Ce point, qui correspondait à la demande principale du financeur, a été largement souligné dans le rapport de France Stratégie¹¹. De plus, lorsque le barème est dépassé, les juges ne se fondent qu'exceptionnellement sur la base du droit international (Convention n° 158 de l'OIT, ou article 24 de la Charte sociale européenne révisée, un seul cas recensé se fondant expressément sur ces textes).

Deuxième information, si on calcule la moyenne des indemnités des salariés, celle-ci a baissé par rapport à l'ancien droit. Pour les arrêts appliquant le droit antérieur, nous avons calculé une indemnité moyenne de 7,9 mois de salaire, tandis qu'en appliquant le nouveau droit, l'indemnité moyenne est de 6,6 mois. Or cette baisse de l'indemnité moyenne des salariés, même si elle est relative, n'était pas du tout l'objectif affirmé des promoteurs de la réforme, qui voulaient juste rendre les indemnités plus prévisibles et plus sécurisées pour les parties au procès. Pour dire les choses autre-

ment, cette réforme désavantage les salariés, alors qu'elle se voulait neutre.

Cependant, et c'est à notre sens la principale découverte de notre étude, le barème Macron n'impacte pas de la même manière tous les profils de salariés. Il est extrêmement défavorable aux salariés des entreprises de plus de dix salariés qui ont entre 2 et 5 ans d'ancienneté, qui perdent parfois les trois quarts de leurs indemnités, et est relativement neutre pour les salariés ayant une forte ancienneté.

Pour mieux faire comprendre ces typologies, nous avons choisi d'isoler, dans nos deux bases d'arrêts appliquant l'ancien et le nouveau droit, des profils de salariés très similaires et de voir les différences pratiques d'indemnisation.

Ainsi, par exemple, comme le montre le tableau ci-dessous, un salarié homme ayant 2 ans d'ancienneté, dans une entreprise de 11 salariés et plus, avec une rémunération comprise entre 2 100 et 2 800 euros bruts, va percevoir des sommes très différentes selon qu'il ait été licencié en vertu de l'ancien ou du nouveau droit.

L'arrêt de la cour d'appel d'Angers de 2021, appliquant le nouveau droit, ne donne, en application du barème, qu'une somme équivalente à 1,63 mois de salaire, soit ici 4 000 euros, tandis que les autres arrêts (de 2019 ou de 2020), pour un salarié type identique, donnent des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse au moins égale à 6 mois de salaire.

Nom du fichier de l'arrêt	Cour d'appel	Année	Droit applicable	ILSCRS* en euros	ILSCRS* en mois
20191003_013737_9173_CA_PARIS	Paris	2019	Ante barème	16 718,16	6,00
20191008_013156_2632_CA_DIJON	Dijon	2019	Ante barème	13 477,68	6,00
20191012_014150_1264_CA_RENNES	Rennes	2019	Ante barème	30 000	13,85
20201008_013213_7888_CA_AMIENS	Amiens	2020	Ante barème	13 255	6,00
20210316_013420_7605_CA_ANGERS	Angers	2021	Post barème	4 000	1,63

* Indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

À partir de 5 ans d'ancienneté dans l'entreprise, l'écart entre l'ancien et le nouveau droit se resserre.

Ainsi, pour un salarié homme de 6 ans d'ancienneté, dans une entreprise de 11 salariés ou plus, avec un salaire (brut) entre 2 100 et 2 800 euros, les données sont les suivantes.

11. Pour consulter ce rapport, v. le site de France Stratégie : <https://www.strategie.gouv.fr/publications/evaluation-ordonnances-22-septembre-2017-relatives-dialogue-social-aux-relations-de-0>.

Nom du fichier de l'arrêt	Cour d'appel	Année	Droit applicable	ILSCRS* en euros	ILSCRS* en mois
20191009_013343_3602_CA_CHAMBERY	Chambéry	2019	Ante barème	17 000	6,40
20191010_014649_3138_CA_VERSAILLES	Versailles	2019	Ante barème	13 500	6,24
20191016_014108_2864_CA_NIMES	Nîmes	2019	Ante barème	30 000	10,71
20210319_014337_7884_CA_CHAMBERY	Chambéry	2021	Post barème	16 500	6,00

* Indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Le salarié de l'arrêt de 2021 de la cour d'appel de Chambéry va ainsi percevoir 6 mois de salaires, soit en l'espèce 16 500 euros. Ces sommes sont comparables à certains arrêts rendus en vertu de l'ancien droit (par exemple celui de la cour d'appel de Versailles), même si certains arrêts allaient, en vertu du libre pouvoir d'appréciation du juge du fond, au-delà des 6 mois (par exemple l'arrêt de la cour d'appel de Nîmes).

Le risque est donc que les grands perdants de cette réforme, souvent les plus jeunes et les moins payés, ne saisissent plus la justice faute d'intérêt financier à agir. Reprenant une formule inventée dès 2015 par M. Guillonnet et É. Serverin¹², nous pouvons craindre une « gentrification » de la justice prud'homale. Plus globalement, le profil du salarié ayant une forte ancienneté en entreprise tend à disparaître, la mobilité étant de plus en plus fréquente chez les jeunes générations. Si l'on a donc actuellement des grands perdants et des petits perdants, on pourrait bien, à l'avenir, à avoir de plus en plus de salariés n'ayant plus aucun intérêt financier à contester le motif de leur licenciement. La baisse continue du contentieux prud'homal constatée en France depuis une quinzaine d'années, risque donc de perdurer. Cette désaffection des tribunaux ne devrait dès lors pas être perçue comme une bonne nouvelle d'une meilleure paix sociale en entreprise.

Si l'on se replace dans la thématique de la qualité de la norme, les résultats sont donc des plus contrastés, ou contradictoires. La norme est de bonne qualité si l'on considère qu'elle est respectée par les juges du fond, et qu'elle permet aux parties au procès, une meilleure prévisi-

bilité des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cependant, si l'on affine le raisonnement en faisant des typologies de salariés, on peut considérer que la norme n'est pas de bonne qualité dans la mesure où elle n'impacte pas de la même manière tous les salariés : si elle est relativement indolore pour les salariés ayant une forte ancienneté, elle a un effet maximal envers les salariés ayant une faible ancienneté. Elle crée donc une fracture entre ces salariés, certains gardant un réel intérêt à agir en justice, tandis que d'autres se détourneront des tribunaux. Ce non-recours au juge peut avoir comme effet, de la part des employeurs, de ne plus respecter le droit du licenciement, et notamment les règles de procédure ou de motivation des licenciements. Le risque juridique d'avoir à dédommager le salarié de manière dissuasive peut, pour ces derniers types de salariés, avoir disparu du point de vue des employeurs.

III. L'impact de cette recherche sur le comité d'experts de l'OIT et les juges

Dès la promulgation de l'ordonnance n° 1387 du 22 septembre, on s'est interrogé sur la compatibilité de la norme sur les barèmes avec le droit international du travail, et notamment l'article 10 de la Convention OIT n° 158 prévoyant que les indemnités versées en cas de licenciement illégitime devaient permettre une indemnisation « adéquate » du salarié. En effet, le comité d'experts de l'OIT a été saisi dès 2019 par des syndicats français via une procédure dite de réclamation afin de déterminer si le droit français

12. M. Guillonnet et É. Serverin, « Les litiges individuels du travail de 2004 à 2013 : des actions moins nombreuses mais toujours plus contentieuses », *Infostat Justice* août 2015, n° 135. V. également É. Serverin et M. Guillonnet, « Les affaires prud'homales dans la chaîne judiciaire de 2004 à 2018 : baisse des demandes, concentration des litiges, juridictionnalisation de leur traitement », *Étude DACS*, pôle étude, sept. 2019.

respecte bien la lettre et l'esprit de cette convention.

Pour rappel, cette commission ou ce comité d'experts (les deux intitulés sont usités) a été créé en 1926 afin d'examiner les rapports gouvernementaux, en nombre croissant, sur les conventions ratifiées. Aujourd'hui, la commission est composée de 20 juristes. Ces experts doivent fournir une évaluation impartiale et technique de l'application des normes internationales du travail au sein des États Membres.

Une fois qu'un État a ratifié une convention de l'OIT, il est tenu de présenter périodiquement un rapport à cette commission sur les mesures prises pour lui donner effet. Tous les trois ans, les gouvernements présentent un rapport expliquant les mesures qu'ils ont prises en droit et en pratique pour appliquer l'une quelconque des dix conventions fondamentales (et un protocole) et des quatre conventions de gouvernance qu'ils ont ratifiées ; pour les autres conventions, ils doivent présenter un rapport tous les six ans. Des rapports sur l'application de conventions peuvent être demandés à des intervalles plus rapprochés, comme ce fut en l'espèce le cas pour la convention n° 158 sur les licenciements. Les gouvernements doivent communiquer un exemplaire de leur rapport aux organisations d'employeurs et de travailleurs qui peuvent faire des commentaires à ce sujet ; ces organisations peuvent également envoyer directement au BIT leurs commentaires sur l'application des conventions.

Or, concernant la Convention n° 158, le rapport de la commission d'experts en date du 16 février 2022¹³ a invité le gouvernement français, à intervalles réguliers, en concertation avec les partenaires sociaux, à examiner « les modalités du dispositif d'indemnisation prévu à l'article L. 1235-3 [du code du travail] de façon à assurer que les paramètres d'indemnisation prévus permettent, dans tous les cas, une réparation adéquate du préjudice subi pour licenciement abusif ». Pour le formuler autrement, l'OIT a enjoint, de manière polie, au gouvernement

français de procéder à des évaluations des indemnisations effectivement octroyées par les juges du fond, afin de déterminer si oui ou non le droit français viole la Convention n° 158 de l'OIT et son droit à une réparation adéquate du préjudice résultant du licenciement injustifié.

Le comité d'experts de l'OIT valide donc totalement la méthode que nous avons utilisée : pour évaluer une norme, et sa qualité, il faut évaluer le contentieux que la norme génère. En 2022, notre étude n'était pas encore publiée, et n'a donc pas pu alimenter la réflexion du comité d'experts de l'OIT, mais on peut espérer qu'à l'avenir, ce comité prendra en considération ces données.

Si l'on revient au contentieux français, on pourrait estimer *a priori* que ce débat sur la compatibilité entre le droit national et la Convention n° 158 n'a plus lieu d'être. En effet, deux arrêts de principe de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 mai 2022¹⁴ ont validé le barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu par les ordonnances dites « Travail » de 2017. La cour avait notamment estimé, après de longs mois de controverses essentiellement doctrinales, que ce nouveau droit instaurant une fourchette d'indemnisation prévoyait un dédommagement raisonnable de la perte injustifiée de l'emploi, et que le droit français n'était donc pas en contradiction avec le droit international, et notamment l'article 10 de la Convention OIT n° 158 prévoyant que les indemnisations versées en cas de licenciement injustifié devaient permettre une indemnisation « adéquate » du salarié.

Pendant, la position du comité d'experts de l'OIT pourrait, chez les juges du fond, relancer le débat de la compatibilité de la norme française avec le droit international. En effet, les juges du fond peuvent dorénavant se fonder sur des études statistiques, dont celle que nous avons réalisée, pour apprécier non pas *in concreto* mais *in abstracto*, la compatibilité globale de la norme française avec la convention n° 158. Dans plu-

13. Rapport du comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France de la Convention (n° 158) sur les licenciements, 16 févr. 2022.

14. V. en particulier Soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490. V. notamment J. Mouly, « Le barème Macron inopportunistement renforcé par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. social* 2022, p. 733 ; *AJDA* 2022, p. 1001, tribune F. Melleray ; *D.* 2022, p. 1088, entretien P. Lokiec ; *JA* 2022, n° 661, p. 11, obs. D. Castel ; *Dr. social*, 2022, p. 473, tribune C. Radé.

sieurs arrêts, la cour d'appel de Grenoble semble prendre cette direction¹⁵. Dans le dernier arrêt cité du 1^{er} février 2024, la cour d'appel invalide *in abstracto* le barème, le déclarant contraire de manière globale à la Convention n° 158, en se fondant notamment sur plusieurs études statistiques dont la nôtre¹⁶. En ce sens, les études contentieuses peuvent permettre aux juges du fond de faire un bilan de leur activité, et, le cas échéant, apprécier la qualité d'une norme en fonction de données statistiques, ce qui pourrait amener à modifier leur appréciation juridique du texte.

On le voit, la méthode d'analyse statistique du contentieux, malgré sa lourdeur logistique, est

pleine de vertu : elle permet de montrer sous un jour inédit l'application d'une norme, et les problèmes connexes que cette application peut poser. Elle est un instrument de connaissance du droit inestimable pour un économiste, mais aussi pour un juriste. À ce titre elle peut nourrir la réflexion de la doctrine, des praticiens et au final des juges. Bien entendu ces études n'ont pas vocation à se substituer aux traditionnels commentaires de lois ou d'arrêts effectués par la doctrine, mais ils peuvent utilement nourrir ces commentaires, et, le cas échéant, affiner la perception que l'on pouvait avoir des qualités et des défauts d'une norme.

15. V. notamment CA Grenoble, 16 mars 2023, n° 21/02048. V. sur cet arrêt R. Dalmaso, « Barème Macron : peut-on juger sans évaluer l'impact contentieux des normes ? », *Sem. soc. Lamy* 2023, n° 2040, p. 23. V. également J. Icard, « La motivation de la Cour d'appel de Grenoble est habile », *Liaisons sociales Quotidien – L'actualité* 21 mars 2023, n° 18760. V. aussi CA Grenoble, 1^{er} févr. 2024, n° 21/02004.

16. Les juges grenoblois indiquent que cette évaluation de la norme nationale doit être effectuée *in abstracto*, en prenant en compte les diverses études contentieuses existantes. C'est, à notre sens, la principale nouveauté de l'arrêt, qui indique, « eu égard à l'applicabilité directe de l'article 10 de la Convention n° 158 de l'OIT et de l'article 24 de la Charte sociale européenne et au fait que les barèmes d'indemnisation prévus par l'article L. 1235-3 du code du travail ne garantissent pas au salarié licencié de manière injustifiée, hors les cas de nullité, une indemnité adéquate, il y a lieu de les écarter purement et simplement *in abstracto* et d'apprécier souverainement les éléments de préjudice [...] pour déterminer une indemnité adéquate réparant, en l'absence de réintégration, le préjudice subi à raison du licenciement sans cause réelle et sérieuse ». V. sur cet arrêt, à paraître dans *Droit ouvrier*, R. Dalmaso, « La résistance de la Cour d'appel de Grenoble aux barèmes "Macron" : baroud d'honneur ou début d'une révolte ? ».

Dossier

La qualité de la norme

Lobbying et Union européenne, une composante délégitimée du processus décisionnel

Gaëlle Hardy

Professeur des Universités, Agrégé de droit public, Université des Antilles (Guadeloupe)

« Le 9 décembre 2022, l'eurodéputée grecque Eva Kaïlí, alors vice-présidente du Parlement européen, est interpellée à son domicile bruxellois avec 150 000 euros cachés en petites coupures dans des bagages à main et des sacs de voyage. Son père, qu'elle a averti quelques instants plus tôt, est intercepté avec près de 500 000 euros alors qu'il tente de prendre la fuite »¹.

Si ces faits prêtent à sourire tant ils sont caricaturaux, ils constitueraient, pourtant, la face émergée d'un vaste réseau d'influence mis en place, au sein du Parlement européen, par le Qatar et le Maroc pour tenter d'orienter en leur faveur certaines décisions européennes².

Pour certains, ce scandale symboliserait à lui seul toutes les dérives d'une pratique qui ne cesse de s'intensifier dans l'Union européenne : le *lobbying*³.

Cependant, il ne faut pas s'y tromper. Le *lobbying* ne doit pas être confondu avec la corruption ou le trafic d'influence⁴. Contrairement à ces derniers, il n'use d'aucune forme de contrainte. L'Union définit le *lobbying* comme l'ensemble des « activités exercées par les représentants d'intérêts dans le but d'influencer l'élaboration ou la mise en œuvre des politiques ou de la législation, ou les processus décisionnels des institutions signataires ou d'autres institutions, organes et organismes de l'Union »⁵. Dit autrement, le *lobbying* regroupe toutes les pratiques visant à influencer la décision publique européenne dans

1. V. Ledroit, « *Qatargate* : tout comprendre au scandale de corruption qui touche le Parlement européen », *Toute l'Europe*, 3 oct. 2023, disponible sur : touteurope.eu.
2. *Ibid.*
3. *Ibid.* Dans leur ouvrage P. Bardon et T. Libaertson rappellent les différentes étapes de développement du *lobbying* dans l'Union européenne : cf. P. Bardon et T. Libaertson, *Le lobbying*, Dunod, 2012, p. 86-88.
4. V. de Beaufort, *Du lobbying au E-lobbying*, Larcier, 2019, p. 28-29.
5. Art. 3, § 1, de l'accord interinstitutionnel, du 20 mai 2021, entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne sur un registre de transparence obligatoire, *JOUE*, L. 207, 11 juin 2021, p. 1, ci-après « accord de 2021 ». L'Union retient cette définition depuis les années 2000 : cf. A.M. Tournepiche, « Vers de nouveaux champs d'application pour la transparence administrative en droit communautaire », *Cah. dr. eur.*, n° 5-6, 2007, p. 630-631. Les définitions données par d'autres organisations internationales sont relativement similaires. Elles sont rappelées par la Cour des comptes européenne (CCE) dans son rapport spécial sur le registre de transparence : cf. CCE, *Rapport spécial, Registre de transparence de l'UE, Les informations sur les activités de lobbying sont utiles mais limitées*, mai 2024, p. 50, ci-après *Rapport spécial sur le registre de transparence*.

le but de défendre des intérêts sectoriels⁶. Cette définition, harmonisée à l'échelle de l'Union, ne fait de distinction ni entre les *lobbyistes*, qu'ils soient des organismes à but lucratif – *des cabinets d'avocats ou de consultants, des entreprises, des associations professionnelles et syndicales, des agences de relations publiques – ou des organismes sans but lucratif – des institutions académiques, des organismes de recherche, des organisations culturelles, des groupements d'autorités locales, des associations, des groupes de réflexion –*, ni même entre leurs moyens d'action – rencontres et contacts personnalisés, élaboration et diffusion d'argumentaires, organisation de séminaires, participation à des conférences, des groupes consultatifs et de travail, lancement de campagnes de presse ou de mobilisation.

Légal, le *lobbying* est prévu à l'article 11, paragraphes 1 et 2, du traité sur l'Union européenne (TUE), disposant que « [l]es institutions donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union » et que « les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile ».

Plus que légal, le *lobbying* est légitime. Il constitue « un outil démocratique essentiel grâce auquel des organisations et des citoyens peuvent contribuer à l'élaboration des politiques et à la prise de décision »⁷. Il permet entre autres : d'ac-

commoder la parole aux membres de la société civile, d'alerter les décideurs européens sur de nouvelles problématiques, d'apporter une expertise et/ou une expérience sur certains sujets et de sensibiliser le public à des causes spécifiques⁸. En conséquence, il renforce la qualité du processus décisionnel – démocratique – européen en offrant aux décideurs de l'Union les moyens de connaître les réels besoins des citoyens et des entreprises⁹, ce qui est indispensable à une époque où « la technicisation des débats législatifs est un mouvement irréversible, compte tenu de la complexité croissante des normes, de la multiplication des acteurs et des exigences européennes »¹⁰. En ce sens, il se présente comme une composante légitime du processus décisionnel de l'Union¹¹.

Toutefois, il se voit délégitimé lorsqu'il aboutit à une confiscation de l'intérêt général au bénéfice de considérations privées¹². Sont ainsi critiquables certaines pratiques d'influence déloyales, comme la communication d'informations faussées, trompeuses ou inexactes¹³. Doivent être également dénoncées les pratiques abusives, notamment l'influence induite ou excessive qu'exercent certains *lobbyistes* sur les décideurs européens¹⁴. Ces risques minent d'autant plus la légitimité – démocratique – du *lobbying* qu'une opacité l'entoure trop souvent, « encourage[ant] la démagogie et le populisme de certains politiciens alimentés par ailleurs par une présomption, parfois avérée, de collusion des élites économiques et politique »¹⁵.

-
6. Pour une réflexion sur la définition européenne de *lobbying* : cf. P.-Y. Monjal, « La transparence des lobbys ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », *RDUE* 2015, n° 1, p. 14-19.
7. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., spéc. p. 58. De même, pour le Conseil de l'Europe, le *lobbying* représente un « élément important et légitime du fonctionnement démocratique des systèmes politiques » : cf. Conseil de l'Europe, *Recommandation, La réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique*, RCM/Rec(2017), 22 mars 2017, p. 11.
8. V. de Beaufort, *Du lobbying au E-lobbying*, préc., p. 29-30.
9. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », *RDUE* 2022, n° 1, p. 118.
10. P. Jan, « Le droit parlementaire à l'épreuve du *lobbying* », *LPA* 11 avr. 2013, n° 73.
11. Tous les auteurs ne sont pas d'accord avec cette affirmation : cf. notamment P.-Y. Monjal, « La transparence des lobbys ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », préc., p. 5-30.
12. V. de Beaufort, *Du lobbying au E-lobbying*, préc., spéc. p. 30-31.
13. *Ibid.*
14. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 118.
15. C. Riou, « L'influence des groupes de pression en France et au niveau de l'Union européenne dans l'élaboration de la législation fiscale », *RFFP* 1^{er} nov. 2017, n° 140.

Pour que le *lobbying* demeure un apport à la prise de décision publique – et conserve sa légitimité – il est indispensable de le réglementer. Telle est l'ambition de l'Union depuis les années 2000¹⁶. En 2005, la Commission européenne a établi un registre des groupes d'experts¹⁷. Au même moment, le Parlement a publié une liste des groupes d'intérêts assermentés, bénéficiant d'un droit d'accès en son sein¹⁸. Il a, toutefois, fallu attendre 2014 pour qu'un accord interinstitutionnel soit conclu entre la Commission et le Parlement¹⁹. Celui-ci instituait un registre de transparence recensant – sur une base volontaire – des *lobbyistes* exerçant leurs activités au sein de l'Union. En s'inscrivant sur le registre de transparence, ces *lobbyistes* acceptaient de se conformer à un code de conduite. En 2021, cet accord a été élargi au Conseil et a surtout été renforcé dans un nouvel accord interinstitutionnel – ci-après « accord de 2021 »²⁰.

Toutefois, la réglementation actuelle du *lobbying* mise en place par l'Union est-elle suffisante ? Évite-t-elle une capture de l'intérêt public au profit d'intérêts privés, susceptible de délégitimer la place du *lobbying* au sein du processus décisionnel européen ?

Rien n'est moins sûr.

La réglementation actuelle donne seulement l'illusion de l'encadrement (I) et de l'effectivité (II).

I. L'illusion de l'encadrement

Cinq ans de négociations ont été nécessaires pour modifier, en 2021, l'accord interinstitutionnel de 2014 sur le *lobbying*²¹. Les discussions se

sont avérées particulièrement longues et complexes²². Les institutions signataires – la Commission, le Conseil et le Parlement – ne réussissaient à s'entendre ni sur sa formulation, ni sur son contenu²³.

La Commission souhaitait établir une obligation juridique imposant un enregistrement préalable sur le registre de transparence à tous les *lobbyistes* voulant créer ou entretenir un ensemble d'interactions prédéfinies avec les décideurs européens²⁴. Précisons qu'avant cet accord, l'enregistrement des *lobbyistes* sur le registre de transparence était facultatif. Le Parlement européen et le Conseil estimaient, quant à eux, « qu'une application stricte de la règle "sans inscription, pas de réunion" était susceptible d'avoir une incidence sur des aspects politiquement sensibles et juridiquement complexes propres aux deux institutions, en particulier le libre exercice du mandat des députés au Parlement européen et la compétence des États membres à présider le Conseil en vertu du droit national »²⁵.

Après de multiples échanges, la Commission, le Conseil et le Parlement ont finalement opté, dans le nouvel accord, pour le principe de conditionnalité, faisant de l'inscription dans le registre de transparence une condition préalable et obligatoire à l'entretien de liens avec leurs membres ou leurs agents²⁶.

Cependant la couverture – champ d'application – *rationae personae* (A) et *rationae materiae* (B) de cet accord apparaît, à plusieurs égards, limitée, rendant son encadrement – et par là même sa légitimité – illusoire.

16. Pour un bref historique de l'encadrement du *lobbying* au niveau de l'Union : cf. V. de Beaufort, *Du lobbying au E-lobbying*, préc., spéc. p. 38-39. Pour un bref historique de l'encadrement général du *lobbying* : cf. M.L. Basilien-Gainche, « La régulation des stratégies politiques des acteurs économiques : comment promouvoir un *lobbying* responsable ? », *RAE* 2009-2010, n° 3, p. 535-553.

17. V. de Beaufort, *Du lobbying au E-lobbying*, préc., spéc. p. 38.

18. *Ibid.*

19. Accord entre le Parlement européen et la Commission européenne sur le registre de transparence pour les organisations et les personnes agissant en qualité d'indépendants qui participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne, *JOUE*, L. 277, 19 sept. 2014, p. 11-24, ci-après « accord de 2014 ».

20. Accord de 2021.

21. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., spéc. p. 129 et 132-133.

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, p. 132.

25. *Ibid.*, p. 132-133.

26. Art. 5, § 1 et 6, § 1, de l'accord de 2021.

A. Une couverture rationae personae limitée

L'obligation d'inscription sur le registre de transparence voit son champ d'application personnel doublement circonscrit. Elle ne vaut que pour rencontrer certains agents européens (1) et ne s'applique qu'à certaines catégories de *lobbyistes* (2).

1. Une approche restrictive des agents européens concernés

L'accord de 2021 « couvre les activités exercées par les représentants d'intérêts dans le but d'influencer l'élaboration ou la mise en œuvre des politiques ou de la législation, ou les processus décisionnels des institutions signataires ou d'autres institutions, organes et organismes de l'Union »²⁷. Néanmoins, il ne précise pas les agents des institutions signataires auquel l'accès est conditionné. Il laisse à celles-ci le choix de déterminer les membres de leur personnel concernés « par voie de décisions individuelles sur le fondement de leurs pouvoirs d'organisation interne »²⁸.

En l'absence d'indication, ces institutions auraient pu choisir de retenir une appréciation extensive de l'accord, en conditionnant par une inscription sur le registre de transparence l'accès à tous leurs membres : représentants, personnel dirigeant mais aussi exécutant. Ce n'est – malheureusement ? – pas le choix suivi.

Les rencontres avec les commissaires européens, les membres de leur cabinet ainsi qu'avec les députés européens et leurs assistants nécessitent un enregistrement²⁹. On note, néanmoins, une différence de formulation. Tandis que les commissaires « ne rencontrent que » des *lobbyistes* enregistrés, les députés européens « ne devraient rencontrer que » des *lobbyistes* enregistrés. L'emploi du conditionnel relativise le caractère obligatoire de l'inscription sur le

registre. Preuve en est, le Parlement n'applique pas le principe de conditionnalité aux réunions individuelles avec les députés ou les agents³⁰.

L'enregistrement est également requis s'agissant de l'organisation de réunions avec les décideurs de haut rang hiérarchique du Conseil et de la Commission – secrétaire général, directeurs généraux ou chefs de service³¹. On regrette que cette obligation ne vaille pas pour ceux du Parlement³². On déplore également que les directeurs généraux adjoints et tous les agents qui leur sont hiérarchiquement inférieurs puissent, quant à eux, rencontrer librement des *lobbyistes*, ces agents formant pourtant l'immense majorité du personnel de l'Union³³. Tout au plus, ces agents sont « encouragés à vérifier si les *lobbyistes* figurent bien dans le registre de transparence de l'UE avant d'accepter de les rencontrer »³⁴.

Cette approche restrictive est également retenue pour les *lobbyistes* concernés par l'enregistrement.

2. Une approche restrictive des *lobbyistes* concernés

Prima facie, l'accord de 2021 retient une approche extensive de la figure du *lobbyiste* y regroupant toutes les organisations qui ont pour « but d'influencer l'élaboration ou la mise en œuvre des politiques ou de la législation, ou les processus décisionnels des institutions signataires ou d'autres institutions, organes et organismes de l'Union »³⁵. Elle ne fait aucune distinction entre les intérêts en présence – objectifs privés, publics ou collectifs – ou le poids financier des *lobbyistes*.

Cette large définition adoptée par l'Union a l'avantage d'englober un très grand nombre de représentants. *A contrario*, en 1992, la Commission distinguait, d'une part, « les organisations sans but lucratif (associations/fédérations européennes et (inter)nationales) » et, d'autre part,

27. Art. 3, § 1, de l'accord de 2021.

28. Art. 5, § 1, de l'accord de 2021. Seule une référence est faite dans l'accord aux « représentants » de ces institutions ou à leur « personnel » : cf. l'art. 4, paragraphe 1. d), de l'accord de 2021.

29. Art. 7, § 1, de la décision de la Commission, du 31 janv. 2018 relative à un code de conduite des membres de la Commission européenne (2018/C 65/06), *JOUE*, C. 65, 21 févr. 2018, p. 7-20; Art. 7, § 1, de l'Annexe I « code de conduite des députés au Parlement européen en matière d'intégrité et de transparence », du règlement intérieur du Parlement européen (version 2023).

30. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., spéc. p. 20.

31. *Ibid.*, p. 22.

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*, p. 21.

35. Art. 3, § 1, de l'accord de 2021.

celles « à but lucratif (conseillers juridiques, agences de relations publiques, consultants) »³⁶. Certains États font même échapper à la définition de *lobbyistes*, les représentants d'organisations à but non lucratif³⁷.

Sans retenir cette dernière approche, l'appréciation extensive des *lobbyistes* retenue par l'accord de 2021 pourrait être complétée par une catégorisation plus précise de ceux-ci. Cette classification pourrait se faire selon le caractère lucratif ou non de leurs activités ou selon les intérêts qu'ils défendent, en plaçant d'un côté les *lobbyistes* représentant les intérêts exclusifs de leurs membres et de l'autre ceux qui se font les défenseurs d'intérêts plus généraux, intéressant la société dans sa globalité – défense des consommateurs, de l'environnement, des droits fondamentaux, etc. Une telle catégorisation permettrait sans doute d'identifier plus facilement, ou plus rapidement, les pratiques douteuses, déloyales et nuisibles à la sincérité du débat public. Sans aller jusqu'à poser une présomption de trafic d'influence sur les uns, ou à l'inverse, une présomption de *lobbying* éthique sur les autres, cela amènerait peut-être les institutions signataires à renforcer leurs contrôles sur certains. Un évènement récent tend, toutefois, à relativiser l'intérêt d'une telle classification. L'affaire du *Qatargate* aurait été orchestrée par un ancien eurodéputé socialiste italien, par l'intermédiaire d'une organisation non gouvernementale « *Fight impunity* »³⁸. Cette dernière aurait servi de plateforme pour permettre la circulation de l'argent sale³⁹.

Par ailleurs, l'article 4, § 2 ne pose aucune obligation d'enregistrement pour les organes suivants : « a) les pouvoirs publics des États membres, y compris leurs représentations permanentes et leurs ambassades, au niveau national et infranational; b) les associations et

réseaux de pouvoirs publics, au niveau infranational, national et de l'Union, pour autant qu'ils agissent exclusivement pour le compte des pouvoirs publics concernés; c) les organisations intergouvernementales [...]; d) les autorités publiques de pays tiers, y compris leurs missions diplomatiques et ambassades [...]; e) les partis politiques [...]; f) les églises et associations ou communautés religieuses ainsi que les organisations philosophiques et non confessionnelles ».

Une telle recension réduit sensiblement le champ d'application personnel de l'accord de 2021.

Pour la première exemption, le terme « pouvoir public », dispose visiblement d'une signification plus large que le terme « service gouvernemental », employé par l'accord de 2014⁴⁰. Outre les administrations centrales et décentralisées, relèvent de cette catégorie « les autorités réglementaires nationales et les autorités administratives indépendantes instituées par les États membres »⁴¹. Cela diffère du précédent accord qui déclarait que les « autorités publiques au niveau sous-national [inférieures à l'échelon régional] telles que les autorités locales ou municipales ou les villes, ou leurs bureaux de représentation, associations ou réseaux, [étaient] censés s'enregistrer »⁴². Bien que la modification de 2021 ait pour mérite de rationaliser le régime applicable à l'ensemble des autorités publiques, elle diminue la portée de l'accord de 2014. Le même reproche peut être formulé à l'encontre de l'exclusion de l'ensemble « des autorités publiques de pays tiers », alors que l'accord de 2014 ne faisait référence qu'aux « gouvernements de pays tiers »⁴³. Cette réduction du champ d'application de l'accord de 2021 se comprend d'autant moins que le *Qatargate* a été en partie organisé par des représentants qataris et marocains⁴⁴.

36. A.-M. Tournepeche, « Vers de nouveaux champs d'application pour la transparence administrative en droit communautaire », préc., p. 630.

37. Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, *La régulation du lobbying au Québec* 7 mars 2022, disponible sur : hatvp.fr.

38. V. Ledroit, « *Qatargate* : tout comprendre au scandale de corruption qui touche le Parlement européen », préc.

39. *Ibid.*

40. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 129.

41. *Ibid.*, p. 129.

42. § 17 de l'accord de 2014.

43. § 15 de l'accord de 2014.

44. V. Ledroit, « *Qatargate* : tout comprendre au scandale de corruption qui touche le Parlement européen », préc.

En sus du champ d'application personnel de l'accord de 2021, celui matériel se trouve, lui aussi, limité.

B. Une couverture rationae materiae limitée

L'article 3, paragraphe 2, de l'accord de 2021 énumère l'ensemble des « activités couvertes », autrement dit les activités entrant dans son champ d'application. Celles-ci « comprennent entre autres : a) l'organisation de réunions, de conférences ou d'événements, ou la participation à ceux-ci, ainsi que l'établissement de contacts similaires avec les institutions de l'Union; b) la contribution ou la participation à des consultations, des auditions ou d'autres initiatives similaires; c) la mise sur pied de campagnes de communication, de plateformes, de réseaux et d'initiatives de terrain; d) l'élaboration ou la commande de documents d'orientation et de prises de position, d'amendements, de sondages et d'enquêtes d'opinion, de lettres ouvertes ou d'autres matériels de communication ou d'information, ainsi que la commande et la réalisation de travaux de recherche ».

Son champ d'application *rationae materiae* en ressort, à première vue, particulièrement large. Il retient une « approche ouverte et flexible du *lobbying* en tant que phénomène complexe et protéiforme »⁴⁵.

Pourtant, ce champ d'application *rationae materiae* s'avère *in fine* limité. Les institutions signataires n'exigent l'inscription que pour un nombre restreint d'activités (1) et de nombreuses autres sont expressément exclues par l'accord lui-même (2).

1. Une approche restrictive des activités concernées

L'inscription au registre de transparence de l'Union ne vaut pas pour l'ensemble des activités de *lobbying* mentionnées mais uniquement pour certaines d'entre elles, ce choix étant laissé à l'appréciation des trois institutions signataires⁴⁶.

L'enregistrement pour les réunions programmées avec leurs membres est obligatoire pour les trois institutions signataires⁴⁷. En sus, la Commission requiert l'enregistrement pour la participation à ses groupes d'experts⁴⁸. Le secrétariat général du Conseil réclame l'enregistrement pour la participation à ses séances d'information thématiques et à ses manifestations publiques, étant précisé que seuls les orateurs, et non l'ensemble des participants, sont visés par l'obligation d'enregistrement⁴⁹. Le Parlement exige un enregistrement pour un nombre plus large d'activités parmi lesquelles : la participation à ses intergroupes et autres groupements non officiels ou à ses événements – uniquement lorsque le représentant y est un invité actif –, la prise de parole lors des auditions organisées par ses commissions et l'obtention d'un badge d'accès de longue durée à ses locaux⁵⁰.

En conséquence, un trop grand nombre d'activités, qui étaient pourtant mentionnées à l'article 3, paragraphe 1, de l'accord de 2021, échappe à l'obligation d'enregistrement. À celles-ci s'ajoutent des activités expressément exclues par l'accord.

2. Une approche extensive des activités exclues

L'article 4, paragraphe 1, de l'accord de 2021 soustrait certaines activités exercées par les *lobbyistes* à l'obligation de s'enregistrer.

Sont, tout d'abord, mentionnées : « les activités de conseil juridique et autres activités de conseil professionnel lorsqu'il s'agit : i) d'une représentation de clients dans le cadre d'une procédure de conciliation ou de médiation [...]; ii) de conseils prodigués à des clients en vue de les aider à s'assurer que leurs activités sont conformes au cadre légal existant; ou iii) d'une représentation de clients et de la protection de leurs droits fondamentaux ou procéduraux, [...] »⁵¹.

Par de telles précisions, l'accord de 2021 refuse d'accorder une exemption générale aux

45. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 127.

46. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 26.

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. Art. 4, § 1.a), de l'accord de 2021.

avocats. Cela est louable. Néanmoins, il est parfois difficile de tracer une limite claire entre la défense juridique des clients et le phénomène de « *lobbying* juridique »⁵².

Est également exclue du champ d'application de l'accord « la présentation d'observations en tant que partie ou tiers dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative instituée par le droit de l'Union ou par le droit international applicable à l'Union »⁵³. Cette exclusion se rapporte en grande majorité aux décisions individuelles prises par la Commission, dans les affaires de concurrence, d'aide d'État et de commerce⁵⁴. S'y ajoutent les décisions de surveillance bancaire prises par la Banque centrale européenne, dans le cadre du mécanisme de surveillance unique. On comprend aisément que les organisations ne puissent pas « être considérée[s] comme exerçant une pression (un "*lobbying*") sur la Commission [ou sur la BCE] en participant à des réunions, en présentant des observations écrites ou en procédant à d'autres échanges dans ce contexte de procédure formelle »⁵⁵. Telle est également la raison pour laquelle échappe à l'accord la présentation « d'observations sur le fondement d'une relation contractuelle avec l'une des institutions signataires ou d'une convention de subvention financée par des fonds de l'Union »⁵⁶, « puisque ceux-ci présentent essentiellement des observations ou procèdent à d'autres interactions avec les institutions, que ce soit par voie directe ou *via* un intermédiaire légalement mandaté, en vue de remplir leurs obligations contractuelles »⁵⁷.

L'accord de 2021 ne couvre pas non plus « les activités des partenaires sociaux agissant en tant

que participants au dialogue social »⁵⁸. Après plusieurs demandes de précisions de la part des organisations patronales et syndicales, les institutions signataires ont retenu une appréciation large de cette participation y rattachant l'ensemble des « discussions, consultations, négociations et actions conjointes prévues et institutionnalisées faisant intervenir des partenaires sociaux au niveau de l'Union »⁵⁹.

Ne rentrent pas dans le champ d'application de l'accord « les observations présentées en réponse à des demandes directes et spécifiques de l'une des institutions de l'Union, de ses représentants ou de son personnel, en vue d'obtenir des informations factuelles, des données ou une expertise concrètes »⁶⁰. À l'instar d'autres auteurs, on peut regretter l'imprécision, si ce n'est l'ambiguïté, d'une telle exemption, « la réponse à la question de savoir qui a pris l'initiative de la relation et de l'activité [pouvant] se révéler bien complexe »⁶¹. Ainsi, « on pense aux *lobbies* entretenant des rapports étroits avec les services de la Commission, qui sont fréquemment invités à participer à des comités, des auditions, des groupes d'experts, et qui peuvent ainsi exclure toutes les activités afférentes de leur déclaration sur le registre des représentants d'intérêts »⁶².

Sont enfin exclues « les activités exercées par des personnes physiques agissant à titre strictement personnel et non en association avec d'autres »⁶³ et « les réunions spontanées, les réunions de nature strictement privée ou sociale et les réunions se tenant dans le cadre d'une procédure administrative instituée par le traité sur l'Union européenne ou le traité sur le fonc-

52. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 127.

53. Art. 4, § 1.b), de l'accord de 2021.

54. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 128.

55. *Ibid.*

56. Art. 4, § 1.b), de l'accord de 2021.

57. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 128.

58. Art. 4, § 1.c), de l'accord de 2021.

59. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 129.

60. Art. 4, § 1.d), de l'accord de 2021.

61. M.-L. Basilien-Gainche, « La régulation des stratégies politiques des acteurs économiques : comment promouvoir un *lobbying* responsable ? », préc., p. 543.

62. *Ibid.*

63. Art. 4, § 1.f), de l'accord de 2021.

tionnement de l'Union européenne, ou par des actes juridiques de l'Union »⁶⁴. L'exclusion des réunions de nature strictement privée ou sociale pose question lorsque l'on sait que le médiateur européen, dans ses *Recommandations pratiques pour l'interaction des agents publics avec les représentants d'intérêts* de 2017, invite le personnel de l'Union à « [a]voir conscience que les représentations d'intérêts n'ont pas toutes lieu dans des contextes officiels. Les rencontres non officielles et les contextes sociaux peuvent également être le théâtre de *lobbying* »⁶⁵. L'exclusion des réunions spontanées se comprend encore moins puisque puisqu'elle laisse la possibilité aux *lobbyistes* d'influencer les décideurs européens en recourant à des entretiens ou à toutes autres formes d'interactions dès lors qu'ils ne sont pas programmés – conversations téléphoniques, échanges de courriels, rencontres imprévisibles, etc.⁶⁶. Les institutions signataires devraient *a minima* publier *a posteriori* des informations sur les réunions non prévues à l'avance avec des *lobbyistes*⁶⁷. Cela n'empêcherait pas les *lobbyistes* de contourner l'obligation d'enregistrement mais favoriserait la transparence. Cela pourrait aussi être pris en compte lors d'une demande future d'enregistrement d'un *lobbyiste*.

À l'illusion de l'encadrement, s'ajoute l'illusion de l'effectivité.

II. L'illusion de l'effectivité

Les attermoissements qui ont précédé l'adoption de l'accord de 2021 expliquent sans doute la faible portée de l'obligation d'enregistrement des *lobbyistes* dans le registre de transparence. Celle-ci est limitée quant à sa normativité (A) et à son institutionnalisation (B).

A. Une normativité limitée

Pour encadrer le *lobbying*, la Commission, le Conseil et le Parlement ont fait le choix d'adopter des actes juridiques hors nomenclatures. Ils ont pris la forme d'un accord interinstitutionnel (1) ainsi que d'un code de conduite (2) dont on peut contester leur force normative respective.

1. Une faible normativité de l'accord de 2021

L'accord de 2021 est fondé sur l'article 295 du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE), qui permet aux institutions de l'Union d'« organiser [r] d'un commun accord les modalités de leur coopération », lequel « peu[t] revêtir un caractère contraignant ». Si l'article 15, paragraphe 1, de l'accord de 2021 affirme que « le présent accord revêt un caractère contraignant pour les institutions signataires », on peut en douter. L'analyse de la formulation et du contenu de cet accord ne plaide pas pour son opposabilité à l'égard des institutions signataires⁶⁸.

S'agissant de sa formulation, l'accord n'utilise jamais de verbe impératif et recourt même régulièrement au conditionnel⁶⁹.

S'agissant de son contenu, une grande marge d'appréciation est laissée aux institutions signataires⁷⁰. Ainsi qu'il a été relevé dans la première partie de cette contribution, les institutions signataires peuvent régulièrement moduler le champ d'application de l'accord de 2021. Ce dernier « laisse toute latitude aux institutions signataires pour définir les activités pour lesquelles l'inscription au registre de transparence de l'UE devrait être une condition préalable, de même que la façon de mettre en œuvre ces exigences »⁷¹. Cela contraste avec le modèle

64. Art. 4, § 1.f), de l'accord de 2021.

65. Médiateur européen, *Recommandations pratiques pour l'interaction des agents publics avec les représentants d'intérêts*, 24 mai 2017, disponibles sur : ombudsman.europa.eu.

66. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 24.

67. *Ibid.*, p. 46.

68. Afin de reconnaître le caractère opposable – ou non – d'un accord interinstitutionnel à ses institutions signataires, la Cour de justice de l'Union retient un critère matériel. Elle se réfère à la volonté des auteurs de l'accord. Plus concrètement, elle analyse la formulation et le contenu de l'accord : cf. P.-Y. Monjal, « La transparence des lobbies ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », préc., p. 23.

69. Considérants 8, 9, 11 à 16 de l'accord de 2021.

70. Art. 5, § 1, de l'accord de 2021.

71. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 17.

nord-américain composé de 500 pages de réglementation particulièrement précises⁷².

Plus encore, en renvoyant aux institutions signataires la faculté de « mett[re] en œuvre [l'accord] par voie de décisions individuelles sur le fondement de leurs pouvoirs d'organisation interne », l'article 5, paragraphe 1, de l'accord de 2021 promeut une interprétation souple de son application, autorisant les institutions signataires à adapter les règles posées à leurs besoins et spécificités propres⁷³. C'est pour la même raison que son paragraphe 2 invite les institutions signataires à adopter des « mesures de conditionnalité ou de mesures de transparence complémentaires visant à encourager l'enregistrement et à renforcer le cadre commun établi par le présent accord »⁷⁴.

Rappelons enfin que cet accord ne lie que les institutions signataires, ce que l'on peut déplorer quand on sait que les agences de l'Union interviennent sans cesse davantage dans le processus décisionnel européen. L'article 11 de l'accord permet, toutefois, aux autres institutions, organes et organismes de l'Union qui souhaitent l'appliquer, à titre volontaire, de « notifier au conseil d'administration les mesures par lesquelles ils décident de subordonner l'exercice de certaines activités à l'inscription dans le registre ou toute autre mesure de transparence complémentaire qu'ils prennent ». Le Comité économique et social européen et le Comité des régions ont fait ce choix⁷⁵. Les représentants permanents des États membres se sont, quant à eux, engagés à ne rencontrer que des *lobbyistes* inscrits sur le registre durant leur présidence tournante du Conseil de l'Union⁷⁶.

Cette faible normativité vaut aussi pour le code de conduite à destination des *lobbyistes*.

2. Une faible normativité du code de conduite

L'article 6, paragraphe 2, de l'accord de 2021 prévoit que les *lobbyistes* « sont admissibles à une inscription dans le registre s'ils [...] respectent le code de conduite qui figure à l'annexe ».

Ce code établit un ensemble de règles pour encadrer les techniques des *lobbyistes*. Trois catégories de règles déontologiques peuvent être identifiées. Les premières invitent à la transparence des *lobbyistes* quant aux intérêts et objectifs qu'ils défendent ainsi qu'aux moyens financiers qu'ils engagent pour y parvenir. Les secondes visent à leur interdire certains comportements abusifs ou malhonnêtes relatifs, notamment, à l'obtention et à la diffusion de documents officiels ou au niveau de pression exercée sur les décideurs européens. Les troisièmes tiennent à la loyauté et à la véracité des informations fournies aux décideurs européens, les *lobbyistes* ne sauraient leur transmettre des informations incomplètes, datées, inexacts ou trompeuses.

Acte de *soft law*, le code de conduite ne dispose d'aucune force contraignante. Pire, « les stratégies de contournement du code sont aisées à déployer, et en toute conformité avec lui. En clair, ce qu'il n'interdit pas (en dépit de son absence de caractère contraignant), il l'autorise selon le vieil adage libéral et très kelsénien du droit. Ainsi, lorsqu'il est indiqué que les lobbies n'obtiennent pas ou n'essaient pas d'obtenir des informations "d'une manière malhonnête ou en recourant à une pression abusive ou à un comportement inapproprié", il leur suffira alors, honnêtement bien entendu, d'obtenir des informations de manière non pressante et poliment »⁷⁷.

72. P.-Y. Monjal, « La transparence des lobbies ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », préc., p. 23-24.

73. M. Oliván Avilés et C. Sakellariou, « Le registre de transparence obligatoire : un nouveau chapitre dans la réglementation de la représentation d'intérêts au sein de l'Union européenne », préc., p. 133.

74. Pour l'ensemble des actions complémentaires mises en place par les trois institutions signataires : cf. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 27-29.

75. *Ibid.*, p. 10.

76. *Ibid.*, p. 11.

77. P.-Y. Monjal, « La transparence des lobbies ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », préc., p. 25.

De même, « les lobbies s’engagent à “indiquer toujours leur nom et l’entité ou les entités qu’ils représentent ou pour lesquelles ils travaillent ; déclarent les intérêts, objectifs ou finalités promus et, le cas échéant, spécifient les clients ou les membres qu’ils représentent”. De manière certaine ils le feront ; du moins dans ce qu’ils nous donneront à voir »⁷⁸.

De plus, des tests entrepris par la Cour des comptes européenne ont révélé que « des personnes enregistrées financées par des tiers (par exemple des ONG) risquaient d’être en mesure de contourner l’obligation de divulgation d’informations financières à cet égard en déclarant qu’elles représentent seulement leurs propres intérêts ou les intérêts collectifs de leurs membres. Environ un tiers de celles qui se sont identifiées comme faisant partie de la catégorie “Organisations non gouvernementales, plateformes, réseaux et assimilés” (soit 1 207 sur 3 529) ont ainsi déclaré promouvoir leurs propres intérêts ou les intérêts collectifs de leurs membres, et n’ont donc pas divulgué les soutiens financiers et les financements perçus »⁷⁹.

La portée contraignante de ce code est d’autant plus limitée que son non-respect entraîne au maximum une radiation – allant de 20 jours ouvrables à deux ans⁸⁰. Aucune autre sanction n’est prévue, comme l’infliction d’amendes – pourtant très répandues en la matière⁸¹. Si cela s’explique par le fait que l’accord de 2021 n’est pas un acte législatif et ne peut donc prévoir de sanctions pour les *lobbyistes* –, « [en] termes juridiques, cela signifie que les obligations qui pèsent sur eux relèvent du simple engagement moral et que les sanctions qu’ils risquent d’en courir sont assez hypothétiques, même si toute personne – qui sera bien en peine d’en administrer la preuve – peut déposer une plainte en remplissant un formulaire spécifique démontrant

le non-respect dudit code »⁸². *A contrario*, aux États-Unis les *lobbyistes* ayant failli à leurs obligations déontologiques s’exposent à une peine allant de 200 000 dollars d’amende à cinq ans d’emprisonnement⁸³.

Cette faible normativité se double d’un manque d’institutionnalisation.

B. Une institutionnalisation limitée

L’accord de 2021 a établi une structure de gouvernance à deux niveaux comprenant un conseil d’administration et un secrétariat. Néanmoins, cette structure manque de formalisme (1) et d’efficacité opérationnelle (2).

1. Un manque de formalisme

Composé des secrétaires généraux des institutions signataires, le conseil d’administration supervise la mise en œuvre globale de l’accord, définit les priorités annuelles et les prévisions budgétaires, donne des instructions générales au secrétariat et adopte le rapport annuel⁸⁴. Le secrétariat assiste le conseil d’administration et assure la gestion quotidienne de la base de données et du site internet public du registre de transparence. Pour cela, il établit des lignes directrices destinées aux personnes enregistrées pour garantir une application cohérente du présent accord, prend des décisions individuelles concernant les *lobbyistes* – admissibilité sur le registre, radiation de celui-ci, contrôle de la qualité des données transmises, enquête –, mène des procédures administratives sur la base de plaintes ou de sa propre initiative, assure la maintenance de son site internet, offre un service d’assistance et mène des actions de sensibilisation et d’autres activités de communication⁸⁵. Précisons qu’avant l’accord de 2021, les *lobbyistes* étaient inscrits sur le registre de transparence de l’Union aussitôt après avoir présenté leur demande⁸⁶. Ils apparais-

78. *Ibid.*

79. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 40.

80. *Ibid.*, p. 18.

81. M.-L. Basilien-Gainche, « La régulation des stratégies politiques des acteurs économiques : comment promouvoir un *lobbying* responsable ? », préc., p. 545-546.

82. P. Monjal, « La transparence des lobbies ou l’habit neuf en forme de cape d’invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d’un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l’activité de *lobbying* », préc., p. 12-13.

83. M.-L. Basilien-Gainche, préc., p. 545-546.

84. Art. 7 de l’accord de 2021.

85. Art. 8 de l’accord de 2021 et CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 31.

86. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 35.

saient dès lors immédiatement sur le site internet du registre⁸⁷. Depuis son adoption, le secrétariat établit leur admissibilité avant qu'ils puissent être inscrits au registre⁸⁸.

Dans l'accord de 2021, les institutions signataires se sont engagées à organiser le secrétariat sous la forme d'une « structure opérationnelle commune », « composé[e] des chefs d'unité, ou équivalents, chargés des questions de transparence dans chaque institution signataire [...] et de leur personnel respectif »⁸⁹. Plus concrètement, ce secrétariat est composé de groupes de fonctionnaires des institutions signataires⁹⁰. Cependant, aucune équipe dédiée n'est affectée au secrétariat⁹¹. Cette absence peut être déplorée étant donné que le secrétariat a estimé qu'en 2022 ses missions avaient occupé dix équivalents temps plein⁹².

Les missions du secrétariat sont réparties entre les institutions signataires en fonction d'un certain nombre de critères, tels que la nature de la tâche et son adéquation avec l'activité de l'institution⁹³. Certaines autres missions sont attribuées en fonction de la disponibilité du personnel dans les trois institutions⁹⁴. On ne peut que regretter que les institutions n'aient pas formalisé entre elles l'organisation de leurs travaux quotidiens dans un règlement intérieur.

Le manque de formalisme du secrétariat explique peut-être en partie son manque d'efficacité opérationnelle.

2. Un manque d'efficacité opérationnelle

Il va sans dire que l'adoption de l'accord de 2021 a renforcé les contrôles effectués par le secré-

ariat sur les *lobbyistes*. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les rapports annuels sur le fonctionnement du registre, publiés depuis 2016⁹⁵. En 2022, le secrétariat a, par exemple, contrôlé un nombre total de 6 816 entités qui ont demandé l'enregistrement ou étaient déjà inscrites au registre de transparence, soit plus du double du nombre de contrôles effectués l'année précédente⁹⁶.

Cependant des carences subsistent. La Cour des comptes européenne l'a révélé dans un rapport de 2024. En opérant des tests sur l'ensemble des *lobbyistes* inscrits dans le registre de transparence, des insuffisances ont été décelées quant à la transparence des *lobbyistes* – manques ou absences d'informations sur les coûts annuels des activités de *lobbying*, sur les intérêts représentés, et ce bien que l'accord de 2021 rende leur présentation obligatoire⁹⁷. De plus, un nombre important de données déclarées par les *lobbyistes* sur les subventions qu'ils reçoivent de l'Union n'apparaissaient pas cohérentes avec celles figurant dans le système comptable de la Commission⁹⁸. Enfin, des tests plus poussés entrepris sur un nombre réduit de *lobbyistes* – 100 – ont révélé que, pour trois des *lobbyistes*, avaient été identifiés des « problèmes de qualité des données des personnes enregistrées, à savoir la non-déclaration d'informations financières et autres sur leurs clients, une description insuffisamment détaillée des intérêts, ainsi qu'une incohérence entre le budget et les ressources humaines consacrés au *lobbying* »⁹⁹. Depuis 2012, 60 % des contrôles aléatoires effectués par le secrétariat constatent des don-

87. *Ibid.*

88. *Ibid.*, p. 36.

89. Art. 8, § 1 et 2, de l'accord de 2021.

90. P. Monjal, « La transparence des lobbies ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », préc., p. 21.

91. CCE, *Rapport spécial sur le registre de transparence*, préc., p. 31.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. Pour l'ensemble de ces rapports : cf. Parlement européen, « Groupes de pression et transparence », disponible sur : europa.eu.

96. Conseil d'administration du registre de transparence, *Rapport annuel sur la tenue du registre de transparence présenté au Parlement européen, au Conseil de l'Union européenne et à la Commission européenne*, 2022, p. 9, disponible à l'adresse suivante : <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/transparency-and-ethics/lobby-groups/fr-annual-report-on-the-operations-of-the-transparency-register-2022.pdf>.

97. *Ibid.*, p. 39.

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*, p. 41.

nées « insuffisantes », c'est-à-dire incomplètes ou inexistantes¹⁰⁰.

L'ensemble de ces carences invitent à un renforcement – espérons le rapide – des règles relatives au *lobbying*. Rappelons qu'après le scandale du *Qatargate*, la Présidente du Parlement européen, Roberta Metsola, avait scandé : « Il n'y aura pas d'impunité. [...] Il n'y aura pas de poussière sous le tapis. [...] Nous ne ferons pas comme si de rien n'était. Nous lancerons un processus de réforme pour savoir qui a accès à nos locaux, comment ces organisations, ONG et personnes sont financées, [...] nous demande-

rons plus de transparence [...]. Il s'agit là d'un véritable défi, pour nous tous, mais je sais, je suis convaincue, qu'ensemble nous allons y arriver. [...] À ces acteurs malveillants, dans les pays tiers, qui pensent qu'ils peuvent nous acheter, qui pensent que l'Europe est à vendre, qui pensent qu'ils peuvent prendre le contrôle de nos ONG, sachez que le Parlement se dressera toujours sur votre chemin. Nous sommes des Européens. Nous préférons avoir froid que d'être achetés »¹⁰¹.

Souhaitons que ses mots ne demeurent pas lettre morte.

100. P. Monjal, « La transparence des lobbies ou l'habit neuf en forme de cape d'invisibilité des groupes de pression européens. Remarques d'un unioniste sur un objet longtemps négligé du droit public : l'activité de *lobbying* », préc., p. 29 et ensemble des rapports annuels du Parlement européen sur le fonctionnement du registre : cf. Parlement européen, « Groupes de pression et transparence », disponible sur : europarl.europa.eu.

101. R. Metsola, Communiqué de presse, « Déclaration de la Présidente Metsola sur les enquêtes en cours des autorités belges », 12 déc. 2022, disponible sur : europarl.europa.eu.

Perspectives

Droit international privé

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

Transformation d'une discipline

Bernard Audit

p. 107

Regards sur soixante ans d'évolution du droit international privé français et européen

Hélène Gaudemet-Tallon

p. 113

Re(-)présenter le droit international privé au premier quart du *xxi*^e siècle ?

Pascal de Vareilles-Sommières

et *Sarah Laval*

p. 119

Quelques réflexions prospectives

sur les évolutions du droit international privé

Hugues Fulchiron

p. 132

Perspective : L'altérité ou la double scénographie du droit international privé

Horatia Muir Watt

p. 138

Perspectives

Droit international privé

Transformation d'une discipline

Bernard Audit

Professeur émérite de l'université Paris-Panthéon-Assas

La discipline du droit international privé fut longtemps entourée d'une réputation de complexité, confinant à l'ésotérisme, en laquelle une minorité d'initiés paraissaient trouver une satisfaction intellectuelle particulière. Cela pouvait s'expliquer par son objet au premier chef d'ordre méthodologique, et donc désincarné : la recherche d'un procédé de détermination de la loi la plus indiquée pour régir une situation de droit privé se rattachant à plusieurs ordres juridiques, ou « conflits de lois dans l'espace » ; le but étant de rendre la solution d'un conflit indépendante du for saisi afin de prévenir les « solutions boiteuses », illustrées notamment par la discontinuité éventuelle de statut des personnes (capables ou non, mariées ou divorcées...) ou des actes juridiques (valides ou nuls) selon les États. Au conflit de lois furent associées en France les questions de procédure suscitées par l'éventuel contentieux : compétence des tribunaux dans les litiges internationaux, conditions de reconnaissance des jugements étrangers (le « conflit de juridictions »). Jusqu'au milieu du xx^e siècle, la matière était d'application relativement rare ; on pouvait encore observer à cette époque que les protagonistes relevaient souvent de l'un de deux groupes sociologiques contrastés : grandes fortunes cosmopolites et migrants ou personnes déplacées. Pour résoudre les questions qui s'élevaient, les tribunaux ne disposaient en matière de conflits de lois que de la disposition extrêmement succincte de l'article 3 du

Code civil, texte non seulement insuffisant mais reflétant des conceptions de l'Ancien Droit ; de même en matière juridictionnelle avec les articles 14 et 15, liant exclusivement la compétence des tribunaux français à la nationalité, et moins encore en matière de reconnaissance des jugements étrangers, auxquels l'article 2123 attachait le bénéfice de l'hypothèque judiciaire lorsqu'ils étaient déclarés exécutoires en France, sans qu'aucune disposition ne traite des conditions auxquelles ils pouvaient l'être. Il leur appartient donc de résoudre des questions que ces textes ne permettaient pas de trancher, ce qui fit de la matière un îlot jurisprudentiel au sein du droit privé français¹.

Ce contexte factuel et juridique a volé en éclats à partir de la seconde moitié du xx^e siècle, avec le développement sans précédent des échanges internationaux (biens, services et investissements) et des déplacements de personnes, liés au contexte géopolitique et aux facilités de communication nouvelles. Outre l'importance pratique acquise par la matière, il en est résulté une transformation radicale tant des sources, devenues principalement internationales et européennes (I) que du fond (II). Plus récemment, la mondialisation de la production et les innovations technologiques ont fait apparaître des questions face auxquelles la théorie traditionnelle se trouve à la peine et laissant augurer de développements nouveaux (III).

1. V. B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006. L'ouvrage constitue pratiquement un exposé complet du droit international privé français avant la transformation des sources décrite plus loin.

I. L'internationalisation et l'eupéanisation des sources

Forgé au ^{xix}^e siècle, le vocable « droit international privé » était trompeur, dans la mesure où les solutions adoptées en différents pays étaient loin d'être uniformes (d'où les oxymores de « droit international privé français » ou de « droit international privé comparé »). Pour y remédier fut instituée en 1893 la Conférence de La Haye de droit international privé, organisation permanente chargée de préparer des conventions d'unification des solutions sur une matière donnée, soumises à la ratification des États membres. Au cours de la période moderne, c'est-à-dire postérieure à la Seconde Guerre mondiale, de nombreux textes y ont été adoptés, traitant de procédure internationale et de conflit de lois dans la plupart des domaines du droit privé. La portée des secondes doit cependant être relativisée, un certain nombre de conventions n'étant pas entrées en vigueur faute de ratifications suffisantes et d'autres n'ayant été ratifiées que par un nombre restreint d'États (mais la France figure en général au nombre de ceux-ci).

Un bouleversement est intervenu par ailleurs avec l'émergence par stades successifs, dans le cadre de la Communauté, puis de l'Union, d'un droit international privé européen. Il fut d'abord adopté sous forme de conventions entre les États membres, de type traditionnel mais non ouvertes aux États tiers : sur la compétence des tribunaux et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Bruxelles, 1968), loi applicable aux obligations contractuelles (Convention de Rome, 1980). Puis, les réformes institutionnelles opérées par les traités de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1997), et de Lisbonne (2007), ont permis à l'Union européenne d'investir le champ du droit international privé par voie de règlements². Une vingtaine ont été adoptés, déjà révisés une ou deux fois. Tandis que les premiers reprenaient sous cette forme les conventions en vigueur (règlement Bruxelles I,

puis Bruxelles I *bis*, Rome I), les suivants ont porté sur des matières non précédemment abordées : obligations extra-contractuelles (Rome II), insolvabilité, protection des mineurs, décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale (Bruxelles II), successions, notification des actes à l'étranger, obtention des preuves, obligations alimentaires. La légitimité de ceux touchant au statut des personnes et de la famille est contestable et contestée au regard des compétences de l'Union, laquelle se réclame du lien des matières concernées avec la libre circulation des personnes. Quoi qu'il en soit, le résultat est bien que la majorité des questions relèvent aujourd'hui de dispositions d'origine européenne, tandis que des domaines non encore traités font l'objet d'études préparatoires (majeurs protégés, filiation). L'Union a renforcé son emprise en devenant membre de la Conférence de La Haye en 2007. Elle a ainsi ratifié des conventions de 2005 sur les accords d'élection de for et de 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale (cependant assez peu ratifiées par ailleurs³). Les textes européens conservent leur priorité dans les relations entre les États membres, sans préjudice de l'application du droit commun dans les relations avec les États extérieurs à l'UE et avec lesquels n'existe pas de convention, ce qui se traduit par l'existence en différents domaines de trois régimes distincts⁴.

Aux antipodes du droit international privé français jurisprudentiel qui s'exprimait en un nombre limité de formules ciselées par la Cour de cassation, les règlements européens comportent plusieurs dizaines de dispositions, elles-mêmes précédées de Préambules de même ampleur exposant la *ratio legis* et destinées en principe à faciliter leur application (mais dont l'autorité exacte est incertaine). De nombreux travaux universitaires se sont efforcés, sans grand succès à ce jour, de déceler des principes généraux se dégageant d'un examen transversal des instruments évoqués, qui seraient appelés à

-
2. Le premier traité instaura une « coopération judiciaire en matière civile » avec l'objectif proclamé d'un « espace européen de liberté, de sécurité et de justice », le second procéda à la communautarisation de ladite coopération (TCE, titre IV, en particulier art. 65) ; le troisième a renforcé les dispositions relatives à cet espace.
 3. Le Royaume-Uni y a cependant trouvé un expédient permettant de compenser les conséquences négatives pour lui de la sortie du système européen dans les deux domaines concernés.
 4. Cette situation a été épargnée dans les règlements européens portant sur les conflits de lois, dont les dispositions sont en général déclarées applicables « même si la loi qu'elles désignent n'est pas celle d'un État membre » ; en d'autres termes, elles deviennent le droit international privé commun des États membres.

constituer la « Partie générale » d'un futur code de droit international privé européen. À l'heure actuelle, le genre doctrinal le plus approprié semble être celui du commentaire de règlement, d'autant que chacun est étoffé, ou est appelé à l'être, de décisions d'interprétation de la Cour de justice, à laquelle cette tâche a été confiée afin de préserver l'unité du droit. Saisie par voie de questions préjudicielles émanant des juridictions nationales supérieures, la Cour ne juge pas au fond le litige ayant suscité la question mais se borne à formuler une interprétation des textes sur le point indiqué. Contrairement à ce que l'on aurait pu attendre du caractère extrêmement détaillé des différents instruments, ces recours se multiplient (on compte plus de 350 décisions de la Cour portant sur la compétence des tribunaux et la reconnaissance des décisions selon la Convention de Bruxelles et les règlements qui lui ont succédé), tendance qui s'est accentuée avec l'accroissement du nombre des États membres. L'opportunité des questions soumises est parfois discutable, et le soin apporté par la Cour à ne pas aller au-delà de l'interprétation abstraite des textes laisse parfois subsister des incertitudes sur la manière de statuer au fond.

La prolifération des règles européennes pouvait faire penser à l'étiollement d'un droit international privé national. A cependant été entreprise en 2018 la rédaction d'un code de droit international privé français, débouchant sur un projet en mars 2022⁵. Cette initiative a été justifiée par l'incomplétude du droit européen (mariage, filiation, statut réel, sociétés...), cependant appelée à s'éteindre avec la pratique européenne des plans quinquennaux en matière de législation ; mais aussi par l'articulation nécessaire du droit national avec les normes européennes dans un but de synergie et le souci de renforcer la prévisibilité du droit en consolidant les solutions acquises tout en leur apportant différentes précisions, améliorations et compléments. L'opportunité de la démarche, indépendamment même des solutions proposées, est cependant contestée.

II. Transformations de fond

Une évolution dans la technique des conflits de lois s'est progressivement dessinée, altérant sa

fonction traditionnelle de droit de classement. On pouvait encore, il y a quelques décennies, définir l'objet de la discipline par la recherche de la justice *conflictuelle*, consistant à désigner la loi la plus proche de la situation multinationale, cet objet s'épuisant avec cette désignation, opposée à la justice *matérielle*, confiée à la loi désignée prenant le relais. Cette désignation procédait normalement de la mise en œuvre d'une règle de conflit, enchaînant une qualification et un rattachement (« la loi applicable au délit est la loi du lieu de sa survenance »). Les règles de conflit se caractérisaient par leur neutralité, en ce qu'elles mettaient sur le même plan, au départ du raisonnement, la loi du tribunal saisi et les lois étrangères, et elles étaient indifférentes à leur contenu. Cette opposition s'est fortement estompée avec le développement, dans les systèmes nationaux et dans les instruments supranationaux de règles dites « à coloration matérielle », parce que visant à favoriser un résultat substantiel privilégié dans la matière considérée, tel que la validation d'un acte (forme du testament, reconnaissance d'enfant) ou l'intérêt d'une partie réputée faible (enfant, créancier d'aliments, salarié, consommateur). À cette fin, la règle ouvre à la partie privilégiée la possibilité d'invoquer l'un de deux ou plusieurs rattachements (dont un conduira le plus souvent à la loi du for, qui consacre la politique favorisée).

Une autre évolution notable est l'extension du domaine de l'autonomie de la volonté, permettant aux intéressés de résoudre eux-mêmes le conflit de lois en leur offrant le choix de la loi applicable. Depuis longtemps reconnue en matière de contrats et de régime matrimonial, cette faculté s'est étendue en matière personnelle, y inclus les successions (libre choix du testateur entre la loi de sa nationalité et celle de sa résidence, ou dernière résidence habituelle) et même, entre professionnels, de responsabilité extra-contractuelle (règlement Rome II). En droit des sociétés, la jurisprudence de la CJUE refoule le critère du siège social (entendu comme le siège réel) au profit de celui de l'incorporation, ce qui consacre indirectement le choix discrétionnaire de la *lex societatis* par les fondateurs. En matière de règlement des litiges, les clauses attributives de juridiction, jadis vues avec défaveur en

5. Projet de code de droit international privé français, Rapport du groupe de travail présidé par J.-P. Ancel, mars 2022.

tant que faisant dépendre la compétence des tribunaux de volontés privées, ont été encouragées à partir de la Convention de Bruxelles et font aujourd'hui l'objet de la convention de La Haye de 2005 précitée : l'avantage leur a été reconnu de prévenir les contestations sur la compétence juridictionnelle ainsi que l'ouverture de procédures concurrentes par les parties dans des États différents, génératrices de décisions contradictoires. Dans le même temps, l'arbitrage, par lequel les parties évincent la compétence des juridictions étatiques, connaît un développement exponentiel à l'échelle internationale parallèlement à sa consécration par des nombreux systèmes qui n'y étaient pas favorables⁶. Volontiers présenté aujourd'hui comme le mode ordinaire de règlement du contentieux commercial international, cette affirmation vaut surtout pour les contrats les plus importants, négociés avec la participation de juristes et pouvant justifier les frais associés à une procédure privée si elle vient à être mise en œuvre.

S'agissant des jugements étrangers, le souci de ne pas consacrer des situations boiteuses s'est traduit par un assouplissement progressif des conditions de reconnaissance qui avaient été formulées (au nombre de cinq) en 1964 par un arrêt de la Cour de cassation (*Munzer*) empruntant la forme d'un arrêt de règlement. Étant donné la persistance des divergences de solution des conflits de lois d'un système à l'autre, a été abandonnée la condition qu'ait été appliquée dans la décision étrangère la loi désignée par le règlement de conflit français, jugée inutilement exigeante. Auparavant, le contrôle de la compétence (dite « indirecte ») du juge étranger était venu à être exercé en droit commun selon le critère souple de « liens suffisants » avec le litige, essentiellement destiné à s'opposer à un *forum shopping* caractérisé. Appliqué aux jugements, ce régime, comme on l'a vu, est devenu d'application marginale au regard du droit européen et conventionnel. Mais transposé à la reconnaissance des actes publics étrangers en général, en particulier non décisionnels, il est lui-même remis en cause par une doctrine dite de la « reconnais-

sance des situations », notamment familiales, consacrées par un acte étranger. Inspirée par le sentiment que la liberté liée à la mobilité des personnes ne doit pas être compromise par des contrôles pouvant l'entraver, elle ne conserverait que la condition d'absence de contrariété de l'acte étranger à l'ordre public de l'État de reconnaissance. Sous cette forme extrême, elle consacre pratiquement le choix par les individus de la loi qu'ils consentent à se voir appliquer. Le projet de code de droit international privé porte la trace de la doctrine de la reconnaissance, mais sous une forme modérée⁷. L'enjeu de politique législative sous-jacent est illustré par la question, apparue il y a une quinzaine d'années, de la reconnaissance des maternités de substitution constituées à l'étranger : la doctrine de la reconnaissance tend à imposer celle de l'acte d'état civil dressé à l'étranger en tant que tel, alors que l'approche traditionnelle, portant sur le fond, ménage la politique législative de l'État de reconnaissance lorsqu'elle s'oppose au mode de constitution de la filiation. La Conférence de La Haye a constitué un groupe de travail sur la filiation / gestation pour autrui et un règlement européen sur la filiation est en préparation. Faisant droit à l'opinion que « si vous êtes parent dans un pays vous être parent dans tous les pays » (indépendamment donc du mode de procréation de l'enfant), le règlement instaurerait un certificat européen de filiation (sur le modèle du certificat d'héritier institué par le règlement sur les successions) assurant la reconnaissance de celle-ci. Le projet français consacrerait la position la plus permissive sur ce point.

Une autre évolution marquante est l'appréciation des solutions de conflit de lois – règles de conflit elles-mêmes ou résultat de leur application – au regard des droits fondamentaux, sur le fondement de la hiérarchie des normes. Ce contrôle amène à reléguer au second plan la coordination des lois nationales en imposant au fond une solution différente de celle à laquelle conduit le raisonnement de droit international privé. Dans le même temps, les dispositions invoquées, en particulier la non-discrimination et le

6. La Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales assure celle-ci dans 160 États environ.

7. « Exceptionnellement, une situation constituée ou constatée dans un acte public dressé à l'étranger, conformément au droit de cet État, avec lequel cette situation présentait des liens étroits au moment de son établissement, peut être reconnue en France, afin de respecter les prévisions légitimes des parties, et sous réserve de sa conformité à l'ordre public international » (article 5). V. cependant *infra*.

respect de la vie familiale, sont interprétées extensivement par la CEDH ce qui étend la portée du contrôle. Il en est de même dans le cadre du droit de l'Union européenne, dont la suprématie est invoquée par la CJUE pour imposer des solutions dérogoires au droit international privé au titre du respect des libertés économiques et de la réalisation du marché intérieur, au fonctionnement duquel la diversité des lois est susceptible d'être considérée comme une « entrave ». Un contrôle de proportionnalité est alors exercé entre le droit invoqué et le motif élevé contre sa reconnaissance. C'est ainsi qu'au titre de la libre circulation des personnes et de la non-discrimination certaines solutions débordent la sphère économique pour affecter le statut des personnes (nom, statut matrimonial)⁸; ou qu'a été imposé, afin de donner plein effet à la liberté d'établissement, de reconnaître une société valablement constituée dans un État membre nonobstant le fait qu'elle n'y exercerait aucune activité et même que son activité principale voire exclusive serait dans l'État de reconnaissance. En matière de compétence des tribunaux, de la procédure mise en œuvre devant eux et de reconnaissance des décisions étrangères, un contrôle des solutions nationales est exercé sur le fondement de l'article 6 de la CESDH garantissant le droit à un procès équitable.

La multiplication des contacts avec les pratiques procédurales étrangères, notamment de *common law*, se traduit par une certaine ouverture dans l'intérêt des relations économiques internationales. Ont été créées au sein du tribunal et de la cour d'appel de Paris des chambres commerciales internationales et a été rédigé un protocole de procédure auquel les parties se soumettent par adhésion; il permet une application plus souple des règles de procédure civile françaises, notamment en matière de preuve et de conduite des débats (autorisée en anglais). En jurisprudence, la notion d'*estoppel* a été consacrée par certaines décisions françaises. D'autres, donnant effet à un jugement étranger nonobstant une action en France antérieurement inten-

tée sur le même litige, peuvent s'interpréter comme un début d'admission (indirecte) de l'exception de *forum non conveniens*, le for étranger étant considéré *a posteriori* comme aussi bien, sinon mieux, désigné que ne l'aurait été le for français pour statuer sur le litige. Le développement dans un certain nombre d'ordres juridiques de la pratique des *anti-suit injunctions*, faisant défense à un plaideur d'intenter ou de poursuivre une action devant une juridiction étrangère, suscite la question de l'effet à reconnaître à ces décisions en France, voire celle de l'opportunité d'en prononcer.

III. Sujets nouveaux

La délocalisation de la production industrielle et les innovations technologiques, au premier rang desquelles l'avènement de la civilisation numérique, ont fait naître des situations remettant en cause en certains domaines la problématique traditionnelle du droit international privé.

Dans le domaine industriel sont apparus des dommages de masse (explosion d'usine opérée par la filiale locale d'une entité multinationale), conduisant à rechercher la responsabilité de l'entreprise contrôlant le groupe dont relève l'entreprise locale. Leur amplitude a donné naissance aux actions de groupe, initiées aux États-Unis mais progressivement admises en Europe en particulier en France et soulevant la question de leur internationalisation. Ont également commencé à être invoqués des dommages de type nouveau, à forte résonance sociétale : à l'environnement, au climat, aux droits humains ou sociaux. Dans l'ordre procédural, ils soulèvent par exemple la question de la qualité pour agir d'associations en vue de la réparation de dommages causés dans des pays où de telles demandes ne sont pas nécessairement possibles⁹. Au fond, l'on s'efforce d'imposer des règles de comportement aux entreprises multinationales dans les domaines évoqués, en particulier un devoir de vigilance, en vue de leur faire assumer leur responsabilité sociale. Mais les sources sont le plus souvent de

8. La Cour limite cependant parfois la reconnaissance d'un statut conféré à l'étranger à un national aux seules fins de circulation ou de séjour sans imposer celle de ses effets civils à l'État national de la personne concernée (conjoint homosexuel, enfant de deux mères).

9. Plusieurs affaires en cours soulèvent la question de la recevabilité d'actions intentées contre des entreprises françaises mettant en cause la gestion écologique de projets s'exécutant à l'étranger. V. déjà Civ. 1^{re}, 9 mars 2022, n° 20-22.444.

soft law (Principes directeurs, codes de conduite, chartes, recommandations¹⁰), c'est-à-dire dénuées d'impérativité, au détriment de leur efficacité. Un moyen de donner effet aux politiques publiques dans le contentieux de droit privé est de conférer aux demandeurs en responsabilité le choix de la loi sur le fondement de l'ubiquité du dommage, confortant le principe évoqué plus haut de faveur au demandeur¹¹, ce à quoi pourrait cependant s'opposer une condition de prévisibilité pour le défendeur. En matière juridictionnelle, se développe l'idée d'une compétence universelle en matière civile pour connaître de demandes en réparation de dommages résultant de violations graves des droits de l'homme ou de la dignité humaine lorsque la victime ne dispose pas de recours effectif dans aucun État auquel la situation se rattache.

Les communications par internet peuvent mettre en cause la vie privée, la réputation (personnes physiques et morales), la propriété intellectuelle ou industrielle, l'ordre public. La dématérialisation et l'ubiquité qui caractérisent la « toile » mettent sérieusement à l'épreuve la méthode traditionnelle de localisation des situations. Qu'il s'agisse de dommages ou de faits générateurs, celle-ci est difficilement saisissable s'agissant de messages dont la possibilité de consultation est planétaire et dont l'origine est parfois non identifiable ou non significative. La compétence pour statuer sur des demandes de réparation comme le droit applicable font effectivement l'objet d'une jurisprudence fournie, mais non stabilisée. La numérisation fait également apparaître des biens nouveaux, crypto actifs incorporels, dont le statut reste à déterminer : données (*data*), jetons (*tokens*), crypto-monnaies, titres transférables électroniques (TTE, en voie de création), souvent générés selon la technique de la *blockchain* qui semble constituer un univers indépendant de toute emprise

étatique. Le développement de l'intelligence artificielle (IA) générative, dont toutes les conséquences ne sont pas connues, suscite déjà la question de la protection du droit d'auteur sur les données utilisées ainsi que de la reconnaissance éventuelle du même droit sur la production qui en résulte, ou encore sur l'utilisation qui en est faite.

Le caractère par nature transnational des questions semble appeler l'édiction de normes substantielles aussi universelles que possible, plutôt que la coordination d'une marquerie de législations nationales. D'emblée s'élève une concurrence pour les édicter entre, d'une part, la poignée d'entreprises en pointe dans le développement et la maîtrise des technologies nouvelles, détentrices de l'autorité technique mais naturellement enclines à privilégier leurs conceptions et intérêts propres et, d'autre part, les États, qui ne peuvent se désintéresser des conséquences de tous ordres de l'usage de ces technologies pour les particuliers. Les organisations internationales s'efforcent également de proposer des directives de conduite dans ces domaines¹². Les ordres étatiques peuvent cependant introduire des règles positives et douées d'efficacité, dès lors qu'ils présentent une dimension économique suffisante. L'exemple a été donné par le règlement européen sur la protection des données (RGPD)¹³. Imposant sur le mode unilatéral des obligations à caractère territorial (telles que l'interdiction de transférer des données hors de l'UE si ce n'est sous des conditions précises), il mêle des dispositions de droit substantiel et de droit international privé, les premières assorties de pénalités dont le montant est fixé en vue d'exercer un effet dissuasif. Ces caractères sont de nature à assurer l'efficacité de la réglementation uniforme indépendamment du rapport de force avec les États tiers dont peuvent relever les opérateurs visés.

10. « Principes directeurs des Nations unies relatifs aux droits de l'Homme et aux entreprises », 2011.

11. V. le règlement européen Rome II, article 7, offrant au demandeur en matière d'atteinte à l'environnement le choix entre la loi du lieu du dommage et celle du pays où le fait générateur s'est produit.

12. Par exemple : Principes directeurs de l'OCDE sur l'intelligence artificielle ; Convention du Conseil de l'Europe du 12 mars 2024 sur le développement, la conception et l'application de l'IA ; UNESCO, Recommandation sur l'éthique de l'intelligence artificielle (2021). S'agissant du règlement des litiges, autre terrain d'application envisagé pour l'IA, l'opinion a été exprimée que les différends à facteur d'extranéité seraient plus difficiles à traiter par son usage.

13. Ont depuis été adoptés en 2023 un règlement sur les marchés de crypto-actifs (« MiCA ») et par le Parlement le 13 mars 2024 un règlement sur l'IA, appelée à entrer en vigueur en 2026. Des directives sont à l'étude en vue d'adapter le régime de responsabilité des producteurs de produits défectueux et la responsabilité en matière d'IA.

Perspectives

Droit international privé

Regards sur soixante ans d'évolution du droit international privé français et européen

Hélène Gaudemet-Tallon

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

Depuis les années 60 jusqu'à ce début du ^{xxi}e siècle le Droit international privé (DIP) a connu une profonde évolution, sans doute plus profonde et plus rapide que d'autres branches du droit. En effet, il a été directement touché par les divers aspects de la mondialisation. Intervenant, par hypothèse, dès lors que le rapport juridique comporte un élément d'extranéité, il a dû tenir compte des facilités de circulation des personnes, de l'accroissement du nombre de familles dont les membres sont de différentes nationalités, du développement des échanges de marchandises, de services, de capitaux à travers les frontières, de la multiplication des contrats internationaux, tous ces phénomènes entraînant un contentieux international de plus en plus abondant.

Il importe en premier lieu de s'entendre sur ce que recouvre l'appellation « droit international privé ». Il est certain que cela vise la détermination de la loi applicable (conflit de lois), du tribunal compétent et du sort reconnu aux décisions étrangères (conflit de juridictions). Traditionnellement on y ajoutait le droit de la nationalité et celui de la condition des étrangers ; or on constate que si certains traités et manuels contemporains suivent cette tradition, assez souvent, d'autres ouvrages ne les mentionnent plus. Et en revanche, paraissent des livres consacrés spécifiquement au droit de la nationalité et à la

condition des étrangers : ces deux disciplines obéissent en effet à des problématiques propres et dépendent des orientations politiques et sociales, ce qui, à notre avis, justifie qu'elles soient érigées en matières autonomes.

Cette autonomie n'est plus discutée s'agissant du Droit du commerce international (DCI) : embryonnaire au milieu du ^{xx}e siècle, il a, depuis, pris son essor. Il fait l'objet d'enseignements spécialisés et de nombreux ouvrages lui sont consacrés. On perçoit toutefois les liens entre DIP et DCI : ainsi, si l'arbitrage international relève à titre principal du DCI, certains traités de DIP l'étudient aussi ; ou encore, le droit des sociétés (détermination du siège social, loi applicable, procédures d'insolvabilité) figure tant dans les ouvrages de DCI que de DIP.

Dans le cadre de ce bref article, les propos ne porteront que sur le DIP *stricto sensu*, c'est-à-dire les conflits de lois et de juridictions et laisseront de côté droit de la nationalité, droit de la condition des étrangers et DCI. Le champ reste très vaste : état et capacité des personnes, rapports de famille extrapatrimoniaux et patrimoniaux, obligations contractuelles et extracontractuelles, droit des biens, droit des personnes morales et procédures d'insolvabilité.

Pour tenter d'évaluer l'évolution du droit des conflits de lois et de juridictions, il faut se placer

d'abord du point de vue des sources des règles, puis du fond du droit.

La multiplicité des **sources** du DIP, textes écrits, jurisprudence et doctrine est acquise depuis longtemps. Il en va de même de leur diversité : sources nationales, européennes, internationales, voire a-nationales (même si ces dernières n'ont guère de place en DIP).

Mais il semble que certains traits nouveaux se dégagent.

Ainsi c'est l'*abondance* (pour ne pas dire la surabondance) qui est manifeste pour chacun de ces types de sources. L'inflation législative est dénoncée dans tous les domaines du droit et le DIP n'y fait pas exception. Sans doute, les lois françaises de DIP ne sont-elles pas actuellement très nombreuses (quelques articles du Code civil sur le privilège de juridiction des plaideurs français, sur le divorce, la filiation biologique ou adoptive, les partenariats enregistrés, le mariage entre personnes de même sexe...), mais au contraire les textes de DIP émanant de l'Union européenne sont légion : règlements dont la liste est déjà longue (concernant les conflits de juridictions et les conflits de lois en matière civile et commerciale, le divorce, la responsabilité parentale et l'enlèvement international d'enfants, les obligations alimentaires, les successions, les régimes matrimoniaux, les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, les procédures d'insolvabilité...) alors que d'autres sont en préparation (filiation, protection des adultes, cession de créance...); à ces textes viennent s'ajouter divers « règlements de procédure » destinés à faciliter les procédures internationales, avec en particulier un important règlement sur la preuve. Mentionnons encore diverses directives contenant des dispositions de DIP. Cette « explosion » des sources européennes, depuis la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 jusqu'aux textes les plus récents, autorise à parler d'un véritable « DIP européen » qui ne laisse qu'une place réduite au DIP national : c'est là un bouleversement majeur dans l'évolution de la discipline, avec l'apparition et le développement de concepts nouveaux comme ceux de « lois de police européennes » (v. l'arrêt *Ingmar* rendu par la CJUE le 9 novembre 2000) ou « d'ordre public européen » (reconnaissance de l'ordre public « de source communautaire » avec l'arrêt *Ecoswiss* de 1999, encadrement de

l'ordre public national avec les arrêts *Krombach* et *Renault c. Maxicar* de 2000, détermination du contenu de l'ordre public européen avec la communication de la Commission de 1998 « Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice »), concepts amenés à se préciser progressivement.

Les conventions internationales prennent aussi une place croissante. Il peut s'agir de conventions adoptées dans des domaines spécialisés (transports aériens, maritimes, propriété intellectuelle...) qui comportent certaines dispositions de DIP, ou encore des conventions de Lugano (de 1988 et 2007) qui, pour les rapports avec la Suisse, l'Islande et la Norvège, adoptent les dispositions de compétence judiciaire et de reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale en vigueur dans l'UE. On soulignera surtout le rôle des conventions émanant de la Conférence de droit international privé de La Haye qui travaille sans relâche de 1955 à nos jours. Ces conventions portent sur des domaines très variés et on ne saurait les citer toutes (vente d'objets mobiliers corporels, accidents de la circulation routière, preuve, adoption, protection des enfants, protection des adultes, obligations alimentaires, accords d'élection de for, reconnaissance et exécution des jugements en matière civile et commerciale... et des travaux en cours concernant les maternités de substitution). L'UE est maintenant, en tant que telle, membre de la Conférence de La Haye et lorsqu'elle ratifie une convention cela implique tous les États de l'UE (à l'exception du Danemark qui relève d'un régime spécial).

L'abondance n'est pas réservée aux textes : la jurisprudence de DIP devient pléthorique. Il y a plusieurs causes à ce phénomène. Le DIP n'est plus réservé à quelques personnalités mais devient un droit de masse : ainsi le divorce international ne concerne plus seulement quelques personnages fortunés mais potentiellement tout couple dont les époux sont de nationalité différente ou qui résident dans un État dont ils n'ont pas la nationalité; les contrats de consommation, les contrats de travail, contrats qui touchent nombre de personnes relèveront du DIP lorsque apparaîtra un élément d'extranéité pertinent. Devenu droit de masse, le DIP va, comme les autres branches du droit, être confronté au phénomène de judiciarisation croissante des rapports sociaux. Dans les rapports familiaux, malgré les efforts faits pour développer les modes alternatifs de règlement des différends (concilia-

tion, médiation, etc.) les juges seront fréquemment saisis. Une autre cause de l'abondance de la jurisprudence est la difficulté d'interprétation de certains textes, et ici, la technique de la « question préjudicielle » posée à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) engendre un flux d'arrêts qu'il devient difficile de maîtriser. En soi, le principe de la question préjudicielle est heureux : lorsqu'il y a des conclusions écrites de l'avocat général, elles sont souvent d'une grande richesse doctrinale ; puis la CJUE livrera l'interprétation correcte du texte et sa solution s'imposera dans tous les États membres. La pratique montre toutefois des dérives : il est parfois difficile de dégager de l'arrêt une réponse claire, toutes les questions préjudicielles ne sont pas justifiées, certaines prises de position de la CJUE sont sujettes à controverse. De plus, à la jurisprudence de la CJUE, il faut ajouter celle de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) : la Cour de Strasbourg n'a certes pas pour mission de traiter des questions de DIP, mais dans son rôle de protection des droits fondamentaux, il arrive que, indirectement, ses arrêts doivent être pris en considération en DIP ; ainsi la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de la filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui a influencé la Cour de cassation française.

Enfin, la doctrine, que l'on peut aussi considérer comme une source de DIP, se révèle aussi de plus en plus abondante : les traités et manuels se multiplient, chacun apportant ses qualités spécifiques ; des revues importantes sont consacrées exclusivement au DIP et au DCI et presque toutes les autres comportent des développements consacrés à l'international ; les cours dispensés à l'Académie de droit international de La Haye, cours spéciaux et cours généraux, émanant d'auteurs français et étrangers sont une source incomparable d'informations et de réflexions et révèlent à quel point le droit comparé est indispensable au DIP. Cette profusion doctrinale est, sans nul doute, un facteur d'enrichissement de la discipline ; mais il faut reconnaître qu'elle est aussi un facteur de complexité pour tout chercheur et pour tout praticien ; un même arrêt de la Cour de cassation ou de la CJUE, dès lors qu'il est important, peut faire l'objet, rien qu'en France, parfois d'une dizaine de commentaires...

À cette abondance des sources est directement lié un autre trait qui les caractérise : la diffi-

culté d'assurer une parfaite cohérence entre elles. Sans doute des efforts sont manifestes pour parvenir à une certaine cohérence et, par exemple, on notera l'articulation faite entre le règlement Bruxelles II *ter* et la convention de La Haye de 1980 à propos de l'enlèvement international d'enfants. Mais les *risques d'incohérence* restent nombreux. Ils se révèlent d'abord dans la difficulté à déterminer le champ d'application exact de chaque texte. Ceci est particulièrement vrai pour les règlements européens ; par exemple, la CJUE a souvent été interrogée sur les champs d'application respectifs des règlements sur la compétence et l'exécution des jugements (Bruxelles I et I *bis*) et de ceux de 2000 et 2015 sur les procédures d'insolvabilité.

Il y a encore risque d'incohérence lorsqu'une même notion reçoit une signification différente selon le texte en cause ; ainsi, on se demandera si la notion de « matière contractuelle » telle qu'elle résulte de la jurisprudence actuelle de la CJUE en matière de compétence judiciaire (conception particulièrement extensive) pourra être reprise s'agissant des conflits de lois pour l'application du règlement Rome I et on regrettera que les termes de « décisions » ou « d'accords » revêtent des significations différentes selon les règlements dans lesquels ils figurent.

Un autre risque d'incohérence naît lorsque la règle de DIP figure dans une directive : les lois de transposition, propres à chaque État, peuvent s'avérer sensiblement différentes et il faudra parfois l'intervention de la CJUE pour censurer une transposition incorrecte.

Les sources du DIP se caractérisent aussi par leur caractère évolutif, et donc leur *instabilité*. Certes, il est normal que les sources du droit soient affectées par les constants et rapides changements du monde. On comprend facilement que la jurisprudence de DIP sur la filiation soit contrainte d'évoluer pour tenir compte des nouveaux modes de procréation qui posent d'autant plus de problèmes de DIP qu'ils sont licites dans certains États et interdits dans d'autres. On comprend aussi que le DIP de la responsabilité civile ait dû s'adapter aux développements technologiques et que les délits commis en utilisant internet appellent des réponses propres. Et nul ne regrettera qu'une meilleure protection des droits fondamentaux entraîne de nouvelles réactions à l'égard de droits étrangers qui ignorent l'égalité entre l'homme et la femme

et/ou ne protègent pas suffisamment les mineurs, par exemple contre le mariage des enfants.

Il n'en reste pas moins que la recherche constante de la dernière édition d'un ouvrage, du dernier arrêt, du dernier texte national ou européen, a bien des inconvénients. Elle traduit une instabilité du droit contraire à la sécurité juridique, et souvent préjudiciable tant au simple particulier qu'à la société tout entière. Certains textes, d'une qualité particulière, résistent à l'usure du temps (par exemple le règlement Rome I de 2008) alors que d'autres sont souvent modifiés ou remplacés. S'il est évident que le DIP doit constamment s'adapter à une société en perpétuel mouvement, un texte global suffisamment mûri pourrait toutefois fixer un cadre favorisant la sécurité juridique; le projet de code français de DIP ouvre la voie en ce sens, et, à plus long terme sans doute, un code européen de DIP n'est pas inconcevable.

On peut donc se féliciter du foisonnement des sources du DIP qui témoigne du rayonnement et de la portée toujours plus larges de cette discipline, mais il faudra éviter que ce foisonnement n'entraîne parfois de l'incohérence, de l'instabilité.

Si l'évolution du DIP est sensible lorsque l'on examine ses sources, elle ne l'est pas moins lorsque l'on s'attache au fond du droit.

Une constatation s'impose d'emblée : le « noyau dur » du **fond** du DIP demeure. Il s'agit toujours d'appréhender les conflits de lois et les conflits de juridictions (sous leur double aspect : compétence ainsi que reconnaissance et exécution des jugements). Des questions aussi importantes que la qualification, le choix de l'élément de rattachement, sa localisation, le conflit mobile, l'ordre public, les lois de police, la détermination du tribunal compétent, le contrôle à exercer sur les jugements étrangers sont toujours présentes. Mais, en sus de ce fonds immuable, des données nouvelles sont susceptibles de marquer l'avenir du DIP.

On observe tout d'abord une modification de l'importance respective des deux composantes de la discipline : alors que, traditionnellement le conflit de lois occupait la première place et dans la doctrine et dans la jurisprudence, depuis une cinquantaine d'années c'est le conflit de juridictions qui tient le devant de la scène, et en parti-

culier les questions de compétence judiciaire. Avec le souci louable de garantir ce droit fondamental qu'est le droit d'accès à la justice, les textes nationaux, européens, internationaux ont multiplié les chefs de compétence. Aussitôt le contentieux sur la compétence judiciaire s'est développé de façon exponentielle et il n'est pas rare de voir les plaideurs s'affronter pendant des années pour déterminer le juge compétent avant que le fond du litige ne soit abordé. La « course au tribunal », le *forum shopping*, sont des maux souvent dénoncés. Il serait donc souhaitable que s'améliore la régulation de la compétence internationale.

Il faut relever ensuite des préoccupations nouvelles devant affecter le fond du DIP. Elles sont nombreuses et ce bref article n'a pas la prétention de les relever toutes, mais certaines nous ont paru particulièrement dignes d'intérêt.

De façon générale, la protection des droits fondamentaux anime l'ensemble du DIP; il n'est pas rare que les arrêts invoquent la Charte des droits fondamentaux de l'UE et les principes émanant de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas ignorés. Un exemple suffira : la place accordée au « for de nécessité », destiné à éviter le déni de justice. Il figure dans certains règlements européens et dans le projet de code français de DIP (art. 18).

Pour les conflits de lois, plusieurs points méritent d'être soulignés.

Les règles de conflit de lois figurant dans les règlements de l'UE ont une « portée universelle » : peu importe que la loi désignée soit celle d'un État membre de l'UE ou celle d'un État tiers, ce qui renforce l'intérêt du droit comparé.

Il faut noter le rôle important de l'autonomie de la volonté : classique s'agissant des contrats (les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat), l'autonomie de la volonté a été consacrée aussi en matière délictuelle par le règlement Rome II (article 14§1, qui pose toutefois des conditions pour que les parties puissent choisir la loi applicable; v. aussi l'art. 7 sur le dommage environnemental) et surtout a fait une percée remarquable en droit de la famille : comme en droit interne, il y a une certaine « contractualisation » du droit de la famille. En ce domaine l'Institut de droit international en 1987 avait préconisé que l'intéressé puisse choisir entre la loi de sa nationalité et celle de son domicile. En droit

positif plusieurs pays ont admis que les époux puissent choisir la loi applicable à leur divorce (Pays-Bas, Belgique) et en 2010 le règlement Rome III leur a ouvert le choix entre plusieurs lois (art. 5). Le règlement de 2012 sur les successions, s'il retient la compétence de principe de la loi de la dernière résidence habituelle du *de cuius*, autorise celui-ci à soumettre toute sa succession à la loi de sa nationalité. Ajoutons que, dès lors qu'il s'agit de droits disponibles, par la voie d'un « accord procédural » les parties peuvent écarter la loi désignée par la règle de conflit et soumettre leur litige à la loi du for (ou même à une autre loi étrangère).

En contrepoint de ce grand pouvoir laissé à la liberté individuelle une tendance se fait jour qui préconise d'obliger le juge à appliquer d'office la loi désignée par la règle de conflit : de nombreux auteurs sont favorables à cette solution, la Cour de cassation l'a admis dans une affaire où la règle de conflit résultait de l'article 6 du règlement Rome II, et le projet de code français de DIP de mars 2022 se prononce pour la généralisation de cette solution (article 9).

Enfin, alors que le rattachement à la nationalité était prédominant en matière de statut personnel, c'est maintenant, de plus en plus souvent et, en particulier en raison des règlements européens et des conventions de La Haye, le rattachement à la résidence habituelle qui prévaut.

À côté de la méthode du conflit de lois, se développe depuis quelques années une autre approche méthodologique : celle de la « reconnaissance des situations » qui trouve sa place essentiellement dans le domaine personnel et familial. Elle connaît plusieurs variantes (situation « cristallisée », « consolidée » ou non dans le pays d'origine, lien requis ou non avec ce pays, etc.) mais l'idée-force est que lorsqu'une situation est valablement constituée dans le pays d'origine, elle doit être reconnue dans le pays d'accueil sauf si elle est contraire à l'ordre public international de ce dernier. La Cour européenne des droits de l'homme avait ouvert la voie à propos d'une adoption péruvienne dont elle a imposé le respect au Luxembourg même si elle ne respectait pas les règles luxembourgeoises de DIP (arrêt *Wagner* de 2007). La CJUE a repris cette idée, tout en limitant la portée de ses arrêts au souci de faire respecter la liberté de circulation des citoyens européens dans l'UE, à propos du nom des personnes (arrêt *Grunkin et Paul*

de 2008), d'un mariage entre personnes de même sexe (*Coman* de 2018), ou encore d'une filiation établie à l'égard d'un couple de femmes (*Pancharevo* de 2021). Cette méthode dont les contours restent encore à préciser sera sans doute un élément important de la construction du DIP de demain en matière personnelle et familiale.

Les libertés de circulation, libertés fondamentales en droit européen, ont une influence au-delà de la circulation des personnes physiques : c'est en effet le droit européen qui autorise les sociétés à établir leur siège social où elles l'entendent et à en changer si elles le souhaitent sans que cela ait nécessairement un lien avec leur activité et en gardant la possibilité de rester soumises à la même loi (jurisprudence de la CJUE : de l'arrêt *Centros* de 1999 à l'arrêt *Polbud* de 2017).

S'agissant des conflits de juridictions, le phénomène le plus marquant, outre la multiplication des litiges sur la compétence, est sans doute la tendance à faciliter au maximum la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. En DIP français, si la procédure d'*exequatur* est maintenue, le contrôle de la compétence du juge étranger est de plus en plus léger : il suffit que ce dernier ait eu un lien suffisant avec l'affaire (arrêt *Simitch* de 1985) ; et depuis 2007 (arrêt *Cornelissen*), il n'y a plus de contrôle de la loi appliquée à l'étranger. Le projet de code français de DIP admet la reconnaissance de plein droit pour tous les jugements étrangers, mais une procédure d'*exequatur* est maintenue pour obtenir l'exécution. Le libéralisme est grand aussi en DIP européen : s'appuyant sur la confiance mutuelle qui doit régner entre les États membres de l'UE, les textes européens retiennent le principe de reconnaissance de plein droit du jugement émanant d'un autre État membre, et, souvent, pour obtenir l'exécution d'un tel jugement, suppriment l'*exequatur* (voir, par exemple, le règlement Bruxelles I *bis*, qui organise alors, dans le pays d'exécution, une possibilité de contestation de cette exécution).

Qu'il s'agisse de DIP français ou de DIP européen, la limite à la circulation des jugements est l'ordre public, mais celui-ci est entendu restrictivement : la décision étrangère doit être « manifestement » contraire à l'ordre public du for, et, dans le cadre de l'Union européenne, l'ordre public interviendra rarement.

Enfin, aussi bien à propos des conflits de lois que des conflits de juridictions, le DIP se soucie de plus en plus de la protection des parties faibles : il s'agira des consommateurs, des salariés, des assurés, catégories qui, par exemple, sont protégées de clauses attributives de juridiction qui leur nuiraient et dans l'intérêt desquelles les règles de conflits de lois sont aussi aménagées (ainsi, par exemple, les consommateurs ne peuvent être privés des dispositions protectrices prévues par la loi de leur résidence habituelle). Le DIP de la responsabilité délictuelle manifeste le désir d'assurer que les droits des victimes soient respectés au mieux : dérogeant au principe de la compétence du tribunal du défendeur, il est fréquent que le *forum actoris* soit offert à la victime demanderesse ; et l'article 7 du règlement Rome II ouvre à cette dernière une option entre la loi du lieu du dommage et celle du lieu du fait générateur lorsque est en cause une atteinte à l'environnement. La notion même de victime évolue et il faudra, à l'avenir, tenir compte des droits qui accordent la personnalité juridique à un fleuve, à un glacier...

C'est aussi un objectif de protection qui est poursuivi par les « actions de groupe », aussi appelées « actions collectives ». Bien connues aux États-Unis sous le nom de *class actions*, ces actions se développent dans les droits nationaux : en particulier en droit français, elles sont admises, sous certaines conditions, par exemple, en droit de la consommation (où a été également adoptée une directive européenne en 2020), en droit de la santé, en droit de l'environnement (où l'on notera la difficile gestation de la récente directive européenne sur le devoir de vigilance des entreprises). Ces nouvelles actions appellent de nouvelles réponses en DIP : il faut adapter les règles de compétence judiciaire internationale et la désignation de la loi applicable ne va pas de soi.

Parties faibles entre toutes, surtout dans un contexte international, les enfants méritent un DIP qui réponde le mieux possible à leurs inté-

rêts : dispositions sur la responsabilité parentale, sur la protection des enfants, dispositions pour s'assurer que les obligations alimentaires à leur égard soient respectées, lutte contre les conséquences dramatiques des enlèvements internationaux d'enfants. Les textes sont nombreux, que ce soit à l'échelon européen (règlements Bruxelles II, II *bis* et II *ter*) ou international (conventions de La Haye sur les enlèvements d'enfants, sur la protection des enfants, sur la loi applicable aux obligations alimentaires, sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, sur le recouvrement des aliments). Les tribunaux recherchent toujours la solution la plus conforme à « l'intérêt supérieur de l'enfant » et des évolutions sont encore susceptibles d'intervenir (v. par exemple la possibilité d'établir des passerelles entre la *kafala* et l'adoption).

Dans les années qui viennent, restera à construire un véritable DIP du droit de l'environnement, à compléter un DIP du droit du numérique et des nouvelles technologies (des textes tels que le *Digital Markets Act* et le *Digital Services Act*, tous deux de 2023, s'ils ne contiennent que des réglementations matérielles, engendrent de nouvelles questions de DIP auxquelles il faudra trouver des réponses). Et que deviendra le DIP des propriétés intellectuelles avec le développement de l'intelligence artificielle ?

Le droit international privé de 2024 reste une discipline passionnante qui est bien différente de celle qu'on a pu connaître durant les deux premiers tiers du xx^e siècle. Complexe car reflet de rapports juridiques eux-mêmes complexes en raison de leur internationalité, il s'est largement « européanisé » et est plus sensible à la protection des droits fondamentaux et à celle des parties faibles. Toutefois, il ne rompt pas avec ses racines et reste riche de son passé. Il est destiné à un avenir que l'on espère aussi riche car il est étroitement lié aux multiples formes du développement du monde.

Perspectives

Droit international privé

Re(-)présenter le droit international privé au premier quart du XXI^e siècle ?

Pascal de Vareilles-Sommières

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1

Sarah Laval

Professeur à l'Université du Littoral-Côte d'Opale

1. Introduction¹. La présentation d'une discipline juridique sous la forme d'un manuel comporte normalement une part de donné et une part de construit. La part de donné importe dans la mesure où le manuel est censé décrire neutrement le droit positif, tel qu'il est légiféré et jugé dans un pays ou groupe – plus ou moins vaste – de pays; cependant la part de construit ne saurait être négligée car, en rassemblant les pièces éparses constituant le droit positif dans la discipline traitée, le ou les auteurs architecturent quelque peu le monument composé par cette discipline, ils l'organisent et la montrent non seulement telle qu'elle est supposée être mais aussi telle qu'ils la conçoivent, avec la part de subjectivité que cette conception comporte. On avancera ici que la description objective de la matière ressortit à la présentation, tandis que l'organisation subjective de la matière est de l'ordre de la représentation.

Souvent, après des tâtonnements, la doctrine majoritaire dans une discipline se coalise autour

d'une représentation qui lui paraît au mieux plus convaincante et au pire moins décevante que celles ayant cours jusqu'alors. La représentation tend alors à s'objectiver et sa frontière avec la présentation se floute, sans que l'on se rende bien compte que si les choses se présentent ainsi en bloc, c'est plus par une sorte de routine installée et validée doctrinalement, que du fait que des nécessités scientifiques strictement établies imposent aux auteurs de fournir la même photographie d'une matière donnée.

Lorsque ma coautrice et moi-même nous sommes attelés au travail de rédaction de la 11^e édition du précis Dalloz de droit international privé, plusieurs années après la précédente édition remontant à 2013, plusieurs défis se sont présentés à nous. Le premier était celui d'assurer, autant que le droit positif le permettait et malgré des divergences d'intuitions, une certaine continuité de présentation avec nos prédécesseurs le Conseiller Lerebours Pigeonnière, le Doyen Lousouarn et le Professeur Bourel. Le second défi

1. Le présent texte reprend, sous forme de libre-propos, une conférence que nous avons donnée, après la publication de la onzième édition (2023) du précis Dalloz de droit international privé, dans la cadre des conférences de la salle 102 (Université Paris 1-Panthéon-Sorbonne – SERPI et Université Panthéon-Assas – CRDI). Une version abrégée a aussi été présentée à l'Université de Luxembourg et à l'Institut de droit des affaires international au Caire (Égypte). Le style de la rubrique « Perspectives » qui accueille le présent texte nous a conduit à réduire l'appareil scientifique au *minimum minimorum*.

tenait, au-delà de ce tribut, au paiement d'une dette vis-à-vis de la science, nous imposant un réexamen des plans généralement suivis par la doctrine pour la présentation de la matière, de façon à ne les retenir pour notre livre que si et dans la mesure où ils nous paraissaient assez indiscutables. À cet égard, un réexamen intransigeant des données fondamentales du droit international privé nous a conduit finalement à en proposer une nouvelle représentation, qui nous est apparue comme plus fidèle aux réalités sous-jacentes au droit, et comme porteuse d'ajustements nécessaires.

Ce n'est naturellement pas la première fois que les idées se meuvent² dans cette branche du droit dont la naissance doctrinale remonte aux premiers temps de l'université occidentale. Mais l'équilibre dans lequel elle s'était, en France au moins, installée au ^{xx}^e siècle se trouvant ainsi modifié, il nous est apparu justifié de nous en expliquer de façon simplifiée, afin d'introduire aux arguments plus développés avancés dans l'ouvrage lui-même.

Dans notre esprit, il s'agit donc ici de *ramasser quelques explications simplifiées* des nouveautés architecturales caractérisant la 11^e édition du précis Dalloz de droit international privé – moins dans l'idée de convaincre définitivement le lecteur de leur justesse, que, plus humblement, pour faire tomber les défenses que tout juriste dresse quand on lui propose de changer ses habitudes.

Or, dans cette perspective, le verbe « représenter », déjà employé plus haut, est apparu, avec sa polysémie et ses ambiguïtés, comme assez rassembleur pour remplir ce programme en posant la question qui nous sert de titre pour cette communication : *Re(-)présenter le droit international privé au premier quart du ^{xxi}^e siècle ?*

2. Sur le préfixe « re » dans « représenter ». Le préfixe « re » évoque plusieurs idées que des nuances distinguent.

- D'abord vient l'idée d'un nouveau commencement (d'un *recommencement*) dans la présentation. Représenter, c'est, en ce sens, « *présenter à nouveau* » *par rapport à ce qui se fait usuellement* – et, avec une nuance, présenter *différemment* de ce qui se fait

usuellement. Le lecteur n'aura pas besoin d'entrer très profondément dans la 11^e édition pour percevoir qu'elle se livre à une re-présentation de la discipline, *en reléguant à un rang inférieur* la distinction usuelle des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions, *pour lui préférer celle des règles de sélection de la norme en raison de sa source*, d'une part, et des *règles sur le régime de la norme étrangère*, d'autre part. Nous envisagerons donc, dans une première étape de cette étude, ce qui justifie et explique que notre refonte du précis se livre à une telle *présentation renouvelée* de la matière.

- Ensuite vient l'idée de *reflet*. Représenter, c'est aussi « *présenter à nouveau* » dans cet autre sens : en *reflétant* pour les autres ce qui s'est présenté précédemment à nous. C'est l'idée de *réfléchissement*, et non plus celle de *recommencement*, qui inspire ici le terme « représenter ». Dans ce sens, celui qui *représente* a d'abord *vu* ce qui s'est *présenté* à lui, et il renvoie aux autres cette présentation : il en fait la *représentation*. Pour prendre conscience de cette représentation que l'on se fait du droit international privé dans la refonte du précis, il faut y entrer plus en profondeur – mais cette représentation apparaîtra normalement à ceux qui auront ce courage. Ils verront alors *des règles de conflit de lois et de juridictions* dont l'objet n'est pas tant, comme on le croit aujourd'hui souvent, de *régir les personnes privées impliquées dans les relations internationales*, que de *départager les États normateurs* – et ce, que ces États agissent comme législateurs ou comme juges. Vu comme un « *droit des rapports entre États-normateurs-des-rapports-de-droit-privé* », le droit international privé se laisse alors informer par une *dogmatique internationaliste* dans laquelle le poids de l'universalisme s'accroît, permettant un rééquilibrage des relations « *universalisme/particularisme* » qui traversent la matière. Nous verrons donc, en dernière étape de notre étude, comment se justifie et s'explique cette dogmatique internationaliste inspirant la *représentation nouvelle* que se fait la refonte de notre précis du droit international privé.

2. P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits* 1985, n° 2, p. 129.

- Entre l'étape initiale et l'étape finale de cette étude, nous ferons un *retour au terrain* en montrant, à l'aide d'un exemple concret, l'impact de notre re-présentation sur le terrain du *droit international privé spécial*.

* * *

I. Présentation renouvelée des règles générales de droit international privé

3. *Summa divisio* et subdivisions. Le point d'interrogation qui accompagne, dans notre titre, l'idée d'une re-présentation du droit international privé aujourd'hui laisse entendre que nous avons à expliquer *comment* la 11^e édition *renouvelle la présentation* du droit international privé, et même d'abord, *pourquoi* ? On se le demandera pour la *summa divisio* que notre refonte emploie dans la présentation des règles générales, puis pour les *grandes subdivisions* qu'elle retient pour l'étude de ces règles.

A. La *summa divisio*

4. Source et régime de la norme de droit privé pertinente. S'agissant des règles générales de droit international privé, la *summa divisio* retenue dans la 11^e édition est la distinction entre, d'une part, les règles visant à la *sélection, dans un État, de la source* de la norme de droit privé appelée à régir un rapport de droit privé et, d'autre part, les règles visant à la *fixation, dans cet État, du régime juridique des normes étrangères* gouvernant ce rapport de droit privé. Pour comprendre la nouveauté (et la justification) de la *summa divisio* ainsi retenue, il faut revenir à la *summa divisio* usuelle, que nous écartons dans le livre en raison des points faibles qui nous sont apparus la concernant.

5. L'édifice classique. La présentation classique des règles générales de droit international privé correspond à une sorte d'*édifice*, doté d'une *fondation*, d'un *soubassement* et d'un *étai*.

6. Scission du droit des conflits de lois et du droit des conflits de juridictions. Quant à la fondation, on notera qu'est généralement vu comme un *principe fondateur* (sinon le principe fondateur) de notre discipline, la *distinction entre le conflit de lois et le conflit de juridictions*. La démarche prend appui sur l'idée, il est vrai impressionnante, que *sans scission* entre compétence législative et compétence juridictionnelle, il

n'y a pas d'application envisageable de la *loi étrangère* par les juridictions d'un État, donc pas besoin de règle de conflit de lois – d'où l'on est tenté de conclure qu'il n'y a plus besoin de droit international privé.

7. La neutralité du juge. Le soubassement qui complète cette fondation pour renforcer l'édifice, tient dans l'idée que *l'application de la loi étrangère par le juge d'un État n'ajouterait rien (ou rien de significatif) à la loi étrangère elle-même*. Le juge serait neutre vis-à-vis du rapport de droit dont il est saisi. C'est la *loi applicable* qui a déjà arbitré, en termes généraux, le cas dont il est saisi. Il n'y aurait pas d'altération de la *loi étrangère* par le juge d'un État lorsqu'il est saisi d'un cas soumis à cette loi. Cette idée est fortement portée par des analyses de droit interne sur les rapports entre le juge et la loi, et dans lesquelles le juge serait entièrement soumis à la loi.

8. Fond et procédure. Pour étayer la construction, on trouve l'idée que *les questions tranchées par le conflit de lois et celles tranchées par le conflit de juridictions seraient essentiellement distinctes les unes des autres*, et que, pour les parties à un rapport de droit concret donné, la question de la *source du régime substantiel* de leur rapport est tranchée par la règle de conflit de lois *seulement*, tandis que la question tranchée par la règle de conflit de juridictions porterait, au mieux, sur une question de *régime procédural* – les règles de procédure du juge compétent étant applicables du seul fait que le juge est compétent, et *les règles mêmes désignant ce juge* étant perçues comme des éléments de ce régime procédural.

9. Fragilité de l'édifice. À la réflexion aucune de ces trois bases n'est très solide et c'est pour cela qu'il y place pour une présentation renouvelée de la matière.

10. La fondation : un sophisme. On ne contestera pas ici cette *vérité d'évidence* que, sans scission entre compétence juridictionnelle et compétence législative de l'État, la loi étrangère n'est pas applicable devant le juge d'un État, de telle sorte que ce juge n'a plus besoin de règle de conflit de lois. Simplement, il faut bien voir que la seule chose que nous dit cette vérité, c'est que l'intérêt qu'il y a à ce qu'existent des règles de conflit de lois dans un État présuppose la *possibilité de principe* de l'application de la loi étrangère

par le juge de cet État. C'est cette *possibilité* qui est présumée – et non pas un prétendu principe de dissociation des compétences, législative et juridictionnelle. En somme, le principe est plutôt celui de la dissociabilité de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle d'un État, et non pas celui de leur dissociation.

11. Le soubassement : un porte-à-faux. La formule de Montesquieu, selon laquelle les juges ne sont que « les bouches qui prononcent les paroles de la loi » est trompeuse : certes, le juge est soumis à la loi lorsqu'il statue, mais il ne l'est que comme *interprète* de la loi; et l'interprète, en droit comme en musique, dispose d'une marge de manœuvre par rapport à l'œuvre interprétée : le jugement est toujours *quelque chose de plus* que la loi. Comme le disait le grand processualiste comparatiste italien Cappelletti dans les années 1980, le juge fait parler la loi en l'interprétant, et il dispose ce faisant d'une « inévitable liberté »³. Cette inévitable liberté n'est d'ailleurs qu'incomplètement encadrée par les voies de recours, car le jugement, même consacrant une grave erreur de droit, s'il est laissé incontesté par le succombant, devient irrévocable et se substitue néanmoins à la loi par le jeu de l'autorité de la chose jugée.

12. L'étai : une illusion. Est bien une illusion l'idée que les questions tranchées par le droit des conflits de lois et celles tranchées par le droit des conflits de juridictions seraient essentiellement distinctes – les premières seules influant sur le fond, tandis que les secondes n'influeraient que sur la procédure.

D'abord on vient de voir que le juge est un normateur « comme » le législateur; il en résulte que désigner le juge (ou plutôt désigner l'État dont le juge est bien placé pour statuer sur le cas en cause), c'est aussi important pour le fond que désigner la loi (ou plutôt, l'État dont le législateur est bien placé pour légiférer sur le cas en cause).

Ensuite, la procédure n'est pas neutre sur le fond : tout juriste connaît bien des causes qui ont été perdues pour motif de procédure alors qu'au fond, elles étaient gagnées d'avance.

Enfin, en droit international privé particulière, les règles de conflit de lois pour une affaire

donnée varient d'un État à l'autre. De ce fait, le choix du juge appelé à connaître d'une affaire – choix opéré par le demandeur parmi les juges de tous les États compétents – exerce une influence décisive sur la solution du litige, la loi applicable au fond étant susceptible de changer selon l'État dont le juge est saisi. Par conséquent, il semble bien permis d'affirmer que ce n'est que par le jeu d'une illusion que l'on avance habituellement que les règles sur le choix de juge ne concernent que des points de procédure sans importance sur le fond...

13. Relier, plutôt que confronter, les règles de conflit de lois et celles portant sur le conflit de juridictions. Il en résulte que, dans la présentation usuelle, on antagonise à tort le règlement du conflit de lois et celui du conflit de juridictions, alors qu'ils sont complémentaires. On perd le sens de cette complémentarité en faisant de la distinction entre compétence législative et compétence juridictionnelle la *summa divisio* adaptée pour la présentation des règles générales de droit international privé. Au contraire, dès que le caractère normatif du jugement est perçu et reconnu indépendamment du caractère normatif de la loi appliquée, les règles de conflit de juridictions (compétence directe/compétence indirecte) peuvent apparaître, au même titre que les règles de conflit de lois, comme des règles participant, dans l'État où elles sont en vigueur, à la sélection de la source normative pertinente pour un rapport de droit privé donné.

Règles de conflit de lois et règles de conflit de juridictions se présentent alors comme des règles subordonnant l'efficacité d'une norme dans un État à la qualité de la source de cette norme. Dès lors, il devient cohérent de regrouper l'étude des règles de conflit de lois et de juridictions dans une partie consacrée à l'étude des règles orientées vers la sélection de la source.

À partir de là (et dans la mesure où, à partir du principe de dissociabilité – non de dissociation ! – des compétences législative et juridictionnelle, la source ainsi sélectionnée par le droit international privé d'un État peut bien être une source étrangère), la question va se poser

3. V. parmi d'autres, en droit comparé, M. Cappelletti, « Giudici legislatori ? » in M. Cappelletti (dir.), *Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e di Alessandro Pekelis*, Giuffrè, 1984, p. 24, trad. fr. in M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Economica-PUAM, 1990, préf. L. Favoreu, p. 23, spéc. p. 33.

immanquablement, dans un second temps, de savoir *quel régime juridique sera celui de la norme étrangère* dans cet État, *une fois la source étrangère sélectionnée*. La *summa divisio* de la partie générale fait donc justement succéder à l'étude de la sélection de la source normative, celle du régime juridique de la norme étrangère, législative ou juridictionnelle. Qu'en est-il des subdivisions de chacune de ces deux parties ?

B. Les subdivisions

14. Liens « Rapport de droit/État ». On est d'abord frappé par le fait *qu'ensemble*, les règles de compétence législative et les règles de compétence juridictionnelle en droit international privé accordent une importance essentielle à *l'analyse des liens entre le rapport de droit privé examiné et l'État normateur* lorsqu'il s'agit de prendre position sur la qualité de la source normative étatique prétendant régler ce rapport, comparée aux qualités des autres sources de même nature. On retrouve ici la grande idée mise en avant au milieu du xix^e siècle par Savigny, en *droit des conflits de lois* : cette idée que, parmi tous les États avec lesquels un rapport de droit privé entretient des liens, il en est *un* qui doit être vu comme ayant les liens *les plus pertinents* avec ce rapport de droit, de telle sorte que le rapport de droit a son siège dans cet État, et que c'est cet État qui doit l'emporter contre les autres dans le conflit qui surgit entre leurs lois respectives⁴.

Le renouvellement de l'analyse menée par Savigny, en y intégrant, *primis*, le particularisme⁵ qui s'est développé en droit international privé depuis la seconde moitié du xix^e siècle, et, *secundo*, le conflit de juridictions qui a pris son essor, avec Bartin, comme chapitre du droit international privé au début du xx^e siècle, justifie une *approche synthétique néo-savignienne* en droit international privé. Cette approche ouvre de *nouvelles perspectives pour la solution du problème des conflits de lois et de juridictions* en ce début de xxi^e siècle. La question est en effet de savoir si les liens entre le rapport de droit privé (à

l'occasion duquel le conflit de lois ou de juridictions surgit) et l'État normateur doivent être identiques ou non pour fonder sa compétence normative législative et celle juridictionnelle.

La partie consacrée à l'étude des règles de sélection de la source normative commence donc par s'interroger sur les règles de sélection de la source législative (règles de conflit de lois), puis, lorsqu'elle s'intéresse à la sélection de la source juridictionnelle (compétence directe/compétence indirecte), elle se demande si les critères de sélection de la source législative sont transposables à la sélection de la source juridictionnelle.

15. Comparaison « Activité législative/Activité juridictionnelle ». Il peut être utile ici d'indiquer les résultats auxquels on arrive en suivant la démarche néo-savignienne ci-dessus annoncée.

D'une part, les *ressemblances* entre le législateur et le juge, pris comme sources normatives, justifient *un certain alignement des compétences juridictionnelles sur les compétences législatives*; et ces ressemblances existent incontestablement, alors même que l'on a généralement tendance à souligner les différences. Législateur et juge sont, pour un rapport de droit privé donné, deux sources normatives complémentaires⁶, cette complémentarité justifiant *a priori* que le même lien soit requis, entre le rapport de droit privé et l'État normateur, que ce dernier exerce une activité normative de type législatif ou de type juridictionnel. On en déduit, sur le terrain de la compétence juridictionnelle directe, que l'affirmation, par un État, de sa compétence législative pour un rapport de droit donné justifie en principe que son juge soit compétent sur ce rapport. Sur le terrain de la compétence indirecte, une autre déduction doit être faite : il faudrait considérer, en principe, dans un État, comme rendu par un juge indirectement compétent, le jugement rendu par le juge de l'État dont la loi est applicable en raison de liens pertinents existant entre le rapport de droit et cet État.

4. F. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, 2^e éd., trad. fr. par C. Guenoux, Paris, 1860 (réimpr. 2002, Éd. Panthéon-Assas, av.-pr. H. Synvet), n^o 360.

5. En droit international privé, le particularisme est un courant selon lequel les règles de conflit de lois comme celles de conflit de juridictions trouvent leur source licite dans l'État et sont donc propres (ou particulières) à chaque État. Le particularisme s'oppose donc à l'universalisme, courant pour lequel les règles de droit international privé sont, au moins tendanciellement, communes à tous les États, donc universelles; v. P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *op. cit.*, n^o 1.

6. *V. supra*, n^o 11.

D'autre part, les *différences* entre les normes législatives et les normes juridictionnelles poussent quant à elles *un peu dans une autre direction* : celle de la possibilité *occasionnelle* que le juge d'un État soit compétent pour connaître d'un rapport de droit, alors même que la loi de cet État n'y serait pas applicable. Or ces différences subsistent, au-delà des ressemblances rapprochant le législateur et le juge dans la catégorie des normateurs. Le jugement est en effet une norme élaborée au terme d'une procédure concrète dans le cadre de laquelle le droit se réalise⁷, la loi s'accomplit pour un rapport de droit privé donné. Cette procédure, qui doit être organisée, donne sa particularité au jugement par rapport à la loi. Elle pose en particulier des questions d'accès à la justice auxquelles la réponse impose parfois que le juge compétent ne soit pas celui, trop éloigné, de l'État ayant édicté la loi applicable au rapport de droit en cause. On arrive alors à l'admission dérogatoire d'une divergence de sources entre le jugement et la loi. L'accès au juge et le droit au procès équitable peuvent conduire, dans tel ou tel cas concret, à la renonciation à l'exclusivité de la compétence juridictionnelle du *forum legis*, si ce for apparaît, pour des raisons procédurales, comme *forum non conveniens*.

16. Les différents régimes juridiques de la norme étrangère. L'étude du régime de la norme étrangère dans un État donné conduit à faire la distinction entre *régime de régularité* et *régime procédural* de la norme étrangère, législative ou juridictionnelle, devant le juge de cet État.

17. Régularité internationale de la norme étrangère et ordre public international. Il faut souligner que le régime de régularité dont nous parlons ici est un régime de *régularité internationale* de la norme étrangère, en ce que cette norme perd son efficacité dans un État donné si elle n'est pas conforme aux standards d'ordre public, de fond ou de procédure, que cet État qui l'examine lui impose. Ce régime de régularité internationale de la norme étrangère est pris en charge en droit international privé par l'ordre public international, dont l'étude montre la relation entre les valeurs ayant cours dans une

société étatique donnée et l'appréciation qu'un juge de cette société peut porter sur la qualité du contenu de la norme étrangère, législative ou juridictionnelle. À ce titre doivent être envisagées d'une part, les valeurs substantielles qui permettent d'apprécier la qualité du contenu de la norme étrangère (par le jeu de l'exception d'ordre public en droit des conflits de lois et de l'ordre public de fond jouant comme condition de régularité internationale du jugement étranger), et d'autre part les valeurs procédurales, lesquelles permettent d'apprécier la qualité du mode d'élaboration de la norme étrangère (par le jeu de l'ordre public de procédure pris comme condition de régularité internationale du jugement étranger).

18. Régime procédural de la loi étrangère et du jugement étranger. Le régime procédural de la norme étrangère fixe le sort de cette norme dans le cadre d'un procès sur la solution duquel elle influe. Ce sort varie selon que la norme étrangère est une loi ou un jugement. La distribution « conflit de lois/conflit de juridictions » réapparaît ici, mais à un niveau inférieur par rapport au niveau – trop élevé – auquel l'approche majoritaire aujourd'hui la hisse.

II. Présentation renouvelée des règles et droit international privé spécial

19. Présentation renouvelée du droit international privé du divorce. L'exemple du divorce contentieux illustrera la présentation renouvelée ci-dessus proposée des règles générales de droit international privé dans un domaine particulier du droit international privé spécial.

A. Vue classique du droit international privé du divorce contentieux

20. Distinction entre conflit de lois et conflit de juridictions. La présentation classique des règles de droit international privé en vigueur en France en matière de divorce repose sur la distinction des considérations qui sous-tendent l'élaboration des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions et consolide la scission entre compétence législative et compétence juridictionnelle.

7. Pour reprendre le verbe employé par Motulsky dans le titre de son ouvrage *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, réimpr. Dalloz, 1991.

21. Importance des considérations politiques en droit des conflits de lois. L'élaboration des règles de conflits de lois résulte de la prise en compte de plusieurs considérations « politiques » (« politique » étant ici employé au sens propre de ce « qui a trait au gouvernement de la cité »⁸). Parmi ces considérations politiques figurent la permanence du statut personnel des époux et le souci d'éviter les situations boiteuses, qui plaident en faveur d'un facteur de rattachement relativement stable, comme la nationalité, ou encore la possibilité pour les époux de divorcer selon les règles locales de l'État où est intégré le centre de leur vie familiale, qui conduit à privilégier un facteur de rattachement fondé sur la résidence habituelle ou le domicile. Selon le poids accordé à telle ou telle considération (permanence, intégration, proximité), ainsi que selon le cercle des personnes qu'un État veut garder sous son emprise législative (nationaux, habitants...), l'auteur de la règle de conflit de lois choisit tantôt la nationalité, tantôt la résidence habituelle, tantôt le domicile comme facteur de rattachement. Le droit positif français témoigne d'ailleurs de cette oscillation à travers l'évolution des règles de conflit de lois de source domestique (jurisprudence *Rivière Tarwid* au milieu du xx^e siècle et, au troisième quart, article 309 du Code civil) et de source européenne (règlement Rome III au début du xxi^e siècle).

22. Place des considérations procédurales en droit des conflits de juridictions. L'élaboration des règles de conflit de juridictions repose quant à elle plutôt sur des considérations dites procédurales et à première vue détachées des enjeux politiques que comporte la question de droit. Le juge internationalement compétent est souvent présenté comme celui qui est le mieux à même de trancher le litige afférent au divorce, d'administrer les preuves et d'auditionner les époux et les tiers, ou qui est le plus proche du défendeur, lequel n'a pas à supporter le coût et la peine d'un procès à l'étranger dont il n'est pas l'instigateur. Là encore, le droit positif avec, notamment, la multiplicité des chefs de compétence de l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter* reflète la prise en compte de ces considérations procédurales.

23. Séparation « *forum/jus* ». La divergence des considérations ainsi soulignée est à la source

de la distinction des règles de conflit de lois (choix du *jus*) et des règles de conflit de juridictions (choix du *forum*). En principe, l'élément de la situation choisi pour constituer le facteur de rattachement en droit des conflits de lois, parce qu'il satisfait les considérations politiques, ne sera pas le même que l'élément choisi pour constituer le chef de compétence en droit des conflits de juridictions, lequel satisfait pour sa part des considérations procédurales.

24. Premier exemple. Imaginons un couple de deux époux français séparés de longue date, l'un vivant depuis plusieurs années en Italie, tandis que l'autre vit en France. Ce dernier peut saisir les juridictions italiennes de résidence du défendeur sur le fondement de l'article 3(a) du règlement Bruxelles II *ter*. Les juridictions italiennes appliqueront la loi française de nationalité commune des époux sur le fondement de l'article 8(c) du règlement Rome III. La divergence des considérations et ses conséquences en termes de distinction des règles de conflit apparaissent ainsi : d'un côté, la permanence justifie le choix de la nationalité comme facteur de rattachement et emporte l'application de la loi française ; de l'autre côté, la protection du défendeur justifie le choix de son domicile comme chef de compétence et emporte la compétence juridictionnelle du juge italien.

25. Second exemple. Un autre exemple peut être trouvé dans le cas de deux époux français demeurant en Italie. L'époux demandeur saisit les juridictions italiennes du lieu de résidence habituelle des époux sur le fondement de l'article 3(a) du règlement Bruxelles II *ter* mais les époux ont choisi la loi française de leur nationalité en usant de l'option offerte par l'article 5 du règlement Rome III. Là encore, la divergence des considérations se fait jour : d'un côté, la prévisibilité et la liberté justifient l'introduction d'une dose d'autonomie de la volonté et mènent ici à la compétence législative française ; de l'autre côté, la proximité du juge avec le litige justifie le choix de la résidence habituelle comme chef de compétence et conduit à la compétence juridictionnelle italienne. Ces illustrations, qui pourraient être multipliées, témoignent bien de ce que la divergence des considérations emporte distinction des règles de conflit (de lois et de juridictions).

8. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 15^e éd., PUF, 2024, v^o « Politique ».

26. Occurrence possible d'une jonction « *forum/jus* ». Certes, il arrive que, ponctuellement, la règle de conflit de lois et la règle de conflit de juridictions désignent le même État. L'exemple le plus simple est celui dans lequel les époux français ont leur résidence habituelle en Italie mais n'ont procédé à aucun choix de loi. L'époux demandeur saisit les juridictions italiennes du lieu de résidence habituelle des époux sur le fondement de l'article 3(a) du règlement Bruxelles II *ter*, et les juridictions italiennes appliquent la loi italienne du lieu de résidence habituelle des époux en vertu de l'article 8(a) du règlement Rome III. Il faut cependant rester conscient que, dans la présentation classique, ces coïncidences entre loi applicable et juge compétent demeurent des coïncidences fortuites si l'on peut dire. Elles découlent de ce que, ponctuellement, les considérations politiques et les considérations procédurales se rejoignent dans leur résultat et conduisent à choisir le même élément comme facteur de rattachement et comme chef de compétence. Or c'est justement le caractère fortuit de cette coïncidence qui est remis en cause par la présentation renouvelée, faite dans la refonte du précis, des règles de droit international privé.

B. Présentation renouvelée du droit international privé du divorce contentieux

27. Les conséquences de la présentation renouvelée. La présentation renouvelée, telle que promue en première partie de la présente étude, appliquée aux règles de droit international privé en matière de divorce contentieux emporte plusieurs conséquences. Le floutage de la distinction entre *forum* et *jus* justifie une redistribution des règles de droit international privé dans l'ordre de leur présentation.

28. Réunifier le droit des conflits de lois et le droit des conflits de juridictions. Le renouvellement, auquel nous nous livrons ici, de la présentation des règles de droit international privé spécial, conduit d'abord à admettre une certaine réunification des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions. Ainsi que précédemment souligné, la distinction des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions découle du postulat selon lequel le juge est neutre lorsqu'il applique la loi. Ce postulat, approximatif en droit interne, est erroné en droit international. Si l'on s'en tient à l'exemple du

divorce contentieux, l'importance des délais et des incidents de procédures, ou encore le prononcé de mesures provisoires et conservatoires, témoignent de l'importance des règles de procédure de l'État au nom duquel le juge statue, en ce qui concerne le régime juridique du rapport de droit privé matrimonial. Plus fondamentalement, le jugement de divorce fixant les droits et les obligations des époux est rendu par un juge incarnant l'État au nom duquel il statue, avec ses valeurs et ses spécificités. Aussi est-il incorrect de dire que le régime juridique substantiel d'un divorce international est uniquement fixé *par la loi applicable* au divorce. À bien y regarder, il est fixé *par le jugement rendu par le juge qui applique cette loi*. L'origine de ce juge est aussi importante, en ce qui concerne le contenu de la norme juridictionnelle fixant pour le divorce en cause son régime juridique substantiel, que l'origine de la loi.

Cela est d'autant plus vrai en système particulariste, où la règle de conflit de lois appliquée par le juge n'est pas la même d'un État à l'autre. Ainsi que le montre l'exemple du divorce du couple d'époux français séparé de longue date entre la France et l'Italie, le contenu de la loi nationale française applicable selon l'article 8(c) du règlement Rome III ne suffit pas à connaître le régime juridique du divorce. Celui-ci sera fixé par la loi française telle qu'appliquée par le juge compétent, qui peut être le juge français ou le juge italien en vertu de l'article 3 du règlement Bruxelles II *ter*. Or le résultat diffère grandement dans les deux hypothèses : si le juge français est compétent, le régime juridique du divorce sera français, sans que la loi française applicable ne subisse *a priori* de variation notable ; si le juge italien est compétent, le régime juridique du divorce sera législativement français et juridictionnellement italien (procédure italienne, culture italienne du juge, ordre public international italien...) et la loi française sera mâtinée par le travail du juge italien. Le régime juridique concret du divorce tel que figurant dans le jugement de divorce, apparaît donc comme une combinaison de la norme législative de l'État dont la loi est applicable et de la norme juridictionnelle de l'État dont le juge est compétent.

29. Le *forum legis*. Concevoir le législateur et le juge comme deux autorités normatives conduit à réunifier (au moins dans une certaine mesure) la compétence législative et la compétence juridic-

tionnelle et plus précisément à aligner la compétence juridictionnelle sur la compétence législative. Il existe, en effet, une certaine incohérence, pour un État qui reconnaît l'applicabilité de sa loi, à abandonner la mise en œuvre de cette loi à ce normateur étranger qu'est le juge d'un autre État. Dans l'exemple du couple de Français séparé de longue date, la nationalité française des époux constitue, du point de vue français, un lien assez fort pour justifier l'application de la loi française. Or, chaque fois que la France abandonne la mise en œuvre de sa loi à un juge étranger qu'elle estimerait procéduralement mieux placé que le juge français pour juger du divorce, elle prend le risque que sa loi soit travestie, voire que le principe de son application soit remis en question par ce juge étranger. Il en résulterait un affaiblissement de l'emprise normative française sur le divorce. Aussi, si un lien est assez fort pour justifier l'applicabilité de la loi française, ce même lien devrait en principe être assez fort pour déclencher la compétence des tribunaux français, sur le fondement du *forum legis* et indépendamment de toute considération procédurale. La coïncidence fortuite du facteur de rattachement et du chef de compétence identifiée dans la présentation classique semble donc devoir laisser place à une cohérence voulue et une unité de principe entre la loi applicable et le juge compétent.

Ainsi, l'« étai » de la présentation classique du droit international privé, c'est-à-dire la divergence des considérations à la base du conflit de lois et du conflit de juridictions, est trompeur et le « soubassement » qui complète la fondation, c'est-à-dire le postulat de neutralité du juge vis-à-vis du rapport de droit, est erroné. Dès lors, la fondation classique de la discipline, c'est-à-dire la distinction des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions, tangué jusqu'à s'effondrer. Les règles de conflit de lois et les règles de conflit de juridictions apparaissent comme ne formant qu'un seul bloc, celui des règles de sélection de la source normative du régime juridique du divorce – source normative législative dans le cas de la règle de conflit de lois et source normative juridictionnelle dans le cas de la règle de conflit de juridictions.

30. Sélection de la source normative et régime de la norme étrangère. Renouveler la présentation des règles de droit international privé, c'est donc aussi redistribuer ces règles. À la

distinction des règles de conflit de lois et des règles de conflit de juridictions succède une autre distinction : celle des règles de sélection de la source normative et des règles concernant le régime juridique de la norme étrangère issue de cette source. Là encore, l'exemple du divorce permet d'illustrer cette redistribution, aussi bien avant que tout jugement de divorce soit rendu qu'après qu'un jugement de divorce a été rendu.

Avant tout jugement de divorce, le travail consiste à identifier la loi applicable et le juge compétent. Pour ce faire, les règles de sélection de la source normative sont appliquées, et plus précisément une règle de conflit qui désigne, du moins en principe, un unique État doté de la compétence législative et juridictionnelle ou qui dissocie, par exception, ces deux compétences. Dans ce dernier cas d'une dissociation des deux compétences législative et juridictionnelle, le juge de l'État doté de la compétence juridictionnelle est confronté à l'application au divorce d'une loi étrangère. La réflexion bascule alors vers l'application des règles concernant le régime juridique de la norme étrangère, ici législative puisqu'il s'agit de la loi étrangère (parmi lesquelles figurent les règles couvrant les questions de connaissance de la loi étrangère aussi bien que de régularité substantielle internationale de la loi étrangère, laquelle voit, dans ce dernier cadre, la conformité de son application au cas en cause appréciée eu égard à l'ordre public international).

Une fois le jugement de divorce rendu, la distinction des règles de sélection de la source normative et des règles concernant le régime de la norme étrangère resurgit à l'occasion de l'examen, par tout État autre que celui d'où provient le jugement, du respect par ce dernier des conditions d'efficacité internationale des jugements étrangers. Dans l'exemple du couple de Français résidant entre la France et l'Italie, si le juge italien a rendu un jugement de divorce, et que l'époux résidant en France souhaite en obtenir reconnaissance en France, le juge français est lui-même confronté aux deux types de règles de droit international privé. Il devra s'interroger sur l'origine du jugement : ce jugement a-t-il été rendu par le bon juge, ou plus exactement par un juge du bon État ? A-t-il été rendu en application de la bonne loi – c'est-à-dire par application de la loi du bon État ? (on retombe ici dans une question de sélection de la source, juridiction-

nelle et législative). Il devra également s'interroger sur la qualité du contenu jugement : ce jugement est-il conforme aux valeurs de l'État où il est voué à avoir des effets? (On retombe ici dans une question de régime de régularité de la norme étrangère, cette fois juridictionnelle puisqu'il s'agit du jugement étranger de divorce; cette régularité est substantielle lorsque c'est le contenu du jugement qui est examiné (et, éventuellement, à travers lui, de celui de la norme législative appliquée par ce jugement) et elle est procédurale lorsque c'est la procédure d'élaboration du jugement qui est contrôlée).

31. Transition. On voit à ce stade que la représentation opérée – ce *renouvellement* dans la manière de présenter les règles générales du droit international privé – emporte avec elle le bienfait d'une architecture plus cohérente et plus harmonieuse (une remise en ordre) de notre discipline. Un autre bienfait s'attache à cette représentation : elle favorise l'apparition d'un *sens orientant la discipline* et permettant de s'en faire une *représentation renouée*.

III. Une représentation nouvelle des règles générales de droit international privé

32. Du renouvellement au reflet. Nous voulons ici évoquer la *représentation* sous-jacente à la nouvelle division des développements montrant notre discipline au lecteur du précis refondu. Est ici en cause l'autre sens du terme « représenter » : celui de *refléter, pour le lecteur, l'image* que ces règles générales nous envoient du droit international privé. À cet égard, on peut commencer par dire que la refonte du précis représente le droit international privé comme un droit *inter-national*, en tant que *droit des rapports entre États normateurs*. Cette manière de voir les choses n'est certes pas courante aujourd'hui, mais cela ne nous a pas trop gênés au moment de la retenir, car la manière courante

souffre quant à elle d'une grande ambiguïté en ce qui concerne l'*objet* du droit international privé.

A. Ambiguïté de la représentation dominante à propos de l'objet du droit international privé

33. Le courant privatiste. L'idée est aujourd'hui largement répandue que le droit international privé est du *droit privé spécial* : cette branche du droit privé qui régit les personnes privées impliquées dans les relations internationales. Appartiennent ainsi également au droit international privé :

- les règles matérielles de droit international privé (régissant *directement* les rapports internationaux de droit privé);
- les règles de conflit de lois (régissant elles-aussi les rapports de droit privé, mais en suivant une méthodologie dite *indirecte*);
- et les règles de conflit de juridictions (régissant la procédure civile internationale).

Cette position dominante dans la doctrine contemporaine est la conclusion actuelle d'un long débat. À la fin du XIX^e siècle la doctrine de droit international privé s'est épuisée à chercher une représentation du droit international privé permettant de le classer soit comme une branche du droit privé (en tant que régissant les rapports internationaux de droit privé), soit comme une branche du droit public (en tant que droit des conflits de souverainetés).

Sur la nature et l'objet du droit international privé, des débats d'une haute tenue théorique et d'un niveau d'abstraction inégalé, dont le droit international privé comparé du XX^e siècle a rendu compte⁹, ont été favorisés ici et ailleurs par divers événements marquants pour cette discipline sur les scènes nationales autant qu'internationale¹⁰. Le débat sur la *représentation théorique* qu'il convenait de se faire du droit international privé ne s'est pas conclu à l'époque autour d'un consensus doctrinal. Les auteurs se sont résolus, après la Seconde Guerre mondiale, à une sorte

9. V. en particulier R. Ago, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1936, vol. 58, spéc. in chapitre 1^{er} « Objet des règles du droit international privé », n^{os} 2 à 8.

10. C'est ainsi qu'en France, on doit mentionner l'inscription, dans les années 1880, de la discipline du droit international privé au programme de facultés de droit; en Italie et en Allemagne, c'est la codification, pour le premier pays en 1875 et pour le second en 1900, du droit privé incluant un corps de règles assez ambitieux de droit international privé; au plan international, on doit mentionner la création en 1873 de l'Institut de droit international, puis en 1893, de la Conférence de La Haye de droit international privé; et, plus tard, après la Première Guerre mondiale, la création d'une arène internationale pour le développement de la science juridique internationale couvrant le droit international privé : l'Académie de droit international de La Haye.

de *statu quo* pragmatique, en considérant généralement que le droit international privé est, *typiquement au moins, plutôt du droit privé* (car il intervient dans des litiges opposant des sujets de droit privé les uns aux autres), tout en admettant que le droit international privé *ne règle ces rapports de droit privé, toujours typiquement, que selon une méthode indirecte (car le rapport de droit privé n'est, en dernière analyse, directement réglé que par la loi de droit privé applicable, ou, lorsqu'un jugement a été rendu, par le jugement de droit privé efficace)*.

L'idée de « coordination des systèmes de droit privé » (comme chez Batiffol¹¹) ou de « coordination des ordres juridiques étatiques » (chez Pierre Mayer¹²) est souvent mise en avant désormais comme mission du droit international privé, et rend sans doute compte de cette méthode indirecte ; mais elle n'assure alors pas correctement l'inclusion des *règles matérielles de droit international privé* dans notre discipline du droit international privé, leur fonction coordinatrice des systèmes de droit privé ou des ordres juridiques étatiques faisant difficulté puisqu'à proprement parler ces règles matérielles ont pour objet direct le rapport de droit privé lui-même couvert par elles.

34. Le courant publiciste. La popularité de l'approche pragmatique de la discipline, ci-dessus évoquée, fait qu'on ne croit plus guère aujourd'hui¹³ que le droit international privé soit un *droit des conflits de souverainetés*. Le désamour de la doctrine pour la notion de conflit de souverainetés appliquée au droit international privé tient au fait que, d'une part, les *directives* du droit international public en matière de délimitation de la compétence législative et juridictionnelle de droit privé des États *sont peu élaborées*, et que, d'autre part, la *synthèse* que tend à faire de ces directives la doctrine internationaliste publiciste (en distinguant la compétence personnelle et la compétence territoriale comme les deux grands chefs de compétence de l'État consacrés par le droit international) les *rend inopérantes* pour résoudre, dans un cas donné, les

conflits de lois et de juridictions soulevés par ce cas.

Il est tout de même permis de se demander si, lorsqu'on prend appui sur de tels motifs pour rejeter l'analyse du droit international privé en termes de *conflits entre États souverains* (et concernant plus particulièrement l'étendue de leurs pouvoirs normatifs de droit privé), on ne se laisse pas aller à « jeter le bébé avec l'eau du bain » – si l'on nous permet d'employer ici une expression familière, mais évocatrice...

L'absence ou le flou des sources internationales pour départager les États normateurs relativement à un rapport de droit privé donné ne suffit pas, comme on le montre facilement, à écarter le caractère « *inter-national* », *par leur objet*, des règles de source interne départageant ces mêmes États. Il y a alors place pour l'*épanouissement d'une dogmatique internationaliste* en droit international privé.

B. Une autre représentation du droit international privé

35. Pertinence d'une dogmatique internationaliste. Pour prendre conscience qu'*une dogmatique internationaliste trouve sa place en droit international privé* – duquel elle a été chassée indument – et pour comprendre que la refonte du précis puisse s'appuyer dessus concernant la représentation que le livre se fait du droit international privé, il faut *procéder préalablement à un déverrouillage*.

36. Rôle laissé par le droit international et assumé par les États dans le départage des États normateurs de droit privé. Le déverrouillage de la porte fermant l'accès du droit international privé à un droit des rapports entre États se fait très simplement à partir de deux remarques sur le rôle laissé par le droit international aux États et assumé par eux dans le départage des États normateurs face à un rapport de droit privé :

- Premièrement on doit noter que le droit international public laisse, en principe, libres les États de fixer par leurs règles de conflit de

11. H. Batiffol, « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI* 1967, vol. 120.

12. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé – Cours général de droit international privé », *RCADI* 2007, vol. 327.

13. L'analyse du droit international privé en termes de conflit de souverainetés était encore commune dans la doctrine française de la première moitié du xx^e siècle (on la retrouve, avant la Seconde Guerre mondiale, chez des auteurs comme Martin ou Pillet, et encore dans l'immédiat après-guerre chez Niboyet...).

compétences, législative ou juridictionnelle, les solutions du conflit de lois et de juridictions. C'est ce que l'on appelle *l'admission du particularisme du droit international privé*, ce droit étant variable d'un État à l'autre¹⁴.

- Deuxièmement, il faut aussi noter que chaque fois qu'un État dit, pour un rapport de droit privé donné, si sa loi ou son juge est compétent, au détriment des autres États, cet État ne fixe pas tant le régime juridique du rapport de droit privé que, bien plutôt, *son emprise normative (législative ou juridictionnelle)* sur le réel auquel correspond ce rapport de droit privé – et précise en même temps l'emprise normative qu'il reconnaît ou non sur ce même réel aux États étrangers.

37. Le déverrouillage. La double remarque qui précède ouvre la porte pour le développement d'une dogmatique internationale structurant le droit international privé et contribuant à en façonner la représentation mentale dont la refonte du précis Dalloz de droit international privé se fait témoin.

38. L'« inter-nationalité » des règles de conflits de lois et de juridictions. Les États étant pris comme entités normatrices des rapports de droit privé, ce sont bien des rapports entre États qui font l'objet des règles de conflit de lois et de juridictions – et à ce titre ces règles méritent bien d'être classées parmi les règles de droit « inter-national », ne serait-ce que par leur objet, faute de l'être, en système particulariste, par leur source¹⁵.

- En posant une *règle de conflit de lois*, l'État auteur de cette règle précise *s'il l'emporte (du moins à ses yeux) sur les autres*, comme normateur *législatif*, pour chaque rapport de droit privé se présentant à lui. Et, si la règle de conflit de lois posée est bilatérale, son auteur indique, chaque fois qu'il ne l'emporte pas, quel État étranger, à ses yeux, doit l'emporter sur les autres.

- En posant une *règle de conflit de juridictions*, l'État auteur de cette règle précise *s'il l'emporte sur les autres*, comme normateur *juridictionnel*, pour chaque rapport de droit privé se présentant à lui. Et, chaque fois qu'il ne l'emporte pas sur les autres, il indique si, à tout le moins, il *concourt avec les autres*, ou si les autres (ou l'un d'entre eux) l'emportent sur lui.

On voit que *ces rapports entre États*, réglés par les règles de conflit de lois et de juridictions, surgissent *relativement à des rapports de droit privé*, mais que les règles régissant le conflit de lois et de juridictions, *se distinguent bien des normes régissant ces rapports de droit privé* : elles départagent ces normes, et départagent ainsi, *ipso facto*, les États qui en sont la source. Autrement dit, l'objet du droit des conflits de lois et de juridictions est bien de régler des conflits entre États souverains, pris en leur qualité d'États normateurs de droit privé.

39. Droit « international » de source « interne ». Les termes qui précèdent nous mettent devant un paradoxe¹⁶, mais la contradiction peut être surmontée¹⁷. Si un droit internatio-

14. Cette solution ressort de la fameuse jurisprudence *Affaire du « Lotus »*, CPJI, 7 sept. 1927, *Publications de la CPJI*, série A, n° 10 ; le motif resté sans doute le plus célèbre est le suivant : « Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives ; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. » ; cette liberté des États dans l'élaboration des règles sur la délimitation de leur pouvoir normatif, pris dans ses rapports avec celui de leurs pairs, donne aux règles de droit international privé la tournure de règles de droit interne, ainsi que l'a reconnu la CPJI, quelques années après l'arrêt rendu dans *l'affaire du « Lotus »*, dans les affaires *Emprunts serbes* et *Emprunts brésiliens* : CPJI, 12 juill. 1929, *Publications de la CPJI*, série A, nos 20/21.

15. Lorsque la règle de droit international privé trouve sa source dans le droit de l'Union européenne (situation fréquente de nos jours), le classement de cette règle dans le droit « inter-national » reste pertinent si l'on veut bien, comme nous le faisons dans le précis refondu en 2023, analyser l'Union européenne elle-même comme un « proto-État », entité dotée de certains attributs de l'État sans en avoir atteint la perfection – et ce indépendamment même de tout élément finaliste, faisant défaut dans le cas de l'Union européenne. Le vocabulaire d'« Organisation régionale d'intégration économique » ou d'« Entité autonome *sui generis* » est volontiers retenu (v. F. Latty, « L'Union européenne vue du droit international », *Ann. Dr. UE* 2014, p. 181), mais à nos yeux moins évocateur.

16. On rappellera ici la définition du mot « paradoxe » : « Affirmation surprenante en son fond et/ou en sa forme, qui contredit les idées reçues, l'opinion courante, les préjugés » (source : TLFi – CNRTL).

17. Francescakis évoquait déjà dans les années 70 la notion de « droit international étatique » : v. « Lueurs sur le droit international des sociétés de capitaux – L'arrêt "Barcelona" de la Cour internationale de justice », *Rev. crit. DIP* 1970 p. 609, spéc. p. 617.

nal par sa source – un droit secrété par la société internationale – a bien *vocation à traiter des rapports entre États*, cette vocation *peut demeurer irréalisée*, inaccomplie, et la société internationale peut en outre rester insuffisamment développée pour connaître/sécréter un mécanisme de source internationale permettant de combler cette lacune. Le droit international peut alors tout simplement laisser les États régler *par leur droit de source interne* les rapports entre États laissés intacts par le droit de source internationale.

C'est justement ainsi qu'en a décidé la Cour permanente de justice internationale en 1927 dans sa jurisprudence *affaire du « Lotus »*, d'une part, et en 1929 dans les affaires *Emprunts serbes* et *Emprunts brésiliens*, d'autre part¹⁸. Le droit international privé d'un État prend alors la forme d'une sorte de *droit interne des relations extérieures* (ou d'un *droit mettant en œuvre une « politique juridique extérieure » de l'État*, pour employer une formule bien connue des internationalistes de droit public¹⁹).

* * *

40. Conclusion. On en arrive ainsi à la conclusion que les règles de droit international privé méritent d'être *représentées* en s'inspirant d'une dogmatique internationale, au sens d'inter-étatique. Dans cette représentation, le droit international privé s'analyse comme organisant, au niveau de chaque État, de chaque groupe

d'États, voire de la collectivité internationale dans son ensemble, le *département des États (et les suites de ce département)*, *relativement à un rapport de droit privé donné*, pour ce qui est de leur pouvoir normatif législatif ou juridictionnel sur ce rapport.

Ces règles, qu'il s'agisse des règles générales de droit international privé, ou des règles de droit international privé spécial, méritent, en tant qu'elles départagent les États, d'être vues comme des *règles de droit international de source interne*, et plus précisément des règles permettant de sélectionner, pour chaque rapport de droit privé, le droit étatique qui y est applicable – voire *les droits* qui peuvent y être alternativement applicables et fixant, lorsque ce droit est *étranger aux yeux d'un État*, les régimes juridiques de régularité internationale des normes qui le composent, ainsi que le régime procédural de ces normes, devant le juge de ce même État.

Cette représentation de notre discipline permet d'arriver à sa définition, telle que nous la proposons dans la refonte du précis : « le droit international privé est le droit intervenant à l'occasion des rapports de droit privé pour départager, chaque fois que cela est nécessaire, les États les réglant ». On en déduit qu'il porte bien son nom dans la mesure où il est légitime que s'appelle droit international privé un « **droit** matériellement **international** intervenant à l'occasion des rapports de droit **privé** ».

18. Jurisprudence précitée, *supra*, n° 36.

19. La formule est inspirée par Ladreit de Lacharrière : v. G. Ladreit de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, 1983 ; réimpr. Bruylant 2023, introd. F. Coulée, préf. F. Alabrune.

Perspectives

Droit international privé

Quelques réflexions prospectives sur les évolutions du droit international privé

Hugues Fulchiron

Professeur agrégé des Facultés de droit

Conseiller SE à la Cour de cassation

Directeur honoraire du Centre de droit de la famille

(Université Jean Moulin Lyon 3)

Il est difficile de prédire l'avenir, soit qu'on ne comprenne pas assez bien le présent pour prévoir ce qu'il enfantera, soit que l'on reste trop ancré dans ce présent pour imaginer les mutations à venir. Les lignes qui suivent (les lignes de la main ?) ne sont donc pas une prophétie, mais une réflexion toute personnelle sur les évolutions présentes et futures du droit international privé, à lire comme telle.

Deux choses seulement sont certaines. D'une part, le droit international privé a profondément changé depuis une quarantaine d'années, à l'époque où l'auteur de ces pages découvrait la matière dans les ouvrages des grands maîtres, tout particulièrement dans le traité de Battifol et Paul Lagarde, dans le Précis de Lousouarn et Bourel ou dans le manuel de Pierre Mayer. D'autre part, le droit international privé est aujourd'hui en pleine mutation : dans ses sources, dans ses méthodes et dans la façon même dont la matière se pense et se construit.

Pour tracer des perspectives dans un monde en mouvement, on prendra comme guide les mots mêmes qui désignent la matière : « international », « privé ». Si, au vu des évolutions en cours, on tente de se projeter dans l'avenir, on serait tenté de dire que deux grandes forces, déjà largement à l'œuvre, devraient marquer l'avenir

de la matière : l'internationalisation et la privatisation.

I. L'internationalisation du droit international privé

Qu'il semble loin le temps où l'on disait que le droit international privé est un droit international par son objet et national par ses sources ! Le droit international privé est aujourd'hui un droit pleinement international. Au-delà de ses sources et de son objet, cette internationalisation touche, en quelque sorte, la matière elle-même sur le plan théorique comme sur le plan pratique. On étudiera les différentes dimensions de l'internationalisation (A), avant de se demander si le droit international privé n'est pas en voie de « globalisation » (B).

A. Une matière « vraiment » internationale ?

Que dans un pays comme la France, les sources du droit international privé soient désormais majoritairement d'origine « internationale », qu'il s'agisse de sources européennes (aussi ambigu que soit dans ce cas un tel qualificatif...) ou de source conventionnelle, est une évidence. La grande révolution du début de la fin du

xx^e siècle et du début du xxi^e, avec l'émergence, si discutée, du droit international privé européen, n'est certes pas achevée, mais elle constitue désormais un acquis. À tel point que l'une des grandes questions posées par la codification du droit international privé, en France comme ailleurs, est de savoir comment articuler les règles nationales avec les règles régionales ou internationales. Certes, la multiplication des règles européennes et conventionnelles ne va pas sans créer de nouvelles difficultés, avec un enchevêtrement de normes plus ou moins bien articulées les unes avec les autres, des vides, des trop-pleins, et parfois des logiques contradictoires; certes le jeu des ratifications et des réserves, pour les conventions internationales, celui de la coopération renforcée pour les règlements européens, créent des espaces juridiquement unifiés à géométrie variable, ce qui, paradoxalement, complique le traitement de certaines situations *in et out*; il n'en reste pas moins, que les sources nationales pourraient faire figure aujourd'hui, et plus encore demain, de sources « secondaires », et dans bien des cas « subsidiaires ». D'autant qu'elles-mêmes sont pensées et mises en œuvre dans une perspective internationale.

Au-delà de ses sources, ce sont en effet les instruments et les méthodes du droit international privé qui se sont « internationalisés » : non seulement parce que plus peut-être que dans d'autres domaines du droit, les idées circulent dans la petite communauté de spécialistes qui « pensent » la matière; non seulement parce que, à travers les instruments européens et internationaux, ce sont des définitions et des concepts nouveaux, parfois vraiment innovants, parfois ancrés dans d'autres traditions nationales, qui circulent et qui « infusent » dans les droits nationaux (la résidence habituelle, la litispendance internationale, la matière contractuelle, etc.); mais aussi parce que ces règles avec les solutions auxquelles elles ont abouti et la façon dont ont été appréhendées les questions de droit international privé, traversent les frontières. De plus, quand bien même le traitement des situations à dimension internationale se ferait au niveau national, ces situations sont appréhendées dans une perspective « internationale », selon une logique et des modes de raisonnement qui sont propres à la matière. Certes, il y a un traitement « à la française », des questions de droit international privé, mais on peut parier que sous l'in-

fluence des instruments internationaux, notamment des instruments européens et de leur interprétation uniforme, émerge une façon commune, pleinement internationale, de traiter les questions de droit international privé, avec, au terme de ces modes de raisonnements partagés, guidés par une logique et des instruments conceptuels communs, des solutions sinon identiques, du moins de plus en plus proches même si elles doivent être adaptées aux particularismes nationaux.

De telles évolutions, qui marquent la « dénationalisation » et plus généralement la « désétatisation » de la matière, pourraient faire du droit international privé la première matière « globale ».

B. Une matière « globalisée » ?

Par « globalisation » on entendra une nouvelle façon d'appréhender les situations de droit privé à dimension internationale qui, sans forcément échapper aux contingences liées au caractère étatique des systèmes juridiques, les dépasse, grâce aux règles, aux méthodes ou aux acteurs qui entrent en jeu, afin que les situations créées ou que les solutions données aux difficultés qu'elles engendrent puissent circuler le plus librement possible dans un espace juridique le plus ouvert possible. La globalisation du droit international privé n'est qu'un aspect d'un phénomène plus général de globalisation du droit, dont elle partage les fondements politiques, économiques et idéologiques. Mais le droit international privé est particulièrement touché puisque les situations traitées sont par nature internationales.

Dans ce contexte, il n'est plus question d'une juste répartition des compétences entre États, ni même de coordination des systèmes nationaux pour parvenir à un traitement harmonieux des situations privées internationales, dans le respect des intérêts privés comme des intérêts étatiques. Il s'agit plutôt de garantir l'unité de traitement des dites situations pour assurer leur circulation puisque dans un monde « global » tout a vocation, ou du moins est pensé comme ayant vocation, à circuler.

Le phénomène de globalisation se manifeste par la nature des normes et par les acteurs qui les élaborent et les mettent en œuvre.

Une place de plus en plus importante est ainsi faite aux normes et aux acteurs « transnationaux », qu'ils soient publics, parapublics, privés

ou semi-privés, les distinctions entre les uns et les autres devenant très difficiles à faire. On pense par exemple aux autorités de régulations ou aux organismes chargés de réguler telle ou telle activité transnationale ou qui s'auto-investissent d'un pouvoir de régulation, en matière économique ou, par exemple, sportive. Mais il peut aussi s'agir de grandes entreprises qui, dans un secteur émergeant ou dans un domaine où elles exercent une position dominante, celui par exemple d'internet ou de l'intelligence artificielle, élaborent leurs propres règles qu'elles tendent à imposer aux autres acteurs du marché, mais aussi aux États. Fleurissent ainsi les cahiers des charges, les modèles de conditions générales, les guides de bonnes pratiques, etc. qui régissent le secteur soit directement, soit indirectement, car les normes nationales ou internationales qui sont ensuite élaborées le sont en considération de ces règles fondatrices, qu'il s'agisse de s'en inspirer dans un souci d'effectivité, ou de s'y opposer. Certes, ces normes sont avant tout des normes matérielles, mais elles présentent, par nature pourrait-on dire, une dimension internationale puisqu'elles sont appelées à accompagner la circulation de la « matière » qu'elles régissent : compétence en cas de litige, conditions de la responsabilité, utilisation des données personnelles recueillies, etc.

Si le développement de la *soft law* n'est pas un phénomène nouveau, il pourrait prendre une ampleur et surtout, une place inouïes dans un monde où informations et données se jouent des frontières. Et il ne faut pas y voir le simple triomphe de la *lex mercatoria*, sauf à considérer qu'un monde « globalisé » n'est, fondamentalement, qu'un vaste marché.

Ce qui est vrai pour les normes l'est aussi pour les « autorités » chargées de les mettre en œuvre. Il ne s'agit pas seulement de prédire le développement de l'arbitrage international qui devrait, comme en droit interne, conquérir des domaines qui jusque-là, semblaient constituer les bastions même de l'inarbitrabilité, en matière par exemple de droit patrimonial mais aussi extrapatrimonial de la famille. Les acteurs privés ou semi privés qui, en droit ou en fait, régulent tel ou tel domaine d'activité ou régissent tel ou tel secteur économique ne se contentent plus de désigner à l'avance un juge national ou de renvoyer à l'arbitrage; ils créent leurs propres organes de règlement des différends : juridictions *ad hoc*, en

matière sportive par exemple, comités de sages, instances internes de médiation, etc., qui mettent en œuvre les normes tout aussi privées élaborées en interne, sous l'œil plus ou moins vigilant de comités d'éthique... privés.

Au-delà, le phénomène de globalisation conduit à repenser les méthodes du droit international privé. On pourrait ainsi assister à un développement de règles matérielles, mais dans une perspective nouvelle : il ne s'agirait plus de compléter par quelques règles régissant le fond du droit un système qui, fondamentalement, reposerait sur une coordination des différents droits nationaux, mais d'édicter des normes permettant d'encadrer telle ou telle activité transnationale dont la régulation transnationale est, pour l'essentiel, prise en charge par des acteurs privés.

Devrait également continuer à monter en puissance la « méthode » de la reconnaissance, avec les instruments assurant la reconnaissance des situations à travers les frontières, la reconnaissance étant à bien des égards, la clé d'une libre circulation des situations juridiques dans un monde « globalisé ». Demeurerait cependant un cadre minimal, nécessaire pour assurer la protection des valeurs portées par tel ou tel système juridique national ou régional, mais secondaire en ce qu'il aurait seulement pour fonction de faire exception et non d'encadrer, et qui, à certains égards, constituerait lui aussi un instrument au service de la circulation des situations dès lors qu'il fixerait des bornes infranchissables : des « principes essentiels », présent dans les lois de police ou dans l'exception d'ordre public, nourris eux-mêmes de considérations liées au caractère international de la situation.

Dans une telle perspective, la finalité du droit international privé serait moins de garantir l'harmonie des solutions internationales, que d'assurer la fluidité des situations dans un monde « global ».

Le phénomène d'internationalisation ainsi entendu se conjugue avec la privatisation du droit international privé.

II. La privatisation

Le droit international privé a pour objet même le traitement de relations privées internationales, sauf à faire observer que dans le monde contemporain, les frontières entre privé et public sont de

plus en plus incertaines... Le phénomène de privatisation ne concerne pas seulement l'extension du privé qui en résulte, mais, plus généralement, la façon de plus en plus « privée », si l'on ose dire, dont sont appréhendées les situations internationales. En ce sens, la privatisation est la conséquence de la dénationalisation et de la désétatisation de la matière, déjà soulignée; mais ce que l'on pourrait appeler le phénomène de « décollectivisation » prend une dimension particulière : il ne touche pas seulement les sources du droit international privé et ses méthodes, mais les équilibres entre intérêts publics et intérêts privés qui sont au cœur de la matière (A). Plus profondément, celle-ci est pensée de plus en plus à partir des droits et intérêts particuliers, les intérêts collectifs n'intervenant plus qu'à titre de correctif exceptionnel : ce que l'on serait tenté d'appeler « l'individualisation » du droit international privé (B).

A. La privatisation/décollectivisation

Le terme de « décollectivisation » est assurément ambigu. On l'utilisera, faute de mieux, pour désigner le passage d'une appréhension des situations internationales soucieuse d'assurer le respect des intérêts collectifs dont le droit est censé être le garant, à une approche privée, dominée par le respect, voire la défense des intérêts privés. Certes, le phénomène est depuis longtemps à l'œuvre : il y a beau temps qu'il est admis qu'en ces matières, les États n'auraient, sauf cas particulier, aucun intérêt à ce que *leur* loi ou *leur* juge soit compétent. Mais il s'est accentué et affecte l'ensemble de la matière.

Cet aspect de la privatisation se traduit bien sûr par la place de plus en plus grande laissée aux volontés individuelles dans le choix de lois ou dans le choix du juge. Plus profondément, il se manifeste par le rôle croissant des acteurs privés dans la création de la norme : aux acteurs étatiques, qu'ils soient nationaux, régionaux (Union européenne, organisation des États américains) et internationaux (Organisation des Nations Unies), et para-étatiques (la Conférence de droit international privé de La Haye), se joignent de plus en plus souvent des acteurs privés, qu'il s'agisse d'organisations privées chargées de réguler tel ou tel domaine d'activité, ou d'entreprises transnationales. Et, comme on l'a souligné en évoquant le phénomène de « globalisation » du droit international privé, cette mon-

tée en puissance des acteurs privés se prolonge dans la mise en œuvre de la norme, avec le développement de l'arbitrage et, plus généralement, des modes de règlement privé de différends largement déjudiciarisés, les autorités étatiques n'intervenant plus qu'en ultime recours, le plus souvent pour garantir l'exécution de ce qui aura été décidé par d'autres.

Plus généralement, s'affirme peu à peu la prévalence des intérêts privés. Dire cela, ce n'est pas nier l'importance des intérêts étatiques et, au-delà, de l'intérêt général, en matière économique comme en matière familiale. La prise en compte de ces intérêts se traduit par certaines politiques ou par certains principes sur lesquels sont fondés les ordres juridiques nationaux. Mais ces considérations ne jouent plus qu'à titre d'exceptions. Celles-ci peuvent prendre les formes traditionnelles des règles matérielles, des lois de police ou, surtout, de l'exception d'ordre public; mais, aussi importantes soient-elles juridiquement et symboliquement, elles n'interviennent plus que de façon marginale et secondaire.

Ainsi, ce qui est premier, c'est l'accueil de la loi étrangère, de la décision étrangère ou de la situation née à l'étranger, parce que, précisément, c'est une situation privée pour laquelle les considérations d'intérêt public ne peuvent être qu'exceptionnelles : exceptionnelles par la nature des intérêts publics mis en avant, qui doivent revêtir une importance particulière pour le for, exceptionnelles par l'impact de ces considérations d'intérêt public sur les situations privées, qui peut aller jusqu'à sauvegarder ces dernières dans le cadre, par exemple, d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*.

On assiste ainsi non pas à un retrait des considérations d'intérêt public, mais, pour parler en termes militaires, à un redéploiement de celles-ci sur de nouvelles positions : elles ne constituent plus une sorte de ligne Maginot construite sur de grandes oppositions public/privé, disponible/indisponible, mais des positions défensives en profondeur, avec une forte capacité de projection sur telle ou telle question, dans telle ou telle situation, lorsque l'intégrité du système national semble menacée.

Et encore faut-il observer, on y reviendra, que ces instruments sont le plus souvent asservis à la défense d'intérêts privés considérés comme essentiels par l'ordre juridique national : la protection du consommateur, l'égalité entre

hommes et femmes, le droit à un procès équitable, etc.

Ces nouveaux équilibres ou déséquilibres, c'est selon, se traduisent par des évolutions méthodologiques qui devraient s'accroître dans l'avenir.

On dit souvent qu'une des grandes révolutions du droit international privé en ce début du ^{xxi}^e siècle, est le déplacement du centre de gravité du droit international privé du conflit de lois vers le conflit de juridictions. On serait tenté de dire que ce centre de gravité se déplace aujourd'hui des questions relatives à la loi ou au juge, vers celles qui concernent plus directement les situations, dans leur création, leurs effets et leur circulation. C'est ce qui explique la place de plus en plus importante accordée aux problèmes de reconnaissance. Certes, il est toujours question de loi applicable et de juge compétent, mais pour reprendre la trilogie des règlements européens (loi applicable, compétence (judiciaire) et reconnaissance/exécution), le troisième volet prend une importance nouvelle et mobilise de plus en plus de ressources juridiques avec, par exemple, la technique de la certification. À la limite, les intérêts en jeu au stade de la reconnaissance et de l'exécution finissent par « gommer » ceux qui avaient permis de structurer les deux premiers. Ainsi, le fait qu'une décision ait été rendue par une autorité incompétente au regard des dispositions de tel ou tel règlement, en application d'une loi qui n'était pas la « bonne » loi, n'empêchera pas forcément la circulation de cette décision dès lors, par exemple qu'elle est revêtue d'un certificat délivré par les autorités du pays d'origine.

Dans ce contexte, la montée en puissance de la « méthode » de la reconnaissance, qui est peut-être moins une « méthode » ou « un principe » qu'un objectif auquel peuvent être asservis divers modes de raisonnement et diverses techniques juridiques, n'a rien de surprenant. Faisant largement abstraction de la méthode conflictuelle classique, elle s'attache à la situation créée et à sa circulation internationale. Le seul véritable conflit n'est pas un conflit de lois ou un conflit de juridictions, mais un éventuel conflit entre cette situation et les principes essentiels portés par l'ordre juridique d'accueil. Mais ce qui est premier, c'est la reconnaissance (donc les intérêts privés), la non-reconnaissance (au nom de l'intérêt collectif), n'étant plus qu'exceptionnelle.

La force de cette évolution est d'autant plus grande que les intérêts privés se coulent dans le moule de droits et de libertés individuels. On en vient ainsi au second aspect de la privatisation : la privatisation/individualisation.

B. La privatisation/individualisation

Le phénomène n'est pas propre au droit international privé : il marque l'ensemble du droit contemporain, un droit reconstruit à partir de l'individu, de ses droits et de ses libertés. En droit international privé, il a déjà entraîné de profonds bouleversements et ses répercussions devraient être plus importantes encore dans l'avenir. Les matières personnelles sont, bien sûr, les plus directement touchées, mais les matières économiques le sont également.

En matière personnelle, les questions relevant du droit international privé sont de plus en plus pensées à partir et en fonction des droits et libertés de l'individu. C'est vrai pour la construction de la règle, guidée, notamment, par les principes de liberté, d'égalité, de respect de l'identité des personnes, de protection des personnes vulnérables, etc. C'est vrai aussi dans la mise en œuvre de la règle de conflit, au risque de perturber ou, plutôt, de réorienter les mécanismes traditionnels. Ainsi le jeu de l'ordre public est-il de plus en plus asservi à la protection des droits et libertés fondamentaux ou à la préservation des libertés individuelles, dont la défense apparaît désormais comme une composante essentielle de l'intérêt collectif. De plus, lorsque des considérations d'intérêt général semblent devoir borner les droits et libertés individuels, il s'agit bien souvent d'assurer ainsi la protection de personnes ou de catégories de personnes : les parties faibles, l'enfant, les personnes vulnérables. Et quand l'intérêt général se fonde sur des principes abstraits, ou plus exactement détachés de considérations personnelles (la défense des structures fondamentales de la société, la stabilité de l'état des personnes, la non marchandisation du corps humain, la dignité humaine), non seulement, il devient de plus en plus difficile de les opposer aux droits et libertés individuels en général, l'autorité qui invoque ces principes devant justifier leur application, mais encore, il n'est pas impossible que dans le cas particulier, le principe ne doive céder parce que les conséquences de son application risqueraient de porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés individuels

en jeu. On reconnaît là le jeu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne avec les arrêts *Sayn-Wittgenstein*, *Coman* ou *VMA* « *Pancharevo* », mais aussi celui de la jurisprudence de la Cour EDH en matière, par exemple, d'adoption (avec les arrêts *Wagner* ou *Gianisis-Negrepontis*), de gestation pour autrui (avec les arrêts *Menesson* et *Labassée* et la jurisprudence ultérieure) ou d'AMP *post mortem*.

De nouveau, on ne peut que souligner les répercussions d'une telle évolution sur les méthodes du droit international privé, avec l'importance désormais attachée aux questions de reconnaissance. Peu importe, à la limite, qu'une situation ait été créée par la « bonne » autorité, en vertu de la « bonne » loi. Ainsi, si, dans ses arrêts, la Cour EDH n'ignore pas, à proprement parler, la dimension de droit international privé des questions qui lui sont soumises, elle ne la traite pas car ce n'est pas vraiment son problème : la question est avant tout de s'assurer, au terme d'une mise en balance des droits et intérêts publics et privés en cause, qu'un refus total ou partiel de reconnaissance ne porte pas une atteinte aux droits et libertés de l'une des personnes concernées. Il en va de même, quoique dans une moindre mesure, pour la CJUE, lorsque sont mis en avant les droits et libertés reconnus au citoyen européen, quand bien même, avec les libertés de circulation et d'installation, ces droits et libertés seraient de nature économique.

Des remarques similaires pourraient être faites en matière économique, avec la place de plus en plus grande faite aux libertés économiques qui sont moins avancées *in abstracto*, comme des « politiques » au service d'un ordre public économique, que comme des libertés reconnues aux personnes physiques et plus généralement aux acteurs économiques de façon « individuelle », et un ordre public asservi à la défense d'intérêts particuliers, même s'ils sont partie intégrante de l'intérêt collectif : protection de la partie faible, protection du consommateur, protection des données personnelles, etc.

* * *

Il a été dit, *in limine*, qu'il était difficile de faire le prophète. Si l'on peut mettre en lumière les grandes évolutions qui marquent le présent ou

qui sont seulement émergentes, dire qu'elles se poursuivront ou se développeront dans l'avenir est toujours hasardeux.

D'une part en effet, il existe des courants contraires ou des contre-courants qui se forment soudain par la conjonction de forces diverses. Et des dérives sont toujours possibles. Ainsi, le mouvement de globalisation, dont on a montré la puissance, s'accompagne de phénomènes de fragmentation, qui peuvent aboutir à des résultats contraires à ceux que l'on imaginait, avec un droit international privé trop éclaté dans ses instruments pour assurer ses objectifs d'harmonie des solutions internationales ou plutôt, comme on l'a dit, de fluidité des situations internationales.

D'autre part, le droit international privé, comme l'ensemble du droit est tributaire de ce que l'on appelait autrefois la « marche du monde ». Or, dans un monde incertain, il est bien difficile de dire quel sera l'avenir. Imaginées à partir des grandes forces actuellement à l'œuvre en droit international privé, les évolutions à venir sont liées à un certain état politique et économique du monde ouvert à la coopération et aux échanges, dans une perspective de globalisation : elles sont pensées, si l'on ose dire, « à monde constant ». Qu'en sera-t-il si les principes sur lesquels ce monde est construit sont bouleversés par les crises économiques, politiques et écologiques dont on sent les prémices sans encore en mesurer l'ampleur ? Une « renationalisation » et une « réétatisation » n'apparaîtront-elles pas comme une nécessité, avec de nouvelles flambées d'ordre public, notamment en matière économique ? En matière personnelle, le respect des droits et libertés individuels apparaîtrait-il toujours comme une impérieuse obligation ? Sans même imaginer le pire, l'ampleur des évolutions technologiques et la puissance des acteurs privés qui les portent, ne peuvent-elles pas conduire à des phénomènes de « recollectivisation » dans un cadre national, régional ou international pour réaffirmer certains principes du for ou promouvoir certaines valeurs considérées comme universelles ?

En droit international privé comme ailleurs, rien n'est jamais acquis.

Perspectives

Droit international privé

Perspective : L'altérité ou la double scénographie du droit international privé

Horatia Muir Watt

Professeuse des Universités à Sciences Po

Si on laisse de côté la question de l'avenir immédiat du droit positif dans ce domaine¹, c'est vers les dimensions théoriques de la discipline qu'il faudrait se placer pour pouvoir dire quelque chose de significatif sur les « perspectives » qu'ouvre (ou que referme) sa propre tra-

jectoire. Or, le point de départ de la « Perspective » qui suit est que, quelles qu'en soient les raisons², de telles dimensions sont absentes ou en tout cas décevantes (*underwhelming*) en l'état actuel de l'art juridique dans ce domaine³. Elles pourraient cependant s'épanouir, à condi-

1. L'étude du droit positif est importante, bien entendu. Cependant, je n'apporterai rien sur ce terrain qui ne soit pas déjà dit et constamment labouré – la teneur des réformes des textes de droit dérivé européen qui s'efforcent de s'ajuster continuellement à de nouvelles problématiques qui émergent du contentieux transfrontière économique ou des personnes; la possible codification des bribes du droit français qui restent de source locale dans les interstices du droit européen, du marché ou alors des droits humains; la discussion de diverses évolutions méthodologiques liées à ces derniers; les défis nouveaux liés à la déterritorialisation, etc.
2. Celles-ci sont souvent débattues : emprise du contentieux international économique qui concentre le regard sur l'étude des divers aspects de la compétence juridictionnelle ou des rapports entre ceux-ci à l'arbitrage; modification sociologique des parties et infléchissement du type de demandes; expansion d'autres « logiques » qu'il s'agisse des droits humains ou de la liberté de circulation, souvent confondus, qui laissent peu de place à ce qui est encore perçu (et romantiqué) comme étant le cœur du conflit de lois; déclin d'une génération de grands penseurs également comparatistes ou philosophes; conservatisme politique des meilleurs praticiens attirés par le caractère ludique du conflit de lois.
3. L'un des symptômes les plus marquants d'une inadéquation de l'état de l'art aux défis du « tournant global » est la désaffection assez générale du côté des jeunes chercheurs (et bien entendu, il y a comme toujours de très belles exceptions !) qui visent à trouver une place sur l'exigeante scène académique internationale dans le champ juridique et qui préfèrent se tourner plutôt vers le droit international public, où le champ laissé aux approches non dogmatiques est plus généreux. Très souvent, en effet, ils rejoignent des courants critiques (par exemple, études féministes et de genre; études critiques raciales et de l'intersectionnalité; études postcoloniales; distributionnelles, etc.) qui n'atteignent pas le côté privé du droit international alors même – que l'on y souscrive ou non, pour les réfuter ou les développer – qu'ils pourraient aussi bien y trouver une matière très vaste dans les relations transfrontières familiales, de marché, etc. Au-delà de ces courants qui sont politiquement marqués et qui n'attirent pas, du moins en France, une académie très majoritairement conservatrice, c'est aussi l'ouverture du droit international public à une certaine interdisciplinarité qui promet la possibilité de déployer des approches plus intellectuelles de questions qui concernent de près le droit du conflit de lois et de juridictions, tels le temps et l'espace, les « sources » du droit (le *locus* de l'autorité), la frontière, la souveraineté, la communauté et bien d'autres. Une première conséquence, très visible (que ce soit dans le choix des sujets de recherche, les thèmes traités à l'Académie de La Haye, les colloques et conférences internationales), est la perte croissante de terrain du droit international privé au profit de son homologue public : outre les domaines mentionnés, on peut ajouter la responsabilité des entreprises à raison d'activités extractives (et autres) exercées à l'étranger avec leur cohorte de dégâts écologiques, de déplacement des populations, etc.; le régime juridique des chaînes de valeur et la façon dont elles modifient l'économie globale; l'identité des individus (citoyenneté, statut des migrants ou des demandeurs d'asile); la personnalité juridique et

tion que l'enseignement et la recherche consentent à quelques changements. Ce disant, j'expose par là même mes propres travaux aussi bien à ce que l'on appelle (dans les humanités politiques) « la critique de la critique », qu'au risque de mettre à jour la part importante de bricolage et de braconnage avec laquelle je m'efforce d'ouvrir quelques fenêtres (et c'est bien le jeu auquel invite l'hospitalité de la *Revue de droit d'Assas*).

Celles-ci s'ouvrent sur un horizon de théorie écologique du droit. Ainsi, le projet (la perspective) poursuivi dans mon ouvrage récent *Law's Ultimate Frontier*⁴ est de concevoir une telle théorie à l'aide de la focale spécifique du droit des conflits de lois. Il s'agit donc d'un tout autre point de vue que celui qui consiste à « appliquer » ce droit – ou le plus souvent son volet de contentieux international – à ce qu'il est devenu courant de dénommer (sinon de le définir) « l'environnement »⁵.

Dans le cadre de ce projet théorique, la discipline du droit international privé est envisagée comme un répertoire d'idées relatives à l'altérité telle qu'elle s'incarne en termes juridiques (l'extranéité). S'il est vrai que les méthodes et les épistémologies présentes dans sa longue histoire

(prémoderne) sont instables et contestées, l'altérité peut néanmoins être comprise comme sa préoccupation centrale. En effet, le droit des conflits de lois entreprend de naviguer, d'importer, d'interpréter, de médier, de traduire, d'ajuster et même parfois de rejeter des formes exogènes de droit. Il repose en outre sur des types particuliers de savoirs, de pratiques ou d'outils, nécessaires pour naviguer et passer à travers les frontières des pays, des langues, des catégories, des cultures et des cosmologies. Sous (ou à cause de ?) sa surface d'extrême technicité, ce champ du droit jouit assurément d'une aura très singulière, celle que lui confère sa possible appartenance aux savoirs de la métamorphose⁶.

Familièrement et péjorativement décrit (dans le monde anglophone) comme un marécage triste (« *dismal swamp* ») et un « borbier traversé de secousses » (« *quaking quagmire* »)⁷ – une métaphore écologique à récupérer et à se réapproprier ! –, il se prête à une utilisation heuristique pour souligner ce que l'on pourrait décrire comme sa double scénographie.

D'une part, la discipline se situe au cœur même de la pensée juridique moderne.

Elle occupait déjà une place centrale dans l'économie politique des luttes d'investissement du

le droit d'agir (entités naturelles, la nature elle-même, etc.) ; le sujet lui-même (affecté, augmenté, éclaté par l'avènement de l'intelligence artificielle). Cependant, les occasions manquées sont également apparentes s'agissant de l'épaisseur théorique des analyses proposées. Elles se mesurent en termes d'ouverture des études juridiques internationales privées à l'interdisciplinarité. Les « méthodes », pourtant omniprésentes dans l'identification même de la discipline, sont traitées en contournant l'épistémologie (qu'il s'agisse de celle des sciences sociales, ou de la question plus radicale de la place ou de la nécessité de celle-ci). Les techniques complexes sont abordées sans références aux prémisses implicites qui informent les cadres de raisonnement (par exemple, que penser de l'anthropomorphisme extrême de l'État ou l'hyper identification de la pensée académique à la doxa ?). L'anthropologie du droit est laissée de côté alors même que celle-ci réserve une place centrale aux conflits de normes, tout comme certains des multiples courants de *law and society* (la doxa s'arrêtant à une référence, souvent hors contexte, à Santi Romano). La géopolitique influe très clairement sur l'état du droit international privé conventionnel mais est largement passée sous silence, comme si les relations privées affectées d'extranéité se déploient dans un univers parallèle. Le territoire, l'espace extraterrestre ou le commerce maritime sont traités comme si la géographie critique était hors champ. De même, de vastes pans de la matière (le droit des sociétés, des chaînes de valeur, de choix de for) revêtent des implications significatives sur le terrain de l'économie politique, en termes de « gouvernance globale », mais en constituent très fréquemment des angles morts.

4. *The Law's Ultimate Frontier: Towards an Ecological Jurisprudence : A Global Horizon in Private International Law*, Hart, 2023 (le terme « *Jurisprudence* », dans le contexte, renvoie au courant récent de recherches en *Earth Jurisprudence*).
5. Sur le caractère indéterminé de ce concept, qui sert de variable d'ajustement dans les négociations sur le droit international du climat, v. le projet de recherche de N. Belaïdi, « Anthropocène et dimension écologique de la norme environnementale. Réflexions à partir de l'élaboration du délit d'écocide en droit français », Institut Des Études Et De La Recherche Sur Le Droit Et La Justice (IERDJ), 2022-2024.
6. Pour B. Latour (*Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des modernes*, La Découverte, 2012), les « êtres de la métamorphose » comprennent le chaman et le psychanalyste. On pourrait y ajouter le juge.
7. V. S. Reed et H. F. Goodrich, « Forward. Directive or Dialectic? », *Vanderbilt L. Rev.* 1953, vol. 6, p. 441 pour l'attribution de ces expressions au Doyen William Prosser : « The realm of conflict of laws is a dismal swamp filled with quaking quagmires and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon. »

Moyen Âge, qui ont sans doute marqué les origines de notre forme d'État moderne⁸. Elle a ensuite donné corps juridique aux grandes fictions de la modernité, telles que l'« autonomie » du sujet, et a revêtu l'exception souveraine ou la raison d'État de la forme éminemment juridique de l'ordre public. Aujourd'hui, elle est au cœur des notions et discours contemporains relatifs à la gouvernance globale, où le droit des conflits de lois maintient, au-delà de l'État, le schisme entre le droit public et son pendant privé, et continue d'arbitrer les oppositions existentielles entre le droit et le fait, ou entre le droit et la politique, la société ou la nature.

En ce sens, le conflit de lois est l'incarnation même de la « jurisprudence juridictionnelle »⁹, traçant constamment des lignes, fusionnant les dichotomies, créant des attaches, triant le familier de l'étranger – un arbitre emblématique de ces « luttes de frontières » (*boundary struggles*) qui caractérisent notre ère capitaliste¹⁰. Produite par le tournant géo-spatial (en droit comme dans la pensée moderne), la frontière juridictionnelle est en quelque sorte le point métaphysique de mise en relation et de mise en circulation des normes juridiques. Ce qu'il importe aussi de souligner, c'est que la juridiction est un idiome qui produit une forme de vie, une « morphologie du sujet moderne ». À l'avant-poste de l'État ou aux confins de l'empire, elle a également fourni, sur une longue période de l'histoire moderne, divers ensembles d'outils et de dispositifs, de fictions et d'institutions, qui ont servi la « grande bifurcation » au sein de l'*oïkos*, pris entre l'expansion extraterritoriale et hors sol de l'économie et l'épuisement corrélatif des ressources naturelles de la planète¹¹.

À ce stade, cependant, des fissures apparaissent de temps à autre, comme si Gaïa attendait sous les catégories conventionnelles du droit, tel un « irritant juridique »¹² géant, prêt à

briser les cadres juridiques existants de manière hautement imprévisible.

D'autre part, la longue histoire de la discipline dévoile de fragiles intimités¹³ d'une ontologie juridique alternative.

Celle-ci pourrait servir de modèle intellectuel (ou de style, en termes d'esthétique du droit¹⁴) pour réduire (voire inverser) les marques du « naturalisme » des modernes (leur privilège ontologique à l'égard de la nature¹⁵) sur la pensée juridique. C'est le point de départ d'une « jurisprudence mineure »¹⁶, composée d'une vision du monde plus humble mais plus durable. En effet, sous le labeur technique quotidien du droit international privé consistant à attribuer et à distribuer les causes juridiques aux confins de diverses catégories et systèmes de croyance, émerge une autre ontologie de la frontière. Cette dernière n'est pas un mur mais un lieu de passage, pas une exclusion mais un espace intermédiaire, pas une coupure mais un lien.

On peut dire que la discipline du droit international privé fournit une illustration emblématique du mode d'existence de la juridicité (*ius*) comme « écologie de connexions », pour emprunter l'image et les termes que nous lègue Bruno Latour dans son *Enquête sur les Modes d'Existence*¹⁷. Dans l'ombre des divisions symboliques plus imposantes entre les souverains (c'est-à-dire, de la répartition qu'effectue le droit international public), elle a toujours mené un travail plus invisible de rattachement des personnes, des choses et des actes au droit qui leur convient; de traduction inter-culturelle en jugeant l'interopérabilité des institutions juridiques étrangères; et de réparation des continuités brisées par le passage de la frontière. Elle représente l'intime et le familier, par opposition au grandiose; l'entre-deux, par opposition à la fermeture et à la détermination.

La promesse théorique que recèle la discipline réside dans cette dualité paradoxale, sa propre

8. V. pour une généalogie critique de cette forme juridique, P. G. Monateri, *Dominus Mundi*, Hart, 2018.

9. S. McVeigh, *Jurisprudence of jurisdiction*, Routledge, 2007.

10. N. Fraser et R. Jaeggi, « Capitalism. A Conversation in Critical Theory », *Polity* 2018, p. 202.

11. B. Latour, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des modernes*, op. cit.

12. G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law », *Modern Law Review* 1998, vol. 61, p. 1.

13. N. Walker, *Intimations of Global Law*, CUP, 2015.

14. P. Schlag, « The Aesthetics of American Law », *Harv L. Rev.* 2002, vol. 115, p. 1047, spéc. p. 1055.

15. Ph. Descola, *Par-delà nature et culture*, Gallimard, coll. « Folio », 2005.

16. P. Goodrich, *Law in the Courts of Love. Literature and Other Minor Jurisprudences*, Routledge, 2013.

17. B. Latour, *Enquête sur les modes d'existence. Une anthropologie des modernes*, op. cit.

bipolarité reflétant à son tour le schisme plus large entre le public et le privé au sein du droit international. Si cette schizophrénie est évidemment vraie pour le droit en général (ou pour des institutions spécifiques, des incarnations ou des ramifications de celles-ci, telles que les droits, les tribunaux, l'égalité, la tradition, les règles, etc.), la relation particulière qu'entretient le conflit de lois avec l'altérité fournit un prisme approprié pour ramener un horizon écologique au centre

de l'attention juridique. Et s'il est vrai que notre univers normatif cristallise lui-même des ontologies – une perspective qui a son tour mériterait une longue réflexion¹⁸ – ce même domaine du droit tend à démontrer que celles-ci peuvent puiser dans l'entrecroisement des traditions et des institutions de tous genres. À l'hypothèse que Gaius fût noir¹⁹, il faut donc ajouter l'intuition selon laquelle notre *nomos*²⁰ reflète toutes les nuances étranges du marécage²¹.

-
18. La réflexion existe sur ce qui a été appelé « l'ontologie historique » au moins depuis Foucault (v. I. Hacking, *Historical Ontology*, Harv. Univ. Press, 2002), bien entendu, mais n'a pas donné lieu à un prolongement juridique.
19. P. G. Monateri, « Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the Western Legal Tradition », *Hastings L. Journal* 2000, vol. 51, n° 3, p. 479.
20. Selon l'acception donnée à ce concept par R. Cover dans sa célèbre préface « Nomos and Narrative », *Harvard L. Rev.* 1983, vol. 97, p. 4.
21. Cette esthétique transparait bien dans E. Viveiros de Castro, *Métaphysiques cannibales. Lignes d'anthropologie post-structurale*, PUF, coll. « MétaphysiqueS », 2009.

Rétrospective

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise en partenariat avec le Laboratoire de droit civil et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.



Photographie provenant des *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy* et reproduite avec l'aimable autorisation de la British Academy

« *Doctrine and Discretion in the Law of Contract* », Guenter Treitel

Yves-Marie Laithier

Professeur à Université Paris-Panthéon-Assas

1. Le cycle de conférences consacré aux « grands textes du droit »¹ n'étant pas réservé aux auteurs français, il est possible de franchir les frontières et, en l'occurrence, de se rendre au Royaume-Uni.

2. *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*² est le titre d'un opuscule d'une trentaine de pages dans lequel son auteur, Guenter Treitel, porte un regard critique sur l'élargissement du pouvoir discrétionnaire du juge en matière contractuelle. Ce qui confère à ce texte son originalité et explique sa notoriété, ce n'est pas l'identification de ce phénomène – que d'autres avaient signalé auparavant – mais l'analyse au scalpel qu'il en livre.

Prenant l'apparence d'un article, le texte est en réalité le discours que l'auteur a donné lors d'une conférence inaugurale. Destiné à être prononcé en public, le texte se présente comme un récit, sans subdivision visible. Soucieux de capter l'attention de son auditoire, l'auteur multiplie les exemples et fait part à maintes reprises de son opinion personnelle – qu'elle soit positive ou négative. Pour autant, il ne s'agit pas d'une intervention publique ordinaire. Bien au contraire, l'événement est solennel et prestigieux puisque cette conférence est celle que Treitel est invité à prononcer après son élection à la *Vinerian Chair of English Law*³, soit la plus ancienne chaire au monde portant sur le droit anglais⁴ et dont le pre-

1. Le présent texte est issu d'une conférence prononcée le 19 mars 2024 à l'Université Paris-Panthéon-Assas dans le cadre d'un cycle intitulé « Les grands textes du droit ». Je tiens à exprimer mes vifs remerciements aux rédacteurs en chef de la *Revue de droit d'Assas*, Loïc Bréhin et Ani Minasian, pour leur aimable invitation, ainsi qu'au Professeur Thomas Genicon qui a accepté de présider la séance et l'a animée de main de maître.

2. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, Oxford University Press, 1981.

3. La chaire fut créée en 1758 à l'Université d'Oxford à laquelle Charles Viner, décédé deux ans plus tôt, avait légué l'essentiel de sa fortune. Pour de plus amples précisions, v. H. G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Basil Blackwell, 1958, p. 11 et s.

4. V. H. G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, *op. cit.*, p. 10.

mier titulaire ne fut autre que Blackstone⁵. Aussi est-ce la raison pour laquelle le texte commence, suivant l'usage, par un hommage du nouvel élu à celui qu'il remplace, à savoir Rupert Cross.

3. La conférence est prononcée le 7 mars 1980 dans une salle bondée⁶. Treitel est alors âgé de cinquante-et-un ans. Le moins que l'on puisse dire est que rien ou presque ne prédestinait cet homme à occuper une telle fonction. Né à Berlin le 26 octobre 1928, ce jeune Juif allemand n'a donc guère plus de quatre ans lorsque les Nazis prennent le pouvoir en janvier 1933. Au cours de son enfance, il connaîtra la stigmatisation, les changements soudains d'école et de domicile, les interdictions, les persécutions, la peur, etc. La situation devenant chaque jour plus dangereuse, notamment après la Nuit de cristal, son départ d'Allemagne est organisé. Et c'est de justesse, en mars 1939, qu'il quitte Berlin (sans ses parents) pour l'Angleterre grâce au programme *Kindertransport*⁷.

Ce jeune âge (dix ans) peut expliquer qu'à la différence d'autres universitaires germaniques ayant émigré eux aussi, Treitel soit par la suite devenu beaucoup plus Anglais qu'Allemand. Ce ne tient pas seulement au fait qu'il a achevé sa scolarité en Angleterre et qu'il a acquis la natio-

nalité britannique dès 1947. Les signes de cette acculturation sont plus profonds. D'abord, il ne parlait que rarement sa langue maternelle⁸. Par ailleurs, il s'est épris de la culture anglaise, notamment en nouant, selon ses termes, une « relation amoureuse » avec Jane Austen⁹ ou en devenant, bien des années plus tard, membre du conseil d'administration du *British Museum*¹⁰. En outre, il a enseigné à l'Université d'Oxford de 1954 jusqu'à sa retraite en 1996 et a été anobli l'année suivante. Surtout, il est devenu l'un des plus grands spécialistes de droit anglais des contrats de sa génération. Quiconque prononce son nom pense au contrat. Mais, fait plus rare, l'association fonctionne en sens inverse : dans son pays et même au-delà dans le monde anglophone, quiconque entend « contrat » songe en général immédiatement à Treitel¹¹.

4. Le fait est que c'est à cette discipline que l'essentiel de son œuvre est consacré¹². Il est l'auteur de plusieurs monographies¹³, mais également d'un ouvrage sur le connaissance¹⁴, de centaines de pages consacrées à la vente internationale¹⁵, de chapitres entiers dans *Chitty*¹⁶ et, *last but not least*, d'un manuel de droit des contrats rapidement devenu un ouvrage de référence¹⁷. S'il fallait trouver des caractéristiques communes

-
5. C'est à cette occasion que Blackstone a pu rédiger ses fameux *Commentaries on the Laws of England*. V. par ex., H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, vol. II, *Le système juridique de l'Angleterre*, t. 1, *Le système traditionnel*, Sirey, 1928, p. 259 et s. V. égal., R. Cross, « The First Two Vinerian Professors: Blackstone and Chambers », *Wm. & Mary L. Rev.* 1979, n° 20, p. 602.
 6. V. F. Reynolds, « Guenter Treitel », *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy*, British Academy, 2020, p. 129, spéc. p. 142.
 7. De façon sobre mais poignante, l'auteur a relaté sa vie personnelle, en particulier son enfance, d'une part, dans une conférence filmée et accessible en ligne (<https://vimeo.com/48474737>), d'autre part, dans un article, « A German Childhood 1933-1942: Persecution and Escape », *ZEUP* 2020, p. 591.
 8. V. B. Häcker, « Vorworten », *ZEUP* 2020, p. 591, spéc. p. 594.
 9. G. Treitel, « Vicissitudes of an Academic Lawyer », *ZEUP* 2018, p. 130, spéc. p. 132. On rapporte qu'il lisait l'œuvre de la romancière très régulièrement et qu'il avait mis en place un « système de rotation, évitant ainsi la tentation de ne relire qu'*Emma* » (*The Times* 21 juin 2019, S.51, col. 1). Il a par ailleurs rédigé, bien avant que les rapports entre droit et littérature ne deviennent à la mode, un article remarqué sur Jane Austen et le droit, « Jane Austen and the Law », *LQR* 1984, n° 100, p. 549.
 10. G. Treitel, « Vicissitudes of an Academic Lawyer », préc., p. 168 et s.
 11. V. en ce sens, A. Burrows cité par B. Häcker, « Vorworten », préc., p. 592.
 12. Pour une présentation plus détaillée et commentée de sa bibliographie, v. A. Burrows, « Professor Sir Guenter Treitel (1928-2019) », in J. Goudkamp et D. Nolan (dir.), *Scholars of Contract Law*, Hart Publishing, 2022, p. 277, spéc. p. 279 et s.
 13. Il s'agit, dans l'ordre chronologique de leur première ou unique parution, de *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (1988); *Frustration and Force Majeure* (1994), précédé d'un ouvrage concis rédigé en allemand, *Unmöglichkeit, "Impracticability" und "Frustration" im anglo-amerikanischen Recht* (1991); et *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law* (2002).
 14. G. Treitel et F. M. B. Reynolds, *Carver on Bills of Lading*, Sweet & Maxwell, dont la première édition a paru en 2001.
 15. Il s'agit de développements rédigés dans l'ouvrage *Benjamin's Sale of Goods*, publié par Sweet & Maxwell.
 16. *Chitty on Contracts*, publié par Sweet & Maxwell.
 17. G. H. Treitel, *The Law of Contract*, publié par Sweet & Maxwell. Paru pour la première fois en 1962, Treitel en a assuré onze éditions jusqu'en 2003. Il a également publié, de 1975 à 2004, une version abrégée de l'ouvrage (*An Outline of the Law of Contract*).

dans son œuvre foisonnante, on pourrait en retenir trois. La première est la clarté¹⁸. Treitel se donne pour objectif de clarifier le droit. En conséquence, sa pensée est limpide et son style épuré. La deuxième est la fiabilité. C'est à n'en pas douter ce qui explique l'excellence de sa réputation non seulement dans les cercles universitaires mais également parmi les praticiens. Treitel a une connaissance extraordinaire des lois et des arrêts qu'il lit dans le détail et qu'il analyse avec la précision attendue d'un orfèvre. La troisième, en lien avec la précédente, est le positivisme. Les écrits de Treitel se concentrent sur le droit en vigueur¹⁹. Ce n'est pas un théoricien du droit. Les travaux doctrinaux ne semblent guère l'intéresser et lui-même ne formule que très rarement des observations théoriques. Par ailleurs, c'est une vision « autonome » du droit qui se dégage de son œuvre. Mais son positivisme n'est en aucune façon une soumission au droit tel qu'il est. Treitel ne croit pas en une cohérence spontanée du droit. Il considère que les lois et les arrêts sont comme les pièces d'un gigantesque puzzle qu'il faut sans cesse construire. Ce faisant, il ne s'interdit jamais d'exprimer ses préférences ou ses réserves, mais il le fait de façon mesurée, dépassionnée, argumentée et davantage sur le mode de la suggestion que du reproche. En d'autres termes, c'est un auteur qui cherche à convaincre par sa maîtrise technique et non pas à coups de formules ou de théories. C'est de cette maîtrise qu'il tire sa force, laquelle consiste à « montrer des solutions que les autres [sont] incapables de voir »²⁰.

5. *Doctrine and Discretion in the Law of Contract* illustre remarquablement l'ensemble de ces caractéristiques. S'appuyant sur des dizaines d'arrêts et toute une série de dispositions législatives, l'auteur s'interroge, avec un sens aigu de la nuance, sur les répercussions du pouvoir élargi dont dispose le juge en droit des contrats, tantôt en indiquant ce qui lui paraît souhaitable, tantôt en formulant des mises en garde.

Vu de France, plus de quarante ans après sa parution, la lecture de ce texte soulève deux séries de questions. La première tient au choix du sujet. Pourquoi Treitel a-t-il décidé de donner un coup de projecteur sur ce phénomène ? Que s'est-il produit à cette époque ? Quel message a-t-il voulu délivrer ? La seconde est de savoir si ce message a été entendu. Comment la situation en droit positif a-t-elle évolué ? Les réflexions de l'auteur conservent-elles un intérêt et, dans l'affirmative, lequel ? Autant d'interrogations auxquelles on s'efforcera de répondre en examinant successivement l'objet du propos (I), puis sa résonance (II).

I. L'objet du propos

6. Pour éclairer l'objet du propos, le cadre dans lequel il s'insère doit être précisé. L'explication du contexte (A) précédera donc celle du texte (B).

A. Le contexte

7. Le contexte est doublement délimité : par un cadre spatial d'abord (1) et par un cadre temporel ensuite (2).

1. Le cadre spatial

8. Sans surprise, le droit anglais est celui auquel Treitel accorde son attention. Malgré sa connaissance des droits continentaux²¹, aucune référence n'est faite à l'un quelconque des droits de tradition civiliste. On peut le regretter vu de l'extérieur, mais l'objet de la chaire à laquelle il vient d'être élu légitime ce choix.

On observera tout de même que – le plus souvent dans les notes de bas de page – le droit des États-Unis est mentionné à plusieurs reprises. Ces brèves comparaisons anglo-américaines peuvent s'expliquer par les séjours que Treitel a effectués peu de temps auparavant en tant que professeur invité dans plusieurs universités à Chicago, au Texas et en Virginie²². Conformément à sa méthode, la plupart des références renvoient au droit positif américain, en particulier aux

18. Dans le même sens, A. Burrows, « Professor Sir Guenter Treitel (1928-2019) », préc., p. 285.

19. *Ibid.*, p. 282 et 284-285.

20. « Professor Sir Guenter Treitel, QC », *The Times* 21 juin 2019, S.51, col. 1.

21. Pour un exemple édifiant, v. sa contribution intitulée « Remedies for Breach of Contract », rédigée au cours des années 1970 et parue dans *l'International Encyclopedia of Comparative Law*.

22. V. G. Treitel, « Vicissitudes of an Academic Lawyer », préc., p. 153, p. 163 et 164.

arrêts. Mais le *Restatement (Second) of Contracts* est également cité plusieurs fois. Il faut dire que cet instrument venait tout juste d'être adopté par l'*American Law Institute*²³. Ce qui nous amène à envisager plus en détail l'époque à laquelle le texte a été préparé.

2. Le cadre temporel

9. L'analyse de Treitel est influencée par une triple actualité : une actualité jurisprudentielle, une actualité législative et une actualité doctrinale. Seules les deux premières sont visibles dans le texte tel qu'il est publié, ce qui ne signifie pas que la troisième n'ait pas joué un rôle dans le choix et l'orientation de son propos.

10. Parmi les arrêts importants de cette période, il faut signaler celui qui se prononce sur la notion de « *fundamental breach* », ceux qui élargissent le vice de violence, ceux qui ont été rendus après la crise du canal de Suez et le premier choc pétrolier, ou bien encore celui relatif à la somme d'argent qui peut être obtenue dans le cadre d'un contrat dont l'exécution par l'une des parties a procuré à l'autre un avantage avant que n'intervienne une « *frustration* »²⁴.

11. Sur le plan législatif, deux lois intéressent plus particulièrement l'auteur : d'une part, celle sur les *Unfair Contract Terms* de 1977, d'autre part, celle sur la vente de marchandises (*Sale of Goods Act*) de 1979. Il y revient avec insistance. Mais il prend aussi en considération d'autres lois (*Consumer Credit Act* de 1974; *Misrepresentation Act* de 1967; *Rent Act* de 1977) et complète le tout par des références (para-législatives en quelque sorte) à plusieurs rapports de la *Law Commission*

dont l'existence était encore relativement récente à l'époque (sa création datant de 1965).

12. À cela s'ajoute, enfin, l'actualité doctrinale qui correspond au non-dit du discours. Il se trouve que peu de temps avant la conférence inaugurale de Treitel, l'un de ses collègues à Oxford, Patrick Atiyah, avait consacré la sienne à peu près au même sujet²⁵. En dehors de l'intérêt porté au droit des contrats, les deux hommes n'avaient pas²⁶ – ou plus exactement n'avaient plus²⁷ – grand-chose en commun. De manière générale, Atiyah avait le goût des grandes explications théoriques et était capable d'argumenter en mêlant au droit des considérations historiques, politiques, économiques, sociales et philosophiques – tout le contraire, on l'a observé, de la façon dont procède Treitel²⁸. Quant au cas particulier de l'élargissement du pouvoir discrétionnaire du juge en matière contractuelle, Atiyah en signale dans sa conférence les possibles inconvénients²⁹. Mais au fond, c'est une tendance qui lui inspire une certaine sympathie, ce dont témoigne la terminologie employée puisqu'il y voit une évolution vers plus de « pragmatisme »³⁰ et par suite vers une justice « individualisée »³¹. Sans jamais citer Atiyah, Treitel lui répond indirectement et développe une opinion qui, quoique nuancée, est différente. Voyons quelle en est la teneur.

B. Le texte

13. Commençons par le titre du texte, qui appelle deux observations. La première est d'ordre terminologique et concerne les termes « *doctrine* » et « *discretion* » dont la signification en droit

23. Son adoption date de 1979.

24. Toutes les références de ces arrêts sont citées dans *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, *passim*.

25. V. P. S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism. Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*, Oxford University Press, 1978.

26. Sur cette distance, v. F. Reynolds, « Guenter Treitel », *préc.*, p. 140-141.

27. Les deux auteurs avaient coécrit un article à propos d'une loi (*Misrepresentation Act* de 1967) dans lequel, précisément, ils critiquaient certains aspects du pouvoir discrétionnaire donné au juge par le législateur, v. P. S. Atiyah, G. H. Treitel, « *Misrepresentation Act 1967* », *Mod. L. Rev.* 1967, n° 30, p. 369, spéc. p. 384 (« *[the court] could, in short, do more or less anything it felt like doing. Palm-tree justice, indeed, is becoming the order of the day* »).

28. V. *supra* n° 4.

29. V. P. S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism*, *op. cit.*, p. 31.

30. *Ibid.*, p. 12 et s.

31. *Ibid.*, p. 27.

anglais mérite d'être précisée³². Ce sont deux termes entre lesquels, par petites touches³³, Treitel établit non pas seulement une distinction mais une opposition.

Dans la langue ordinaire, le mot anglais de « *doctrine* » renvoie à un ensemble de croyances ou de principes qui sont admis ou suivis par un groupe particulier ou dans une situation particulière. La doctrine de Monroe, par exemple, illustre cette acception usuelle. Dans le texte commenté, le terme est utilisé dans un sens différent, plus technique, mais que Treitel considère comme suffisamment connu pour ne pas le rappeler. Dans la littérature juridique, le mot désigne un ensemble de règles établies pour lesquelles il existe une autorité (jurisprudentielle). Ainsi, le droit anglais connaît, par exemple, une « *doctrine of consideration* »³⁴, une « *doctrine of mistake* »³⁵, une « *doctrine of privacy of contract* »³⁶, etc. Sous la plume de Treitel, « *doctrine* » renvoie en outre à des règles (« *rules* ») précises³⁷ en ce qu'elles ne contiennent pas de mots vagues ou à « *structure ouverte* » (« *open-textured* »). Ce qui rend leur application prévisible – point sur lequel l'auteur insiste³⁸. Ainsi, par exemple, chacun sait qu'en vertu de la « *doctrine of consideration* », le juge est indifférent à la valeur de ce qui est donné en échange de l'engagement contractuel ; celle-ci n'a pas d'incidence sur la validité du contrat³⁹. L'application de cette règle – mécanique en quelque sorte – est prévisible.

Quant au terme « *discretion* », il correspond selon Treitel aux règles qui soit donnent expressément au juge un pouvoir discrétionnaire, soit aboutissent sensiblement au même résultat grâce à l'emploi de termes évasifs ou au contenu indéterminé⁴⁰ – une définition à la fois large (car l'encadrement du pouvoir ne suffit pas à exclure son caractère discrétionnaire) et limitée (car seul le pouvoir du juge est envisagé, à l'exclusion de celui que posséderait une partie).

14. La deuxième observation vise à attirer l'attention sur le fait que la neutralité du titre est quelque peu trompeuse. Dès le début de son propos, Treitel signale une tendance de l'un des termes vers l'autre, c'est-à-dire un mouvement de balancier dans lequel des règles qui faisaient jadis partie d'une « *doctrine* » relèvent de plus en plus du pouvoir discrétionnaire du juge. L'auteur s'empresse d'ajouter que ce qui est nouveau, ce n'est pas l'existence de cette tendance, mais son intensification au cours des dernières décennies⁴¹.

15. Ce ne sont ni les causes profondes de cette tendance⁴² ni son avenir à long terme qui intéressent Treitel, mais ses répercussions immédiates. À ce sujet, il observe, évitant ainsi tout manichéisme, que le pouvoir discrétionnaire du juge « a un rôle nécessaire et important à jouer dans le développement du droit des contrats »⁴³. À certains égards, ajoute-t-il, c'est un phéno-

32. Sur la signification possible de ces termes en droit français, v. *infra* n° 39.

33. V. par ex., G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 5 (à propos du remplacement d'une « *doctrine* » par des règles relevant de la « *discretion* », comme si les deux notions étaient alternatives) et p. 19 (à propos de l'équilibre entre « *doctrine* » et « *discretion* », comme si les deux notions étaient conflictuelles). La difficulté est qu'il peut exister un décalage entre la dénomination employée et la réalité qu'elle désigne. Par exemple, Treitel considère que le régime de la « *parol evidence rule* » a évolué de telle façon qu'il s'agit selon lui d'un pouvoir discrétionnaire inavoué (p. 10). À l'inverse, il range la « *doctrine of frustration* » parmi les cas de « *discretion* » (p. 11). Ces observations révèlent sa formidable finesse d'analyse. Il est dommage, malgré tout, que Treitel n'ait pas indiqué de manière plus systématique en quoi et jusqu'où les notions de « *doctrine* » et de « *discretion* » s'opposent.

34. V. par ex., H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, 35^e éd., Sweet & Maxwell, 2023, n° 6-001.

35. *Ibid.*, n° 5-012.

36. *Ibid.*, n° 21-001.

37. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 2.

38. *Ibid.*, p. 3.

39. V. par ex., H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, n° 6-015.

40. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 2. Si Treitel insiste sur la formulation des normes et le degré de précision des termes choisis pour caractériser la notion de « *doctrine* » par opposition à celle de « *discretion* », une autre distinction est perceptible dans son propos – bien qu'il n'y soit jamais fait référence – entre ce que l'on pourrait appeler les caractères hypothétique et téléologique des normes (le premier se rattachant davantage aux règles de « *doctrine* », le second davantage aux règles et aux principes de « *discretion* »).

41. *Ibid.*, p. 2.

42. Comp. P. S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism*, *op. cit.*, p. 15 et s.

43. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 2.

mène non seulement acceptable mais « désirable »⁴⁴, par exemple, en ce qu'il permet de se débarrasser de règles – de « *doctrines* » – dépassées. Ce qui peut prêter le flanc à la critique, ce n'est donc pas le pouvoir discrétionnaire en lui-même, mais la façon dont il est exercé. En d'autres termes, la ligne de démarcation entre ce qui est désirable et ce qui est indésirable ne se trouve pas dans la distinction entre « *doctrine* » et « *discretion* » ; elle se trouve au sein du pouvoir discrétionnaire. Il reste à la tracer et c'est à cette tâche délicate que Treitel entend s'atteler. L'objet de sa réflexion est en effet de situer les limites de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et de signaler les cas dans lesquels, d'après lui, elles ont été franchies⁴⁵.

À bien y regarder, l'analyse qu'il développe repose sur deux éléments : une série de distinctions, d'une part (1), et une certaine vision du contrat et du droit qui s'y applique, d'autre part (2).

1. Les distinctions

16. Au fil de son propos, Treitel effectue une distinction principale qu'il complète par une série de sous-distinctions. La distinction principale repose sur la source du pouvoir discrétionnaire selon qu'elle est législative (a) ou jurisprudentielle (b).

17. a) Tout en rappelant que la place de la législation en droit des contrats demeure « exceptionnelle »⁴⁶ à la fois parce que les lois ne sont pas si nombreuses et parce qu'elles ont un champ d'application limité, Treitel classe les dispositions légales qui confèrent au juge un pouvoir discrétionnaire en deux catégories.

La première concerne les lois qui « codifient »⁴⁷, c'est-à-dire qui consacrent une jurisprudence qui admettait déjà un tel pouvoir⁴⁸. Le procédé ne soulève pas de difficulté particulière selon Treitel. Pour savoir comment ce pouvoir est

exercé, il suffit en effet de se reporter à la jurisprudence antérieure.

La seconde correspond aux lois qui « réforment », c'est-à-dire qui modifient le droit positif. L'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au juge peut s'expliquer par le caractère limité des capacités prédictives du législateur ou bien par la volonté de tenir compte de l'interprétation quelque peu rigide des lois⁴⁹. En ce qui concerne cette seconde catégorie, Treitel introduit une sous-distinction entre, d'un côté, les lois qui ne contiennent aucune disposition relative à l'exercice du pouvoir discrétionnaire – un silence que l'auteur déplore⁵⁰ – et, d'un autre côté, les lois qui encadrent cet exercice – ce que l'auteur approuve sur le principe tout en observant, exemples à l'appui, que les paramètres légaux manquent parfois de cohérence ou de pertinence si bien que le résultat est éloigné de l'idéal escompté⁵¹.

18. Synthétisant l'ensemble de ses observations, Treitel identifie en définitive quatre hypothèses⁵². Il recommande d'éviter deux techniques législatives extrêmes : celle des lois rédigées trop précisément (car elles présentent le risque d'être inadaptées dans certaines circonstances particulières) et celle des lois conférant un pouvoir discrétionnaire absolu. Viennent ensuite les deux techniques législatives intermédiaires : celle dans laquelle la loi octroie au juge un pouvoir discrétionnaire en précisant les critères en fonction desquels celui-ci doit être mis en œuvre ; et celle dans laquelle la loi confère au juge un pouvoir discrétionnaire mais seulement dans des circonstances exceptionnelles précises, cette dernière solution étant celle qui a la préférence de l'auteur parce qu'elle réalise un meilleur équilibre entre « *doctrine* » et « *discretion* »⁵³.

19. b) Procédant à un remarquable travail d'analyse des arrêts, Treitel met en évidence les différentes techniques de reconnaissance d'un pou-

44. *Ibid.*, p. 20.

45. *Ibid.*, p. 2.

46. *Ibid.*, p. 19.

47. *Ibid.*, p. 19.

48. V. par ex., à propos de la référence dans la loi *Sale of Goods Act* à l'intention des parties pour la détermination du moment auquel la propriété est transférée, *ibid.*, p. 14.

49. *Ibid.*, p. 14 et 20.

50. *Ibid.*, p. 15.

51. *Ibid.*, p. 17.

52. *Ibid.*, p. 19.

53. *Ibid.*, p. 19.

voir discrétionnaire utilisées par le juge anglais. On en retiendra trois à titre d'exemples.

Une première technique, d'usage courant, consiste à introduire des notions « ouvertes », c'est-à-dire des notions au contenu indéterminé. Par exemple, en complément de la distinction traditionnelle parmi les obligations contractuelles entre les « *conditions* » et les « *warranties* », les juges ont ajouté une troisième catégorie (intermédiaire). Lorsqu'une obligation de ce type est violée, la nature de la sanction accessible n'est pas prédéfinie. Elle varie selon que l'inexécution atteint ou non la « racine du contrat », c'est-à-dire selon son degré de gravité⁵⁴.

Une deuxième technique consiste pour le juge à qualifier de règle d'interprétation ce qui auparavant était une règle substantielle. En l'absence de règles précises relatives à l'interprétation, ce basculement donne au juge un large pouvoir discrétionnaire⁵⁵.

Une troisième technique consiste à formuler une règle très générale. À cette occasion, Treitel mentionne la tentative – qui « n'a pas reçu un large soutien »⁵⁶ – de Lord Denning d'introduire en droit anglais une règle permettant d'annuler tout contrat dès lors qu'existe une inégalité du rapport de forces entre les parties et que l'une d'elles a abusé de la situation⁵⁷. Le caractère discrétionnaire du pouvoir du juge est – ou plutôt eût été⁵⁸ – évident. Cela dit, Treitel attire l'attention sur le fait que toute règle générale n'est pas synonyme de pouvoir discrétionnaire. Il cite entre autres l'exemple de la règle selon laquelle les

dommages-intérêts sont évalués en se plaçant à la date de l'inexécution du contrat. En réalité, il existe en droit positif un ensemble de règles précises à ce sujet si bien que la généralité de la règle ne justifie pas que l'on cesse d'y voir une « *doctrine* »⁵⁹.

20. On peut raisonnablement supposer que la distinction effectuée par Treitel entre les sources législative et jurisprudentielle du pouvoir discrétionnaire est destinée à rendre implicitement hommage à la *common law* (au sens de droit prétorien). Certes, il critique les arrêts dans lesquels l'admission d'un pouvoir discrétionnaire ne semble pas avoir d'autre justification que de permettre au juge de faire prévaloir la solution qui lui paraît intuitivement juste⁶⁰. De même qu'il critique les arrêts dans lesquels l'exercice de ce pouvoir n'obéit à aucune logique perceptible⁶¹. Il reste que, dans l'ensemble, le bilan qu'il dresse du pouvoir discrétionnaire d'origine jurisprudentielle est plutôt positif.

Face à cette distinction, un juriste anglais pourrait être surpris du peu de place accordée par Treitel aux règles d'*equity* qui, traditionnellement, confèrent au juge un large pouvoir discrétionnaire⁶². Quant au juriste français, il pourrait s'étonner de l'indulgence (relative mais certaine) dont Treitel fait preuve à l'endroit du pouvoir discrétionnaire du juge d'origine jurisprudentielle. La pertinence de ce facteur ne va pas de soi. Cette faveur peut néanmoins se comprendre à la lumière de la vision du droit anglais des

54. *Ibid.*, p. 6 et s.

55. *Ibid.*, p. 12.

56. *Ibid.*, p. 11.

57. *Ibid.*, p. 11.

58. *V. infra* n° 36.

59. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 10.

60. *Ibid.*, p. 20.

61. *Ibid.*, p. 8 (à propos de l'erreur), p. 10 (à propos de la « *parol evidence rule* ») et p. 12 (à propos des effets de « l'inexécution fondamentale »).

62. V. en ce sens, E. McKendrick, « Doctrine and Discretion in the Law of Contract Revisited », *Chinese Journal of Comparative Law* 2019, n° 7, p. 1, spéc. p. 3, note 19. Cela dit, l'analyse de Treitel n'aurait sans doute pas été fondamentalement différente dans la mesure où les pouvoirs discrétionnaires provenant de l'*equity* (par exemple, en matière d'injonction ou d'exécution forcée en nature) sont encadrés par une série de principes. V. en ce sens, J. Hudson, « Equity's Gloss on Authority », in B. McFarlane et S. Elliott KC, (dir.), *Equity Today. 150 Years after the Judicature Reforms*, Hart Publishing, 2023, p. 27, spéc. p. 47 (« *Equitable discretion is bound by defined equitable rules, which themselves are largely consistent with rule of law demands. [...] This means that it is at least clear and predictable as to when a claim for relief is subject to discretion and the rules that guide it, even if the content of those rules that guide the discretion are relatively qualitative and open-textured* »). Pour une illustration, à propos des effets du « *proprietary estoppel* », V. H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, n°s 7-092 et s.

contrats à laquelle adhère Treitel et qui disparaît dans son discours.

2. La vision

21. La technicité des développements n'empêche pas l'auteur d'exprimer sa vision des sources du droit (a) et de l'utilité du contrat (b).

22. a) L'attachement de Treitel à la *common law* est profond – si profond qu'il n'hésitera pas à reconnaître ce qu'il doit personnellement à « la subtilité, l'inventivité et l'ingéniosité »⁶³ des tribunaux.

23. Du législateur, Treitel écrit qu'il peut mieux faire⁶⁴ ; qu'il ignore comment améliorer le droit⁶⁵ ; ou qu'il se précipite créant ainsi une insécurité juridique qui pourrait être évitée et qui contraint les destinataires des lois à des dépenses inutiles⁶⁶. Ces critiques pourraient s'expliquer – au moins en partie – par le fait que les lois sur lesquelles il insiste sont relativement récentes et que de ce fait, le recul manque pour savoir comment elles doivent être interprétées. Mais en réalité, les réticences de l'auteur sont plus graves. En forçant un peu le trait et en paraphrasant Carbonnier, on pourrait dire que du point de vue de Treitel, toute loi en droit des contrats « est en soi un mal ». D'ailleurs, il écrira plus tard (mais en revenant sur la période qui nous retient)⁶⁷ qu'il n'y a pas d'avantage à attendre d'une codification du droit anglais des contrats et qu'il est heureux que celui-ci se soit développé principalement grâce à la jurisprudence⁶⁸.

24. Précisément, l'auteur vante l'aptitude des tribunaux à fixer des principes et à fournir des informations sur ce qui est permis ou ne l'est pas.

Il observe qu'en *common law* (au sens strict du terme), l'évolution favorable à l'essor du pouvoir discrétionnaire n'a jamais été incontrôlée⁶⁹ et n'a jamais provoqué de bouleversement⁷⁰. La portée de son propos ne se résume pas à une question institutionnelle, c'est-à-dire à une différence entre les sources du droit. Une dimension de politique juridique (*policy*) vient s'y ajouter : l'auteur souligne en effet l'attachement – de longue date⁷¹ – des juges à défendre la sécurité juridique ; celle-ci demeure pour eux un « objectif important »⁷². C'est une préoccupation que les juges et Treitel partagent et sur laquelle il insiste.

25. b) La planification des relations étant ce à quoi le contrat se rapporte, l'une des plus éminentes fonctions du droit des contrats est, d'après Treitel, de faire en sorte que les prévisions des parties se réalisent, ce qui suppose un « haut degré de sécurité » (*certainty*)⁷³. Naturellement, ajoute Treitel, la même notion (contrat) recouvre des réalités bien différentes et l'on conçoit que l'importance de la sécurité dépende du cadre dans lequel le contrat a été conclu (monde des affaires, cercle familial, activité de consommation, etc.)⁷⁴. Par ailleurs, aussi impérieuse soit l'exigence de sécurité juridique, elle ne suffit pas en soi à condamner tout pouvoir discrétionnaire⁷⁵.

26. Ces précisions étant faites, Treitel défend la sécurité juridique et répond au passage à ceux qui n'y voient qu'une chimère⁷⁶. Tout au long de sa conférence, la sécurité juridique en matière contractuelle constitue le point de repère par rapport auquel il porte ses appréciations.

63. G. Treitel, *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*, Oxford University Press, 2002, Préface.

64. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 20.

65. *Ibid.*, p. 17.

66. *Ibid.*, p. 20.

67. Le premier sujet sur lequel la *Law Commission* créée en 1965 a proposé un examen fut le droit des contrats avec en point de mire son éventuelle codification. Treitel fut l'un des consultants de ce travail préparatoire (V. F. Reynolds, « Guenter Treitel », *préc.*, p. 136).

68. V. G. Treitel, *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*, *op. cit.*, p. 8-9.

69. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 13.

70. *Ibid.*, p. 20.

71. V. déjà, par Lord Mansfield in *Vallejo v Wheeler* E.R. 1774, n° 98, p. 1012, spéc. p. 1017 : « *In all mercantile transactions the great object should be certainty: and therefore, it is of more consequence that a rule should be certain, than whether the rule is established one way or the other* ».

72. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 13.

73. *Ibid.*, p. 2.

74. *Ibid.*, p. 3.

75. Sur le caractère incontournable de ce pouvoir, V. *supra* n° 15.

76. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 3.

Cela le conduit, d'un côté, à défendre les règles du droit des contrats qui peuvent paraître curieuses, voire « injustes »⁷⁷, mais qui offrent en pratique d'excellents repères pour effectuer des prévisions sûres; à relever que le principal intérêt des règles qui forment une « doctrine » réside dans leur capacité à réduire les risques d'un conflit dans la mesure où au moment de la rédaction du contrat et plus largement au moment de la planification de la relation, les parties peuvent compter sur l'application certaine de ces règles et agir en conséquence, par exemple, en répartissant les risques, en convenant de contreparties ou en prenant une assurance⁷⁸; à approuver l'édiction de principes qui permettent aux parties d'effectuer des prévisions⁷⁹, notamment en stipulant des clauses⁸⁰.

Cela le conduit, d'un autre côté, à critiquer le pouvoir discrétionnaire dès lors que sa formulation est trop large ou que son exercice n'est pas suffisamment ou correctement encadré⁸¹. Il condamne en particulier tout pouvoir discrétionnaire qui n'aurait pas d'autre raison d'être que la volonté d'imposer une « solution juste », d'abord, parce qu'en matière contractuelle il est généralement très difficile de déterminer ce qu'est la « solution juste »⁸², ensuite, parce qu'un principe discrétionnaire aussi vague « tend à subvertir ce qui demeure l'un des objectifs principaux du droit des contrats, à savoir la fourniture d'un cadre juridique pour les relations commerciales »⁸³.

Au fond, Treitel adresse une mise en garde contre le développement *excessif* des pouvoirs discrétionnaires, nullement en raison d'une méfiance que lui inspirerait la figure du juge, mais parce que cela affaiblit la fonction première du droit des contrats. S'agissant d'une préoccupation dont la permanence est évidente, il est intéressant de s'interroger sur les suites que cette mise en garde a connues.

II. La résonance du propos

27. Concluant sa conférence, Treitel écrit que la « situation présente » peut être envisagée avec « un degré raisonnable d'optimisme et de confiance »⁸⁴. Cette conclusion rassurante est-elle encore de mise ? Comment, de ce point de vue, le droit anglais des contrats a-t-il évolué ? C'est une première question qu'il convient d'envisager (A). Mais ce n'est pas la seule. Vu de l'étranger, le droit anglais est comme un miroir dans lequel tout juriste français voit le reflet de son propre droit (B).

A. Regard extérieur : l'évolution du droit anglais des contrats

28. On se souvient que l'objet du propos n'est en aucune façon de bannir le pouvoir discrétionnaire du juge, mais de s'assurer que l'insécurité qu'entraîne son essor n'est pas intolérable. En d'autres termes, il faut s'assurer que ce pouvoir est enfermé dans certaines « limites »⁸⁵. À cet égard, le bilan établi par Treitel n'a pas fondamentalement changé en ce sens que, s'il existe toujours des cas dans lesquels les limites sont franchies (1), la préservation de la sécurité juridique reste une fin primordiale (2).

1. Le dépassement des limites

29. Pour diverses raisons qui peuvent tenir à la défense d'autres valeurs que la sécurité juridique, à la rédaction des lois ou à des flottements jurisprudentiels, il existe un certain nombre de cas dans lesquels il est difficile pour les parties d'anticiper ou du moins de s'assurer que ce qu'elles ont prévu sera respecté par le juge.

30. Certaines illustrations données par Treitel demeurent d'actualité. C'est le cas, par exemple, de certaines lois (*Law of Property Act* de 1925; *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* de 1943) qui donnent au juge un pouvoir discrétionnaire et qui, en l'absence d'amélioration ultérieure,

77. *Ibid.*, p. 3.

78. *Ibid.*, p. 3.

79. *Ibid.*, p. 5 et s., p. 20.

80. *Ibid.*, p. 8.

81. *Ibid.*, p. 12 et p. 17 et s.

82. *Ibid.*, p. 20.

83. *Ibid.*, p. 20.

84. *Ibid.*, p. 20.

85. *Ibid.*, p. 2.

s'exposent aux mêmes critiques⁸⁶ que celles émises par l'auteur à l'époque⁸⁷.

31. D'autres illustrations sont venues s'ajouter à la liste. À ce sujet, il est intéressant d'observer que les juges semblent hésiter à reconnaître explicitement le pouvoir discrétionnaire qu'ils s'octroient. On pourrait à première vue en déduire que la mise en garde de Treitel contre le risque inhérent à l'expansion incontrôlée du pouvoir discrétionnaire a été entendue. Mais en réalité, dans ces exemples, il s'agit davantage d'une dissimulation du pouvoir discrétionnaire que d'un mouvement de recul.

Un exemple de cette façon de procéder est donné par un arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni – rendu à propos du régime des restitutions en cas d'« enrichissement injuste » mais dont la portée est plus vaste – d'où il ressort qu'un contrat illégal n'est pas nécessairement privé d'effet. La (majorité de la) Cour adopte une approche multifactorielle qui vise, en substance, à se demander si donner effet à un acte en dépit de son illégalité est de nature à porter atteinte à l'intérêt général (« *public interest* ») ou à « l'intégrité du système juridique »⁸⁸. Pour en décider, le juge est invité à prendre en compte une série de facteurs : la raison d'être de l'interdiction méconnue, les répercussions qu'aurait le rejet de la demande sur d'autres considérations d'ordre public et le caractère proportionné du rejet de la demande en tant que réponse à l'illégalité. Sans

entrer dans une discussion sur la nature exacte du pouvoir du juge, on peut admettre au minimum que la Cour suprême a abandonné l'application de « règles » au profit d'une « approche plus discrétionnaire »⁸⁹ ou plus « flexible »⁹⁰. Quant à la question de savoir si, dans ce cas précis, « les limites » (auxquelles Treitel fait référence) ont été franchies, elle est âprement débattue, certains étant d'avis que le pouvoir du juge est correctement encadré⁹¹, d'autres estimant au contraire qu'il crée une insécurité grave et préjudiciable⁹².

Un autre exemple du même procédé – mais où cette fois les réserves l'emportent nettement – est fourni par un arrêt relatif à la violence économique. Traditionnellement (encore qu'il y ait eu des discussions), il fallait que le comportement ou l'objet de la menace soit illicite (par exemple, un chantage ou une menace de violer le contrat) pour que la violence puisse être caractérisée. La Cour suprême ayant étendu la notion à l'hypothèse d'un acte licite, il a fallu redéfinir les limites de la violence afin que n'importe quelle contrainte ne soit pas une cause d'invalidité du contrat. Le débat s'est donc déplacé : ce n'est plus le caractère licite ou illicite qui importe, mais le caractère légitime ou illégitime de la pression exercée sur le cocontractant. Pour l'apprécier, le juge ne s'est pas reconnu explicitement un pouvoir discrétionnaire. Mais, ce qui revient peu ou prou au même⁹³, il a décidé qu'est illégitime tout compor-

86. V. E. McKendrick, « Doctrine and Discretion in the Law of Contract Revisited », préc., p. 9-10, qui apporte cependant une nuance en soulignant la faible importance pratique de ces lois.

87. V. respectivement, G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, op. cit., p. 15-16 et 18.

88. *Patel v Mirza* [2017] A.C. 467, spéc. nos 101, 109 et 120.

89. E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, 15^e éd., Sweet & Maxwell, 2020, n° 11-001.

90. H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, op. cit., n° 19-030.

91. V. en ce sens, par ex., A. Burrows, « A New Dawn for the Law of Illegality », in S. Green et A. Bogg (dir.), *Illegality after Patel v Mirza*, Hart Publishing, 2018, p. 23 ; du même auteur, « The Illegality Defence in the Courts Today », in E. Peel et R. Probert, (dir.), *Shaping the Law of Obligations: Essays in Honour of Professor Ewan McKendrick KC*, Oxford University Press, 2023, p. 59 ; E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, op. cit., n° 11-109.

92. V. par ex., l'opinion (minoritaire) de Lord Sumption dans l'arrêt *Patel v Mirza* qui exprime en ces termes son désaccord avec l'approche adoptée par la majorité telle qu'elle a été rapportée : « *In my opinion, this is far too vague and potentially far too wide to serve as the basis on which a person may be denied his legal rights. It converts a legal principle into an exercise of judicial discretion, in the process exhibiting all the vices of "complexity, uncertainty, arbitrariness and lack of transparency" which Lord Toulson JSC attributes to the present law. I would not deny that in the past the law of illegality has been a mess. The proper response of this court is not to leave the problem to case by case evaluation by the lower courts by reference to a potentially unlimited range of factors, but to address the problem by supplying a framework of principle which accommodates legitimate concerns about the present law. We would be doing no service to the coherent development of the law if we simply substituted a new mess for the old one* » (n° 265. Nous soulignons). De toute évidence, le recul de quelques années n'a pas conduit Lord Sumption à plus d'indulgence, v. Lord Sumption, « Introduction », in W. Day et S. Worthington (dir.), *Challenging Private Law: Lord Sumption on the Supreme Court*, Hart Publishing, 2020, p. 1, spéc. p. 2 : « [...] I regard *Patel v Mirza* as the worst decision of the Supreme Court in the realm of private law for a generation ».

93. V. J. Morgan, « The thin end of the wedge: morality, contract law and lawful act duress », *CLJ* 2022, n° 81, p. 17, spéc. p. 20.

tement « répréhensible » qui blesse la conscience (« *unconscionable* »)⁹⁴. Or l'arrêt ne fournissant pas d'indication sur le sens de ces termes, il s'expose aux critiques que Treitel a formulées et qui, d'ailleurs, n'ont pas manqué d'être exprimées par les auteurs contemporains⁹⁵.

32. C'est au demeurant un aspect qu'il faut relever pour conclure sur ce point. S'agissant d'un thème dont Treitel le premier a souligné le caractère controversé⁹⁶, il n'est pas surprenant que les opinions divergent sur la définition et la formulation des limites du pouvoir discrétionnaire du juge en matière contractuelle. Il reste que dans l'ensemble, le point de vue exprimé par Treitel est toujours partagé par la doctrine actuelle, soucieuse elle aussi de préserver autant que possible la sécurité juridique⁹⁷, ce en quoi elle est en phase avec les tribunaux.

2. Le respect des limites

33. Plusieurs procédés permettent d'enfermer l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans des limites acceptables, c'est-à-dire compatibles avec le respect dû aux prévisions des parties.

34. Un premier procédé consiste à laisser jouer la liberté contractuelle et à ne pas priver d'efficacité

les clauses que les parties ont stipulées. Par exemple, il est incontestable que l'irruption d'obligations « intermédiaires » aux côtés des « *conditions* » et des « *warranties* » crée une incertitude puisque la possibilité de résoudre le contrat dans cette hypothèse dépend des conséquences, au cas par cas, de l'inexécution. C'est d'autant plus vrai que les tribunaux considèrent que dès lors que les parties n'en ont pas décidé clairement autrement, l'obligation est « intermédiaire »⁹⁸. Mais, comme l'avait remarqué Treitel⁹⁹ et l'observation est toujours exacte en droit positif, les parties ont la liberté de qualifier une obligation de « *condition* »¹⁰⁰ et d'avoir ainsi accès, sans hésitation, à la résolution du contrat en cas d'inexécution. Une simple stipulation permet donc d'échapper à l'insécurité juridique en ce domaine.

De manière plus générale, dans les relations d'affaires, les tribunaux expriment leur réticence à l'idée de remettre en cause les clauses. Les juges partent du principe que les parties sont les mieux placées pour savoir si telle ou telle stipulation du contrat qu'elles envisagent de conclure est raisonnable – ce qui conduit à relativiser l'interventionnisme judiciaire en matière de clauses abusives¹⁰¹ et ce qui illustre, plus fondamentale-

94. *V. Pakistan International Airline Corp. v Times Travel (UK) Ltd* [2021] UKSC 40, spéc. n° 2.

95. V. par ex., W. Day, « Duress and uncertainty », *LQR* 2022, n° 138, p. 194, spéc. p. 198; O. Jackson, « Unconscionability, uncertainty and lawful act duress », *JBL* 2021, n° 8, p. 701, spéc. p. 704 et s.

96. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, op. cit., p. 2.

97. V. par ex., parmi une abondante littérature, H. Beale, *Mistake and Non-Disclosure of Facts. Models for English Contract Law*, Oxford University Press, 2012, p. 76, qui, s'interrogeant sur la reconnaissance en droit anglais d'une obligation précontractuelle d'information et évoquant à ce sujet le recours à un devoir général de bonne foi tel qu'il est consacré par des textes dans d'autres systèmes juridiques, estime que cela n'est pas la voie à suivre pour le droit anglais (« *Even though colleagues tell me that the courts apply these sections sparingly, I cannot see such a broad and unstructured discretion being acceptable to judges, let alone practitioners, in this country* »); J. Cartwright, « Good Faith in English Contract Law: Lessons from Comparative Law? », in E. Peel et R. Probert (dir.), *Shaping the Law of Obligations: Essays in Honour of Professor Ewan McKendrick KC*, op. cit., p. 23, spéc. p. 36; J. Morgan, *Contract Law Minimalism. A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 218 et s.; S. Worthington, « Common Law Values: The Role of Party Autonomy », in A. Robertson et M. Tilbury (dir.), *The Common Law of Obligations. Divergence and Unity*, Hart Publishing, 2016, p. 301.

98. V. E. McKendrick, « Doctrine and Discretion in the Law of Contract Revisited », préc., p. 8.

99. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, op. cit., p. 8.

100. V. par ex., H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, op. cit., n° 28-018.

101. V. par ex., *Granville Oil & Chemicals Ltd v Davies Turner & Co Ltd* [2003] EWCA Civ 570, spéc. n° 31 : « *The 1977 Act obviously plays a very important role in protecting vulnerable consumers from the effects of draconian contract terms. But I am less enthusiastic about its intrusion into contracts between commercial parties of equal bargaining strength, who should generally be considered capable of being able to make contracts of their choosing and expect to be bound by their terms* »; *Watford Electronics Limited v Sanderson CFL Limited* [2001] EWCA Civ 317, spéc. n° 55 : « *Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made; including the fairness of each of the terms in that agreement. They should be taken to be the best judge on the question whether the terms of the agreement are reasonable. The court should not assume that either is likely to commit his company to an agreement which he thinks is unfair, or which he thinks includes unreasonable terms. Unless satisfied that one party has, in effect, taken unfair advantage of the other – or that a term is so unreasonable that it cannot properly have been*

ment, la présence d'une « mentalité » ou d'une culture judiciaire attachée à la prévisibilité du droit en général et au respect des droits en particulier¹⁰².

35. Un deuxième procédé, là encore déjà signalé par Treitel¹⁰³, est celui consistant à assortir l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une série de principes qui, tout en laissant au juge une marge de manœuvre, permettent malgré tout aux parties de faire des anticipations. L'accès à l'exécution forcée en nature en fournit un bon exemple. Le prononcé de cette sanction relève du pouvoir discrétionnaire du juge et les parties ne peuvent pas priver le juge de son pouvoir par une clause prévoyant l'application de ce remède en cas d'inexécution¹⁰⁴. Toutefois, la jurisprudence contient suffisamment de principes pour que les cas dans lesquels cette sanction est accessible puissent être anticipés¹⁰⁵. Comme l'indique un arrêt de la Chambre des Lords, le pouvoir d'ordonner l'exécution en nature est discrétionnaire mais n'est pas « arbitraire »¹⁰⁶.

36. Enfin, un troisième procédé, plus radical, consiste à refuser toute reconnaissance ou toute extension du domaine du pouvoir discrétion-

naire. La jurisprudence anglaise en fournit plusieurs illustrations.

Par exemple, il a décidé par la Chambre des Lords¹⁰⁷ – et rappelé par la Cour suprême¹⁰⁸ – qu'il n'appartient pas au juge de s'octroyer le pouvoir de contrôler l'éventuelle injustice de l'accord au seul motif que le rapport de forces entre les parties était inégal au moment de la conclusion du contrat.

De même, autre exemple, la jurisprudence a refusé que le juge ait le pouvoir de priver d'effet le contrat ou l'une de ses clauses au seul motif que son application serait inique (« *unconscionable* »). Lord Hoffmann s'en est expliqué. L'admission d'un pouvoir discrétionnaire aussi général et indéfini créerait une incertitude pour les parties. Peu importe, ajoute-t-il, que la probabilité que le juge vienne au secours du demandeur soit faible. La simple existence d'un tel pouvoir permet d'instrumentaliser le procès et de l'utiliser comme une « tactique de négociation »¹⁰⁹. En d'autres termes, le problème n'est pas de savoir à quelle fréquence ce pouvoir serait exercé au profit du demandeur, mais d'être en mesure de déterminer à l'avance dans quels cas il le sera

.....
understood or considered – the court should not interfere ». V. égal., *Goodlife Foods Ltd v Hall Fire Protection Ltd* [2018] EWCA Civ 1371, spéc. nos 61 et s., 103 et s.

102. V. par ex., Lord Sumption, « Introduction », préc., p. 2 : « *I have always been profoundly suspicious of judicial discretion. [...] Its place in private law should be very limited. Private law is not concerned with mere expectations. It is concerned with legal rights vested in people. Rights should not be subject to judicial value judgements* ».

103. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, op. cit., p. 5, 6 et 20.

104. V. J. Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 4^e éd., Hart Publishing, 2023, p. 304; E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, op. cit., n° 21-031.

105. V. par ex., E. Peel, *Treitel on the Law of Contract*, op. cit., n° 21-031 et s.

106. Lord Chelmsford in *Lamare v Dixon* [1873] L.R. 6 H.L. 414, spéc. p. 423 (« [...] *the exercise of the jurisdiction of equity as to enforcing the specific performance of agreements, is not a matter of right in the party seeking relief, but of discretion in the Court – not an arbitrary or capricious discretion, but one to be governed as far as possible by fixed rules and principles* »).

107. *National Westminster Bank Plc v Morgan* [1985] AC 686, spéc. p. 708.

108. *Pakistan International Airline Corp. v Times Travel (UK) Ltd*, préc., n° 26.

109. Lord Hoffmann in *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] AC 514, spéc. p. 519 : « *The existence of an undefined discretion to refuse to enforce the contract on the ground that this would be 'unconscionable' is sufficient to create uncertainty. Even if it is most unlikely that a discretion to grant relief will be exercised, its mere existence enables litigation to be employed as a negotiating tactic* ». V. égal., sur l'utilisation détournée qui peut être d'un pouvoir discrétionnaire trop large, H. Beale, *Mistake and Non-Disclosure of Facts. Models for English Contract Law*, op. cit., p. 104-105 (« *Against this background it is not surprising to find the courts, like the House of Lords in Bunge Corp v Tradax Export SA, preferring bright-line rules that at least seem to promise predictable outcomes. As Priest showed, if there is uncertainty as to what the legal answer is, litigation is more likely, since if the parties hold different views as to the outcome of the case they may well think it worth investing resources in litigation – one party in trying to escape, the other in trying to prevent that. So it is understandable that the courts should be reluctant to adopt open-textured standards, or indeed to fill in more gaps in the parties' agreement than is absolutely essential to make the contract work. Nor is uncertainty in the ultimate outcome the only problem. As the Law Commissions were told when they consulted on unfair contract terms, it is not enough to point out that when the parties were sophisticated or well advised, a court is most unlikely to hold that the terms to which they have signed up are unfair or unreasonable. The problem is that arguments about the meaning of a flexible standard can be used as a delaying tactic* »).

effectivement¹¹⁰. C'est cette indétermination qui génère une insécurité.

Un autre exemple de la réticence du juge est le refus de tout pouvoir judiciaire de réviser le contrat en cas d'imprévision¹¹¹.

On peut encore mentionner, dernier exemple, le cas de la bonne foi¹¹². Certes, il existe des situations dans lesquelles une obligation d'exécuter le contrat de bonne foi a été implicitement reconnue par le juge. Cela concerne en particulier les contrats « relationnels »¹¹³, c'est-à-dire ceux qui s'inscrivent dans la durée et reposent sur une collaboration étroite entre les parties. Mais, outre le fait que la portée de ce devoir est fort réduite (à la fois parce que la bonne foi n'autorise pas le juge à modifier la teneur des engagements des parties¹¹⁴ et parce qu'un « *express term* » permet d'écarter un « *implied term* »¹¹⁵), aucun principe général d'exécution des contrats de bonne foi n'a été consacré par les tribunaux qui viendrait leur donner un pouvoir discrétionnaire. Bien au contraire, ce principe a été clairement rejeté par la Cour suprême¹¹⁶. Cela dit, les parties peuvent stipuler une clause par laquelle elles s'obligent à exécuter leur contrat de bonne foi¹¹⁷. Le problème que soulève cette clause n'est pas sa validité mais sa portée. La notion de bonne foi étant mal cernée, surtout en droit anglais, la clause a pour conséquence de donner au juge un pouvoir discrétionnaire aux contours mal définis. Elle crée de ce fait une insécurité. Mais à la différence des cas précédemment évoqués, c'est une insécurité prévue ou du moins assumée par les parties puisque ce sont elles qui l'ont introduite. C'est une hypothèse que Treitel n'a pas envisagée. Mais compte tenu de l'importance qu'il

accorde au respect des prévisions des parties telles qu'elles sont exprimées dans la rédaction du contrat¹¹⁸, on peut penser que s'agissant d'un pouvoir discrétionnaire du juge dont la source est conventionnelle, celui-ci aurait échappé à sa critique¹¹⁹. L'auteur aurait peut-être été plus réservé sur la généralisation dont cette même notion est l'objet en droit français.

B. Regard intérieur : réflexions sur le droit français des contrats

37. Avant de s'interroger sur le retentissement que peut avoir le discours de Treitel dans le cadre du droit français (2), quelques précautions doivent au préalable être prises (1).

1. Les précautions

38. Il n'est pas possible de transposer le propos de Treitel en droit français sans signaler un certain nombre de différences. On peut en distinguer trois sortes : celles relatives aux notions, aux sources et au discours.

39. S'agissant des notions, il faut commencer par observer que l'opposition entre « *doctrine* » et « *discretion* »¹²⁰ n'a pas de correspondance exacte en droit français. Ce n'est pas la notion de « pouvoir discrétionnaire » qui soulève une difficulté. Elle est reconnue en tant que telle par la Cour de cassation¹²¹ et le sens large que lui donne Treitel peut pareillement être retenu en droit français. Il en va différemment de la notion de « *doctrine* ». En droit français, le terme désigne habituellement soit une pensée, soit un groupe de personnes qui professe une opinion. Plus rarement, la Cour de cassation fait référence à sa propre « *doctrine* », ce qui désigne la posi-

110. V. G. Treitel, *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*, op. cit., p. 123.

111. V. J. Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, op. cit., p. 274.

112. Pour une étude détaillée de la jurisprudence anglaise, V. H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, op. cit., nos 2-038 et s.

113. *V. Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp Ltd* [2013] EWHC 111 (QB), spéc. n° 142.

114. *V. Compound Photonics Group Ltd, Re* [2022] EWCA Civ 1371, spéc. n° 205; et dans le même sens, *Quantum Advisory Ltd v Quantum Actuarial LLP* [2023] EWCA Civ 12, spéc. n° 48.

115. V. par ex., *Candey Ltd v Bosheh* [2022] EWCA Civ 1103, spéc. n° 29 et n° 39. V. plus généralement, J. Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, op. cit., p. 70, 220 et 291. Pour une illustration, à propos d'une clause de résiliation conférant à son titulaire un « droit contractuel absolu », c'est-à-dire pouvant être exercé comme il l'entend et excluant par conséquent tout devoir « implicite » de bonne foi, *V. Optimares SpA v Qatar Airways Group QCSC* [2022] EWHC 2461 (Comm), spéc. n° 63.

116. *V. Pakistan International Airline Corp. v Times Travel (UK) Ltd*, préc., n° 95.

117. V. par ex., H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, op. cit., nos 2-057 et s.

118. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, op. cit., p. 3.

119. Rapp. J. Cartwright, « Good Faith in English Contract Law: Lessons from Comparative Law? », préc., p. 37.

120. Sur cette opposition, v. *supra* n° 13.

121. V. par ex., J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 6^e éd., Dalloz, 2023, nos 66.41 et s.

tion qu'elle a adoptée dans un arrêt antérieur mais sans qu'il faille y voir un précédent obligatoire¹²². On peut bien traduire « doctrine » par « régime », par exemple pour affirmer qu'il existe un « régime de la force majeure » comme il existe une « doctrine of frustration ». Mais ce serait faire l'impasse sur un élément essentiel : la précision et l'autorité jurisprudentielle dont bénéficient les règles qui forment, au sens anglais du terme, une « doctrine ».

Ce qui conduit à une autre différence notionnelle – doublée le cas échéant d'un autre malentendu – concernant cette fois la distinction entre les règles et les principes. Ces deux termes font partie de la langue juridique française. Mais leur signification et leur articulation ne sont pas nécessairement comprises de la même façon des deux côtés de la Manche. Lorsque Treitel mentionne un « principe », ce n'est pas pour désigner une règle qui se caractériserait par sa supériorité, sa noblesse ou sa très grande malléabilité. Il fait allusion à des directions ou propositions élaborées par la jurisprudence venant, en l'occurrence, « guider » (pour reprendre un terme qu'il utilise à plusieurs reprises) et encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire¹²³. Cette fonction d'encadrement est d'autant mieux assurée que la qualification de principe en *common law* conduit le juge à s'y tenir, c'est-à-dire à n'admettre d'exceptions qu'avec prudence¹²⁴. La force du « principe » n'en est que mieux assurée.

40. S'agissant des sources, la première différence à signaler est celle relative aux rapports entre la loi et la jurisprudence¹²⁵. D'après Treitel, le législateur a besoin d'introduire un pouvoir discrétionnaire parce que, sans cela, la règle qu'il édicte serait plus rigide que si elle avait été formulée par le juge¹²⁶. La rigidité prêtée aux normes de nature législative ne va pas de soi pour un juriste français qui sait les distances, parfois abyssales, prises avec les textes par le juge et qui ne verrait donc pas là la raison – ou du moins la raison principale – du recours par le législateur à des notions ou des formulations vagues. L'explication avancée par Treitel se comprend néanmoins dans le contexte qui est le sien. En droit anglais en effet, la législation, malgré la place grandissante qu'elle occupe, reste perçue comme une intervention dans la sphère préexistante de la *common law*¹²⁷. L'une des conséquences de cette perception est que la loi (*stricto sensu*) n'a pas vocation à être généralisée au-delà de ce qu'elle prévoit¹²⁸, par exemple au moyen d'un raisonnement par analogie ou par induction et déduction. Ainsi, comme le fait remarquer Andrew Burrows, « une loi applicable aux chiens ne peut pas être appliquée aux chats », quand bien même sa *ratio legis* le justifierait¹²⁹. Cela augmente le risque de lacunes que l'introduction d'un pouvoir discrétionnaire a précisément pour objet de juguler.

Une autre différence à rappeler est l'absence, de façon générale, de distinction fondée sur la qualité des parties parmi les contrats. La *common law* (*stricto sensu*) ne réserve pas un régime spécifique aux contrats commerciaux¹³⁰. En un sens, la remarque est secondaire car les enjeux liés à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire concernent la totalité des contrats. Mais elle peut éclairer sous un autre jour la nature du contentieux dont les juges anglais sont saisis.

122. V. P. Deumier, « La "doctrine de la Cour de cassation" : opinion ou précédent ? », *RTD civ.* 2006, p. 73.

123. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 5-8 et 20.

124. V. S. Whittaker, « Theory and Practice of the "General Clause" in English Law: General Norms and the Structuring of Judicial Discretion », in S. Grundmann et D. Mazeaud (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law International, 2006, p. 57, spéc. p. 65-66.

125. Pour une analyse d'ensemble, en droit anglais, v. A. Burrows, *Thinking About Statutes. Interpretation, Interaction, Improvement*, Cambridge University Press, 2018; du même auteur, « The relationship between common law and statute in the law of obligations », *LQR* 2012, n° 128, p. 232.

126. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, *op. cit.*, p. 14 (« [...] the legislator may appropriately provide a discretionary escape-route, which is needed because, without it, the statutory rule would be more rigid than a similarly formulated rule of common law »).

127. V. S. Whittaker, « Theory and Practice of the "General Clause" in English Law: General Norms and the Structuring of Judicial Discretion », préc., p. 62 et 63.

128. *Ibid.*, p. 64. V. dans le même sens, A. Burrows, « The relationship between common law and statute in the law of obligations », préc., p. 241-242.

129. V. A. Burrows, *Thinking About Statutes*, *op. cit.*, p. 43.

130. V. en ce sens, avec quelques nuances, H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.*, n° 1-070.

Enfin, on observera que Treitel considère la *common law* comme la composante essentielle du droit anglais des contrats. Elle est le réceptacle des règles fondamentales de la matière. Les règles de source législative sont présentées comme autant de règles particulières qui ne doivent pas entraver le développement de la *common law*. Indépendamment de la nature des normes (législatives ou jurisprudentielles), il y a là une différence d'orientation avec le droit français des contrats où, ces dernières années, la défense du droit commun – au sens de celui qui forme l'armature de la matière – a consisté à réceptionner de plus en plus les règles spéciales, notamment celles issues de la législation consumériste.

41. Enfin, s'agissant du discours, il n'est pas possible, faute d'étude systématique, d'établir une différence entre les juristes français et anglais à propos de ce qui constitue, selon eux, un exercice satisfaisant du pouvoir discrétionnaire du juge en matière contractuelle.

Cela étant dit, l'importance accordée dans la littérature anglaise au respect des prévisions des parties doit tout de même être relevée. Ce respect est parfois justifié par des considérations utilitaristes. Le fait que des parties ayant négocié et rédigé leur contrat puissent compter sur son application, avec le risque minimal qu'un juge ne vienne trahir leurs prévisions, est perçu comme un facteur favorable au choix du droit anglais¹³¹. Les contrats d'affaires sont ceux visés par ce discours. Mais à cette première considération s'ajoute une justification plus profonde et plus révélatrice du sérieux avec lequel la question est envisagée. C'est en effet la notion de « *rule of law* » qui est invoquée, non pour condamner l'existence du pouvoir discrétionnaire du juge, mais pour fonder les limites à son exercice¹³². Or on ne sache pas que les privatistes français en

appellent à l'« État de droit » pour parvenir à la même fin.

Ces précisions étant apportées, il reste à évoquer le retentissement que le discours de Treitel peut avoir dans le cadre qui est le nôtre.

2. Le retentissement

42. Divers éléments expliquent que le propos de Treitel puisse aisément trouver un écho en droit français.

43. Le premier est le caractère commun de la problématique rencontrée. On observe en effet en droit français une tension comparable à celle évoquée par Treitel entre des données plus ou moins contradictoires. D'un côté, chacun sait, au moins depuis Portalis, combien est dangereuse pour le législateur l'« ambition de vouloir tout régler et tout prévoir » et partant « de ne rien abandonner à la décision du juge »¹³³. Pour cette raison, mais également parce que leur énoncé est d'une séduisante simplicité, la loi multiplie le recours aux standards en droit des contrats¹³⁴. Ce qui confère aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation à l'extension duquel le juge lui-même contribue en introduisant des notions vagues (l'abus par exemple) ou en élargissant le champ d'application de principes qui le sont tout autant (celui de proportionnalité par exemple). D'un autre côté, la sécurité juridique est l'une des finalités essentielles poursuivies par le droit français et le contrat, que Carbonnier comparait à une « tête de pont jetée dans le futur »¹³⁵, est perçu comme l'un des meilleurs moyens de sécuriser les rapports juridiques¹³⁶. Par ailleurs, comme le suggère Treitel, la conciliation de ces impératifs ou de ces exigences n'est pas monolithique; elle peut varier selon les domaines dans lesquels le contrat est conclu et la présence éventuelle d'un consommateur¹³⁷. Or, là encore, ce sont des variables qui ne sont pas inconnues du droit français.

131. V. par ex., E. McKendrick, « Doctrine and Discretion in the Law of Contract Revisited », préc., p. 7, 17, et 24-25.

132. V. en particulier, par l'un des plus célèbres juges anglais contemporains, T. Bingham, *The Rule of Law*, Penguin Books, 2011, p. 54. Rapp. S. Whittaker, « Theory and Practice of the 'General Clause' in English Law: General Norms and the Structuring of Judicial Discretion », préc., p. 76. V. égal., P. Birks, « Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism », *U.W. Austl. L. Rev.* 2000, n° 29, p. 1, spéc. p. 15-16; W. Day et S. Worthington, « Preface », in W. Day et S. Worthington (dir.), *Challenging Private Law: Lord Sumption on the Supreme Court*, op. cit., p. X.

133. J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire », in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, éd. Videcoq, 1836, p. 463, spéc. p. 469.

134. V. par ex., N. Blanc, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016/2, p. 394.

135. J. Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^e éd., 1988, p. 167, spéc. p. 175.

136. V. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges François Terré*, Dalloz, PUF, éd. Juris-Classeur, 1999, p. 643.

137. V. G. H. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, op. cit., p. 3 et p. 4.

44. L'existence et la quête de procédés destinés à encadrer l'exercice du pouvoir du juge sont un autre point commun aux deux systèmes. Le droit français laisse ainsi aux parties la possibilité de stipuler des clauses permettant de restreindre ou, plus radicalement, de se soustraire à un tel pouvoir. Par exemple, le créancier soucieux de dissuader son cocontractant de ne pas donner suite à ses engagements peut stipuler une clause de dédit d'un montant très élevé de préférence à une clause pénale d'un montant très dissuasif dans le but d'échapper au pouvoir discrétionnaire de révision judiciaire qui ne s'applique qu'à cette dernière. De même, le contrat peut prévoir une clause relative à la renégociation entre les parties en cas d'imprévision, mais en excluant tout interventionnisme judiciaire. Un autre exemple peut être trouvé dans la clause de non-renonciation qui interdit au juge de considérer que la passivité ou la tolérance du créancier victime d'une inexécution s'analyse en une manifestation tacite d'abdication de son droit¹³⁸.

Indépendamment de toute clause dont ce serait l'objet, il existe en outre des règles venant limiter le pouvoir du juge. Certaines d'entre elles ont été posées par la Cour de cassation. Il s'agit donc d'une autolimitation de la part du juge. On peut en citer deux exemples. Le premier est la dénaturation qui, notons-le, remplit en partie la même fonction que l'interprétation littérale en droit anglais. Ce cas d'ouverture permet de sanctionner la décision des juges du fond qui, sous couvert d'interprétation, altère le sens d'un écrit pourtant clair et précis¹³⁹. Comme cela a été justement relevé, « la Cour de cassation se donne ainsi les moyens d'empêcher les juges du fond de refaire le contrat en équité sous prétexte de l'in-

terpréter »¹⁴⁰. Le deuxième concerne la bonne foi et plus précisément la limite que fixe la Cour de cassation aux juges du fond dans l'emploi qu'ils peuvent faire de cette notion. Le juge a le pouvoir, sur ce fondement, de « sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle ». En revanche, la règle édictant cette notion « ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations convenues entre les parties »¹⁴¹.

45. Ce dernier exemple illustre un autre aspect : la contribution que la doctrine – prise cette fois au sens ordinaire du terme en droit français – peut apporter à l'encadrement du pouvoir judiciaire. Celle-ci peut exercer un double rôle. Le premier est de formuler des propositions (distinctions, critères, etc.) afin de préciser les conditions d'exercice du pouvoir par le juge et de faciliter les anticipations par les parties. La jurisprudence « Les Maréchaux » est une excellente illustration de cette complémentarité entre la doctrine et la jurisprudence¹⁴². D'autres pourraient être signalées¹⁴³. Le second rôle est une fonction d'alerte contre les dérives d'un pouvoir soit parce que son champ d'application est mal délimité, soit parce que son exercice ne semble obéir à aucune logique. Par exemple, en fin connaisseur du sujet, Denis Mazeaud a pu reprocher à la Cour de cassation le « pouvoir manifestement excessif »¹⁴⁴ qu'elle a de temps à autre laissé aux juges du fond en matière de clause pénale.

Qu'il soit permis, pour conclure, de voir dans cette contribution doctrinale un ultime point commun avec le droit anglais puisque c'est très exactement la tâche accomplie par Treitel dans sa conférence inaugurale.

138. V. par ex., Com., 17 juill. 2001, n° 98-19.258 qui, en réponse au moyen reprochant à la cour d'appel d'avoir privé sa décision de base légale au regard de la règle imposant l'exécution des contrats de bonne foi faute d'avoir recherché si la tolérance passée du concédant relativement aux impayés n'avait pas fait naître une anticipation légitime d'une poursuite des relations contractuelles, retient pour rejeter le moyen que « la circonstance que le concédant n'ait pas usé de sa faculté contractuelle de résiliation en raison des impayés précédents ne le privait pas du droit de s'en prévaloir par la suite, d'autant que le contrat prévoyait qu'une telle tolérance ne valait pas renonciation ».

139. V. par ex., J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, op. cit., n°s 79.05 et s.

140. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022, n° 619.

141. V. Com., 10 juill. 2007, n° 06-14.768, GAJC, t. 2, par F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, Dalloz, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 164. La jurisprudence est abondante et constante, v. par ex., Civ. 3^e, 20 avr. 2023, n° 21-24.848.

142. V. en particulier, L. Aynès, obs. sous Com., 10 juill. 2007, RDC 2007, p. 1107.

143. V. par ex., à propos de la caractérisation du manquement résolutoire (au sens de manquement justifiant le prononcé de la résolution du contrat en cas d'inexécution), T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, p. 309 et s.

144. D. Mazeaud, note sous Com., 16 juill. 1991, D. 1992, p. 365, spéc. n°s 10 et s.

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 :
rda@u-paris2.fr*

Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, ADD Associés – Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr



ADD
ASSOCIÉS

Étude Généalogique

**Parce qu'hériter
est un droit**

SIÈGE SOCIAL – PARIS

4, avenue du Coq - 75009 PARIS
Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91
E-mail : paris@add-associes.com

www.add-associes.com



Tout savoir
sur le groupe ADD,
nos bureaux
et nos services

